

Organizadores
Úrsula Adriane Fraga Amorim
Daniele do Amaral Souza Cavaliere
Claudia Maria Gil Silva
Pablo Jiménez Serrano
Córa Hisae Monteiro da Silva Hagino
Carlos Pacheco
Álvaro dos Santos Maciel

DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS EM DEBATE

Úrsula Adriane Fraga Amorim
Daniele do Amaral Souza Cavaliere
Claudia Maria Gil Silva
Pablo Jiménez Serrano
Córa Hisae Monteiro da Silva Hagino
Carlos Pacheco
Álvaro dos Santos Maciel
(Organizadores)

DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS EM DEBATE

FOA**Presidente**

Dauro Peixoto Aragão

Vice-Presidente

Eduardo Guimarães Prado

Diretor Administrativo - Financeiro

Iram Natividade Pinto

Diretor de Relações Institucionais

Alden dos Santos Neves

Superintendente Executivo

Josiane da Silva Sampaio

Superintendência Geral

José Ivo de Souza

Relações Públicas

Maria Amélia Chagas Silva

UniFOA**Reitora**

Úrsula Adriane Fraga Amorim

Pró-reitor Acadêmico

Carlos José Pacheco

Pró-reitor de Pesquisa e Pós-graduação

Bruno Chaboli Gambarato

Pró-reitora de Extensão

Maria Cristina Tommaso de Carvalho

Comissão organizadora

Profa. Dra. Úrsula Adriane Fraga Amorim

Profa. Me. Daniele do Amaral Souza Cavaliere

Profa. Dra. Claudia Maria Gil Silva

Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano

Prof. Dra. Córa Hisae Monteiro da Silva Hagino

Prof. Dr. Carlos Pacheco

Prof. Dr. Álvaro dos Santos Maciel

Editora FOA**Editor chefe**

Laert dos Santos Andrade

Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA – Campus Olezio Galotti - Três Poços

Av. Paulo Erlei Alves Abrantes, nº 1325

Três Poços, Volta Redonda /RJ /

Tel.: (24) 3340-8400 – ramal 8350

editora.unifoa.edu.br

FICHA CATALOGRÁFICA

Bibliotecária: Alice Tação Wagner - CRB 7/RJ 4316

A524d Amorim, Úrsula Adriane Fraga
Direitos humanos e fundamentais em debate. [E-book].
/ Úrsula Adriane Fraga Amorim; Daniele do Amaral Souza
Cavaliere; Claudia Maria Gil Silva; et al. – Volta Redonda:
FOA, 2020. 179 p.

Trabalhos apresentados no V Simpósio de Pesquisa em
Direito, 22 de outubro de 2020, Centro Universitário de
Volta Redonda.

ISBN: 978-65-88877-00-5

1. Direito - simpósio. I. Amorim, Úrsula Adriane Fraga. II. Cavaliere,
Daniele do Amaral Souza, III. Silva, Claudia Maria Gil. IV. Fundação
Oswaldo Aranha. V. Título.

CDD – 340

Sumário

A igualdade está no sangue: um estudo sobre o fim das restrições à doação de sangue de homoafetivos e sua importância na luta contra o preconceito	6
A cultura histórico-jurídica no Brasil e a importância do advogado para o estado democrático de direito	11
Aspectos éticos e jurídicos de uma profissão trissecular: os desafios da advocacia no século XXI	17
A defesa do SUS como exercício de direito fundamental	23
O direito à saúde no encarceramento: uma análise sobre a saúde mental de mulheres presas	27
Violência contra a mulher: a invisibilidade das vítimas portadoras de deficiência	32
Sistema de precedentes no processo civil brasileiro: uma análise quanto a celeridade e acesso à justiça	37
Direito ao voto e eleições indiretas: uma perigosa exceção	44
O acesso à justiça como direito fundamental e os principais desafios na sociedade contemporânea	48
A importância da lei geral de proteção de dados e o direito fundamental à privacidade no Brasil	55
Violência contra mulher e racismo estrutural: conexões e debates	62
Mães encarceradas no sistema prisional brasileiro e a aplicação de políticas públicas de manutenção do vínculo de afetividade com seus filhos	68
MP 927/2020: as alterações promovidas no contrato de emprego decorrentes do impacto do Coronavírus fragilizou ou não as garantias do trabalhador?	74
Youtubers infantis e sua influência na publicidade infantil contemporânea	80
A função social do direito do trabalho através de ações afirmativas: uma análise sobre a repercussão do programa de <i>trainee</i> para negros da empresa Magazine Luiza	85
Da (i)legitimidade da fazenda pública como legitimada ativa nas ações falimentares	91
Os impactos das alterações das penas pelo pacote anticrime no sistema carcerário brasileiro	97

Direitos fundamentais na sociedade de massa: tensões e avanços na liberdade de informar.....	103
A reforma tributária e a substituição do Pis e Cofins pela CBS: uma análise sobre o impacto socioeconômico.....	109
Proteção à criança e adolescente em tempos de pandemia: a necessidade do rompimento da exploração ao trabalho infantil e suas devidas cautelas no meio artístico	115
O uso da telemedicina como garantia fundamental de acesso à saúde em tempos de pandemia de Covid-19	121
Da (i)legitimidade da fazenda pública como sujeito ativo em auto falimentar	126
A laicidade do Estado brasileiro e a Intolerância Religiosa no Brasil por meio da leitura histórica e constitucional.....	132
O superendividamento das famílias no Brasil e a importância da aprovação do Projeto de Lei nº 3515/2015 pelo Congresso Nacional	137
A educação ambiental no contexto do acordo de Escazú	141
Adoção <i>intuitu personae</i> e o serviço de acolhimento para crianças e adolescentes.....	147
O direito fundamental à saúde e o princípio da justiça sob a perspectiva da bioética em tempos de pandemia	152
A adoção de personalidade jurídica pelo CBA: uma análise do impacto jurídico-econômico nas negociações comerciais.....	158
O Ministério Público na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP): Angola, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe.....	163
O Ministério Público no Timor-Leste.....	167
O Conselho Nacional do Ministério Público do Brasil e o Conselho Superior do Ministério Público de Portugal	172

A igualdade está no sangue: um estudo sobre o fim das restrições à doação de sangue de homoafetivos e sua importância na luta contra o preconceito

Álvaro dos Santos Maciel¹
Fabrício Chrisóstimo Pinto²
Gabriela Santiago de Souza³
Willian Soares Carvalho⁴

Resumo

Em 8 de maio de 2020 o STF declarou inconstitucional as restrições impostas pelo Ministério da Saúde à doação de sangue de homens que tivessem se relacionado sexualmente com outros homens num lapso temporal de um ano antes da doação, encerrando uma discussão iniciada em 2017. Destarte, o presente artigo busca analisar não só a declaração de inconstitucionalidade trazida pela ADI 5543, mas também o que tal julgamento significou para a comunidade LGBTQIAP+, sendo utilizadas como base para a pesquisa a decisão que pôs fim a restrição, a legislação e artigos científicos especializados. A Suprema Corte finalmente reconheceu a afronta ao princípio da igualdade e à dignidade da pessoa humana que a proibição representava, após um julgamento moroso que foi acelerado pela necessidade que a pandemia de coronavírus trouxe aos hemocentros, contudo, a dificuldade em garantir a efetividade da determinação e a demora da vinda do acórdão indicam que ainda há muito o que se discutir acerca do direito à não discriminação.

Palavras-chave:

Doadores de sangue. Homossexualidade. Restrição. Igualdade. Direito à não discriminação. Direitos humanos.

1. Introdução

O presente artigo se propõe a fazer um estudo sobre a discriminação de pessoa para doarem sangue em razão de sua orientação sexual. Embora as restrições nacionais não se restringissem aos homossexuais, sendo direcionada aos homens que fizessem sexo com outros homens independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, o trabalho analisou os prejuízos aos homens gêneros homossexuais e bissexuais.

Como principal objetivo, tem-se questionar o fim da restrição imposta pelo Ministério da Saúde e Anvisa levando em consideração o que ela significou para a comunidade LGBTQIAP+ (sigla que significa Lésbicas, Gays, Bi, Trans, Queer/Questionando, Intersexo, Assexuais/Arromânticas/Agênero, Pan/Poli, e mais) e sua relevância na luta contra o preconceito.

Para tanto, foram realizadas pesquisas bibliográficas e de referenciais teóricos, com análise de leis, artigos, doutrinas jurídicas e vídeos. O método utilizado foi o dedutivo partindo-se da observação das principais conclusões científicas relacionadas ao tema até de casos concretos e dos votos da decisão que declarou inconstitucional a restrição imposta para homens que tivessem relações sexuais com outros homens em até 12 meses de doarem sangue.

2. A dignidade da pessoa humana e a restrição à doação de sangue

Sabe-se que todos os indivíduos, enquanto partes do Estado democrático de direito e inseridas no universo do que convencionou-se chamar de cidadania, compartilham direitos e deveres, garantidos constitucionalmente. Manifestam-se, pois, as normas/direitos fundamentais que remontam ao movimento iluminista e principalmente as revoluções do século XVIII, nas quais a ideia de igualdade e isonomia tomaram forma baseadas no reconhecimento da condição de pessoa humana. Assim, surge o Princípio norteador da Constituição, a dignidade da pessoa humana, que define não só as liberdades individuais, limitando o poder de atuação da força estatal, como também direciona sua atuação para fazer-se valer os direitos e proteger os mais vulneráveis no meio social. Dessa forma, preleciona Maria Berenice Dias (2020, p. 64):

É o princípio maior, o mais universal de todos os princípios. Um macrop princípio do qual se irradia todos os demais [...] no dizer de Daniel Sarmiento, representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.

Eduardo Bittar afirma que o respeito à dignidade humana é o melhor legado da modernidade, que deve ser temperado para a realidade contextual em que se vive. Assim, há de se postular por um sentido de mundo, por um sentido de direito, por uma perspectiva, em meio a tantas contradições, incertezas, inseguranças,

¹ Docente no Curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda (UniFOA) e Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF)

² Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Volta Redonda (UniFOA)

³ Bacharelada em Direito do Centro Universitário de Volta Redonda (UniFOA)

⁴ Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Volta Redonda (UniFOA)

distorções e transformações pós-modernas, este sentido é dado pela noção de dignidade da pessoa humana.

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional.

Portanto, a dignidade da pessoa humana manifesta-se como um norteador de todas as relações na sociedade, necessário para adaptar a norma aos diferentes contextos culturais que se impõem com o passar do tempo. Haja vista as mudanças no campo das relações sociais, surgimento e emancipação de diferentes grupos e minorias nas últimas décadas, as quais sem a aplicação do mencionado princípio para a garantia de seus direitos, estariam ainda mais marginalizadas frente a hegemonia daqueles que historicamente ocupam posição privilegiada.

Todavia, no mundo dos fatos, essa mediação se dá de forma lenta, enfrentando certa resistência daqueles que se recusam a aceitar a equidade advinda da condição de pessoa. Como é o caso das restrições, agora notoriamente revogadas, quanto à doação de sangue por indivíduos que mantem relações sexuais com outros do mesmo sexo, ou seja, um impedimento aos LGBTQIAP+ para realização de um direito que impede sua total participação na comunidade como os demais cidadãos:

Portaria nº 158/16:

Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:

I - que tenha feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas ou seus respectivos parceiros sexuais;

II - que tenha feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais;

III - que tenha sido vítima de violência sexual ou seus respectivos parceiros sexuais;

IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes; (BRASIL, 2016)

Resolução RDC nº 34/14:

Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos:

XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se:

d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes; (BRASIL, 2014)

As restrições da ANVISA e do Ministério da saúde tratam-se de resquícios da pandemia do HIV, momento no qual, na ausência de critérios objetivos e científicos sérios de identificação e combate à doença, criaram-se grupos de risco, com forte carga preconceituosa. Uma vez que não se levava em consideração o comportamento de risco, quer seja, ter relações sexuais com parceiros infectados ou não sem o uso de preservativos, mas sim a mera condição de ser homossexual (VARELLA, 2016; MARQUES, 2017).

Outrossim, mesmo com o avanço do saber médico, e a consciência de que não importa a orientação sexual, mantiveram-se anacronismos impedindo a manifestação de solidariedade, que é a doação de sangue, por parcela da população historicamente restringida quanto à efetivação de direitos.

Vale ressaltar ainda, que não só o Brasil, país subdesenvolvido com elevados índices de desigualdade, mas também os ditos de primeiro mundo, ou seja, as nações desenvolvidas e progressistas do neoliberalismo não só carregam restrições similares em suas legislações, como também só iniciaram discussões para modificação destes impedimentos nos últimos dois anos. Haja vista, por exemplo, o parlamento alemão iniciar discussão em Abril de 2020 para afrouxar os limites a doação em razão do esvaziamento dos bancos de sangue, seguindo exemplo dos Estados Unidos, Dinamarca, Irlanda do Norte, além de Canadá e Reino Unido que reduziram o prazo necessário de um ano para 3 meses de impedimento entre 2017/2019. Assim, motivada ou não pela necessidade premente, a decisão da Corte brasileira se faz uma das mais modernas na contemporaneidade.

3. Aspectos históricos e estado da arte

Investigar a origem e justificativas do preconceito contra pessoas não heterossexuais exigiria grande análise, afinal, cada cultura tende a conviver com LGBTQIAP+ de formas diversas. Entretanto, em relação à doação de sangue, tendo como recorte a cultura ocidental, observa-se que à partir da década de 80, com a descoberta do vírus HIV e a epidemia de AIDS, criou-se a ideia de grupo de risco, associando de modo preconceituoso os homens que fazem sexo com homens à contaminação de enfermidades (MARQUES, 2017), criando-se uma presunção de enfermidade em relação ao grupo.

Outrossim, destaca-se:

Dados estatísticos atuais, demonstram que cerca de metade do total de pessoas portadoras do HIV no mundo são do sexo feminino. No ano de 2007, o número de mulheres adultas portadoras do HIV aumentou 61%. Praticamente a totalidade das mulheres infectadas em decorrência de relações sexuais são heterossexuais.

O Governo Brasileiro, através do Programa DST-AIDS Hepatites Virais, publicou estudo afirmando que, “quanto à forma de transmissão entre os maiores de 13 anos de idade, prevalece a sexual. Nas mulheres, 86.8% dos casos registrados em 2012 decorreram de relações heterossexuais com pessoas infectadas pelo HIV. Entre os homens, 43,5% dos casos se deram por relações heterossexuais com pessoas infectadas pelo HIV, 24,5% por relações homossexuais e 7,7% por bissexuais. O restante ocorreu por transmissão sanguínea e vertical. (MARQUES, 2017, p. 356)

Destarte, o conceito de grupo de risco se tornou obsoleto, devendo ser adotado o critério de comportamento de risco, de modo que não é cabido discriminar pessoas para doarem sangue com base em critérios relacionados a sua orientação sexual ou identidade de gênero, devendo ser utilizados critérios relacionados aos comportamentos que propiciam o contágio. (VARELLA, 2016; MARQUES, 2017)

Assim, observado o caráter discriminatório da norma, passou-se a questionar sua constitucionalidade. Embora a restrição fosse clara, ao analisar sistematicamente a norma frente ao ordenamento jurídico observava-se incongruências com princípios muito caros aos Direitos Humanos. No campo científico, duas importantes discussões foram traçadas para definir a pertinência de restrições à doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens, uma no campo bioético e outra no campo jurídico.

Em bioética aponta-se que, apesar de homossexuais serem epidemiologicamente mais suscetíveis ao vírus da imunodeficiência humana (HIV), porém, atualmente, com o uso correto do preservativo, o risco de contaminação reduz substancialmente. Portanto, à luz dos avanços científicos e culturais, a forma de triagem sanguínea – vedando os homens doadores homossexuais, bissexuais ou mesmo mulheres transgêneros – mais se relacionam a aspectos preconceituosos decorrentes do heterossexismo que de dados da área da saúde, ignorando percepções óbvias como o fato de que o sexo anal não é praticado apenas por homossexuais, ou que a probabilidade de contágio do vírus de forma sexual por um casal homoafetivo em uma união fechada é inexistente. (VARELLA, 2016; SOUZA JÚNIOR, et al, 2020)

Juridicamente, assim, passa-se a questionar a constitucionalidade da Portaria MS 158/2016. Ora, a afronta ao princípio da igualdade é notória, uma vez que em bioética a restrição demonstra-se preconceituosa, está torna-se irrazoável, constituindo mero preconceito a determinado grupo (TOMAZ, 2016; MARQUES, 2017; RIOS, 2020)

É possível concluir, portanto, que cientificamente a discussão converge na percepção de que restringir LGBTQIAP+ a doarem sangue é um ato inconstitucional e preconceituoso, merecendo ser declarada inconstitucional, visto que afronta não só a isonomia, mas também a própria dignidade da pessoa humana.

Emanuel Adilson Gomes Marques (2017, p. 362) ainda é categórico:

A discriminação, considerada como a conduta pela qual nega-se à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada, deve ser eliminada na hipótese da proibição de doação de sangue de homens que fazem sexo com homens. Trata-se de *crux* preconceito, desqualificador da população LGBTI. O Ministério da Saúde e a Anvisa, reiterando a proibição, praticam verdadeiro ato de intolerância, acarretando discriminação arbitrária no gozo de direitos humanos e liberdades fundamentais.

Contudo, é importante deixar claro que a recente declaração de inconstitucionalidade da norma traz à baila novas discussões sobre o tema, de modo que a simples atuação da atividade jurisdicional não o exaure, afinal, o preconceito presente na restrição de doar sangue de homens que fazem sexo com homens é apenas uma das diversas faces da LGBTfobia.

4. A inconstitucionalidade da vedação

A discussão relacionada à restrição de doação de sangue por homossexuais foi levada ao judiciário em junho de 2016 pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), tendo o julgamento começado em outubro de 2017, mas só foi votado em março de 2020, por conta da pandemia do coronavírus que causou uma baixa nos bancos de sangue dos hemocentros por todo Brasil.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), segundo o artigo 102, I, a, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL): “julga inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei

ou ato normativo federal." Logo, a ação ajuizada pelo PSB – n. 5543 – tinha como finalidade declarar a inconstitucionalidade de dispositivos da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e conseqüentemente da resolução RDC 34/2014 da Anvisa.

Na votação, o relator ministro Edson Fachin afirmou que:

[...] tais restrições, por parte do Poder Público, mantinham tratamento discriminatório, pois ofendem aos princípios da dignidade, da igualdade e da não-discriminação, além de privar a população LGBT de exercer ato empático e solidário de doar sangue ao próximo e o de vivenciar livremente sua sexualidade.

A restrição de doação de sangue por homens que mantiveram relações sexuais homoafetivas nos últimos 12 meses foi derrubada por 7 a 4 votos, no dia 08 de maio de 2020, uma vez que a Constituição Federal no seu artigo 5º diz que todos são iguais perante a lei sem distinção – é o princípio da igualdade. Foi entendido que a restrição, além de inconstitucional, era discriminatória, isso porque quando surgiu a HIV/ AIDS, acreditava-se que ela foi trazida pelos homossexuais e deduziram que o fato de ser gay tornava arriscado a doação de sangue, principalmente por não existir tratamento na época.

5. Os avanços para o combate à discriminação

Diante de tudo que foi mencionado, percebe-se que houve uma vitória para a comunidade LGBTQIAP+ por ter o direito de doar sangue reconhecido, contudo, há de se observar as conjunturas do fim do julgamento. Ora, somente quando houve falta de sangue o STF trouxe novamente a matéria para julgamento, afinal "É uma questão bastante delicada quando a gente se percebe útil apenas em momentos de crise, de grave crise" (NOMURA, 2020). Em 2020, no Brasil, ainda se está discutindo sobre os direitos dos homossexuais para doarem sangue, demonstrando que existe muito preconceito enraizado na sociedade, pois todos os sangues são iguais, não apresentando diferença por orientação sexual.

Vale ressaltar ainda, que mesmo com a decisão do STF derrubando a restrição da doação, alguns hemocentros continuaram negando direito de doação de sangue à homossexuais por não ter alterado a norma da Anvisa. Podendo citar o relato que Ritchele Vergara, morador de Porto Alegre (RS), que foi ao hospital em junho de 2020, assim que ficou sabendo da decisão. Chegando lá, fez a triagem e os exames, os quais não deram alterações, mas, na entrevista, quando disse que tinha namorado e mantinha relação sexual com ele, a profissional da saúde impediu a doação e disse que ele não poderia fazê-la pelo estilo de vida. Ele contou que se sentiu desrespeitado, não só em relação a ele, porém relacionado a coletividade, enquanto homossexual. Ainda disse que se sentiu humilhado por ter o sangue sem nenhum problema, negado em um momento que poderia estar ajudando pessoas (NOMURA, 2020). Portanto, ainda se tem muito a caminhar para efetivação do direito e pelo fim da discriminação, porque o próprio ato de derrubar a restrição mostrou o quão longe estamos.

É importante citar a pesquisa elaborada pela ONG *All Out*, em 2017, que divulgou que cerca de 19 milhões de litros de sangue eram desperdiçados anualmente em todo país. Essa pesquisa levou em conta todos os homens que atendem todos os requisitos para doação, mas que, por terem relações sexuais com outros homens, são considerados inabilitados (RAMALHO, 2020).

Desse modo, a lanterna do judiciário tem que se voltar para a questão, sendo válido observar e questionar até que ponto essa vitória acrescentou na luta contra a discriminação. Aqui, traz-se à baila o direito à não discriminação, baluarte da luta pela igualdade, que embora tenha sido fundamento para a decisão que deu fim à restrição, não parece ter sido o fator realmente determinante, sendo inclusive desrespeitado.

6. Conclusão

Em suma, conclui-se que levando em consideração as circunstâncias as quais a ADI que deu fim à restrição foi julgada, ou seja, às pressas devido à baixa nos bancos de sangue em decorrência um caso fortuito, e mesmo assim com forte pressão da comunidade LGBTQIAP+, elas demonstram as dificuldades que se têm na luta pela igualdade no Brasil. Além disso, a resistência que se observou para que a decisão da Suprema Corte fosse respeitada é indício que o reconhecimento necessário e óbvio do caráter discriminatório da proibição não representa um amplo respeito e real avanço na luta contra a LGBTfobia e a efetivação do direito à não discriminação.

Decerto o fato de homens que fazem sexo com outros homens poderem doar sangue sem ter que manter castidade por um ano deve ser comemorado, contudo, isso não parece demonstrar um grande passo social para uma sociedade em que as pessoas sejam respeitadas incondicionalmente, sem distinção de orientação sexual ou identidade de gênero. A igualdade está além do sangue, fato que deve ser melhor reconhecido em prol da dignidade da pessoa humana.

Referências

BRASIL. Anvisa. Resolução de Diretoria Colegiada nº34, de 11 de junho de 2014. Dispõe sobre as Boas Práticas no Ciclo do Sangue. República Federativa do Brasil. Disponível em: <<https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20170553/04145350-rdc-anvisa-34-2014.pdf>> Acesso em: 24 out. 2020.

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

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016**. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Diário Oficial da União. Brasília, nº 5, p. 37, 5 fev 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5543. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Relator Min. Edson Fachin. Julgado em 11 mar. 2020. Dje 22 mar. 2020.

GYURICZA, János Valery Doação de sangue por homens gays: o fim de uma proibição preconceituosa. **Veja Saúde**, jun/2020. Disponível em: < <https://saude.abril.com.br/blog/com-a-palavra/doacao-de-sangue-por-homens-gays-o-fim-de-uma-proibicao-preconceituosa/>> Acesso em: 06 out. 2020.

MARQUES, Emanuel Adilson Gomes. **Igualdade na veia – doação de sangue e direitos da personalidade**. In: DIAS, Maria Berenice (org). Diversidade sexual e direito homoafetivo. Salvador: JusPodivm, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NOMURA, Bruno. Doação de sangue LGBT: fim das restrições. Bendita Geni, 17 jun. 2020. Podcast. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=oXdGkM6jvk>> . Acesso em: 06 ago. 2020.

RAMALHO, Karina Fardim. STF decide que (finalmente!) homens homossexuais podem doar sangue. **Consultor Jurídico**, mai/2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-mai-20/karina-ramalho-stf-permite-homens-homossexuais-doar-sangue>> Acesso em: 06 out. 2020.

RIOS, Roger Raupp. Tramas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, gênero e sexualidade. **Rev. Direito Práx**, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 2, abr/jun.2020. Disponível em: < https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662020000201332&lang=pt> Acesso em 06 ago. 2020

SOUZA JÚNIOR, Edison Vítório de *et al* . Proibição de doação sanguínea por pessoas homoafetivas: estudo bioético. **Rev. Bioét**, Brasília, vol. 28, n. 1, jan./mar. 2020. Disponível em: < https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422020000100089&lang=pt> Acesso em: 06 out. 2020.

TOMAZ, Anderson Pereira. A vedação de doação de sangue ofertada por homens homossexuais aos hemocentros brasileiros: Estudo sob a ótica do princípio da igualdade. Monografia (bacharelado) – Curso de Direito. UNESC, Criciúma, 2016. Disponível em: < <http://repositorio.unesc.net/handle/1/4718>> Acesso em: 05 out. 2020.

VARELLA, Drauzio. **Homossexuais e doação de sangue | Drauzio Comenta #02**. 2016. (3m17s). Vídeo. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=chlvxztHVeE>>. Acesso em: 06 out. 2020.

A cultura histórico-jurídica no Brasil e a importância do advogado para o estado democrático de direito

Luiz Claudio Gonçalves Junior¹
Flaviana de Souza Silva²
Ana Beatriz de S. R. Silva³

Resumo

A história apresenta grandes transformações e conquistas em diversos setores da sociedade, como na política, economia e cultura. A profissão do advogado está inserida neste contexto histórico, sendo reconhecido atualmente pela Constituição Federal e por instrumentos infraconstitucionais, como o Estatuto de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, o qual regulamenta as regras sobre a profissão do advogado. O objetivo geral dessa pesquisa é apresentar as principais características para o exercício dessa profissão, mostrando quando ela teve início no Brasil e como ela é importante para a manutenção do atual modelo de Estado. Sob o ponto de vista específico, o objetivo é mostrar como o exercício da advocacia fortalece o respeito pela dignidade da pessoa humana por meio da defesa dos direitos conquistados pela sociedade. A pesquisa se justifica porque permite identificar a atuação dos advogados no campo político e social desde o período imperial, fazendo cumprir as leis e as instituições juridicamente constituídas.

Palavras-chave:

Cultura. Advocacia. Estado democrático de direito.

1. Introdução

A história demonstra que a grande maioria dos direitos civis, políticos e sociais conquistados não foram garantidos de maneira imediata para a sociedade. Os motivos variam entre os países, mas é certo que decorreu de muitas revoluções e conflitos, com mudanças políticas, ideológicas e, conseqüentemente, comportamentais. Em países de natureza absolutista, as mortes e os casos de violação da dignidade da pessoa humana foram ainda mais acentuados.

No Brasil, igualmente, também houve revoluções, conflitos armados e questões sociais de grande complexidade, como a escravidão, a qual deixou marcas profundas na sociedade. A cultura histórico-jurídica brasileira tem início com uma legislação oriunda de Portugal, a qual é reconhecida como "Ordenações". Conforme o país se desenvolvia, novas legislações foram sendo criadas com o nascimento de uma cultura nacional. Em 1827, temos a criação dos primeiros cursos jurídicos no Brasil e, conseqüentemente, o início da formação de bacharéis em direito, os quais irão lutar pelo fim da escravidão, bem como, fomentar as instituições recém criadas. Outros irão exercer a advocacia e lutar pelo direito da população. Desde então, os advogados passaram a exercer um papel importante na sociedade e na vida pública do país.

Essa pesquisa é de cunho bibliográfico, descritivo e mostra o surgimento dos bacharéis em direito no Brasil a partir dos primeiros cursos jurídicos aqui instalados. Todavia, a pesquisa também aborda a legislação vigente no país e as transformações que ensejaram o início da República Velha, marcada pelos primeiros advogados formados em solo nacional. Essa pesquisa não tem a pretensão em apontar alternativas para os problemas da justiça, mas demonstrar a importância da advocacia para a defesa da dignidade da pessoa humana e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

2. A evolução da cultura histórico-jurídica no Brasil

A cultura histórico-jurídica no Brasil, ao menos no período colonial, foi inteiramente regida pelas Ordenações portuguesas: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, sendo total ou parcialmente adotadas. Toda a estrutura que começou a ser montada no Brasil passou a ser similar à que existia em Lisboa.

¹ Doutor em Educação pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Pós-graduado em Educação e Tecnologia pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar). Licenciando em História pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor e pesquisador do Centro Universitário de Volta Redonda / Fundação Oswaldo Aranha (UniFOA). Participa do Projeto de Pesquisa em Bioética, Biodireito e Biotecnologias do Centro Universitário Salesiano de São Paulo/ U.E. Lorena (UNISAL). lclaudiojr@uol.com.br

² Bacharelada do sexto período do curso de direito do Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA. Flavianasouzaa@outlook.com.br

³ Bacharelada do sexto período do curso de direito do Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA. srsanabeatriz@gmail.com

Em cada maloca havia um chefe, mas existia um chefe de aldeia cujo poder era maior. Não se falava num corpo de leis codificadas nos moldes europeus. Entre os indígenas, as decisões eram tomadas em grupo e baseava-se na persuasão. Não havia uma escrita, mas, sim, regras costumeiras (CASTRO, 2017, p.296-297).

Impuseram medidas administrativas para se aproximar dos indígenas. Criaram-se Capitânias Hereditárias para administrar o vasto território e tentar obter a confiança dos indígenas a ponto de estabelecer uma legislação admitida por todos.

Apenas as Capitânias de Pernambuco e São Vicente prosperaram. Voltado para um esquema produtivo de fortuna própria e ajuda financeira de grupos mercantis estrangeiros, os nobres e mercadores tinham receio de arriscar sua fortuna em um empreendimento incerto e com elevados custos (CASTRO, 2017, p. 302).

Uma estrutura judiciária foi montada no Brasil, tendo como principais figuras e funções distintas: o ouvidor, o juiz ordinário, de vintena, almotacéis, juiz de fora e juiz de órfãos. Para o segundo e terceiro grau de jurisdição, tinha a Casa de Suplicação, com sede em Lisboa, dentre outros, como o Conselho Ultramarino, a Junta do Comércio e o Tribunal da Junta dos Três Estados (CASTRO, 2017, p.308-309).

Observa-se que qualquer situação mais grave deveria ser resolvida na metrópole lusitana, o que nos permite afirmar que os processos demorariam, caso precisasse de recursos, principalmente, envolvendo mercadores, donatários de terras e pessoas da corte. As decisões locais e regionais ficavam nas mãos dos juizes e não havia grandes controvérsias, em virtude de carência de advogados.

A situação se modificou com a vinda da família real para o Brasil, em 1808, ocasionando a reestruturação da justiça. O Tribunal de Relação do Rio de Janeiro foi elevado a Casa de Suplicação do Brasil, completando seus quadros com magistrados, procuradores, escrivães, chanceleres, ministros etc. Foi criado o cargo de Intendente Geral de Polícia com jurisdição sobre juizes criminais (CASTRO, 2017).

Castro (2017) informa que a abertura da constituinte ocorreu no dia 03 de maio de 1823, mas a aprovação aconteceu em 1824, sendo o Imperador o chefe do Poder Executivo e que detinha o controle do Poder Moderador. O Judiciário seria independente, composto por juizes e jurados. Os juizes seriam nomeados pelo Imperador e responsabilizados por eventuais abusos de poder, fato que deixa evidente a necessidade de mais advogados no Brasil. Os relatos são mínimos porque os advogados que aqui existiam eram formados na Europa, uma vez que aqui não tinha universidades ou cursos jurídicos, o que só veio a ocorrer em 1827.

Para Luiz Claudio G. Junior (2019), os primeiros cursos jurídicos surgiram num momento em que o Brasil começa a se desenvolver como país independente, razão pela qual estão inseridos no processo de organização política e administrativa do Estado. Os indivíduos com nível superior chegavam do estrangeiro para servir o rei e seus ideais. A partir dos cursos jurídicos é formada uma cultura jurídica genuinamente nacional. Os locais escolhidos para os cursos jurídicos são Olinda e São Paulo.

No dia 21 de agosto, de 1843, foi fundado o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros (IAB), aprovado por D. Pedro II, uma associação civil, tendo por finalidade congregar os profissionais da advocacia, para num momento posterior, ser criada a Ordem dos Advogados do Brasil (LOBO, 1994, p.223-224).

Eram intensas as discussões políticas tanto nos cursos jurídicos de Olinda/Recife, quanto nos cursos jurídicos de São Paulo. Havia muita coisa que precisava mudar e a escravidão era uma delas. Pensar a condição do ser humano sempre foi uma preocupação do estudante de direito em formação.

3. A república dos bacharéis e a influência dos advogados

Os bacharéis exercerão grande influência na política brasileira, ainda na fase imperial. Exerceram funções importantes nos principais cargos da administração pública nacional, inclusive, cargos de relevância política.

Os advogados, em 1860, ocupavam cargos na imprensa, no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, no IAB, diretorias de colégios e faculdades, professores, etc, além dos cargos jurídicos: procuradores, juizes, promotores, delegado de polícia, diretor do Arquivo Público Nacional etc. (FERREIRA apud BAETA, 2003, p.43).

Explica Armando Marcondes Machado Junior (2001), que várias foram as personalidades políticas que se formaram nos cursos jurídicos no Brasil, dentre os quais destaca: Augusto Teixeira de Freitas (1835 – 4ª Turma), considerado um dos maiores juristas brasileiros; José Bonifácio de Andrada e Silva (1853 – 22ª Turma), jurista e político de grande prestígio; Francisco de Paula Rodrigues Alves (1870 – 39ª Turma), foi presidente do Estado e da República; Rui Barbosa (1867), candidato à presidência por duas vezes e patrono da advocacia no Brasil; Joaquim Aurélio Barreto Nabuco de Araújo (1870); Antônio Frederico de Castro Alves (1871), etc.

A República sentirá a presença dos bacharéis, pois era um dos poucos cursos superiores no Brasil e o único a preparar profissionais para o Poder Judiciário. Os bacharéis participam da política e disseminam a cultura jurídica na sociedade.

Para o professor Florestan Fernandes (1988), a escravidão foi um fator de entrave ao desenvolvimento brasileiro, pois esta compôs o primeiro sistema de produção brasileiro, mas se desfez na República. O Brasil não se

desenvolveu de forma homogênea e o fim da escravidão não afastou os grandes proprietários de escravos da política. Com o fim do tráfico negreiro, chegaram os imigrantes europeus com as ideias que se encaixavam no sistema republicano e aos movimentos de trabalho livre, ocasião em que começaram a surgir as associações e sindicatos.

O Brasil não se desenvolveu como deveria porque uma elite detinha o poder político e exercia o patrimonialismo. Com o passar dos anos, novos cursos superiores surgiram, mas a cultura em geral continuava a ser restrita. Os advogados defenderam a liberdade e foram contra a escravidão por conta do pensamento europeu que já estava em franco desenvolvimento (GONÇALVES JUNIOR, 2019, p.92).

No dia 18 de novembro de 1930, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) foi criada pelo Decreto nº 19.408, do Governo Provisório de Getúlio Vargas, sendo que o Instituto dos Advogados do Brasil (IAB) também se manteve, tendo por finalidade a promoção da cultura e ciência do direito (LOBO, 1994, p.224).

Portanto, bacharéis e advogados participaram do processo que findou a escravidão e instituiu a República. Ocupando os principais postos da administração pública, conseguem aprovar leis e melhoram a estrutura para defender outros interesses, como o acesso à educação e os direitos trabalhistas.

4. O advogado e a luta pela dignidade da pessoa humana.

É importante destacar que a (OAB) foi alçada à categoria de serviço público, mostrando a importância do advogado, bem como, a defesa dos direitos humanos, o que compreende atuar sempre pelo respeito à dignidade humana.

Art.44. A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I – Defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas (BRASIL, 1994).

A defesa da dignidade está contida dentro da própria defesa dos direitos humanos e, sendo o Estatuto da OAB, uma lei federal, pode-se afirmar que está de acordo com a CF/1988, a qual também prevê a defesa da dignidade da pessoa humana, mas, afinal, o que vem a ser a dignidade da pessoa humana?

A dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco do ser humano e tem origem no pensamento filosófico clássico e no ideário (doutrina) judaico-cristão. Tanto no Antigo como no Novo Testamento, podem ser encontradas referências que ligam o ser humano a Deus. Uma das primeiras concepções em que o ser humano não se vê como um objeto, mas como reflexo de uma divindade ocorre com o catolicismo. Cumpre observar que no pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, a dignidade da pessoa humana era ditada como uma posição social ocupada pelo indivíduo na sociedade, o que lhe garantia o reconhecimento por seus pares e, conseqüentemente, graus de dignidade ou de igualdade (SARLET, 2015, p.30-31).

Na antiguidade romana, são dois os significados para a dignidade humana. A primeira decorre de sua posição hierarquizada na natureza, ocupando o topo da mesma; na outra, temos um sentido relativo de dignidade, associada à posição do indivíduo em sociedade e que pode ser alterado no decorrer de sua existência (BECCHI, 2008, p. 9).

A dignidade humana remonta à Roma Antiga, até chegar no Estado Liberal. A expressão “dignitas” estava associada ao status pessoal de alguns indivíduos ou de determinadas instituições, mas também ao exercício de determinadas funções públicas, sendo que o desrespeito poderia gerar sanções ao autor (BARROSO, 2014, p.13-14).

Em várias democracias, a dignidade da pessoa humana está prevista em legislação interna, o que demonstra uma preocupação em garanti-la nas mais diferentes esferas e setores do poder. Neste sentido, dentro de uma visão contemporânea, extraída de decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, em 14.04.2008, do pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), no Agravo Regimental 223, destaca-se:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos** e a busca ao Direito à Felicidade (MORAES, 2019 – grifos do autor).

Cronologicamente, verifica-se a presença de várias vertentes para explicar os fundamentos da dignidade da pessoa humana, sendo histórica, filosófica, teológica e jurídica. Ainda que na cultura atual ainda haja

resquícios do chamado "status social", está assente na doutrina e na legislação positivada que esse aspecto está superado, razão pela qual é pertinente o estudo na ética na advocacia.

A ética é uma ciência que estuda o comportamento dos homens em sociedade, estando diretamente relacionada ao caráter individual de cada pessoa. O saber ético é importante para aferir as ações e os hábitos das pessoas, de acordo com suas experiências e condições dignas de vida (NALINI, 2013, p.33). Complemente-se:

O Brasil cresceu e se transformou e, com ele, cresceu também a demanda por serviços jurídicos, atualmente a OAB conta em todo território nacional com mais de 1 (um) milhão de inscritos (entre advogados e estagiários), imaginem se cada um desses advogados agisse de acordo com a formação do seu caráter individual. O código de ética vem para refletir sobre o comportamento desses profissionais perante seus clientes e sociedade, estabelecendo regras de comportamento mínimo como, por ex., o dever do advogado abster-se de utilizar de influência indevida (em seu benefício ou do seu cliente) ou, de contratar honorários advocatícios em valores aviltantes. O fato é que a ética nos ensina a viver (BIELA JUNIOR, 2017, p.19).

Cumpra observar que a defesa da dignidade da pessoa humana é intrínseca ao exercício da atividade advocatícia, razão pela qual o Código de Ética da OAB e o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil são pertinentes. Não há como defender os interesses dos clientes sem pensar na dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, cabe aos advogados solucionar os casos de maneira pacífica e, desta maneira, contribuir para o Estado Democrático de Direito.

5. O fortalecimento do Estado Democrático de Direito através da advocacia

Primeiramente, é necessário analisar a formação dos Estados para que seja possível compreender como surgiu o Estado Democrático de Direito, seja a partir de modelos políticos pré-estabelecidos ou transformados ao longo dos séculos. Em ambos os casos, novos conceitos de legalidade e garantia de direitos foram estabelecidos.

Algumas sociedades foram regidas pelo direito natural, oriundo das forças da natureza ou até mesmo da religião que era professada. Contraopondo-se, o direito positivo se assenta no cumprimento das normas previstas em lei, afastando a regulação pelas leis naturais. Destarte, o Estado, portanto, passou a obedecer a um ordenamento jurídico (SILVA, 2005, p. 214-215).

Ênio Moraes da Silva (2005, p. 216), explica que existem diferentes teorias sobre o surgimento do Estado, principalmente na passagem do período medieval para o moderno, ocasião em que a soberania passou a ser discutida como elemento imprescindível ao Estado, juntamente com o território, o povo e a finalidade.

Fala-se em Estado "Estamental", aquele cuja organização política se dava pela divisão do poder entre o monarca e as cortes, visando à determinada concentração de poder. O rei concedia direitos para algumas classes sociais, semelhante ao que aconteceu na Magna Carta Inglesa, em 1215 (RANIERI, 2013, p. 40-41).

No Estado Absoluto ocorre a concentração de poder nas mãos de uma monarca, como na célebre fala de Luís XIV, que ao ser indagado sobre o que era o Estado, respondeu: "O Estado sou eu!". Esse poder poderia ser sustentado de duas formas: pelo direito natural, onde o rei afirmava estar no poder porque Deus o escolheu; a segunda, com base no despotismo, conferindo ao governante legitimação por suas ideias progressistas e iluministas, sem se opor ao absolutismo (SILVA, 2005, p. 217-218).

O Estado de Direito firma-se nos sécs. XIX e XX, em virtude das revoluções burguesas do séc. XVIII, tendo o intuito de garantir o respeito e os direitos dos povos. É regulado pelo direito com as seguintes garantias institucionais: a proteção das liberdades públicas (limitação negativa do poder), a tripartição de Poderes (limitação constitucional do poder) e a centralidade de instituições representativas (em geral, concretizada no Parlamento) (RANIERI, 2013, p.43-44).

O Estado Social surge para reduzir as desigualdades sociais, como o desemprego, proporcionando as mesmas oportunidades para aqueles em condições desfavoráveis. A constituição de Weimar, de 1919, conferia importantes direitos como educação, previdência social e trabalho à população alemã reforçando a intenção de um Estado preocupado com o bem-estar social do indivíduo (SILVA, 2005, p. 223-224).

Compreende-se o Estado Democrático de Direito como àquele em que a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais são tutelados, tendo como fundamentos a soberania popular e a proteção dos direitos sociais, os quais são parte desse regime, com a valorização do pluralismo político (RANIERI, 2013, p. 317).

A Ordem dos Advogados do Brasil será criada neste mesmo século XX, tendo como missão a salvaguarda dos direitos dos advogados no exercício da profissão, mas também a defesa da sociedade, dos direitos humanos e da democracia, ainda que o contexto político fosse de autoritarismo, o que demonstra o desafio a ser enfrentado.

A OAB se dimensiona no campo do direito público e do direito privado, indo além de uma associação profissional. Trata-se de uma corporação que foi criada pelo Estado e que lhe delegou o poder de polícia para que disciplinasse os seus membros, mas ela é, concomitantemente, órgão de classe e de Estado (GUEIROS, 1964, p.53).

A criação da Ordem dos Advogados do Brasil ocorreu por meio do Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, no governo provisório, num momento em que era decretada a falência de várias instituições, mas, que naquela ocasião, concedia à classe dos advogados as prerrogativas para se autorregulamentar (GUIMARÃES; FERREIRA, 2003, p.25).

A OAB tem como finalidade zelar pela dignidade e valorização da advocacia, sendo parte de suas funções atuar na defesa da sociedade, tendo sido lhe atribuída a natureza jurídica de serviço público, compreendendo a defesa constitucional, a manutenção do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos, da justiça social, a rápida administração da justiça, o aperfeiçoamento da cultura, das instituições jurídicas, dentre outros (DINIZ, 2003, p.23).

Portanto, fica claro que o exercício da advocacia fortalece o Estado Democrático de Direito, uma vez que é criação do próprio Estado e atua na defesa desse objetivo. É responsável pela manutenção e ampliação dos direitos humanos, bem como, tem por obrigação lutar para que haja justiça social. Portanto, qualquer comportamento que distorça esse objetivo configura uma afronta ao modelo de Estado vigente, que é o da liberdade, dos demais direitos e garantias fundamentais.

6. Conclusão

A cultura histórico-jurídica brasileira tem base lusitana, uma vez que foram as diferentes Ordenações e demais normas portuguesas que influenciaram a formação da nossa cultura e nacionalidade. Foram inúmeras lutas para que houvesse o reconhecimento de uma série de direitos consagrados na Constituição Federal, os quais não podem sofrer retrocesso.

O Instituto dos Advogados do Brasil (IAB) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) tem uma participação importante na conquista desses direitos, pois em muitos momentos os advogados atuaram ao lado do governo, mas também foram responsáveis por enfrentar esse mesmo governo na promoção de direitos que visavam fortalecer o Estado Democrático de Direito.

O advogado é essencial à administração da justiça, mas também é fundamental para que novos direitos possam ser agregados ao rol exemplificativo que a sociedade conquistou. Não menos importante é a luta dos advogados para que os diferentes direitos não sejam restringidos e violados diante do dinamismo e do imediatismo vigente em nossa sociedade.

A profissão de advogado é "múnus público", e a história da profissão mostra que não é um mero status social. Compete aos advogados continuar lutando na árdua função social que lhes cabe, engrandecendo a cultura jurídica, mas, em especial, promovendo a democracia, o fortalecimento das instituições e a defesa dos direitos fundamentais. A história da cultura jurídica no Brasil está diretamente ligada aos diferentes contextos políticos da história do país, razão pela qual o advogado é o profissional que apresenta qualificativos para melhor interpretar os problemas sociais e promover o bem comum.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte/BH: Fórum, 2014.

BECCHI, Paolo. **O princípio da dignidade humana**. Tradução de Ubenai Lacerda. Aparecida/SP: Santuário, 2013.

BIELA JUNIOR, Lincoln. **Minimanual do Novo Código de Ética e Disciplina dos Advogados**. 2ª ed. Salvador/BA: Juspodivm, 2017.

BRASIL. **Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em 01 agosto 2020.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 13ª ed. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2017.

DINIZ, Carlos Roberto Faleiros. **A subsecção da OAB e a advocacia**. Ribeiro Preto/SP: Nacional de Direito, 2003.

FERNANDES, Florestan. Matrizes históricas da formação sociopolítica do Brasil: o processo de transformação. In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Anais da XII Conferência Nacional da OAB**. Porto Alegre/RS: OAB, 1046p., 1988.

FERREIRA, Tania Maria Tavares Bessone da Cruz. Magistrados e bacharéis: as novas necessidades de ascensão social, p.43-77. In: BAETA, Herman Assis (Coord). **História da Ordem dos Advogados do Brasil: O IAB e os advogados no Império**. Brasília: OAB, v.1, 2003.

GONÇALVES JUNIOR, Luiz Claudio. A Ordem dos Advogados do Brasil e a influência do positivismo no ensino jurídico. Curitiba/PR: CRV, 2019.

GUEIROS, Nehemias. **A advocacia e o seu Estatuto**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal; FERREIRA, Tânia Maria T. Bessone da Cruz. A criação da Ordem dos Advogados do Brasil, p.19-54. In: BAETA, Herman Assis (Coord.). **História da Ordem dos Advogados do Brasil: criação, primeiros percursos e desafios (1930-1945) o IAB e os advogados no Império**. Brasília/DF: OAB, vol.4, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Comentários ao Novo Estatuto da Advocacia e da OAB**. Brasília/DF: Livraria Brasília Jurídica, 1994.

MACHADO JUNIOR, Armando Marcondes. **Centro Acadêmico XI de Agosto**. São Paulo: Mageart / Faculdade de Direito de São Paulo (1827-1910), v.1, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 10ª ed. São Paulo: RT, 2013.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. 1ª ed. Barueri: Manole-SP, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, Ênio Moraes da. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de informação legislativa, Brasília- DF, v. 42, n. 167, 2005, p. 213-219, jul./set. 2005.

Aspectos éticos e jurídicos de uma profissão trissecular: os desafios da advocacia no século XXI

Luiz Claudio Gonçalves Junior¹
Izabella da Silva Cabral Severino²

Resumo

A ética desde a antiguidade guia a humanidade sobre o que seria moralmente e profissionalmente correto. Desse modo, todas as áreas seguem princípios éticos, e não seria diferente com a área jurídica, a qual se destaca nos dias atuais pela grande quantidade de profissionais que advogam ou atuam na área do direito. Sob o ponto de vista geral, essa pesquisa tem por finalidade mostrar o surgimento dos primeiros cursos jurídicos no Brasil, destacando a evolução da profissão com o surgimento da Ordem dos Advogados do Brasil e seu primeiro Estatuto regulamentando o exercício da profissão. Sob o ponto de vista específico, o objetivo dessa pesquisa é apontar as perspectivas da profissão diante do avanço tecnológico vivenciado na sociedade contemporânea. A pesquisa se justifica porque o advogado deve prezar pela qualidade do serviço prestado ao seu cliente, inclusive, se adaptando às novas tendências tecnológicas, observando sempre com cautela as normas jurídicas para que todo o trâmite ocorra dentro da legalidade, com a finalidade de extinguir as lides e contribuir para a harmonia social.

Palavras-chave:

Direito. Ética. Exercício da profissão.

1. Introdução

A ética é fundamental para todos os operadores do direito, tendo em vista que devemos proteger o cliente de possíveis abusos vindos de terceiros ou mesmo por algum equívoco daqueles que lidam com o direito, como juízes, promotores, defensores, etc. Ademais, não somente devemos ser éticos para proteger aquele que nos procurou, como também para assegurar a aplicação do que seja justo.

O advogado deve agir com a garantia de sua autonomia, sem ter medo de ser coagido ou de sofrer represálias por parte de outros operadores do direito ou de qualquer outra autoridade. A ética e o direito são inseparáveis, pois não se pode passar por cima de princípios constitucionais, morais e todas as outras normas jurídicas para se obter um resultado que lhe agrade. Desde os primeiros cursos jurídicos no Brasil, em 1827, o advogado tem lutado para preservar a dignidade da pessoa humana independentemente do ilícito que seu cliente cometeu, pois a lei deve ser aplicada da forma mais justa possível. A profissão de advogado é uma das mais antigas do mundo e, no Brasil, exerceu grande influência a partir do final da monarquia e início da república.

Os deveres de um advogado são de várias naturezas, como a manutenção no sigilo de informações, a não obrigatoriedade de depoimento, o trato cordial com outras autoridades, etc. A sociedade contemporânea, no entanto, está impondo uma nova realidade ao ambiente forense, uma vez que a dinâmica nos meios de comunicação proporcionou novas formas de interação diante do avanço tecnológico.

Dessa forma, essa pesquisa é de natureza descritiva e bibliográfica, fazendo uso de material digital e físico, visando compreender a evolução histórica da advocacia no Brasil, mas destacando o uso de recursos tecnológicos no âmbito jurídico.

2. Os cursos jurídicos no Brasil: a origem trissecular do bacharel em direito.

Sob uma perspectiva comparativa, compreende-se que os cursos superiores no Brasil são relativamente novos, uma vez que os grandes centros da intelectualidade acadêmica vinham da Europa, com especial destaque para Portugal, Itália, Alemanha e Inglaterra. Desta forma, quando os primeiros cursos jurídicos foram criados no Brasil, já existia mais de três séculos de descoberta. Essa origem trissecular do bacharel em direito no país encontrará forte influência das regras jurídicas oriundas dos portugueses, o que também permite afirmar que não ocorreu no Brasil um direito genuinamente nacional.

1 Doutor em Educação pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Pós-graduado em Educação e Tecnologia pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar). Licenciando em História pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor e pesquisador do Centro Universitário de Volta Redonda / Fundação Oswaldo Aranha (UniFOA). Participa do Projeto de Pesquisa em Bioética, Biodireito e Biotecnologias do Centro Universitário Salesiano de São Paulo/ U.E. Lorena (UNISAL). lclaudiojr@uol.com.br

2 Bacharelanda do 6º período do curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda. izabellacseverino@gmail.com

Oportuna a citação de Milton Duarte Segurado (1973, p.255), que diz: “No que concerne à cultura jurídica, era nenhuma no Brasil. E nossos juristas a iam beber em Coimbra”. Em outra citação sobre o assunto, destaca-se:

Há 100 anos, quando se emancipou definitivamente da soberania portuguesa, era o Brasil uma terra sem cultura jurídica. Não a tinha de espécie alguma, a não ser, em grau secundário, a do solo. Jaziam os espíritos impotentes na sua robustez meio rude da alforria das credices e das utopias, à espera de charrua e sementes. O direito, como as demais ciências e, até, como as artes elevadas, não interessava ao analfabetismo integral da massa. Sem escolas que o ensinassem, sem imprensa que o divulgasse, sem agremiações que o estudassem, estava o conhecimento dos seus princípios concentra-se apenas no punhado de homens abastados que puderam ir a Portugal apanhá-la no curso acanhado e rude que se processava na Universidade de Coimbra (BARRETO apud VENÂNCIO FILHO, 2011, p.13).

Nota-se que o Brasil gozava de sua independência, mas ainda não tínhamos uma cultura genuinamente nacional, a qual começou a ser formada a partir da criação dos cursos jurídicos em Olinda/Recife e São Paulo (1827). Portanto, antes dessa data, não havia uma cultura jurídica brasileira, exceto a aplicação da legislação portuguesa. Numa imensa massa de iletrados, a origem trissecular dos bacharéis brasileiros aponta para a obtenção de conhecimento do outro lado do Atlântico. Mas que tipo de legislação vigia neste país até então? Para Milton D. Segurado (1973), um dos documentos eram os *forais*, em que usos e costumes, e foros não escritos, concediam direitos, garantias, liberalidades, privilégios, isenções e asilo, passando a ser ratificados em documentos escritos. A legislação escrita era peninsular, destinada a normalizar e coordenar as exigências práticas da vida cotidiana. A legislação foraleira, existiam as leis gerais, as quais eram concedidas pelo rei e nobres ao povo, mas quase nunca os favorecia. Há que se considerar as Ordenações portuguesas: Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603). Estavam distribuídas por causas:

Quadro 1: Causas das Ordenações portuguesas.

Causas das Ordenações	Afonsinas - Afonso V (Século XV)	Objetiva: nacionalismo Subjetiva: romanismo do Dr. João das Regras.
	Manuelinas - Manuel I (Século XVI)	Objetiva: prestígio ao direito romano. Subjetiva: vaidade de D. Manuel.
	Filipinas Filipe I de Portugal (Século XVII)	Objetiva: reação do direito civil contra o canônico. Subjetiva: Filipe I de Portugal quer obsequiar os portugueses

Fonte: (SEGURADO, 1973, p.63).

Esse material legislativo é a herança trissecular dos advogados, a partir do surgimento dos cursos jurídicos, pois será o parâmetro para a configuração de futuras legislações em território brasileiro. A independência sobre o prisma de uma cultura jurídica nacional ainda levaria mais tempo. Interessante a seguinte observação:

As transformações políticas, culturais, econômicas e sociais ocorridas na Europa exerceram forte influência em nossa formação nacional. O Brasil havia recém adquirido a sua independência de Portugal, mas essa realidade não alterou nossa estrutura social, totalmente subdesenvolvida e dependente da metrópole lusitana. No que tange à educação, podemos afirmar que estávamos bastante atrasados no continente americano, pois em domínios espanhóis, universidades já existiam em várias regiões da América, enquanto aqui ainda discutíamos a criação dos primeiros cursos jurídicos (GONÇALVES JUNIOR, 2017, p.54).

A cultura portuguesa estava arraigada nos bacharéis brasileiros, razão pela qual não estarão atrelados aos interesses do povo, mas nos interesses da metrópole lusitana. Novas teorias como o positivismo também irão se confrontar com as culturas e ideologias aqui vigentes. A política mostrou-se centralizadora e não participativa, pois o povo continuava afastado da educação e da participação política, o que garantia aos bacharéis amplos poderes para poder atuar (GONÇALVES JUNIOR, 2017, p.55).

Com o surgimento dos primeiros cursos jurídicos, o bacharel em direito atuou de maneira impositiva na política brasileira, ocupando os principais cargos e serviços da administração estatal em expansão. Além disso, representava um ideal de vida com reais possibilidades de segurança profissional e ascensão a um status social superior. Isso era muito significativo numa sociedade escravocrata em que o trabalho manual era desprezado em função de letrados urbanos que iam ocupando as crescentes e múltiplas atividades públicas (WOLKMER, 2010, p.127).

Essa herança trissecular de legislação e regras peninsulares possibilitou ao bacharel em direito gozar das principais oportunidades no país, o que implica a atuação jurídica como advogado. O auge ocorrerá no período republicano diante da proximidade dos advogados com o poder político.

3. Respeito aos aspectos éticos e legais para o bom exercício da advocacia.

O exercício da advocacia sempre foi um desafio para os profissionais da área jurídica, pois ante a obediência aos aspectos estritamente legais, há que se considerar os aspectos éticos e tudo o que norteia a profissão, o que inclui o relacionamento com os demais profissionais do direito e o respeito para com as partes do processo.

O respeito à moral, à ética, os bons costumes e, principalmente, o respeito pela Constituição Federal, são princípios fundamentais, as quais estabelecem os direitos e deveres a todos os cidadãos. Compete ao advogado garantir os nossos direitos e deveres por meio das leis que regem o nosso comportamento, seja em nível judicial ou extrajudicial (ALMEIDA; OCHSENHOFER, 2009, p.82)

Inegável a importância do direito e das respectivas regras legais na manutenção e conquista de novos direitos, o que também se faz com a participação dos advogados. Neste sentido, Rudolph Von Ihering (1818-1892), o qual viveu no período em que os cursos jurídicos foram criados no Brasil (1827), traz importante contribuição sobre a relevância do direito.

Ihering (2015) diz que o direito é um produto social, cuja finalidade é a paz, sendo que a luta é o meio de consegui-la. A vida do direito é a luta, a luta de governos, de classes, de indivíduos e a luta de povos. Assim, merece citação:

Observamos que desde os primórdios da civilização, o Direito (co) existe nas diferentes sociedades. Ora tal como o Homem, a sociedade, através dos séculos, o Direito (essencialmente dinâmico) foi transmutando-se. Assim, pela guerra, pelo fogo e pelo aço, as várias sociedades foram forjadas e, em conjunto, nasce um sentimento jurídico, formado pela necessidade de regramento destas mesmas sociedades. Neste sentido, não se pode compreender o Direito como uma teoria morta, passivo, mas fundamentalmente como uma força viva: uma força que depende da sociedade e que mantém a mesma em constante ordem (CUNHA, 2020, p.133).

Constata-se, neste sentido, que a sociedade é dinâmica e o direito deve acompanhar todas essas transformações para que não se torne obsoleto. A mesma regra deve falar no campo ético, de forma que estejam sempre atualizadas. Os tribunais precisam estar atentos às novas tendências em sociedade, principalmente, sob a perspectiva tecnológica, a qual estabelece novas formas de comunicação e de relacionamentos. Comentando a obra Ihering, diz o pesquisador:

Ora, o ponto essencial da obra está fundado em duas premissas: a) a ideia de que lutar pelo Direito é um dever moral do indivíduo para consigo próprio; b) revela, igualmente, um dever moral do indivíduo para com a sociedade. Na primeira hipótese, o indivíduo deve se preservar contra a dor moral (interna) proporcionada pela lesão ao sentimento jurídico; ao passo que, no segundo, (Ihering utiliza a analogia da luta pelo direito com um campo de batalha), argumenta que a defesa do direito subjetivo é a defesa de todo o Direito, assim como o seu abandono significaria, igualmente, a ruína de todo o Direito. O abandono dessa luta, dessa jornada constitui a maior expressão de desprezo – constitui a própria morte do Direito (CUNHA, 2020, p.134).

Demonstra-se com a citação, que lutar pelo direito também é um dever moral do indivíduo para com a sociedade, ou seja, percebe-se um efeito contrário, pois se num primeiro momento as regras jurídicas regulam o nosso comportamento, é através dessas mesmas regras que iremos pleitear os nossos direitos fortalecendo a nossa vida em sociedade.

O advogado deve ser íntegro, pois o paciente que o procura encontra-se em estado de vulnerabilidade, principalmente quando a questão é de ordem civil ou criminal. Ser honesto e transparente com o paciente, passando-lhe as informações corretas do que será possível ou não fazer é o que se espera desse profissional. São normas éticas que corroboram a boa-fé do advogado, esperando que o paciente tenha a mesma conduta, inclusive, no cumprimento do seu contrato (ALMEIDA; OCHSENHOFER, 2009, p.82).

Se a confiança, a lealdade, a transparência, o dever de informar, dentre outros, são princípios éticos da advocacia, espera-se que o advogado desta forma se comporte. Assim, merece ser referenciada a seguinte citação:

A profissão do advogado objetiva a concretização da justiça e não o enriquecimento individual. Mas, certamente, esta não é a concepção que vigora.

A profissão do advogado, como todas as profissões, tem uma função social que não é incompatível com o interesse individual do profissional liberal. Decerto que a compatibilidade entre o interesse individual e social depende da consciência profissional que há de ser socialmente edificada em prol da convivência social (SERRANO, 2020, 63).

A profissão do advogado deve ser exercida de forma digna e honrosa, de acordo com as normas, princípios e regras que prescrevem a ética profissional. O advogado deve proceder a não impor o direito sobre os outros, mas sempre buscando a pacificação social e a justiça, que é o objetivo final da sua atividade (SERRANO, 2020, p.63-64).

Conforme disposto no art. 6º da EOAB, o advogado é o mediador entre a ordem jurídica e a sociedade, devendo perseguir a justiça e praticá-la, bem como guiar, aconselhar e defender os indivíduos e a sociedade no intrincado labirinto das relações humanas, sempre atendendo à moral e à própria justiça. Sendo assim, o processo judicial, palco da administração da justiça, deve ser tratado como recinto santo (ALMEIDA; OCHSENHOFER 2009, p.88).

Portanto, as normas éticas e legais são imprescindíveis para o exercício da advocacia, sem as quais seria impossível a busca pela pacificação e justiça social. Espera-se que essas regras que regulam a profissão estejam sempre atualizadas, especialmente diante do surgimento de novas tecnologias, o que também se considera como desafiador e será observado no próximo tópico.

4. O advogado na era digital: perspectivas tecnológicas sobre a profissão.

A tecnologia impactou diversos setores da sociedade, inclusive a advocacia. Novas tecnologias surgiram sendo necessário entender como o modo de produção produz relações sociais, pois a incidência da tecnologia está relacionada a isso. É assimilar a forma como a sociedade se organiza economicamente e culturalmente, pois influencia diretamente os indivíduos que participam ou até mesmo aqueles que são excluídos pela falta de acessibilidade, por não possuir condições financeiras de estar em audiências por videoconferência (FREIRE; BATISTA, 2014, p.160).

Assim como a sociedade, a advocacia também encontra-se em constante evolução. Os processos deixaram de ser físicos e passaram a ser digitais, estando disponíveis na internet, por meio dos sites dos respectivos tribunais, com pequenas restrições para a área criminal e os Juizados Especiais Criminais. Diante da diversidade de informações, pluralidade de sujeitos e instituições participantes, é preciso saber filtrar todo o conteúdo para que se produza um conhecimento útil para o processo e o seu cliente. Ainda assim, a morosidade processual ainda persiste, pois falta servidores públicos e estagiários, por exemplo (FREIRE; BATISTA, 2014, p.160).

Especificamente no campo advocatício, a própria tecnologia tornou-se também um problema em relação aos seus diferentes estágios de desenvolvimento e o espaço geográfico em que pode ser analisada. Em locais mais congestionados, uma petição eletrônica demora horas para ser protocolada via internet. Em outros nem tanto. Acrescente-se, a realidade experimentada em cada escritório de advocacia, cujo potencial de internet varia bastante. Assim, é possível afirmar que, num contexto geral, os problemas ainda persistem mesmo com a chegada da tecnologia. De qualquer forma, o advogado também precisa estar atento a todas essas transformações.

A Lei nº 11.419/06, dispôs sobre a informatização do processo judicial, tornando o processo eletrônico. O objetivo é contribuir para a celeridade processual por meio de uma assinatura digital, sendo uma para o credenciamento do advogado e outra com a finalidade de serem certificados os documentos pela internet. Todos os documentos a partir de então serão digitalizados (BATISTA, 2010, p.76-77). E ainda:

Serão incentivados os convênios de cooperação, para que informações entre órgãos públicos sejam repassadas por meios eletrônicos, a exemplo do que já acontece entre o Judiciário e o Banco Central do Brasil. As ações nessa direção se desenvolverão prioritariamente no campo da segurança pública e da Justiça criminal (BATISTA, 2010, p.122).

O Poder Judiciário precisou se reinventar mais uma vez. Além da digitalização dos processos, as audiências de instrução e julgamento adotaram a videoconferência, onde as partes, os advogados, representantes e o juiz estão presentes. Apesar das novas tecnologias, como, celulares, tablets, computadores, notebooks, nem todas as pessoas possuem acesso, dificultando a promoção do acesso à justiça. Há o problema do distanciamento, em que pessoas estão na área rural e também o acesso ao escritório de seu advogado para a audiência, tendo em vista a redução dos horários dos transportes públicos. Problemas também são observados

em relação aos direitos dos presos para o exercício do contraditório e da ampla defesa, testemunhar por videoconferência, etc. (FREIRE; BATISTA, 2014, p.160).

É importante que o Poder Judiciário e as demais instituições do país, o que inclui a advocacia, sempre busque o ideal de justiça e equidade. Por isso, é importante estar atento aos aspectos tecnológicos, procurando proporcionar aos clientes do escritório melhores condições para essa era tecnológica. Não se trata apenas de uma questão de confiança, mas de acesso à justiça.

Explica Ana Mônica A. Amorim (2017, p.96), que o rol dos direitos fundamentais é amplo, sendo autoaplicáveis para resguardar a integridade física e psíquica dos cidadãos brasileiros. Isso permite tutelar a dignidade da pessoa humana, extensível a toda e qualquer pessoa que resida no território nacional, mesmo que não seja brasileiro.

Dentre os direitos fundamentais trazidos pelo art.5º da Constituição Federal, temos o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança, à intimidade, dentre outros, os quais não podem ser efetivamente garantidos sem o acesso à justiça (AMORIM, 2017, p.97).

Ousado talvez seja dizer que o acesso à Justiça é o direito dos direitos, ou o mais fundamental dos direitos; no entanto, o que adiantaria ter todo um acervo de normas de caráter material, sem que existissem mecanismos para sua efetivação, sem que os indivíduos pudessem buscar a efetivação de seus direitos, solucionando eventuais conflitos de interesses, pondo fim aos atos que violam preceitos normativos que lhes são outorgados (AMORIM, 2017, p.96).

O acesso à Justiça não significa apenas a oferta de mecanismos para propor a demanda, mas a busca por uma ordem jurídica justa, de defender-se das demandas promovidas contra si, igualdade de condições, e ao final, ter direito a uma decisão judicial pautada nos preceitos fundamentais (AMORIM, 2017, p.98).

Visando cumprir o princípio da transparência, deve o advogado esclarecer o máximo para o paciente o melhor caminho, e, também saber usar as redes sociais ao seu favor, como, por exemplo, Facebook e Instagram, que são as principais redes acessadas pelos brasileiros. A maneira com que o advogado se apresenta nestas redes é a ponte para que muitos contratos sejam firmados. Poderá demonstrar sua competência através de pequenas lives, stories, posts, dentre outros, aproveitando todo o arcabouço tecnológico disponível página (FREIRE; BATISTA, 2014, p.160/161).

Por conseguinte, não basta o advogado ter para si toda a informação e não compartilhar com seus clientes. O correto uso da tecnologia e, principalmente, a atualização sobre as mesmas também fortalece o acesso à justiça, além de ser um excelente marketing para o causídico.

5. Conclusão

A origem trissecular da profissão de advogado remonta às legislações portuguesas e a maneira como a justiça desse país era organizada. Neste sentido, tentou-se implantar no Brasil modelo semelhante. A dificuldade estava em formar um quadro próprio de funcionários e advogados, mas aqui não existia faculdade. Somente em 1827, com os cursos jurídicos de Olinda/Recife e São Paulo, a situação começou a mudar, vindo esses advogados a ocuparem os principais cargos na Administração Pública e a exercer a advocacia, num segundo momento. É possível afirmar que a nacionalidade genuinamente brasileira foi formada a partir da criação desses cursos jurídicos, pois a própria intelectualidade brasileira foi ganhando independência.

A obediência às normas legais e éticas são essenciais para o correto desenvolvimento da profissão de advogado e demais operadores do direito. Isso não se restringe a ler os artigos, mas a interpretá-los, procurando moldá-los de acordo com as necessidades que a realidade exige. A correta aplicação dessas regras traz segurança jurídica a todos os cidadãos e profissionais, pois seria impossível condicionar comportamentos sem que houve parâmetros éticos e legais.

Quanto aos desafios tecnológicos, não resta dúvida que os advogados têm um grande desafio pela frente, qual seja, adaptar-se à nova realidade que já se faz presente. Conhecendo essa realidade tecnológica e que tem em seu ápice atual a tecnologia artificial, permitirá melhor instruir o seu cliente nas demandas judiciais e nos acordos envolvendo arbitragem e conciliação, por exemplo. Se o processo é eletrônico e a justiça está informatizada, é coerente que o advogado também trabalhe neste sentido, equipando seu ambiente de trabalho para as novas propostas que surgirem, inclusive, adaptando seu marketing nas redes sociais, local onde o público se encontra atualmente.

É função da justiça "dar a cada um o que é seu, de acordo com uma igualdade". Por isso, não é exagero afirmar que o conhecimento do advogado sobre as novas tecnologias contribui para o acesso à Justiça e fortalece o Estado Democrático de Direito, pois sem o acesso à Justiça não há como amparar os demais direitos. Assim, se a tecnologia é uma ferramenta importante, cabe ao advogado superar as adversidades e se adaptar aos novos contextos e formas de se fazer justiça.

Referências

ALMEIDA, Guilherme Assis de; OCHSENHOFER, Christmann, M. **Ética e Direito**: Uma Perspectiva Integrada, 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Acesso à justiça como direito fundamental & Defensoria Pública. Curitiba/PR: Juruá, 2017.

BARRETO, Plínio. A cultura jurídica no Brasil (1822/1922). São Paulo: Estado de São Paulo, p.5-6. In: , Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**: 150 anos de ensino jurídico no Brasil. São Paulo: Perspectiva, 2011.

BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à Justiça**: instrumentos viabilizadores. São Paulo/SP: Letras Jurídicas (Univem), 2010.

BRASIL. **Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm Acesso em 01 agosto 2020.

CUNHA, Alexandre Sanches. **Manual de Filosofia do Direito**. 3ª ed. Salvador/BA: Juspodivm, 2020.

FREIRE, Emerson; BATISTA, Sueli Soares dos Santos. **Sociedade e tecnologia na era digital**. São Paulo: Érica, 2014.

GONÇALVES JUNIOR, Luiz Claudio. O positivismo e o ensino jurídico no Brasil: do final da Monarquia à República, p.53-73. In: Wander Bastos (Org). **Os cursos jurídicos no Brasil**: 190 anos. Rio de Janeiro/RJ: IAB Nacional, 2017.

IHERING, Rudolph Von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Martins Claret, 2005.

SEGURADO, Milton Duarte. **O Direito no Brasil**. Universidade de São Paulo: José Bushatsky, 1973.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Ética profissional**: conceitos, princípios e regras da ética jurídica. Curitiba: CRV, 2020 – Coedição: Volta Redonda/RJ: Jurismestre, 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 5ª ed. rev. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2010.

A defesa do SUS como exercício de direito fundamental

Benevenuto Silva dos Santos¹
Jullia Aléxia Fusco Teixeira Ferreira²

Resumo

A República Federativa do Brasil é signatária da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e por esta razão tem consolidada em sua Constituição Federal a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais que a protegem. Dentre estes direitos, trataremos acerca do direito à saúde, especificamente sobre o sistema público de saúde brasileiro, denominado como Sistema Único de Saúde (SUS), e a premissa de sua importância, uma vez que sua existência encontra-se ameaçada. O presente trabalho tem por finalidade elucidar a defesa do Sistema Único de Saúde não apenas como uma necessidade coletiva da maior parte da população brasileira, mas como forma de exercício de um direito fundamental.

Palavras-chave:

Cidadania. Constituição Federal. Direitos Humanos. Saúde. SUS.

1. Introdução

O Sistema Único de Saúde, ou como é popularmente conhecido por sua sigla "SUS", é inspirado no National Health Service do Reino Unido. O art. 4º da Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 dispõe como sendo um "conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público". Sua criação ocorreu devido a forte pressão popular durante o Movimento da Reforma Sanitária Brasileira que reafirmava a saúde como sendo um direito de todos, conforme assegurado pela Constituição Federal de 1988. Seus preceitos são: a universalidade, uma vez que atende a todos sem distinção de raça, gênero ou condição social de forma gratuita; a integralidade, visto que trata a saúde como um todo; e, equanimidade, pois garante recursos de acordo com as necessidades da população. Segundo o Ministério da Saúde, estima-se que o SUS beneficie mais de 150 milhões de brasileiros, que dependem de seu funcionamento para garantir o devido acesso à saúde, em suas mais diversas áreas.

Entretanto, apesar de notório reconhecimento nacional e internacional e da imensurável importância de sua funcionalidade, sua existência tem sido ameaçada, tanto em redução de recursos financeiros, quanto questões ideológicas. Diante do contexto, o presente trabalho propõe-se em tratar a necessidade de permanência efetiva do SUS e seus recursos, não apenas pela sua finalidade social, mas como o exercício de direito fundamental, um bem jurídico constitucionalmente tutelado e devido a todos os cidadãos.

2. O movimento da reforma sanitária brasileira e a criação do Sistema Único de Saúde brasileiro

O Movimento da Reforma Sanitária Brasileira (MRSB) surgiu em meados da década de setenta, um movimento postulando a democratização da saúde, justamente num período no qual novos sujeitos sociais emergiram nas lutas contra a ditadura (PAIM, 2007). Expressou em mobilização toda a indignação da sociedade frente às desigualdades devido à mercantilização da saúde, considerando a relativa decadência do ciclo de prosperidade econômica e social que se iniciou após a guerra. O MRSB gerou um amplo processo de incitação a transformações no setor da saúde, o que culminaria em março de 1986 na VIII Conferência Nacional de Saúde, um verdadeiro marco institucional que ganha significado, na aceção de Lúcia Regina Florentino Souto e Maria Helena Barros de Oliveira: "O significado político da VIII Conferência Nacional de Saúde transcende o âmbito da luta pelo direito à saúde e está no âmbito dessas práticas que marcam as possibilidades políticas de um tempo".

A dimensão democrática participativa (SOUTO E OLIVEIRA, 2016) alcançada pelo MRSB foi imensa. Após incessante luta por mudança em todo o setor da saúde a fim de alcançar as devidas melhorias nas condições de vida da população, finalmente foi resultado na universalidade do direito à saúde, posteriormente oficializada no texto legal da Constituição Federal de 1988 a chamada "Constituição Cidadã", com a decorrente criação do Sistema Único de Saúde do Brasil.

¹ Centro Universitário de Volta Redonda - UniFOA

² Centro Universitário de Volta Redonda - UniFOA

3. Considerações sobre a saúde no Brasil

O direito à saúde é inerente ao direito à vida. A saúde é reconhecida como direito humano, sendo conceituada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como "o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença". Ademais, a doutora em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo Sueli Dallari contextualiza uma visão mais ampla de seu conceito:

[...] Nós ouvimos que a saúde é um direito complexo, envolve o direito a completo bem-estar físico, o direito ao completo bem-estar social e o direito a não ficar doente. Isso significa, portanto, que o direito à alimentação é um direito envolvido no direito à saúde, porque eu preciso estar fisicamente bem. Assim como o direito ao abrigo está envolvido no conceito de saúde. A proteção contra o "stress" e a segurança no trabalho também são aspectos do direito à saúde porque, se saúde é o completo bem-estar mental, eu preciso ter segurança, não só a segurança do trabalho de que eu não vou ser mandado embora amanhã. Preciso também de um trânsito melhor para que eu não perca tanto tempo, não fique estressado e tenha então um completo bem-estar mental. Eu preciso ter possibilidade de vida em família, preciso ter lazer para ter saúde. Além disso, tenho o direito de não ser contaminado, e se perder a saúde, tenho o direito a ser tratado. Tudo isso é requisito para que eu tenha saúde. (DALLARI).

O direito à saúde representa uma conquista social, expressão de uma consciência sanitária (BERLINGUER, TEIXEIRA e CAMPOS, 1988) e é garantido no art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos e no art. 196 da Constituição Federal brasileira como um direito fundamental social, conforme dispõe em seu texto legal:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (ONU, 1948).

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988, art. 6º).

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988, art. 196).

A saúde no Brasil é um dever do governo, cuja competência de fornecimentos dos serviços é de responsabilidade comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme o art. 23, inciso II da CF/88, caracterizando assim uma administração pública tripartite, gerenciada pela Comissão de Intergestores Tripartite (CIT). Deste modo, o direito da saúde pública convém à ideia de direito administrativo, uma vez que trata de disciplina normativa caracterizada pelo preenchimento de princípios básicos da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público (MELLO, 1980).

No que concerne à saúde privada brasileira, esta é regulamentada pela Lei Nº 9.656/98 que dispõe sobre os planos de seguro e saúde privada no Brasil, e apesar de possuir considerável demanda, um estudo realizado em 2018 pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) e pela Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL) com 1.500 consumidores das capitais do país revela que 70% dos brasileiros participantes não possuem plano de saúde particular – seja ele individual ou empresarial, percentual ainda maior entre as pessoas das classes³ C, D e E (77%), de acordo com o mesmo, quando essas pessoas precisam de atendimento, 45% alegam utilizar o Sistema Único de Saúde (SUS).

Insta salientar que o senso comum limita-se a ideia de que pessoas que utilizam plano de saúde privado não fazem uso da saúde pública, o que evidentemente é uma falácia, considerando que ao nos referirmos ao acesso à saúde, não nos limitamos aos procedimentos médicos e clínicos que são realizados, mas sim a sua multiplicidade de serviços. São do SUS as ações de Vigilância Sanitária, isto é, a fiscalização dos alimentos que serão consumidos diariamente, bem como a qualidade da água distribuída a todos os cidadãos, de mesmo modo a Vigilância Sanitária de Zoonoses, que trata, entre outras atribuições, da castração e prevenção de doenças de animais. Também são atributos do SUS as campanhas de vacinação, de doação de sangue e de leite materno que abastassem os Bancos de Sangue e Bancos de Leite Humano, respectivamente, todos os anos.

³ As classes sociais também são classificadas em baixa, média e alta. O IBGE criou um sistema de medição que abrange cinco estratos sociais: A, B, C, D e E, sendo A a classe com maior e E a classe com menor poder aquisitivo e concentração de renda.

Em termos de acessibilidade, o SUS também é responsável pelo atendimento aos povos mais isolados, isto é, do campo, dos rios e das florestas, através das Unidades Básicas de Saúde Fluviais, das Equipes de Saúde Fluvial, do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena e as Unidades Básicas de Saúde Indígena, que atendem populações ribeirinhas e indígenas em regiões de difícil acesso. Ressalte-se que é extremamente necessário atribuir recursos para que este atendimento se mantenha e prospere, uma vez que possibilita a permanência destes povos em seus territórios, caso contrário, estes seriam obrigados a deixar suas terras.

4. Ameaças e obstáculos do SUS

A priori, deve-se enfatizar que uma ameaça ainda que indireta, continua sendo uma ameaça. Em um mecanismo funcional como o SUS, um obstáculo imposto pode ser comprometedor para seu funcionamento efetivo. Jairnilson Paim traz os valores dominantes na sociedade brasileira como uma das razões de ameaça ao SUS:

Em termos ideológicos, os valores dominantes na sociedade brasileira tendem mais para a diferenciação, o individualismo e a distinção do que para a solidariedade, a coletividade e a igualdade. Esse aspecto negativo é agravado pelas limitadas bases sociais e políticas do SUS que não conta com a força de partidos, nem com o apoio de trabalhadores organizados em sindicatos e centrais para a defesa do direito à saúde inerente à condição de cidadania, tal como ocorrera em países europeus que optaram pelo Estado de Bem-Estar Social. (PAIM, 2018).

O desconhecimento por muitas vezes pode ser tão perigoso quanto à ameaça material. Muitos cidadãos desprovidos de devida informação projetam uma imagem de um SUS precário e que mais prejudica do que ajuda, sem nem se dar conta do colapso que seu fim pode significar. Em reportagem, o médico Paulo Dantas, ex-presidente da CONASEMS (Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde) e membro do conselho aduz a importância da informação à população, e como sua ausência pode ser um óbice para a formação da opinião popular:

Caso a população tivesse acesso a informações corretas, conhecimento real dos motivos das dificuldades do SUS, da importância do controle social no Sistema, certamente teria outra avaliação, mais positiva, e teríamos mais participação na luta pelo fortalecimento da saúde pública. (DANTAS, 2020).

Entretanto, a principal ameaça do SUS é o subfinanciamento. A insuficiência de recursos que deveriam ser fornecidos pelo governo ocasiona em problemas na manutenção da rede de serviços e na remuneração de seus trabalhadores, limitando os investimentos para a ampliação da infraestrutura pública (PAIM, 2018). A política do "teto dos gastos" foi adotada em dezembro de 2016 por meio da Emenda Constitucional (EC) Nº 95 criada pelo governo Michel Temer. Durante 20 anos, as despesas primárias do orçamento público ficarão limitadas à variação inflacionária. Isto é, não ocorrerá crescimento real das despesas primárias, quais sejam, as despesas de custeio com serviços públicos e as despesas com investimentos. A Emenda Constitucional do Teto dos Gastos Público não só congela, mas reduz os gastos sociais em porcentagem per capita e em relação ao Produto Interno Bruto (PIB). Durante o atual período pandêmico, um orçamento emergencial para enfrentamento à pandemia foi criado como exceção à EC 95, entretanto, no ano de 2021 esta exceção não existirá mais, o que significa que tornará a ocorrer à asfíxia orçamentaria da Emenda Constitucional 95/2016.

Segundo informações do Conselho Nacional de Saúde (CNS), a EC 95 já retirou dos cofres públicos dentro do período de 2018 até o presente momento o valor de R\$ 22,48 bilhões de reais que seriam destinados à saúde pública, e prevê que o congelamento dos investimentos em saúde e educação até 2036, pode gerar um prejuízo estimado em R\$ 400 bilhões para o Sistema Único de Saúde. Sua existência não contribui para uma melhor eficiência, tampouco racionaliza o gasto público, sua finalidade está na destruição de direitos constitucionais, o estímulo da desigualdade e em manter, se não aumentar, os privilégios da elite econômica, que se beneficia dos mercados de plano de saúde privada, indústrias farmacêuticas e médico-hospitalares.

Uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ⁴ contra a Emenda Constitucional Nº 95 tramita no Supremo Tribunal Federal, em que reafirma que a supracitada emenda causará consequências negativas para a população brasileira. Recentemente, devido à situação em que o país se encontra com a pandemia do COVID-19 há uma maior cobrança popular resultante de movimentos em defesa do SUS nas mídias sociais, incluindo um abaixo-assinado online criado pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS) e Associação Brasileira em Defesa dos Usuários de Sistemas de Saúde (ABRASUS) que já possui mais de trinta e um mil assinaturas, para que seja declarada a inconstitucionalidade da EC 95, uma vez que o serviço de saúde pública necessita dos recursos financeiros que foram tomados dos cidadãos. Em agosto, o Conselho Nacional de Saúde (CNS) criou outra petição: "Você vai deixar o SUS perder mais R\$ 35 bilhões em 2021?", cujo lançamento oficial aconteceu no dia 11 de agosto,

⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.658, de relatoria da ministra Rosa Weber.

5. Conclusão

O presente trabalho apresentou o Sistema Único de Saúde desde sua idealização durante o Movimento da Reforma Sanitária no Brasil, de mesmo modo sua previsão constitucional e garantia como um direito humano devido a todos, isto é, o direito ao acesso à saúde. Tratamos também do SUS em nosso cotidiano, e sua presença na água que bebemos, no ar que respiramos, nos diversos medicamentos que compramos, enfim, em vários atos fiscalizados por meio das diversas vigilâncias à saúde. Ademais, abordamos sobre os obstáculos que enfrentam seu funcionamento e sua existência, bem como a importância de seu acesso gratuito.

Ante o exposto, podemos considerar que, de fato há estorvo no SUS. Seus procedimentos podem ser morosos e apresentar falhas por vezes, porém este não é um problema ligado a sua existência, e sim a sua falta de recursos, que por sua vez apresenta um investimento cada vez mais tendencioso à precariedade por parte do governo que deveria por lei zelar e fornecer os meios para sua constante melhora.

"Saúde é democracia e democracia é saúde", quando o sanitarista Sérgio Arouca ensinou essa frase em seu histórico discurso em 1986 talvez não fizesse ideia do quão atual ela seria trinta e quatro anos depois. Vivemos um período em que a luta pela democracia não é mais facultativa, e sim uma necessidade. Quando Arouca refere-se à saúde como o exercício da democracia, ele a traz como o direito fundamental que nos pertence. Defender o SUS não é uma questão unicamente de conveniência, mas sim de exercer um direito fundamental social e coletivo, que faz parte da nossa cidadania. O SUS é referência internacional e devemos defender a sua constante melhoria ao invés de torcer pelo seu fim, pois ele faz parte de um direito conquistado e garantido a base de muita luta civil. Por isso, defendam o SUS.

Referências

- BERLINGUER G, TEIXEIRA S.F., CAMPOS G.W.S. **Reforma Sanitária: Brasil e Itália**. São Paulo: CEBES-Hucitec; 1988.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- _____. **Decreto-lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 05 de ago. de 2020.
- _____. **Acesso da população à saúde pública**. 2017. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/28563-ministro-da-saude-discute-acesso-da-populacao-a-saude-publica>>. Acesso em 06 de ago. de 2020.
- _____. **Nota pública do Conselho Nacional de Saúde**. 2020. Disponível em: <<https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1064-nota-publica-cns-reivindica-revogacao-imediata-de-emenda-que-retirou-verba-do-sus-prejudicando-enfrentamento-ao-coronavirus>>. Acesso em 06 de ago. de 2020.
- _____. **Pesquisa de consumo**. Disponível em: <<https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/pesquisa/4210>>. Acesso em 06 de ago. de 2020.
- DALLARI, S.G. **Direito à Saúde**. DHnet Direitos Humanos na Internet. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/bib/dallari3.htm>>. Acesso em: 06 de ago. de 2020.
- MELLO, C.A.B. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo, Revista dos Tribunais 1980.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 05 de ago. de 2020.
- PAIM, J.S. **Reforma sanitária brasileira: contribuição para compreensão crítica**. 2007. 300 f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Instituto de Saúde Coletiva, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007.
- _____. **Sistema Único de Saúde aos 30 anos**. Instituto de Saúde Coletiva, Departamento de Saúde Coletiva I, Universidade Federal da Bahia, 2018. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/csc/v23n6/1413-8123-csc-23-06-1723.pdf>>. Acesso em: 05 de ago. de 2020.
- PETIÇÃO ONLINE. **Assine contra a redução de investimentos em saúde**. Disponível em: <<https://peticaopublica.com.br/pview.aspx?pi=BR102140>>. Acesso em: 05 de ago. 2020.
- SOUTO, L.R.F, DE OLIVEIRA, M.H.B. Movimento da Reforma Sanitária Brasileira: um projeto civilizatório de globalização alternativa e construção de um pensamento pós-abissal. Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca (Ensp), Departamento de Direitos Humanos, Saúde e Diversidade Cultural. Rio de Janeiro. 2016. Disponível em: <<http://www6.ensp.fiocruz.br/repositorio/sites/default/files/arquivos/MovimentoReformaSanitaria.pdf>>. Acesso em: 05 de ago. de 2020

O direito a saúde no encarceramento: uma análise sobre a saúde mental de mulheres presas

Iohana Viana Araujo¹

Kaline Faria de Jesus²

Maria Cristina Alves Delgado de Ávila³

Resumo

O presente artigo propõe analisar e discutir a inobservância do direito a saúde que atinge as mulheres encarceradas no Brasil. Há de se destacar que, o direito a saúde é constitucionalmente previsto a todos os cidadãos no artigo 196 de nossa Carta Magna, sobretudo em relação à qualidade psíquica e emocional, no qual é dever do Estado garantir a proteção deste direito em sua totalidade também às mulheres submetidas ao encarceramento, a fim de que possam ser reduzidos os riscos de doença, e ser proporcionado o acesso universal e igualitário aos seus tutelados, sobretudo aos privados de liberdade. Neste trabalho as metodologias de pesquisa adotadas foram o método analítico-descritivo, através do levantamento bibliográfico, e analítico-quantitativo com base nos dados levantados pelo INFOPEN. É certo que o tema é de suma relevância e merece ser debatido, uma vez que se constatou um alto número de mortes por suicídio entre detentas mulheres, dentro das penitenciárias brasileiras, sendo esta marca ultrapassada apenas pelas mortes por causas naturais em face do limitado número de profissionais da área presentes nos presídios.

Palavras-Chave:

Mulheres. Saúde Mental. Encarceramento.

1. Introdução

O direito a saúde é um direito constitucionalmente garantido a todos, se encontrando na Constituição como um direito social, que é garantido a todos, sem qualquer tipo de distinção. E assim, por ser um direito de todos, ele também é garantido, igualmente, as pessoas em situação de encarceramento, que, por terem cometido um delito estão sob custódia estatal, e então, estas pessoas que se encontram privadas de liberdade dependem do Estado, primordialmente para o exercício de seus direitos elementares dentre deles a saúde. Conquanto, é sabido que as unidades prisionais brasileiras carecem de enfoque quanto a garantia à saúde dos presos.

E, dentro desse aspecto se percebe que existe um alto índice nas taxas de suicídio, especialmente entre mulheres presas, onde percebe-se que a saúde mental das presas é vista como coadjuvante dentre os direitos das detentas, se constatando que a saúde psíquica se encontra ainda menos priorizada, no contexto nacional.

Diante disso, esta pesquisa objetiva analisar de forma crítica o direito a saúde mental das detentas em face de dados atuais de sua condição de saúde, por meio de um método analítico-descritivo, realizando um levantamento bibliográfico e analítico-quantitativo com base nos dados levantados pelo INFOPEN. Inicialmente, será abordado o direito a saúde como um direito fundamental em nosso ordenamento jurídico. Em seguida, serão analisados os dados referentes a saúde mental das detentas no sistema prisional brasileiro, com um enfoque na discussão sobre a alta taxa de suicídio. Por fim, serão levantadas as hipóteses dos meios efetivos de se garantir a saúde mental destas mulheres que se encontram privadas de liberdade, mas não podem ser negligenciadas enquanto seres humanos, cidadãos brasileiros, que devem ter sua dignidade respeitada integralmente.

A discussão se justifica, haja vista que, a morte destas mulheres por conta de uma inércia estatal no que se refere aos cuidados com a saúde mental das mesmas fere diretamente nossa Magna Carta e princípios como a dignidade da pessoa humana.

2. A saúde como um direito fundamental

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, denominada Constituição Cidadã, traz como fundamento da República Federativa do Brasil, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, com previsão no art. 1º, inc. III, retomando assim os direitos fundamentais com previsão no título II, com a denominação de

¹Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). Pesquisadora, pela mesma instituição, do NUPED – Núcleo de Pesquisa do Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania". E-mail: iohanava@gmail.com

²Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). Pesquisadora, pela mesma instituição, do NUPED – Núcleo de Pesquisa do Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania". E-mail: kalinefj@hotmail.com

³Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania. Professora do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM. Pesquisadora do NUPED – Núcleo de pesquisa do curso de Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania". E-mail: cristina.delgado@uol.com.br

Direitos e Garantias Fundamentais, os quais são subdivididos em cinco capítulos, dentre os quais temos os direitos sociais, onde se tem que o Estado social de direitos deve garantir os direitos relacionados no artigo 6º, onde coloca que são direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

A finalidade dos direitos sociais é garantir a melhoria das condições de vida daqueles que seriam aos olhos da sociedade considerados como menos favorecidos, para justamente possibilitar a igualdade social, atendendo ao princípio da isonomia, também um princípio constitucional. Tem-se assim que a Saúde é considerada um direito social, sendo o mesmo de tal importância que foi inserido no título VIII, da Ordem Social, no Capítulo II - Da Seguridade Social, Seção II - Da Saúde, dos artigos 196 a 200, sendo que no artigo 196 estabelece em relação a saúde que é um direito "de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Com isso se tem que a saúde é tipificada como um bem jurídico indissociável do direito à vida, onde então o Estado tem o dever de tutelá-lo de forma igual a todos que se encontram na sociedade, de forma que sejam garantidos através de políticas econômicas e sociais, onde então se utilizando dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade possibilitem a efetivação das previsões constitucionais em relação à saúde, como direito de todos os cidadãos.

A partir da CRFB/88, seguindo um processo de desenvolvimento houve a implantação de dois sistemas: Unificado Descentralização de saúde – SUDS, e o Sistema Único de Saúde – SUS, objetivando a descentralização e a municipalização do sistema de saúde. A implementação do SUDS resultou num deslocamento das responsabilidades de gestão dos serviços de saúde para o nível estadual, permitindo uma efetiva descentralização administrativa. A esse respeito, Monti (1992, p. 40) afirma que em 1987, inclusive antes mesmo da determinação constitucional:

(...)a implantação do Sistema unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS) em São Paulo foi o movimento mais importante do sistema de saúde do país, ao longo de sua história, sendo que através do convênio assinado para implantação do SUDS previa a transferência dos recursos e responsabilidades do governo federal à Secretaria Estadual de Saúde, para implantação de um modelo baseado na universalização, descentralização, regionalização, hierarquização e integralização das ações, princípios estes que haviam sido consagrados na 8ª Conferência Nacional de Saúde.

Com a criação do SUS, efetivou-se uma descentralização, a nível municipal, da gestão dos serviços públicos de saúde. Com respeito à operação das unidades de saúde, houve a transferência da maior parte das atribuições da rede Federal para os Estados e Municípios. A partir daí os Estados e Municípios passaram a executar os serviços e seu financiamento complementar, competindo à União a responsabilidade pelo financiamento básico e a operação de sua rede própria. De se ter em mente que o novo sistema de saúde não se limita apenas à assistência médica, mas exige um conjunto de intervenções públicas em relação às questões econômicas, educacionais, ambientais capazes de garantir à população um padrão de vida mais digno. Foi a partir da implantação do SUDS/SUS, que se formou um sistema nacional de saúde no Brasil.

A criação do SUS possibilitou à sociedade civil organizada intervir no planejamento das políticas sociais, e, no desenvolvimento social, por meio da participação nos conselhos de saúde e outros. Na visão de Nunes e Brakarz (1993, p. 257) "o Sistema Único de Saúde representou um avanço considerável na definição de competências e padrões de organização do setor público". E, as principais atribuições do SUS estão previstas na CRFB/88, em seu artigo 200, onde se pode verificar que ao SUS foram delegadas competências para que o sistema de saúde no Brasil pudesse tentar atingir seu ideal.

Assim, se a saúde é direito de todos, conforme previsto no artigo 196 da CRFB/88, qualquer pessoa tem direito de obter atendimento na rede pública de saúde, independentemente de contribuição, visando atender ao princípio da universalidade. Ibrahim (2018, p. 8) quanto ao assunto afirma que: "... a saúde é garantida mediante políticas sociais e econômicas, visando a redução do risco de doença e de outros agravos, com o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços necessários à sua promoção, proteção e recuperação".

Dessa forma as ações e os serviços direcionados a saúde, são de importância ímpar, razão pela qual cabe ao poder Público sua execução, quer de forma direta ou mesmo através de terceiros, que executem os atos necessários a garantir a plena saúde àqueles que necessitam, e que a mesma ocorra de forma eficaz. Numa análise atual, os conceitos de políticas públicas de saúde devem envolver decisões de caráter geral, tomadas pelos gestores de forma compartilhada com parceiros e interlocutores, visando sempre à participação da sociedade com o objetivo de dar validade e implementação às políticas. Observa-se que a crise existente no setor de saúde no Brasil tem contribuído para ampliar ainda mais a criação de planos e seguros de saúde que há muito proliferam no país, razão pela qual o próprio Governo já se preocupando com esta ampliação, estabeleceu leis e mecanismos de controle sobre tais sistemas, exigindo que os mesmos atendam à saúde da população, de forma

que esta possa ser incentivada a procurá-los, ficando somente a cargo dos Governos o atendimento daqueles que realmente se encontram em situação de pobreza.

Importante ressaltar que o Estado não se posiciona a respeito de o SUS atender apenas aos mais necessitados, mesmo porque conforme já demonstrado a CRFB/88 declara que o Estado deve gerar saúde a todos. Mas, na realidade, este preceito não é atendido, tendo em vista as inúmeras dificuldades financeiras encontradas pelo SUS no atendimento ao usuário, com inúmeras filas de espera, o que leva aqueles que possuem recursos, a procurar o sistema privado. Esse quadro impõe aos administradores públicos a formulação e implementação de políticas públicas eficientes que garantam acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar considerando a escassez de recursos disponíveis para aplicação no sistema de saúde que se vê rotineiramente é que o setor da saúde pública no Brasil se encontra numa crise nacional, onde não se tem medicamentos e profissionais suficientes a atender a necessidade da população, com hospitais lotados e todas as outras mazelas que se apresentam na área da saúde, o que então repercute de forma direta aos cidadãos, pois acaba não tendo acesso pleno e eficaz aos recursos que lhe são necessários a lhes garantir o pleno direito a saúde, como uma condição fundamental ao ser humano. Com isso há necessidade de que o Estado estabeleça critérios de alocação de recursos e de atendimento das demandas, para que seja efetivamente possível o resguardo ao princípio da igualdade, além da aplicação da entrega da prestação demandada, já que um dever do estado como Ente público oferecer e manter todas as medidas necessárias a diminuir o risco a saúde de todos.

E, assim, por ser a saúde um direito fundamental e ainda um direito inalienável de todo cidadão que vive no Brasil, deve possuir a máxima eficácia e efetividade possível, configurando-se ainda como requisito essencial para atender a dignidade humana que é o fundamento da República segundo o artigo 1º, inciso III, da Constituição, inclusive quando estamos a falar daqueles que se encontram momentaneamente privados de sua liberdade, vez que em tais casos com ainda mais força é o Estado quem deve assumir sua proteção e manutenção de tudo aquilo que lhe for essencial, e necessário a lhe garantir a dignidade a que tem direito dentro de nossa sociedade.

3. A saúde das mulheres no encarceramento: uma análise das taxas de suicídio nas unidades prisionais

Como anteriormente citado, a saúde é um direito basilar inerente a todos cidadãos brasileiros, ficando a cargo dos entes estatais promoverem sua acessibilidade. Ocorre que este direito se torna um tanto inacessível quando observadas as questões referentes ao sistema de saúde nas unidades prisionais brasileiras, vez que não há por parte do Estado qualquer preocupação e/ou mesmo recursos a atender a essa demanda. Ademais, a saúde mental das pessoas privadas de liberdade, homens ou mulheres, é ainda menos priorizada dentro do sistema penitenciário brasileiro, apesar de estar incluído dentre os direitos dos presos, conforme prevê a Lei de Execução Penal - LEP, e o Código Penal Brasileiro - CPB, sendo a saúde mental veementemente ignorada pelo Estado, o que reflete em taxas de suicídio ocorridos dentro das unidades prisionais, conforme se observa dos dados do INFOPEN – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Desde já é importante destacar que o estado mental das mulheres presas é ainda mais traumático quando comparados aos dos homens, uma vez que muitas já adentram ao cárcere com a saúde psíquica fragilizada por terem vivenciado episódios de violência física e sexual ao longo da vida, conforme é salientado por Nour *et al* (2015, p.85):

Pesquisas recentes descrevem que as presas têm elevado grau de comorbidade psicopatológica, dependência de substâncias, transtorno de estresse pós-traumático e depressão, sendo também mais propensas a doenças mentais quando comparadas à população carcerária masculina, exceto quando se trata de transtorno de personalidade antissocial. Observa-se que de 1/3 a 2/3 de todas essas mulheres precisam de tratamento mental e, aproximadamente, 1/5 tem histórico de uso de medicação psicotrópica. Além disso, vivenciaram mais experiências traumáticas, incluindo abuso físico e sexual precoce.

Através de dados recentes, publicados pelo INFOPEN, no período de julho a dezembro de 2019, verificou-se que cerca de 23,53% das mortes de detentas mulheres foram decorrente de suicídio, perdendo apenas para as causas naturais, que totalizam 70% das mortes. Tal número, no caso de detentos homens é muito inferior, sendo apenas 6,81% das mortes de detentos homens causadas por suicídio, mostrando assim a fragilidade das mulheres nesse aspecto.

Como visto, é uma porcentagem extremamente alta para um período curto de alguns meses, e, a incidência especial deste fenômeno em mulheres se mostra clara quando se compara os números com as taxas de suicídios masculinos, tornando os dados referentes às detentas femininas ainda mais alarmantes. Esta alta taxa de suicídio entre as mulheres presas pode ser explicada por muitos fatores, porém o principal é o reflexo da desvalorização da saúde mental pelo Estado, isto porque ao ser analisados os demais dados da pesquisa, verifica-se que o acesso as consultas psicológicas é ínfimo para a quantidade de mulheres encarceradas que carecem de acompanhamento médico, tendo sido constatado pela mesma pesquisa realizada pelo INFOPEN de 2019 que, em todas as unidades prisionais do Brasil, no período analisado, apenas 10% dos procedimentos médicos de detentas mulheres foram de consultas psicológicas.

Com isto, percebe-se que as estimativas se justificam em razão do número de profissionais da saúde presentes e habilitados para exercício da função nas unidades prisionais brasileiras, pois na mesma pesquisa, fora constatado que, em todo Brasil, em prisões femininas, masculinas e mistas, havia apenas 238 médicos psiquiatras atuantes, e 1.244 psicólogos (INFOPEN, 2019).

Assim, com poucas consultas psicológicas e um número extremamente limitado de profissionais, é de se esperar que os números de suicídios entre as detentas sejam tão altos, especialmente quando analisamos o contexto a que estas mulheres estão inseridas, uma vez que a situação de privação de liberdade por si só, já justifica a necessidade de tratamento psicológico, muito em razão do histórico antepassado vivenciado pela presa, ressaltando assim as doenças psicológicas já existentes antes da mulher ser apenada, o que inclusive é ressaltado por Dalgalarro e Moraes (2006) quando afirmam:

Quando em comparação com os dados de saúde mental da população geral, a população carcerária apresentava taxas de transtornos mentais três a quatro vezes superiores às da população geral, entretanto as prevalências são ainda mais altas quando se consideram apenas as mulheres presas (excetuando-se a esquizofrenia). Os transtornos mentais mais encontrados foram depressão, abuso de substâncias psicoativas e transtorno de estresse pós-traumático.

Para, além disso, o ambiente das prisões também influencia diretamente a saúde mental das mulheres encarceradas, que além de terem de lidar com a privação de sua liberdade, ainda são obrigadas a conviverem com diversas outras mulheres em situação insalubre, o que é identificado por Assis, Constantino e Pinto (2016) quando citam:

As prisões brasileiras são marcadas por um conjunto de carências de natureza estrutural e processual que afetam de forma direta os resultados produzidos em relação à pretendida ressocialização dos reclusos e à sua saúde. Estudos mostram que aspectos como ócio, superlotação, pouca quantidade de profissionais dedicados à saúde, ao serviço social e à educação, além de arquitetura precária e ambiente insalubre, alimentam o estigma e atuam como potencializadores de diferentes iniquidades e enfermidades.

Desta forma, é possível afirmar que, o local em que estas mulheres estão condicionadas a ficar somado as suas doenças preexistentes, a deficiência de profissionais focados na saúde mental e pouca importância dada ao tema, e ainda a própria inércia do Estado, acabam por resultar nas expressivas taxas de suicídio entre mulheres privadas de liberdade no Brasil.

4. Dos meios de garantir a saúde mental das detentas

O sistema prisional brasileiro apresenta diversos *déficits* muito por conta da falta, ou da não implementação de políticas públicas que supram as deficiências apresentadas neste cenário, como o superlotamento, a inexistência de subsídios necessários, ou quadro de funcionários de equipe médica suficiente para a demanda existente, o que dificulta que as presas exerçam seus direitos neste ambiente. A partir daí, é preciso pensar em meios eficazes que promovam ou ao menos possibilitem e minimizem o abalo mental de mulheres encarceradas que sofrem com transtornos psicológicos, uma vez que já foi constatado que o quadro de médicos voltados para área da psicologia é inferior ao número de presas que necessitam do acompanhamento, como já demonstrado anteriormente, o que reforça a displicência que existe no acompanhamento dessas mulheres, que nem sequer tem direito, de por conta própria procurarem uma outra alternativa para as suas necessidades.

Levando-se em "consideração o atual conceito ampliado de saúde e a perspectiva de cidadania e justiça social, as experiências em instituições prisionais devem preservar a saúde dos reclusos (NOUR, et al, 2015). Nesse âmbito, o Estado deve construir espaços produtivos, incentivar hábitos saudáveis e tentar recuperar, por meio de ações educativas, sua autoestima e cidadania para reintegrá-las à sociedade (NOUR, et al, 2015) promovendo assim meios de cuidar da saúde mental dos indivíduos privados de liberdade.

Por isto, a formulação de políticas direcionadas a população encarcerada é de suma importância, uma vez que contribuem para que a presa volte a sociedade minimamente reestabelecida. Sendo assim, pode-se destacar como meios de garantir à saúde mental das presas a formulação de programas articulados ao sistema de saúde penitenciário que integre tratamento psicológico e terapêutico as mulheres encarceradas, para que assim pudessem ser amenizados problemas como depressão, sendo primordial "uma atenção multidisciplinar às detentas, integrando diversas modalidades de tratamento (psicológico, psiquiátrico, terapêutico ocupacional) (...) e maior investimento no sistema prisional para ampliar e qualificar os serviços de saúde mental" (NOUR, et al, 2015).

Ainda nesse sentido, destaca-se a importância de estratégias voltadas para profissionalizar as detentas, sendo uma forma de cuidar da condição psicológica delas e sobretudo, ser possível posteriormente sua inserção ao mercado de trabalho. Sendo também preciso "cuidados especializados à sua condição física e psicológica;

condições para a maior convivência com os filhos; garantia do direito à visita íntima; ações de apoio espiritual, entre outras". (NOUR, et al, 2015).

Por fim, conclui-se que é preciso que o poder público como ente responsável principal assuma o papel de ressocializador dos indivíduos acometidos ao cárcere, e promova meios que garantam a saúde mental de mulheres encarceradas, a fim de recuperar a saúde psíquica dessas através de estratégias educativas já previstas pelo ordenamento jurídico, e, sobretudo a relocação de equipe médica necessária para atender as detentas que carecem de mais atenção, evitando assim o adoecimento mental das mulheres encarceradas e tornando possível a diminuição da taxa de suicídios dentro dos presídios, já que as mesmas tem esse direito reconhecido constitucionalmente.

5. Conclusão

Em suma, é certo que os meios viáveis para garantia da saúde mental de mulheres presas deveriam ser priorizados pelo Estado, viabilizando assim o exercício do direito a integridade física e psicológica das presas, no qual é previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro que incumbe ao Estado à obrigação assistencialista material e psicológica aos indivíduos privados de liberdade, uma vez que estes estão sob sua custódia em presídios e penitenciárias, sendo isto previsto pela LEP e pelo CPB. Todavia, é sabido que os problemas de superlotação e falta de recursos financeiros torna inviável a manutenção de programas que visem cuidar da estabilidade mental e emocional de mulheres presas, tornando o acompanhamento psicológico uma utopia e em consequência, a saúde mental não é vista, se tornando invisível aos olhos da sociedade.

Contudo, acredita-se que há formas alternativas para manutenção do exercício do direito a saúde dessas mulheres, sobretudo a saúde mental que é diariamente denegrida no encarceramento, havendo a "necessidade de implementar medidas de prevenção e promoção da saúde no sistema prisional brasileiro, para proporcionar maior apoio a essa população, favorecendo suas condições de reabilitação perante a sociedade" (NOUR, et al, 2015). Desta forma, conclui-se que é necessário que o Estado priorize essas ações e promova a criação de políticas públicas que redirecionem programas socioeducativos, e ações conjuntas de saúde, sendo preciso primordialmente o direcionamento de recursos financeiros para que tais estratégias sejam efetivadas, tornando realidade a ressocialização dessas mulheres, bem como a manutenção da qualidade mental enquanto encarceradas, e efetivando os princípios de cidadania e dignidade que devem ser garantidos também as mulheres privadas de liberdade.

Referências

ASSIS, Simone Gonçalves de, CONSTANTINO, Patricia, e PINTO, Liana Wernersbach. **O impacto da prisão na saúde mental dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil**. *Ciência & Saúde Coletiva* [online]. 2016, v. 21, n. 7, pp. 2089-2100. ISSN 1678-4561. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232015217.01222016>. Acesso em Nov. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso: em 29 Out. 2020.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 23 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS – INFOPEN, 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMmU4ODAwNTAtY2lyMS00OWJlLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliiwiidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> . Acesso em Nov. 2020.

MONTI, José Fernandes Casquel. **Sistema único de Saúde uma reforma no meio do caminho** in São Paulo em Perspectiva. outubro/dezembro de 1992. SEADE. p. 40.

MORAES, Paulo Augusto Costivelli de; DALGALARRONDO, Paulo. **Mulheres encarceradas em São Paulo: saúde mental e religiosidade**. *J. bras. psiquiatr.*, Rio de Janeiro, v. 55, n. 1, p. 50-56, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0047-20852006000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em Nov. 2020.

NUNES, Edson de Oliveira e BRAKARZ, José. **Política social e a reforma fiscal: as áreas de educação e saúde** in Estudos Econômicos. IPE - Instituto de Pesquisas Econômicas. São Paulo. v. 23, n. especial. 1993.

NOUR, Guilherme et al. **Ação educativa de promoção da saúde mental na cadeia pública de sobral (CE)** in Sanare, Sobral, V.14, n.02, p.84-90, jul. /dez. 2015. Disponível em: <https://sanare.emnuvens.com.br/sanare/article/download/830/501>. Acesso em nov.2020.

Violência contra a mulher: a invisibilidade das vítimas portadoras de deficiência

Iohana Viana Araujo¹Kaline Faria de Jesus²Maria Cristina Alves Delgado de Ávila³

Resumo

O presente trabalho se propõe a verificar a incidência de violência doméstica e familiar que atinge especificamente mulheres portadoras de necessidades especiais. A partir disto, será feita uma análise sobre como mulheres nessas condições são ainda mais inviabilizadas quando imersas em um contexto violento. De fato, a violência contra a mulher ainda é uma realidade no Brasil, sendo este quadro crítico e alarmante, e tendenciosamente agravante, uma vez observados o número crescente de casos não denunciados. Verifica-se que a situação se agrava, sobretudo para as deficientes já que a denúncia se torna ainda mais emblemática, tendo em vista a impossibilidade da vítima em obter meios de denunciar de forma autônoma o agressor. Não obstante, será levantada sobre a inércia estatal no que tange a proteção destas mulheres, e inacessibilidade às políticas públicas nesse sentido. As metodologias de pesquisa utilizadas no presente artigo foram o levantamento bibliográfico, método analítico-quantitativo, e análise dos dados colhidos pela Base de Dados dos Direitos da Pessoa com Deficiência. O tema é de extrema relevância haja vista a violação dos direitos básicos destas mulheres afligidas pela violência e reféns de seus agressores.

Palavras-Chave:

Mulheres. Violência contra a mulher. Pessoa com deficiência. Invisibilidade.

1. Introdução

O Brasil é um país assombrado pela violência doméstica e familiar contra a mulher. Os altos números de casos e denúncias só sobem com o decorrer do tempo, afetando mulheres de diversas raças, idades, escala social e econômica. Tal realidade não exclui as mulheres com deficiência, sendo estas pertencentes em uma camada marginalizada da população que tende a ser duplamente ignorada pela sociedade. Estas mulheres, assim como as mulheres não portadoras de deficiência, sofrem em seus lares violências de cunho físico, moral, sexual, dentre outras situações degradantes. Conquanto, a situação das mulheres com deficiência se difere em relação a dificuldade de denunciar e a falta de mecanismos pelos entes públicos que protejam de fato mulheres com necessidades diferenciadas e vítimas de violência doméstica.

O presente artigo por meio de uma pesquisa bibliográfica e documental, assim como análise de dados, visa discutir o *status* de invisibilidade vivenciado por mulheres com deficiência vítimas de violência doméstica ou familiar no Brasil. Em um primeiro momento, irá ser feita um panorama geral sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil. Posteriormente, serão analisados os direitos das pessoas com deficiência em nosso ordenamento jurídico. E por fim, será discutida a invisibilidade que assola as mulheres com deficiência vítimas de violência doméstica e familiar em nosso país.

Faz-se necessário discutir tal assunto, haja vista a inexistência de norma jurídica que disponha especificamente sobre a proteção legal e efetiva das mulheres com deficiência, alinhada, sobretudo à inexistência de meios atuais de denúncia, e a ineficácia dos meios existentes, que restam inacessíveis para esta parcela da população que necessita, acima de tudo, de ajuda estatal e um tratamento diferenciado.

2. A violência doméstica e familiar contra as mulheres no Brasil

O contexto de violência ainda está submerso em muitas famílias brasileiras, tendo como principais vítimas as mulheres, e como principal cenário o local onde elas residem, muitas vezes com seus agressores. A seguinte afirmação pode se dar uma vez que o Brasil apresenta altos índices de violência em que mulheres são vítimas, nos quais serão demonstrados posteriormente, dados estes que são colhidos por diferentes pesquisas e

¹Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). Pesquisadora, pela mesma instituição, do NUPED – Núcleo de Pesquisa do Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania". E-mail: iohanava@gmail.com

²Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). Pesquisadora, pela mesma instituição, do NUPED – Núcleo de Pesquisa do Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania". E-mail: kalinefj@hotmail.com

³Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania. Professora do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM. Pesquisadora do NUPED – Núcleo de pesquisa do curso de Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania". E-mail: cristina.delgado@uol.com.br

demonstram empiricamente que este cenário ainda é comum nos lares brasileiros. À priori vale trazer a conceituação de violência contra a mulher trazida pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que define como:

(...) qualquer conduta – ação ou omissão – de discriminação, agressão ou coerção, ocasionada pelo simples fato de a vítima ser mulher e que cause dano, morte, constrangimento, limitação, sofrimento físico, sexual, moral, psicológico, social, político ou econômico ou perda patrimonial. Essa violência pode acontecer tanto em espaços públicos como privados.

Ademais, cumpre destacar que existem diferentes modalidades de violência, de forma que tal ação violenta se enquadra como uma violência de gênero, podendo esta violência ser: doméstica, familiar, física, institucional, intrafamiliar, moral, patrimonial, psicológica e a violência sexual, conforme está elencado no artigo 7º da Lei 11.340/2006, ou seja, há diferentes formas em que tal brutalidade pode ser cometida a uma mulher, podendo lhe causar danos até irreparáveis, uma vez que muitas dessas mulheres sofrem cotidianamente com tal violência, tendo uma vida extremamente instável e fragilizada.

É sabido que a Lei 11.340/2006 conhecida popularmente como lei Maria da Penha, apesar de ser referendada nacionalmente, e ter como objetivo principal a criação de mecanismos para coibir, prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, conforme traz seu artigo 1º, e ainda dispor sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (BRASIL, 2006), sendo esses órgãos meios de viabilizar tais objetivos supracitados, se observa na prática que apenas a promulgação da mesma unicamente não foi capaz de mudar drasticamente o quadro de violência contra as mulheres no Brasil. De se ter que um instrumento legislativo por si só, não muda a realidade de um cenário violento se não for utilizado em conjunto com outros meios que tornem possível ao menos a denúncia dos agressores.

Tal colocação se dá, pois se acredita que a denuncia do agressor apesar de ser o primeiro passo a ser dado pela vítima, não é feita por muitas mulheres. Esta tese se fundamenta após a verificação dos dados colhidos através de um mapeamento de violência contra a mulher no Brasil realizado pelo Instituto de pesquisa do DataSenado no ano de 2019, no qual foram entrevistadas 2.400 mulheres de todas as unidades da Federação.

Segundo este mapeamento realizado pelo DataSenado verificou-se que 69% das mulheres sofreu alguma violência da idade de 19 aos 29 anos, e 60% das entrevistadas conhece alguma mulher que sofreu algum tipo de violência doméstica ou familiar. E, especificamente 27% das mulheres entrevistadas declararam já terem sofrido algum tipo de violência doméstica ou familiar provocada por um homem. Deste número, 66% sofreram violência física, 52% violência psicológica, 36% violência moral, 16% violência sexual e 11% violência patrimonial. (DATASENADO, 2019).

O mais alarmante e que embasa a tese acima explanada, refere-se aos índices referentes à atitude dessas mulheres após terem sido vítimas da violência, pois 75% dessas mulheres declararam que não procuraram uma ajuda médica, mesmo quando foram agredidas fisicamente, e 68% das entrevistadas informaram que o medo do agressor foi o principal fator para não proceder com a denúncia, além da dependência econômica, pois 34% das mulheres agredidas dependem economicamente do parceiro. (DATASENADO 2019)

Ainda de acordo com a pesquisa realizada em 2019 pelo DataSenado, pelo menos 36% das brasileiras já sofreram violência doméstica, ou seja uma grande parte da população feminina, e 71% das entrevistadas declararam viver em um país machista, onde 56% acreditam que as mulheres não são respeitadas no Brasil e 31% defendem que o local em que as mulheres são menos respeitadas são em suas próprias casas. No mais, verificou-se também nessa pesquisa que apenas 19% das mulheres brasileiras conhecem a Lei Maria da Penha, e somente 30% acredita que a lei nº 11.340/06 protege de fato as mulheres. (DATASENADO, 2019)

Resta evidente que a Lei Maria da Penha não se mostra suficiente para a efetivação da proteção dos direitos fundamentais das mulheres, uma vez que nem mesmo os instrumentos legislativos são de conhecimento por essas mulheres. Além de que, verifica-se uma inércia por parte do Estado, ao não promover uma proteção integral a essas mulheres que vivem submersas em um contexto de extrema violência, primordialmente as mulheres com deficiência que carecem de atenção extrema quando vítimas de violência doméstica e familiar.

3. A proteção jurídica das pessoas com deficiência

Ao longo da história se vê a evolução e os avanços a proteger a as pessoas com deficiência – PCDs, onde então se observa que a partir do renascimento, séculos XIV e XVII, se identifica a criação escolas especiais, tratamentos médicos específicos, oficinas especiais de produção, as quais porém, acabavam por não estimular a autonomia dessas pessoas, o que porém não se concretiza em sua integralidade, justamente por não conseguir fazer com que efetivamente a pessoa com deficiência conseguisse ser inserido efetivamente no meio social, e ainda havia uma visão de que esse assistencialismo se encontrava vinculado à um sentido de piedade, o que então levava a ideia de tolerância pura, e não de efetivamente implementar a igualdade prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 (LORENTZ, 2016).

Tem-se que logo após a II Guerra Mundial, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, com a busca para resgatar a condição humana, se passa a dar ênfase à fase de inclusão, que se apresenta então com o reconhecimento do princípio da isonomia. E, seguindo esse parâmetro temos a CRFB/88, que vem consagrando, dentre os objetivos do país, como princípio fundamental, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e, para isso há de se reduzir as desigualdades sociais e efetivar a promoção do bem de todos, e nesse sentido temos também a inclusão das pessoas com deficiência, pois cidadãos dentro da sociedade Brasileira, como se pode observar do previsto no art. 7º, inciso XXXI, art. 37, inciso VIII e art. 227, inciso II e §2º da CRFB/88.

Outro instrumento importante é a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD, de 30 de março de 2007, a qual se torna um marco na garantia e promoção dos direitos humanos de todos os cidadãos e em particular das Pessoas com Deficiência. Vale acrescentar que a incorporação, pelo Brasil, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo foi a primeira a seguir o delineamento trazido pela referida emenda, consubstanciando um autêntico “estatuto constitucional” (RAMOS, 2012, p. 362) da pessoa com deficiência. A mesma então é utilizada como base para a criação da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD, Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, em vigor desde 6 de janeiro de 2016, posto que a mesma vem reafirmando os princípios da igualdade, não discriminação e da dignidade, para que assim sejam promovidas por parte do Estado condições a integração dos deficientes nas políticas Governamentais, com total inserção do mesmo a sociedade e o combate a qualquer forma de preconceito, visando assim a efetiva concretização do princípio da dignidade humana.

O EPD caracteriza a pessoa com deficiência como aquela que “tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. (BRASIL, 2015).

O artigo 1º do EPD, deixa claro que a lei destina-se “a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”, o que representa que o mesmo se torna importante fundamento basilar para o direito das minorias, que sem dúvida busca a efetividade da igualdade prevista na Constituição Cidadã. Porém, de se ressaltar que o atendimento das demandas sociais determina que os destinatários tenham suas vozes ouvidas, como efetivação da cidadania e condição de legitimidade, e, assim se tem que a cidadania exige participação, e esta por sua vez, exige autonomia, e através dessa se gera dignidade.

Mas para se atender a esses preceitos há de se proteger esses direitos, para realmente os mesmos serem legitimados, sendo que Bobbio (2004, p. 24) ressalta: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto justificá-los, mas o de protegê-los.” De se ter então que a questão da efetiva legitimação dessas garantias e direitos são importantes, para que eles sejam e possam ser efetivados em sua plenitude.

E, por isso, a pessoa com deficiência nos termos contidos no EPC, em decorrência de sua situação especial e os próprios impedimentos, precisam de uma proteção maior, possibilitando assim que tenham condições de interagir de forma plena no meio social, e então ter sua participação efetiva e igualitária no meio social, atendendo aos princípios da igualdade, em condições de verdadeira igualdade com os demais cidadãos que vivem na sociedade, para que assim sejam respeitadas em sua integralidade e na sua dignidade.

4. A invisibilidade da mulher com deficiência que sofre violência doméstica e familiar

É certo que, mulheres com deficiência já são naturalmente colocadas à parte pela sociedade. Em um primeiro momento, sua invisibilidade se dá por ser mulher, em um contexto de um mundo machista e opressor para com as mulheres. Contudo, estas sofrem ainda mais por sua condição particular, haja vista que, por serem portadoras de deficiência, são excluídas e caladas até mesmo por outras mulheres, conforme afirmado por Prates (2017):

Prova dessa lacuna está na invisibilidade da mulher com deficiência. É notória a ausência de percepção das mulheres sem deficiência com relação as suas iguais com deficiência. Tanto é assim que nas rodas de conversas/eventos esse seguimento não é chamado. Eis a primeira violência contra as mulheres com deficiência!

Esta invisibilidade está em todos os contextos em que estas mulheres estão inseridas, tendo estas mulheres como incapazes, conforme Andrade (2015, p.2) aborda:

Mas, em termos técnicos, a lógica capacitista se configura como uma mentalidade que lê a pessoa com deficiência como não igual, incapaz e inapta tanto para o trabalho quanto para, até mesmo, cuidar da própria vida e tomar as próprias decisões enquanto sujeito autônomo e independente. Tudo isso porque, culturalmente, construiu-se um ideal de corpo funcional tido como normal para a raça humana, do qual, portanto, quem foge é tido, consciente ou inconscientemente, como menos humano.

Tal invisibilidade se agrava quando tratamos dos casos de violência contra a mulher. Conforme exposto em outro capítulo, a violência contra a mulher assola nosso país, e afeta as mulheres com deficiência da mesma forma que as sem deficiência, todavia, as primeiras encontram ainda mais dificuldades para se libertarem deste contexto violento. Segundo dados colhidos pela Base de Dados dos Direitos da Pessoa com Deficiência, nos anos de 2019 e 2020, no estado de São Paulo, foram registrados 6.858 BO's por mulheres com deficiência, sendo 929, ou seja, 13,55% motivados por violência doméstica. Destes BO's, 48,09% foram realizados por mulheres com alguma deficiência física e 26,80% por mulheres com mais de 65 anos.

Os números podem parecer pequenos ou até mesmo ínfimos se considerarmos que toda mulher com deficiência que sofre violência doméstica ou familiar consegue denunciar. Entretanto, é sabido que esta não é a realidade destas mulheres. Há diversos obstáculos encontrados por estas mulheres no momento da denúncia, como, por exemplo, a dificuldade de locomoção até uma delegacia, no caso de deficiência física, e até mesmo de comunicação com os profissionais nas delegacias que não são devidamente capacitados para atendê-las. Iguamente, há também a dependência emocional para com o agressor, o que acaba submetendo a vítima à situação de violência de caráter eterno, onde esta não visualiza possibilidade de se ver livre das agressões.

O presente cenário poderia ser facilmente mudado com algumas políticas públicas. Em junho de 2019 fora sancionada a lei nº 13.836, que acrescenta dispositivo ao art. 12 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, para tornar obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar. Tal dispositivo legal visa contabilizar de forma mais efetiva as mulheres vítimas de violência no país.

Apesar de o legislador deter uma boa intenção com tal adição na Lei Maria da Penha, esta ainda é insuficiente nos termos atuais. A obrigatoriedade de informar a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar e o agravamento da pena do agressor por este motivo só fora previsto 13 anos após a Lei nº 11.340/2006 ser sancionada. Tal fato apenas reafirma o contexto de invisibilidade destas mulheres, que só foram meramente notadas recentemente.

No entanto, a lei nº 13.836/2019 nada fez no que tange a maior acessibilidade destas mulheres para fins de denúncia, ainda as mantendo a margem da sociedade de reféns de sua própria realidade. Há de se observar que em nosso ordenamento a inércia quanto a obrigação legal para capacitação de agentes para conversação em libras, ou tradutores nas unidades, ou projetos que deem uma possibilidade ampla das mulheres portadoras de deficiência denunciarem, e, posteriormente, lhes dar o apoio necessário de acordo com suas particularidades.

Hoje, alguns órgãos buscam uma forma de informar e encorajar estas mulheres a denunciarem, dentro dos próprios estados. Por exemplo, por meio do site 'Não se cale', a Subsecretaria Estadual de Políticas Públicas para Mulheres do estado de Mato Grosso do Sul lançou uma versão dos canais de denúncia de violência doméstica e familiar, em Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS, para mulheres surdas. Há também no site cartilhas em LIBRAS com áudio e legendas que visam informar sobre os mecanismos de denúncia e proteção.

Porém, tais iniciativas além de serem extremamente limitadas, ainda são pouco disseminadas para a grande população, em especial a população mais pobre e mais idosa, com menos conhecimento tecnológico ou acesso a internet, tornando então, inviável para estas deterem acesso a tais conteúdos. Vê-se que todo o contexto nacional de combate a violência contra a mulher contribui para a situação de invisibilidade já presenciadas por mulheres com deficiência. Além disto, a omissão do Estado no que tange aos mecanismos de proteção e denúncia para com estas mulheres é claro, sendo, o Estado um dos grandes patrocinadores desta violência.

5. Conclusão

Em suma, conclui-se que o cenário de violência doméstica infelizmente é uma realidade nas famílias brasileiras, assombrando milhares de mulheres todos os dias, conforme dados apresentados pela pesquisa realizada pelo DataSenado em 2019, além de ser relatado diariamente pela mídia. Diante disto, resta evidente que a proteção jurídica trazida pela Lei Maria da Penha unicamente não é capaz de se encarregar integralmente a proteção dessas mulheres, sobretudo de mulheres com deficiência vítimas de violência doméstica e familiar, que carecem de tratamento diferenciado em razão de suas limitações, pela primazia do princípio da isonomia.

Como já explanado anteriormente, apesar da Lei 11.340/06 ter sofrido alterações, tendo sido colocado em pauta questões para a proteção de vítimas portadoras de deficiência, percebe-se um atraso legislativo, e que este texto legislativo demonstra-se um tanto insuficiente para sanar ou possibilitar melhorias reais ao tratamento dessas vítimas, para viabilizar a denúncia ao agressor, já que na maioria dos casos essas mulheres se encontram vinculadas nas mais diversas perspectivas ao seu agressor, principalmente em decorrência de que o mesmo também é o seu guardião, em decorrência de suas limitações.

É sabido que apenas decoro legislativo não é capaz de suprir tais ineficácias, por esta razão, salienta-se que tais questões devem ser abordadas por outros meios, assim como as mídias sociais, canais televisivos, viabilizando a discussão do tema. Tais formas de erradicação da violência contra mulheres devem ser constantemente pensadas, discutidas e articuladas através de políticas públicas que ao serem colocadas em prática, promovam realmente o combate à violência contra mulheres com deficiência, de forma que deveriam ser

prioridades dos entes estatais de diferentes esferas, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana, e demais direitos fundamentais preconizados pelo nosso ordenamento jurídico, principalmente da isonomia, fazendo assim que aquelas que se encontram nessa vulnerabilidade tenham condições de ser realmente cidadãs brasileiras.

Referências

ANDRADE, Sidney. **Capacitismo: O que é, onde vive, como se reproduz**. 2015. Disponível em: <https://asgordas.wordpress.com/2015/12/03/capacitismo-o-que-e-ondevive-como-se-reproduz/> Acesso em: nov. 2020.

BASE DE DADOS DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. **Violência contra a mulher com deficiência - 2019 e 2020**. Disponível em: <http://basededados.sedpcd.sp.gov.br/dadosgeneroviolenca.php> Acesso em: nov. 2020

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm . Acesso em 22 de ago de 2020.

BRASIL. **Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei 13146, 06-07-2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF. Câmara dos Deputados, 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.836, de 4 de junho de 2019**. Acréscimo a Lei Maria da Penha para tornar obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13836.htm Acesso em: nov. 2020.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Editora Elsevier LTDA, 2004, São Paulo.

CARDOSO, Flávia Pieretti. **Vozes De Mulheres Com Deficiência E A Violência De Gênero: Análise Discursiva De Narrativas De Vida Em Campo Grande - Ms**. Campo Grande/MS: [s. n.], 2019. Disponível em: http://www.uems.br/assets/uploads/cursos_pos/edc4fb6d0115090bcca9167bb1cda17/teses_dissertacoes/1_edc4fb6d0115090bcca9167bb1cda17_2019-11-26_10-58-52.pdf. Acesso em: 3 nov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Formas de violência contra a mulher**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/violencia-contra-a-mulher/formas-de-violencia-contra-a-mulher/>. Acesso em 24 de ago de 2020

DATASENADO. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. Secretaria de Transparência, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasetenado/arquivos/violencia-contra-a-mulher-agressoes-cometidas-por-2018ex2019-aumentam-quase-3-vezes-em-8-anos-1>. Acesso em: 22 de ago de 2020

LORENTZ, Lutiana Nacur. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas com deficiência**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016;

NÃO SE CALE. **Violência contra Mulheres com Deficiência**. Disponível em: <https://www.naosecale.ms.gov.br/violencia-contra-mulheres-com-deficiencia/> Acesso em: nov. 2020

PASSOS, Regina Lucia. **Da violência sexual e outras ofensas contra a mulher com deficiência**. 2019. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Campo Grande/MS, 2019. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1612901/dissertacao.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2020.

PRATES, Deborah. **Da violência Sexual contra Mulheres com Deficiência: legislação e acessibilidade**. Artigo publicado in: Justificando: Mentis inquietas pensam direito, de 8/12/2017. <https://www.justificando.cartacapital.com.br/2017/12/08/daviolencia-sexual-contra-mulheres-com-deficiencia-legislacao-eacessibilidades>. Acesso em: nov. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

Sistema de precedentes no processo civil brasileiro: uma análise quanto a celeridade e acesso à justiça

Alice Nascimento Barbosa¹
Beatriz Peres Ramalho¹
Heverton José Anastácio da Silva¹
Jessica Elmira da Silva¹
Maiara de Freitas Gonçalves¹
Paloma Luiza da Silva¹
Raphaela Esteves Silveira¹
Thaís Freitas de Oliveira Reis¹
Victor Valente Pereira Marques¹
Victoria Viana Garcia¹

Orientação: Msc. Gabriela Quinhones de Souza²

Resumo

O presente trabalho de pesquisa visa ao estudo do sistema de precedentes judiciais implementado pelo Código de Processo Civil no ano de 2015, ou seja, a aplicação de decisões paradigmas a situações semelhantes e seus impactos no acesso à justiça e celeridade de julgamento. Para tanto foi realizada pesquisa bibliográfica e de campo para avaliar o conhecimento e percepção da população do Sul Fluminense acerca do sistema de precedentes e seu impacto na ordem do acesso à justiça. A metodologia utilizada foi a qualitativa e quantitativa por meio de questionário via internet (*Google Forms*) à população da região Sul Fluminense.

Palavras-Chave:

Acesso à Justiça. Sistema de Precedentes. Eficácia.

1. Introdução

No ano de 2015 o Estado Brasileiro promulgou a Lei Ordinária 13.105/2015, chamada de o Novo Código de Processo Civil Brasileiro que trouxe consigo uma gama de novidades processuais e que propicia o debate acadêmico de diversos institutos até então não aplicados no ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre as novidades, o sistema de precedentes, que é a aplicação de decisão judicial anterior a caso semelhante apreciado posteriormente à decisão utilizada como paradigma (Câmara, 2017, p. 367).

O sistema de precedentes é mais comum em países que adotam como sistema a *common law*, ou seja, cuja normatividade não se dá por normas postas, mas preferencialmente em regras de costume. Contudo, o Brasil é considerado um país de *civil law*, ou seja, que possui normas postas escritas. Assim, é notória a adaptação feita pelo Brasil para implementar de forma suficiente o sistema de precedentes para julgamentos em território Nacional.

O direito brasileiro adotou dois tipos de precedentes. Um chamado de vinculante e outro não vinculante. Ambos visam, dentro da regra do Estado Democrático de Direito e, respeitados os princípios constitucionais e procedimentos, garantir isonomia entre as partes, segurança jurídica nos julgamentos, razoável duração do processo e por fim o acesso à justiça.

O tema é novo e gera muitas reflexões que devem ser depuradas no ambiente acadêmico, pois nem sempre os institutos criados pelos legisladores alcançam a sua efetividade.

O artigo tem fundamentação teórica a pesquisa exploratória em artigos científicos, livros, legislação e obras jurídicas físicas e virtuais acerca da temática ora abordada; bem como explicativa do sistema de precedentes e sua interferência no acesso à justiça e celeridade. Combina-se o estudo literário à uma abordagem de dados coletados por meio de pesquisa quali-quanti acerca da percepção populacional sobre o conhecimento, aplicação do sistema de precedentes e consequências para o acesso à justiça e celeridade. A pesquisa de campo foi realizada por meio do uso do instrumento *Google Forms*.

¹Graduandos do Curso de Direito do Centro Universitário Geraldo Di Biase e coautores do presente trabalho. Pesquisa orientada pelo Programa de Iniciação Científica PIC UGB

²Doutoranda pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL); Mestre em Direito pelo UNISAL; ex-Professora do Centro Universitário Geraldo Di Biase; Professora da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro.

2. Acesso à Justiça

No período vivenciado pela população brasileira conhecido como Estado de Exceção (década de 60 à década de 80), não havia a consagração de direitos civis e políticos, que foram perdidos ou mitigados durante o dito período.

No momento em que se inicia a transição para a norma ordem constitucional com a chamada Constituição Cidadã os direitos civis e políticos foram restabelecidos em conjunto com o Estado Democrático de Direito. É certo, ainda, que este Estado Democrático de Direito só se faz completo mediante o acesso à justiça, para fins de proteção de direitos individuais e coletivos (art. 5º, XXXV da CF), constituindo-se como verdadeiro direito fundamental.

Esse posicionamento corrobora com o fato do Estado brasileiro ser signatário da Declaração Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto São José da Costa Rica, que também faz a previsão do direito universal de acesso à justiça.

Numa leitura descuidada do art. 5º, XXXV da CF pode-se entender que o acesso à justiça se limita a mera possibilidade de uso do Poder Judiciário, para análise de casos concretos. Contudo, na lição apurada de Cappelletti e Garth (2002, p. 12) tem-se o verdadeiro acesso à justiça por meio de participação equitativa das partes, com uso de meios que lhes permitam ter igualdade de condições processuais.

Na realidade o princípio do acesso à justiça indica que toda pessoa, nacional ou estrangeira, tem acesso ao Poder Judiciário e este por sua vez tem o dever de oferecer a solução do conflito de interesse que lhe foi apresentado. O acesso à justiça indica que fato passado (lesão) deva ser cessado e que fato futuro (ameaça) deva ser impedido.

Em termos de acesso à justiça a doutrina de Cappelletti e Garth (2002) é referência no que tange ao estudo das chamadas ondas renovatórias, que indicam o verdadeiro alcance do acesso à justiça e seus contornos.

A primeira onda indica que o Judiciário deve ser acessível a todos, independentemente de classe social, ou seja, inclusive aos hipossuficientes. Daí a previsão de justiça gratuita aos hipossuficientes prevista na lei 1050/60 e ainda a possibilidade de contar com um advogado gratuito, que hoje é papel da Defensoria Pública, cuja atuação passou a ser obrigatória em todo território nacional (art. 5º LXXXIV da CF). A gratuidade, no atual sistema processual, está prevista nos arts. 98 e 99 do Código de Processo Civil.

Como visto, o processo era meio para fins de solucionar conflitos individuais. Daí, surge a segunda onda reformatória que indica a preocupação com os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Diante da grandiosidade desses direitos é impossível que todos os seus titulares compareçam à juízo para defenderem seus interesses. Assim, uma nova ordem processual foi pensada para viabilizar a tutela judicial desses direitos, como por exemplo a previsão de legitimidade extraordinária para fins de ajuizamento da demanda, inicialmente concedida ao Ministério Público, Partidos Políticos, dentre outros e, atualmente, estendida para a Defensoria Pública, nos termos da Lei de Ação Civil Pública e ainda com previsão expressa do Código de Defesa do Consumidor (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 50)

Já a terceira onda prevista por Cappelletti e Garth (2002) levou em consideração uma preocupação constante do legislador e dos órgãos julgadores: o tempo de duração do processo. Desta forma, meios que garantam a celeridade e a razoável duração do processo precisaram ser implementadas, pois uma justiça lenta é o mesmo que justiça ineficaz.

Neste sentido tem-se a previsão de procedimentos diferenciados mais céleres como o do Juizado Especial, além da possibilidade de autocomposição do conflito, inclusive, pelas vias extrajudiciais.

Importante ressaltar que a previsão de meios alternativos de solução de conflitos de interesse não causa ofensa ao princípio do acesso à justiça, pois o Estado não pode negar a prestação de jurisdição a quem lhe procura, mas por outro lado pode incentivar a sociedade a resolver problemas por vias diferentes do Poder Judiciário.

Uma coisa é negar, o que é absolutamente correto, que nenhuma lesão ou ameaça a direito possa ser afastada do Poder Judiciário. Outra, absolutamente incorreta, é entender que somente o Judiciário e o exercício da função jurisdicional podem resolver conflitos, como se fosse competência exclusiva sua. (BUENO, 2016, p. 41)

Outra forma de se pensar em celeridade foi através dos chamados precedentes judiciais, que visam a aplicação de decisões a casos semelhantes, nos termos definidos em lei e que será objeto de estudo mais adiante neste trabalho.

Em que pese a existência de todo este arcabouço para a garantia do acesso à justiça, pode-se afirmar que há uma crise neste acesso de forma efetiva, em especial para a camada mais pobre da sociedade que não é vista e, portanto, não é lembrada, nem mesmo pelo Poder Judiciário.

Vastas camadas populacionais vêm sendo segregadas da Justiça convencional. Aquele que se encontra abaixo da linha da miséria (e não são poucos...) não aparece rotineiramente em pleitos inerentes a uma cada vez mais diminuta classe média. Não vemos os miseráveis lutar em ações que versem sobre direitos consumeristas, causas previdenciárias, litígios entre condomínios, refregas na seara da responsabilidade civil. (SILVA, 2006, p.119)

Desta forma, pode-se afirmar que o Poder Judiciário precisa estar mais próximo da população, perceber suas causas e fazer contributos para a melhoria da prestação do serviço judicial. O apego às formalidades processuais afasta o Poder Judiciário da realidade dos fatos, em que na realidade o processo não pode deixar de ser dialético e de observar o contraditório e a ampla defesa para alcançar seu verdadeiro objetivo, bem como incentivar os meios de autocomposição do conflito.

O Código de Processo Civil, em seu art. 3º, indica que é dever do Estado promover os meios de incentivar a solução pacífica dos conflitos, inclusive na modalidade extrajudicial, pois desta forma tem-se ao mesmo tempo acesso à justiça e celeridade.

O uso da jurisdição como mecanismo de pacificação social deve sair do plano simbólico e atingir robustez. É importante pensar em mecanismos amistosos de resolução de conflitos não como mera técnica, mas sim como efetivo instrumento para reabilitar diálogos rompidos e inculir na sociedade a ideia de que Justiça é muito mais uma construção do que uma imposição. (SILVA, 2006, p. 200)

Outra forma adotada pelo Código de Processo Civil para a busca do acesso à justiça, celeridade e segurança jurídica foi a previsão do sistema de precedentes. Ressalta-se, contudo, que algumas iniciativas anteriores à norma processual já existiam, como por exemplo, a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

No capítulo seguinte far-se-á uma abordagem acerca do sistema de precedentes.

3. Sistema De Precedentes No Brasil

Não há dúvidas que o Poder Judiciário brasileiro é muito demandado e apresenta uma das maiores estatísticas do mundo em termos de julgamento. É certo, ainda, que o volume de feitos judiciais provoca a sobrecarga de trabalho e a demora no julgamento.

É também importante destacar que o Brasil possui dimensão territorial continental e que em todo território nacional há órgãos de primeira instância em que juízes apresentam as soluções dos casos a eles submetidos, por meio do seu convencimento motivado. Isto pode, em alguns casos, indicar certa insegurança jurídica, pois várias demandas acabam tendo soluções diferentes (BECHO, 2017, p. 504-509), o que acaba por causar ofensa ao princípio da isonomia, para além da perda da confiabilidade social e credibilidade – insegurança jurídica.

Com a aprovação do Código de Processo Civil Brasileiro em 2015, foi introduzido, formalmente, o sistema de precedentes judiciais, em que houve a valorização da jurisprudência baseado no sistema da *common law*, mesmo que o Brasil adote o sistema da *civil law* (BECHO, 2017, p.510). Tudo, acreditando-se em julgamento mais justo, seguro e célere. Neste estudo será feita abordagem do tema, apenas, a partir do CPC/2015, embora seja do conhecimento público que o sistema de precedentes no direito brasileiro se iniciou muito antes, como por exemplo, as decisões de efeito vinculante no controle concentrado de constitucionalidade; súmula vinculante e repercussão geral analisados pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Neste ponto, importante conceituar precedente para sua compreensão no sistema brasileiro. Segundo Zaneti Jr apud Dalla (2017, p.286) precedente é "resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento da aplicação, deste caso-precedente analisando o caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* (...)". Feita a sua conceituação, passa-se ao estudo da sua aplicabilidade.

Já segundo Neves precedente é:

Precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido. Dessa forma, sempre que um órgão jurisdicional se valer de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento, a decisão anteriormente prolatada será considerada um precedente (NEVES, 2017, p. 2328)

A experiência brasileira com o sistema de precedente se mostra um pouco diversa, posto que o órgão competente para elaborar o precedente acaba por se afastar um pouco da situação concreta e produz norma de caráter abstrato a ser aplicado em situações semelhantes.

É o que acontece no julgamento em recurso repetitivo feito pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que produz verdadeiro julgamento objetivo de proteção à norma de direito material ou processual, em detrimento do direito subjetivo das partes em causa, aplicando-se o resultado do julgamento aos demais casos de multiplicidade (DALLA e RODRIGUES, 2017, p. 290). Assim, tais julgamentos não seriam essencialmente precedentes judiciais, no conceito clássico do instituto, porém são assim adotados pelo sistema brasileiro.

No mesmo sentido:

Como se pode notar, o precedente é objetivo, já que se trata de uma decisão específica que venha a ser utilizada como fundamento do decidir em outros processos (...) A jurisprudência, por sua vez, é abstrata, porque não vem materializada de forma objetiva em nenhum enunciado ou julgamento, sendo extraída do entendimento majoritário do tribunal na interpretação e aplicação de uma mesma questão jurídica (NEVES, 2017, p. 2328-2329)

Outra diferença no sistema brasileiro está no teor do art. 927 do CPC/2015 que indica rol de decisões que produzem efeito vinculante. Ora esse efeito é aplicado apenas aos órgãos fracionários de cada tribunal e ora aplicado com extensão a todo território nacional. Desta forma, percebe-se a continuidade de risco para a isonomia e credibilidade das decisões judiciais, por falta de um sistema único de precedentes.

Formado o precedente de aplicação obrigatória, tem-se que a alteração do seu conteúdo depende de legitimados extraordinários, bem como da possibilidade de realização de audiência pública com participação da sociedade civil para debate do tema. A possibilidade da realização da audiência pública, de certa forma, mitiga a questão da legitimidade extraordinária e permite a manifestação dos interessados, para além da participação do *amicus curiae*.

Enquanto a decisão que dá origem ao precedente pode ser de certa forma geral e abstrata, para a alteração do entendimento do precedente é necessária decisão específica para o caso concreto, além de devidamente fundamentada.

No sistema de precedentes brasileiro é permitido ao órgão julgador a aplicação de técnica de julgamento que permite a modulação temporal dos efeitos da decisão proferida, com vistas a garantia da segurança jurídica, já que a decisão atingirá número considerável de relações jurídicas. O Supremo Tribunal Federal adota, com frequência, essa técnica de julgamento.

A legislação brasileira indica, também, que uma vez afetada a causa para a análise de formação de precedentes, a causa originárias e as demais semelhantes permanecem suspensas pelo período de 01 (um) ano para julgamento da tese que formará o precedente, salvo decisão contrário do relator.

Ocorre que nem todos aqueles que acessam o Poder Judiciário tem a exata noção e compreensão do funcionamento do sistema de precedentes e não percebem o seu alcance e não assimilam a possibilidade de aumento do acesso à justiça ou da celeridade processual.

Isto porque, uma vez aplicado o precedente aos casos semelhantes um vasto número de demandas será julgado, não automaticamente, mas com aplicação do entendimento vinculante pelo juízo competente, promovendo-se julgamento às vezes mais rápido do que em relação ao trâmite regular.

Vale ressaltar que durante a suspensão do feito judicial para aguardar o julgamento do precedente pode ser requerida medida de urgência, bem como pode ser formulada pretensão apresentando fundamentos que distinguem o caso afetado para formação do precedente daquele que está suspenso. Caso o juízo competente entenda pela diferença entre as demandas poderá dar andamento ao feito.

4. Análise Do Questionário De Percepção Do Acesso À Justiça E Precedentes

Questionário foi elaborado, como pesquisa de campo, para fins de medir a percepção da população do Sul Fluminense do Estado do Rio de Janeiro quanto aos aspectos do acesso à justiça e celeridade processual por meio do sistema de precedentes.

O referido questionário foi aplicado, por meio da plataforma Google Forms, do período de maio a agosto de 2019, em que 175 (cento e setenta e cinco) pessoas responderam às perguntas.

Num primeiro momento foi feita pesquisa sócio econômica, para fins de verificação do perfil social dos entrevistados.

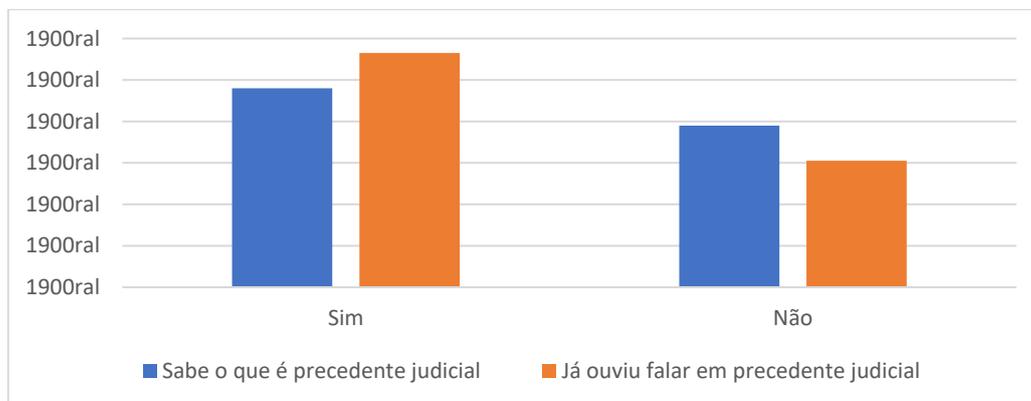
Cerca de 79,4% dos entrevistados tem idade entre 18 a 38 anos; 75% é solteiro; 44,6% possui ensino superior incompleto; 58% se auto declarou branco e 65,1% é do sexo feminino; 53,7% possui renda familiar de 01 a 03 salários mínimos.

De acordo com os dados acima, os entrevistados na sua maioria são jovens, universitários, brancos e do sexo feminino. Em sua maioria está classificado como pessoas de baixa renda. O fato da maioria dos

entrevistados ser público universitário trará impacto quanto a segunda parte da entrevista quanto ao tema de acesso à justiça e precedentes.

Foi formulada pesquisa quanto ao conhecimento do que seja precedente judicial e se o público já ouvira falar em sistema de precedente judicial. Foi obtido o seguinte resultado:

Figura 1 - Percepção do Acesso à Justiça:

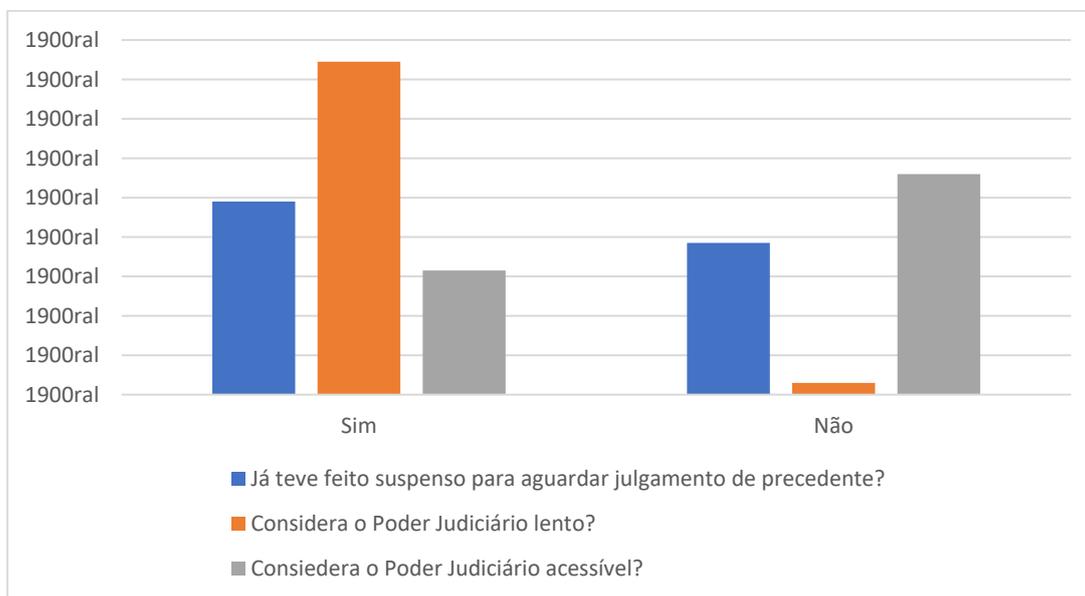


Fonte: dos autores.

A maioria dos entrevistados declarou ter conhecimento ou ter ouvido falar em sistema de precedente judicial. Acredita-se que tal resultado está atrelado ao fato de que no perfil socioeconômico os entrevistados, na sua maioria, são acadêmicos universitários, o que facilita o acesso à informação.

Num segundo momento foi aferido dos entrevistados se já tinham se utilizado do Poder Judiciário como autor; se consideravam o Poder Judiciário lento e se já tinham tido feito judicial suspenso para aguardar julgamento de precedente. Em resposta tem-se:

Figura 2 - Percepção do Acesso à Justiça.



Fonte: dos autores.

Analisando o gráfico acima percebe-se que a população do Sul Fluminense acredita que o Poder Judiciário é lento e pouco acessível. Assim, encontramos problemas relacionados ao acesso à justiça que indicam que a população percebe que a solução dos conflitos é lenta, mesmo em casos de precedentes judiciais, e que os entrevistados acreditam que o Poder Judiciário não se mostra acessível a todos, porém cerca de 53,1% dos entrevistados percebem o Poder Judiciário como uma instituição segura para a solução dos conflitos.

Durante a aplicação do formulário de pesquisa, tentou-se aplicar formulário às serventias judiciais para que informassem o número de feitos em primeira instância paralisados aguardando o julgamento de algum precedente. Contudo, houve recusa no preenchimento do formulário em questão.

Assim, buscou-se informação junto a estatística do Conselho Nacional de Justiça – Justiça em Números 2019, porém não consta do relatório o número de feitos judiciais nacionais suspensos aguardando o julgamento de precedentes judiciais.

Buscou-se, assim, informações no site do Superior Tribunal de Justiça e consta da informação em 13.07.2020 quanto a Suspensão Nacional, que está vigente esta suspensão no debate de 70 teses cadastradas pelo referido tribunal. Os temas envolvem, preferencialmente, as áreas de direito previdenciário, tributário e consumidor. Assim, acredita-se que milhares de demandas se encontram paralisadas aguardando julgamento até que exista a desafetação pelo Tribunal Superior.

Outro exemplo, desta vez no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é o debate acerca do índice de reajuste/correção das contas vinculadas ao Fundo de Garantia e Tempo de Serviço – FGTS, cuja suspensão fora determinada em 06/09/2019, nos autos da ADI 5090/DF. Como a temática envolve o FGTS, crê-se em número afrontoso de sobrestamento em primeira instância e que aguarda deliberação da Corte Superior. Ressalta-se, ainda, que o feito foi retirado de pauta de julgamento em abril de 2020 por ordem do Presidente do STF.

Em verificação final dos dados obtidos entende-se que a população do Sul Fluminense do Estado do Rio de Janeiro conhece a existência do sistema de precedentes, mas continua a acreditar na morosidade e falta de acesso ao Poder Judiciário.

5. Considerações finais

O presente estudo abordou a questão do acesso à justiça e necessidade de que alterações procedimentais precisem ser adotadas para fins de que o maior número de pessoas tenha o efetivo acesso à justiça. Uma das formas é a melhoria da prestação jurisdicional no seu fator tempo de solução de conflitos, já que justiça morosa é o mesmo que injustiça, além de afastar a credibilidade do Poder Judiciário.

Visando proporcionar julgamentos mais céleres e, também, uniformes, o legislador ao aprovar o Código de Processo Civil/2015 entendeu por bem criar o chamado sistema de precedentes judiciais, para evitar julgamentos disformes entre órgãos do Poder Judiciário e levar celeridade a casos de interesse social e de massificação.

Assim, o sistema de precedentes foi criado em boa hora para trazer segurança jurídica, o que demonstra a efetividade do Poder Judiciário em seus julgados e ainda reduzir o tempo de tramitação de milhares de feitos judiciais.

Em que pese todo o sistema existente e o arcabouço doutrinário que o envolve, a pesquisa de campo demonstrou que mesmo com o sistema de precedentes a sensação popular quanto a morosidade da justiça permanece e retira do Poder Judiciário a confiabilidade que dele é esperada.

Percebeu-se, ainda, que o senso popular permanece a indicar que o acesso à justiça é insuficiente, o que aponta para a ideia de que a utilização do Poder Judiciário como forma de solucionar conflitos não é feita pela maioria da população.

Assim, conclui-se, que embora a legislação brasileira tenha avançado para trazer melhoria de trâmite e celeridade para as demandas, outros meios precisam ser adotados pelo legislador e/ou pelo próprio Poder Judiciário para garantir o efetivo acesso à justiça e a celeridade nos julgados. Ademais, o Poder Judiciário precisa garantir a transparência dos seus números para que soluções possam ser estudadas e apresentadas.

Referências

BECHO, Renato Lopes. **A Aplicação dos Precedentes Judiciais Como Caminho para a Redução dos Processos Tributários**. In: Revista Faculdade de Direito UFMG. Belo Horizonte, n.71, pp.499-530, jul./dez. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª.ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

CAMARA, Alexandre de Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Atlas. 2017.

CAPELETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. NORTHFLEET, Ellen Gracie (trad). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **O Microsistema de Formação de Precedentes Judiciais Vinculantes Previsto no novo CPC**. In: DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). Julgamento de Casos Repetitivos. Salvador: Jus Podivm, 2016, pp.281-310.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª ed. Vol. Único. Salvador: Jus Podivm, 2017.

SILVA, João Fernando Vieira da. **Acesso à Justiça Reflexões e Propostas à Luz de Contextos Nacionais (Portugal e Brasil) e Local (Leopoldina – Minas Gerais)**. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica. Disponível em < <https://doi.org/10.17771/PUCRio.acad.9175>> Acesso em agosto/2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em < <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Repetitivos-e-IACs/Saiba-mais/Suspensao-Nacional>> Acesso em 13. Jul. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4528066>> Acesso em 13. Jul.2020.

Direito ao voto e eleições indiretas: uma perigosa exceção

Christiane Costa Assis¹
Ana Mailza Viegas Souza²

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar as consequências das eleições indiretas previstas no art. 81, § 1º da Constituição Federal de 1988. Embora o voto direto seja cláusula pétrea, a Constituição de 1988 estabeleceu uma exceção que se torna problemática no contexto contemporâneo brasileiro. Como metodologia utilizou-se o método dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica. Como conclusão apontou-se que a crise de representatividade e de legitimidade do Poder Legislativo permite que referido poder desequilibre o sistema de freios e contrapesos constitucionalmente assegurado, uma vez que caberá ao referido poder escolher a chefia do Poder Executivo comprometendo a função democrática da separação de poderes.

Palavras-chave:

Direito ao voto. Eleições indiretas. Direitos políticos. Democracia.

1. Introdução

A democracia exige participação popular seja em sua forma direta ou indireta e o direito ao voto externaliza as escolhas do povo. Referido voto é marcado por características constitucionalmente protegidas como cláusula pétrea em função de sua importância democrática. Dentre elas, está o atributo direto do voto para o qual o texto constitucional de 1988 também estabeleceu uma exceção: as eleições indiretas em caso de dupla vacância para os cargos de Presidente e Vice-Presidente de República nos dois nos últimos dois anos do período governamental presidencial, nos termos do art. 81, § 1º da Constituição Federal de 1988.

O presente trabalho tem como objetivo analisar as consequências das eleições indiretas a partir do cenário contemporâneo brasileiro. Para tanto, o trabalho adota o método dedutivo partindo de considerações gerais sobre o direito ao voto direto para então analisar o impacto da exceção das eleições indiretas no contexto da crise de legitimidade e representatividade no Brasil. Adota-se ainda a técnica de pesquisa bibliográfica selecionando-se os melhores trabalhos na temática.

Sabe-se que a crise de legitimidade e representatividade não é exclusividade do Poder Legislativo, pois Executivo e Judiciário também estão sob o manto da desconfiança por parte da população. Entretanto, a análise se concentrará no Legislativo em função do tema de pesquisa, uma vez que nas eleições indiretas a escolha política caberá ao Congresso Nacional.

Inicialmente apresentar-se-á as características constitucionais do voto e seus desdobramentos e ainda a exceção ao voto direto. Após, realizar-se-á uma análise das consequências das eleições indiretas no cenário brasileiro contemporâneo, especialmente o impacto sobre a separação de poderes que também é protegida como cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988.

2. Configuração constitucional do direito ao voto

A soberania popular foi consagrada pela Constituição Federal de 1988, sendo exercida diretamente pelo povo ou por meio de seus representantes (art. 1º, parágrafo único, BRASIL, 1988). Em ambos os casos há o direito de sufrágio, ou seja, o direito de votar (capacidade eleitoral ativa) e de ser votado (capacidade eleitoral passiva) e, assim sendo, o voto materializa o sufrágio que, no texto constitucional de 1988, é universal.

O voto direto, secreto, universal e periódico consiste em cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988 (art. 60, § 4º, II, BRASIL, 1988), sendo um direito fundamental da categoria dos direitos políticos. A universalidade significa que todo e qualquer cidadão possui direito ao voto, não existindo restrições de condição econômica, capacidade intelectual, gênero ou outro critério (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2019, p. 971). Entretanto, é possível se estabelecer requisitos como a idade mínima para o alistamento eleitoral, o que não descaracteriza a universalidade do sufrágio. O voto direto significa que não existem intermediários para que o eleitor escolha seu representante ou para que o eleitor se manifeste nos institutos de democracia direta (plebiscito, referendo e iniciativa popular, no caso brasileiro), o que é traduzido pelo princípio da imediatidade do voto (SARLET;

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora da Graduação em Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Crise Federativa e Narrativas Democráticas (CNPq).

² Graduanda em Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais. Membro do Grupo de Pesquisa Crise Federativa e Narrativas Democráticas (CNPq).

MARINONI; MITIDIEIRO, 2019, p. 972). O atributo secreto do voto garante que o eleitor pode manter sua manifestação em sigilo (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2019, p. 972), evitando-se coações, constrangimentos e retaliações em função de sua escolha pessoal. Por fim, a periodicidade significa que os eleitos possuem mandatos por prazo determinados e a cada eleição estão sujeitos à rejeição popular pela não reeleição.

A partir das características constitucionalmente protegidas como cláusula pétrea é possível apontar outros atributos para o direito de sufrágio. A universalidade garante a igualdade eleitoral, uma vez que impede que qualidades pessoais ensejem a recusa da capacidade eleitoral ativa e passiva, coibindo discriminações (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2019, p. 971). A igualdade eleitoral garante também que cada voto possua o mesmo peso na apuração dos resultados das eleições o que se traduz na fórmula "*one person, one vote*" desenvolvida nos Estados Unidos (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2019, p. 974). Por fim, há igualdade de concorrência entre os competidores nas eleições, traduzindo-se na igualdade de oportunidades entre todos os candidatos e entre todos os partidos políticos (SARLET; MARINONI; MITIDIEIRO, 2019, p. 975).

O voto secreto se relaciona com a liberdade de sufrágio, pois assegura a liberdade de escolha do eleitor (SARLET, MARINONI, MITIDIEIRO, 2019, p. 973) sobre em qual candidato depositar sua confiança ou ainda de não confiar em nenhum candidato, podendo votar em branco ou anular seu voto. Nesse sentido, a obrigatoriedade do voto para os maiores de 18 anos estabelecida na Constituição (art. 14, § 1º, BRASIL, 1988) não descaracteriza a liberdade de votar. Já o voto direto se relaciona com a natureza personalíssima do voto, não sendo possível votar por procuração (SARLET, MARINONI, MITIDIEIRO, 2019, p. 975), ou seja, o eleitor deve comparecer pessoalmente às urnas para registrar sua escolha.

2.1 A exceção constitucional: eleições indiretas

A Constituição de 1988 estabelece uma exceção ao voto direto, na qual se permite a eleição indireta: ocorrendo vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República nos últimos dois anos do mandato presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei (art. 81, § 1º, BRASIL, 1988). Embora a Constituição mencione a necessidade de regulamentação do tema ao utilizar a expressão "na forma da lei", a lacuna legislativa ainda não foi colmatada.

O Supremo Tribunal Federal entende que o princípio da simetria presente no federalismo brasileiro não se aplica às eleições indiretas previstas no art. 81, § 1º, da Constituição. Referido princípio se traduz na "[...] obrigação do constituinte estadual de seguir fielmente as opções de organização e de relacionamento entre os poderes acolhidas pelo constituinte federal, mas não é absoluto (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1219) Assim sendo, o art. 81, § 1º não consistem em norma de reprodução obrigatória pelas Constituições dos Estados nem pelas Leis Orgânicas dos Municípios, sendo possível que cada ente discipline a matéria em função de sua capacidade de autogoverno (STF, 1994; 2009) desde que a regulamentação pelos entes federados não implique a supressão dos parâmetros constitucionais (STF, 2008). Nesse sentido, permite-se que Estados e Municípios realizem eleições diretas ainda que a dupla vacância da chefia do Executivo ocorra nos dois últimos anos do mandato. Para a Suprema Corte, nem mesmo os Estados podem regulamentar a questão em suas Constituições de forma vinculante para seus respectivos Municípios, uma vez que isso significaria a mitigação da capacidade de auto-organização e autogoverno limitando a autonomia política municipal constitucionalmente assegurada (STF, 2007).

No ano de 2019 o Supremo Tribunal Federal enfrentou o aparente conflito entre a previsão constitucional das eleições indiretas e o disposto nos parágrafos 3º e 4º do art. 224 do Código Eleitoral, que assim dispõe em sua redação anterior à decisão da Corte:

Art. 224, § 3º: A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.

§ 4º: A eleição a que se refere o § 3º correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será:

I - indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato;

II - direta, nos demais casos (BRASIL, 1965)

Segundo o Código Eleitoral, a eleição somente seria indireta caso a dupla vacância ocorresse a menos de seis meses - e não nos dois últimos anos - do término do mandato presidencial havendo, portanto, um conflito aparente com o disposto no art. 81, § 1º, da Constituição Federal. Dentre outras determinações da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.525, a Suprema Corte conferiu interpretação conforme à Constituição ao § 4º do art. 224 do Código Eleitoral para afastar sua incidência em situações de vacância nos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República (STF, 2019).

Quanto à chefia do Executivo nos âmbitos estaduais e municipais, a Corte diferenciou situações de dupla vacância por causas eleitorais e por causas não eleitorais (matéria político-administrativa). A extinção do

mandato por causas eleitorais - indeferimento do registro, cassação do diploma ou perda de mandato - é de competência legislativa da União (art. 22, I, BRASIL, 1988), enquanto a extinção por causas não eleitorais - renúncia, falecimento, *impeachment*, condenação criminal transitada em julgado ou incapacidade civil absoluta - é de competência dos Estados e Municípios (STF, 2019). Nesse sentido, Estados e Municípios podem realizar eleições diretas em caso de dupla vacância dos cargos de chefia do Executivo estadual ou municipal, ainda que nos dois últimos do mandato, desde que a situação seja decorrente de causas não eleitorais (STF, 2019). Entretanto, o prazo de seis meses previsto no Código Eleitoral deve ser observado pelos Estados e Municípios por questões logísticas pois "seria inviável o cumprimento dos prazos previstos no processo eleitoral e eleger um novo chefe do Poder Executivo para um período tão curto, que após o término do pleito, duraria de três a quatro meses, no máximo" (STF, 2019, p. 68).

Em síntese, estabeleceu-se que no âmbito federal, independentemente da causa, aplica-se o art. 81, § 1º, ou seja, devem ser realizadas eleições indiretas. Nos âmbitos estaduais e municipais, caso a dupla vacância decorra de causas não eleitorais e até seis meses antes do término do mandato, permite-se a realização de eleições diretas.

Em uma primeira análise, a exceção constitucionalmente estabelecida não apresenta complicações. A soberania popular pode ser exercida por meio de representantes nos termos da Constituição e essa mesma Constituição apresenta a exceção para a regra do voto direto. Entretanto, é preciso analisar o tema tendo em vista o cenário brasileiro contemporâneo marcado pela crise de representatividade e de legitimidade dos representantes eleitos pelo povo.

3. Contexto brasileiro e impacto na separação de poderes

A hipótese de eleição indireta presidencial constitucionalmente estabelecida deve ser analisada em consonância com outra cláusula pétreia do texto constitucional de 1988: a separação de poderes. A afirmativa constitucional de que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si (art. 2º, BRASIL, 1988) deve ser interpretada como uma interdependência, uma vez aos poderes não basta o diálogo para uma atuação coesa, exigindo-se que os três efetivamente atuem em suas funções. Tanto o excesso quando a ociosidade devem ser combatidos e, para tanto, o texto constitucional de 1988 estabeleceu diversos mecanismos operativos do sistema de freios e contrapesos que acompanha a separação de poderes. A comunicação entre os Poderes Legislativo e Executivo é marcada por barganhas que são naturais na democracia, mas que se tornam antidemocráticas quando pautadas por interesses pessoais e não pelo interesse público.

As eleições indiretas permitem que o Poder Legislativo escolha a chefia do Poder Executivo, o que, *a priori*, não significa um desequilíbrio na separação de poderes. Entretanto, é preciso considerar que a democracia brasileira tem sofrido com o déficit de legitimidade e de representatividade do Poder Legislativo, provocando a descrença da população em seus representantes. Nesse contexto, as eleições indiretas concedem ao Poder Legislativo uma oportunidade de ingerência no Poder Executivo que não é portadora da confiança popular. O resultado seria um alinhamento de interesses particulares do Legislativo e do Executivo que se afasta do Estado Democrático de Direito desenhado no texto constitucional de 1988.

A separação de poderes foi impulsionada pela necessidade de limitação do poder das monarquias absolutistas que se revelavam frequentemente arbitrárias e egocêntricas, o que deu origem ao Estado de Direito. O objetivo político desse mecanismo é repartir o poder entre pessoas distintas, uma vez que a concentração consiste em potencial adversária da liberdade (MENDES; BRANCO, 2020, p. 63/64). Permitir a concentração de poder por meio de eleições indiretas pautadas em interesses pessoais significa anular a função democrática da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos implicando em retrocesso democrático ainda que tal procedimento eleitoral esteja autorizado pela Constituição Federal.

A análise do instituto das eleições indiretas deve considerar o contexto atual do Brasil, sob pena de criar situações inconstitucionais com um suposto aval da Constituição. Uma crise política assola a democracia brasileira acompanhada de "outras crises", como aponta Luís Roberto Barroso:

Há uma crise política, cujo ponto culminante foi o impeachment de 2016, que gerou ressentimento, polarização e déficit de representatividade democrática. Há uma crise econômica, decorrente, em larga medida, do descontrole fiscal, que gerou recessão, desemprego e de investimento. Há uma crise ética, que se evidenciou com o Mensalão e explodiu com a Operação Lava-Jato, reveladora de um país feio e desonesto. O modo de se fazer política e negócios no Brasil envolve, em extensão e profundidade abismantes, desvios de dinheiro público, propinas e achques. A fotografia do momento atual faz tudo parecer sombrio, depressivo e decadente (BARROSO, 2020, p. 25).

A crescente hegemonia do Poder Executivo na função legislativa fez com que o Legislativo se destacasse em sua função fiscalizatória dos atos de governo e da Administração Pública, especialmente por meio das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) (BARROSO, 2020, p. 406). Entretanto, como destaca Barroso, "[...]

denúncias abundantes de manipulação, extorsões, proteções e perseguições terminaram por levar o descrédito a este valioso instrumento de atuação parlamentar” (BARROSO, 2020, p. 407).

A escolha do Presidente da República pelo Poder Legislativo poderá facilitar as condutas ilícitas, uma vez que dois poderes serão regidos pelas vontades particulares daqueles que deveriam representar os interesses do povo. O texto de 1988 não coaduna com o falseamento do processo eleitoral para a perseguição de fins diversos do bem-estar coletivo com simples aparência de democracia. Ao contrário: ao garantir a soberania popular a Constituição determina a observância obrigatória da vontade popular. Eventuais condutas que evidenciem que os representantes se afastaram dos anseios dos representados não são legítimas. Assim sendo, embora apresentem previsão constitucional, as eleições indiretas podem agravar o déficit democrático no Brasil e contribuir para a erosão do Estado Democrático de Direito.

4. Conclusão

A crise política no Brasil aumentou a probabilidade da ocorrência de dupla vacância na chefia do Poder Executivo, desafiando a estabilidade da democracia. Nesse contexto, discutir o procedimento aplicável ao caso se torna uma pauta relevante, especialmente em face de seus efeitos para a separação de poderes destinada a frear abusos.

As eleições indiretas consistem em uma exceção ao voto direto constitucionalmente prevista e não carregam em si um desvalor. Entretanto, o cenário político contemporâneo no Brasil aponta que o instituto pode abrir caminho para a perseguição de objetivos diversos do interesse público, além de permitir que o Poder Legislativo desequilibre a separação de poderes essencial ao Estado Democrático de Direito.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.737**, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737compilado.htm. Acesso em: 30 out. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.057-3/ Bahia**. Rel. Min. Celso de Mello. DJ, 06/04/1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346795>. Acesso em: 30 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.709-3 / Sergipe**. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe, 16/05/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527265>. Acesso em: 30 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.549-5/Goiás**. Rel. Min. Carmen Lúcia. DJe, 31/10/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=492850>. Acesso em: 30 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.525/ Distrito Federal**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. DJe, 29/11/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751500638>. Acesso em: 30 out. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.298/Tocantins**. Rel. Min. Cezar Peluso. DJe, 27/11/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606294&pgl=1&pgF=100000>. Acesso em: 30 out. 2020.

O acesso à justiça como direito fundamental e os principais desafios na sociedade contemporânea

Luiz Claudio Gonçalves Junior¹
Sergio Gabriel Farina Ramos Candeloro²
Amanda Pereira Martins³

Resumo

O acesso à Justiça é um dos direitos fundamentais mais importantes que existe, pois é o caminho para que outros direitos sejam alcançados, não se restringindo ao simples acesso ao Poder Judiciário e suas instâncias superiores. O objetivo geral dessa pesquisa é mostrar como esse direito fundamental evoluiu na história do Brasil até chegar aos dias atuais, enfrentando graves problemas vigentes na sociedade contemporânea. O objetivo específico da pesquisa é mostrar quais são os principais obstáculos ao acesso à Justiça para que os direitos fundamentais tenham mais efetividade, principalmente, àqueles relacionados à ordem econômica, social, política e cultural identificados atualmente. A pesquisa se justifica porque o enfrentamento dessas questões pelo Poder Público promove os direitos fundamentais por meio de uma prestação jurisdicional de qualidade, superando as limitações atualmente existentes, ponderando valores e consagrando a ideia de bem comum.

Palavras-chave:

Acesso à justiça. Direito fundamental. Sociedade contemporânea.

1. Introdução

Essa pesquisa procura mostrar como o acesso à Justiça se constitui em direito fundamental dentro do ordenamento jurídico brasileiro, direito de extrema importância, pois por meio desse direito é possível conquistar novos direitos.

Iniciou-se conceituando a ideia de acesso à Justiça, mostrando que ela não se restringe ao simples acesso ao Poder Judiciário, mas a uma decisão devidamente analisada e com resultado justo. É um engano interpretar essa questão de outra forma, pois estar-se-ia limitando o direito das pessoas, pois é certo que muitos têm dificuldade em acessar o Poder Judiciário. Essa dificuldade se apresenta em diversas dimensões, como a econômica e cultural.

Ressalte-se que os desafios para o acesso à Justiça são amplos. Espera-se, por exemplo, que a questão tecnológica contribua para diminuir o descrédito na justiça, no que tange a sua morosidade. Da mesma forma, a melhor especialização dos escritórios de advocacia, da melhor formação dos profissionais para o mercado de trabalho, da ausência de funcionários para atendimento do público, dentre outros.

A digitalização e o processo eletrônico consistem em medida já adotada para o melhor acesso à justiça, todavia, ainda carece de efetividade, pois não são todos que estão atualizados com a matéria. Trata-se de pesquisa descritiva e bibliográfica, abrangendo material no formato físico e digital.

2. Considerações iniciais sobre o acesso à justiça.

O acesso à justiça encontra previsão constitucional, mas também está positivado em normas infraconstitucionais, como é o caso do Código de Processo Civil, uma vez que todos os cidadãos, bem como, os estrangeiros que vivem em nosso território e precisam fazer valer o seu direito, podem se socorrer da justiça e fazer uso de todas as garantias fundamentais. Ainda assim, as conquistas experimentadas nos dias atuais foram árduas até que se chegasse ao Estado de bem-estar social.

Destarte, não há como olvidar a contrapartida ao estado central nacional-desenvolvimentista: o estado de bem-estar social. Planejou-se um estado capaz de abraçar os cidadãos de tal forma que não faltaria a ninguém serviços públicos de saúde, educação, esporte, lazer, trabalho e previdência, ainda que em concomitância com a garantia de direitos

¹ Doutor em Educação pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Licenciando em História pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor e pesquisador do Centro Universitário de Volta Redonda / Fundação Oswaldo Aranha (UniFOA). lclaudiojr@uol.com.br

² Bacharelado do 6º período do Curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda - UniFOA.

³ Bacharelado do 6º período do Curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda - UniFOA. amandapm237@gmail.com

fundamentais do cidadão, como a vida e a liberdade em sua real abrangência (FONTAINHA, 2009, p.3).

Ao colocar em contrapartida o Estado central nacionalista com o Estado de bem-estar social, o autor nos remete a ideia de evolução do Estado brasileiro, o qual passou por grandes transformações, como a superação do modelo existente na República Velha e a entrada na geração Getúlio Vargas. Posteriormente, com o processo de democratização e a saída do Estado Novo. Na luta contra o comunismo, instituiu-se o período militar em 1964, ocasião em que veio a redemocratização a partir de 1988.

O Estado brasileiro encontrou novas formas de atuação com o governo Fernando Henrique Cardoso, passando a ser muito mais regulador do que centralizador e fiscalizador. Por derradeiro, encontrou nos representantes governamentais socialistas a promessa utópica de significativas mudanças sociais, mas o que se viu foi exclusão, pois a riqueza acumulada pelo país em período de prosperidade econômica mundial não foi utilizada em benefício da população.

Não foram apenas mudanças de poder ou da maneira de atuar do Estado, mas mudanças nas relações entre os indivíduos e o Estado, que em determinado momento se viu mais ou menos representado. Isso, certamente, impactou nas relações com os poderes e, conseqüentemente, no acesso à justiça.

Horácio Wanderlei Rodrigues (1994, p.28), esclarece que o acesso à justiça pode ser atribuído ao Poder Judiciário com suas equivalentes atividades jurisdicionais como autotutela, autocomposição, mediação e arbitragem, mas também compreende o acesso a uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.

Neste sentido, merece destaque a seguinte citação:

Acesso à Justiça ou mais propriamente acesso à ordem jurídica justa significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torna-lo équo, correto, *giusto* (BEDAQUE apud BATISTA, 2010, p.25).

Essa tutela está assegurada no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que diz: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Consubstancia-se numa verdadeira garantia constitucional à jurisdição, sendo meio para proteção desse direito. Não visa apenas ações constitucionais, mas medidas assecuratórias que declaram esses direitos, o que envolve uma ordem jurídica justa e o próprio direito de ação (BATISTA, 2010, p.26).

A expressão "acesso à justiça" pode ser reconhecida hoje como condição fundamental de eficiência e validade de um sistema jurídico que vise a garantir direitos. Assim, calcado em modalidades igualitárias de direito e justiça, tal instituto deve ser considerado o básico dos direitos fundamentais do ser humano (MATTOS, 2011, p.70).

O princípio da "inafastabilidade da jurisdição" traz a premissa de que todas as pessoas têm o direito de resguardar seus interesses, fazendo cessar lesões aos seus direitos. Isso implica em romper barreiras e introduzir mecanismos que facilitem o ingresso da pessoa em juízo, bem como, reduzir custas, duração razoável do processo e isonomia processual (AMORIM, 2017, p.97).

Portanto, dentre os direitos fundamentais está inserido o acesso à justiça, pois ele é caminho para a consagração de outros direitos fundamentais descritos na Constituição Federal e em outros dispositivos infraconstitucionais. É o direito à proteção do Judiciário e do direito material em sua essência.

3. Principais desafios para o acesso à justiça.

Dados disponibilizados para o censo de 2020, aponta que o Brasil conta uma área total de 8.514.876 km² e uma população de 211 milhões de habitantes, tendo 71 milhões de endereços para visitação, espalhados em 5.570 municípios (IBGE, 2020).

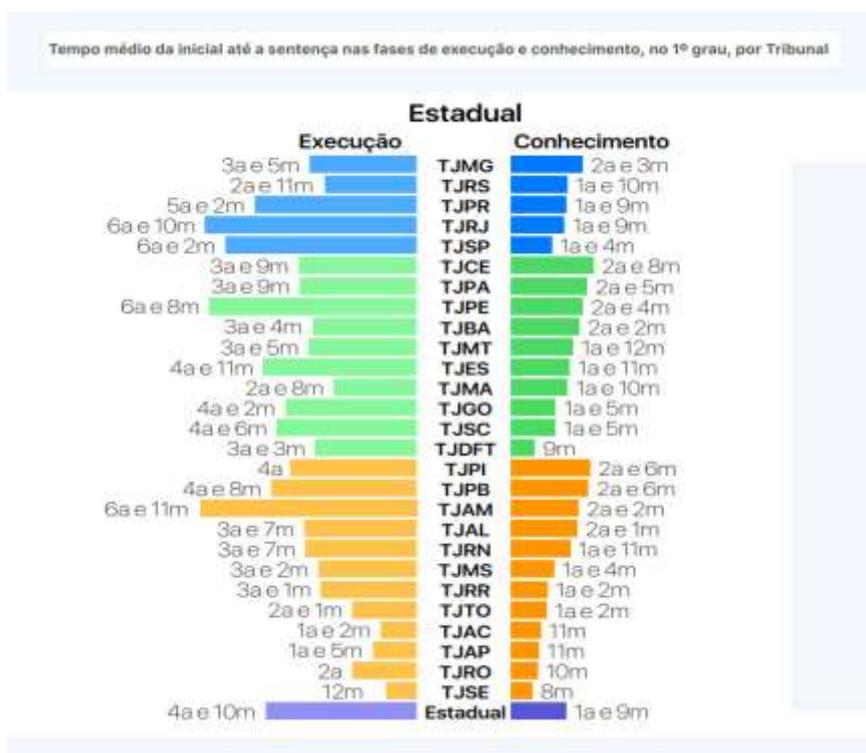
Percebe-se o quanto essas características dificultam a integração, as quais são potencializadas pelos seguintes fatores: hipossuficiência de recursos financeiros, falta de inclusão ao meio digital, ou mesmo o desconhecimento de grande parte da população acerca de seus próprios direitos.

Keila R. Batista (2010), reconhece a morosidade da justiça e aponta deficiências. Diz que nosso território é extenso e, por isso, as regiões apresentam muitas diferenças. As mais desenvolvidas são a regiões sul e sudeste, todavia, os prazos processuais correm de maneira idêntica, sem levar em consideração essas diferenças. As regiões norte e nordeste são menos desenvolvidas.

Sobre a morosidade na prestação jurisdicional existem vários fatores que contribuem para isso, como: insuficiência de recursos materiais ou humanos (70,2%), deficiências do ordenamento jurídico, como lacunas (53,2%), formalismo processual exagerado (52,6%), forma de atuação dos advogados (42,8%), ineficiência administrativa (30,2%), mau funcionamento cartorário (28,9%), atitude passiva de juizes e outros operadores do direito à morosidade do sistema judicial (28,4%) e mau funcionamento do Ministério Público (8,7%) (UNICAMP/CESOP, 2004).

Todos esses fatores contribuem para que as pessoas tenham seus direitos violados, pois podem não se valer destes ou abandonam o processo que está em curso, causando descrédito para a própria Administração Pública. O quadro abaixo mostra o tempo médio das fases cognitiva e executaria nos tribunais estaduais.

Figura 1 - Tempo médio da inicial.



Fonte: (CNJ, 2019, p.21).

A morosidade processual brasileira é um problema que afeta os cidadãos e as partes, tanto sob o ponto de vista subjetivo quanto objetivo. As lesões são tão profundas que ao receberem a prestação jurisdicional pleiteada, o direito reconhecido ou pedido deixa de ter relevância para as partes. Isso é constante na realidade prática processual, com mais ênfase na esfera cível (BATISTA, 2010, p.65).

Existem outros fatores que dificultam o acesso ao Judiciário, como, por exemplo, o orçamento autorizado pelo Poder Executivo. Se comparado aos outros poderes, a liberação desse orçamento ainda é muito inferior, o que inviabiliza outros fatores de acesso, como a informatização dos fóruns brasileiros. Também há carência de servidores e juizes para os julgamentos, o que se comprova com a demora na distribuição de certos recursos (BATISTA, 2010, p.68-69).

Há que se apontar os obstáculos ou desafios de ordem econômico-financeira. A grande maioria é pobre e poucos são os que possuem recursos financeiros. Isso implica em limitações de ordem cultural e social, o qual condiciona ao desconhecimento de seus direitos, a falta de acesso a advogados, aos fóruns, etc (AMORIM, 2017, p.124-125). Sobre obstáculos ou desafios sociais, informa:

As pessoas economicamente desfavorecidas têm dificuldade em reconhecer os direitos tradicionais e os novos, e, quando os reconhecem, muitas vezes estão sem informação dos instrumentos para reivindicação, ou desacreditam no Judiciário como espaço para efetivação dos seus direitos – descrédito que se acentua principalmente quando a outra parte que as lesa são grandes conglomerados econômicos ou o próprio Estado na sua função administrativa ou legislativa (AMORIM, 2017, p.131).

A citação reflete os mais desfavorecidos, prioritariamente, diante de demandas em que a parte contrária detém amplos recursos econômicos, visualizando-se uma disparidade de partes e um provável desfecho de injustiça. Os desafios, no entanto, não se restringem ao aspecto econômico, cultural e financeiro.

Existe o obstáculo funcional, o qual está vinculado à organização do trabalho forense, e não à matéria jurídica. A necessidade de autenticação de todos os documentos da exordial/contestação denota a burocracia cartorária do sistema, o que não raras vezes, impulsiona a parte a desistir do processo por conta da demora na prestação jurisdicional do Estado (AMORIM, 2017, p.132-133).

Por sua vez, são obstáculos políticos aqueles que confrontam as liberdades. Sabe-se que o Poder Jurisdicional deve ser visto como garantidor das liberdades e que o Estado também deve obedecê-la, razão pela qual existem os instrumentos para manter essa proteção, como habeas corpus, mandado de segurança, ação popular, mandado de injunção, habeas data e ações civis públicas. Órgãos como o Conselho Nacional de Justiça devem fiscalizar a atividade jurisdicional, como outros devem ser criados para fiscalizar o Executivo e o Legislativo (AMORIM, 2017, p.135-136).

Em relação aos obstáculos de ordem psicológica e ética, considera-se:

Muitas pessoas deixam de reivindicar direitos por temerem represálias da outra parte e por desacreditarem na efetividade da atuação do Judiciário, preferindo, muitas vezes, "queixar-se" com representantes de organismos religiosos ou associações de bairros, ou até mesmo a própria força policial (AMORIM, 2017, p.139).

Ademais, existem também os desafios éticos que precisam ser superados. Existe um elevado grau de corrupção existente em todas as esferas da nossa sociedade, em especial nas funções públicas, o que dificulta o acesso à Justiça em virtude do descrédito sobre o conteúdo justo das decisões. Propinas ou caixinhas para que réus privilegiados economicamente não sejam citados em atos processuais é um exemplo que ocorre no submundo do Poder Judiciário (AMORIM, 2017, p.138-139).

Em que pese todos esses desafios ou obstáculos para o acesso à Justiça, é possível afirmar que muito já foi feito para melhorar vários problemas que envolvem essa temática. Algumas medidas podem ser adotadas rapidamente, enquanto outras levaria mais tempo. É o que poderá ser verificado no próximo tópico.

4. Medidas efetivas adotadas para o acesso à justiça.

Não são poucas e nem recentes as tentativas de maximizar o acesso à Justiça no Brasil. Isso vale para procedimentos legislativos e também mudanças comportamentais que denotam uma contribuição para esse problema.

A Lei nº 1060/50, concedeu a gratuidade de justiça àqueles que comprovavam a insuficiência de recursos financeiros para arcarem com as custas processuais. Essa legislação encontra consonância na própria Constituição Federal:

A justiça gratuita é um direito constitucional que se estende até o âmbito do direito processual, visto que, o sujeito que necessita buscar a voz dos tribunais para fazer valer o seu direito e não possui condições econômicas para arcar com os custos do processo, se vê dispensado de responsabilizar-se com qualquer custo financeiro decorrente da tutela jurisdicional do Estado pois está amparado no artigo art. 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal de 1988 (SITTA, 2017).

O mesmo autor dispõe que o Código de Processo Civil também disciplina a gratuidade da justiça e abrange tanto a pessoa natural quanto jurídica. Trata-se de uma informação de fundamental importância, pois promove uma jurisprudência mais abrangente e que não se restringe às pessoas naturais. Neste sentido: "Art. 98 A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei" (SITTA, 2017). E acrescenta:

Conjuntamente, o Código de Processo Civil em seu artigo 99 fundamenta as formas de se requisitar a gratuidade da justiça, onde prevê o momento em que pode ser feito a solicitação do benefício, as circunstâncias que ocorre o indeferimento do pedido, as hipóteses em que se pressupõe a veracidade da declaração e o seu caráter individualizador [...] (SITTA, 2017).

Portanto, nota-se providências legislativas antigas e que foram ratificadas em legislações recentes visando trazer maior acesso às pessoas desprovidas de condições econômicas. É o caso da criação das

Defensorias Públicas, instituídas no âmbito da União pela Lei Complementar 80/94, a qual traz o requisito da gratuidade:

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. (Redação dada pela LC nº 132, de 2009) (BRASIL, 1994).

Além da abrangência judicial e extrajudicial, de forma integral e gratuita aos necessitados, o que corrobora ser a Defensoria Pública um importante instrumento de acesso à justiça, destaca-se algumas funções institucionais como: prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, promover de forma prioritária a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas por meio da mediação, conciliação, arbitragem, etc. Sobre a Defensoria Pública:

Não se pretende apresentar a instituição Defensorial como tábua de salvação para todas as pessoas pobres, outrossim, o cartão de visitas deste órgão ao tutelar os direitos dos menos favorecidos é a busca incansável de uma ordem jurídica justa, que outrora se apresentava muito distante, e que hoje é tida como uma porta já então aberta (AMORIM, 2017, p.288).

Cabe ressaltar que, em 2010, o Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de diminuir a excessiva quantidade de causas que chegavam ao Judiciário baixou a Resolução nº 125/2010, adotando os institutos da Conciliação e da Mediação, duas modalidades de solução consensual de conflitos e que confere maior celeridade ao processo. Foram incorporadas ao novo Código de Processo Civil e passou a fazer parte dos tribunais brasileiros, com as chamadas "Câmaras Estaduais de Justiça Conciliativa-CEJUSC's". Neste sentido, cite-se a título de exemplo, o provimento do Conselho Superior da Magistratura paulista Nº 2.348/2016, que estabeleceu:

Artigo 3º. Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania de Primeira Instância, criados pelo Provimento CSM nº 1892/2011, do Conselho Superior da Magistratura e sediados nas Comarcas e Foros da Capital, do Litoral e do Interior do Estado, têm competência para a conciliação e a mediação nas áreas pré-processual, processual, bem como para as matérias relativas a cidadania.

Artigo 4º. Nos termos do artigo 9º, caput, da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Primeira Instância contará com um juiz coordenador e, se necessário, um adjunto, a serem designados pelo Presidente do Tribunal de Justiça após indicações do desembargador coordenador do NUPEMEC, dentre aqueles que realizaram o treinamento segundo o modelo estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça, conforme Anexo I da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, e referendado pelo Conselho Superior da Magistratura (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2016).

Portanto, existem medidas que estão sendo adotadas para que o acesso à justiça se torne mais efetivo a cada dia. Mais do que discutir, as medidas aprovadas precisam ser colocadas em prática.

Para Keila R. Batista (2010), a Emenda Constitucional nº 45/04 e a Súmula Vinculante proporcionaram melhor acesso à justiça. A primeira trata da Reforma do Judiciário, e se coaduna com o artigo 5, LXXVIII, da CF/88, onde a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. A súmula vinculante segue a mesma premissa, no sentido de melhorar e tornar mais célere as decisões. E ainda:

Contribuindo para que a delonga seja amenizada, também neste ano, entrou em vigor a Lei nº 11.441/07, que desafogou o Judiciário, retirando dele e passando ao âmbito notarial algumas ações que podem ser homologadas, logicamente de aspecto consensual, que dizem respeito às separações e divórcios extrajudiciais, partilhas de bens e inventários extrajudiciais (BATISTA, 2010, p.82).

O jurista, Lenio Luiz Streck (2005, p.145), alerta que o instituto da súmula vinculante busca "desentulhar" o judiciário e não há como negar que ela pode contribuir para o desafogo do judiciário brasileiro, todavia, é preciso ter cuidado com a perda de autonomia de juizes, os quais podem se prender mais ao trabalho de liberação das decisões que seguirá um padrão uniforme, do que ao trabalho de hermenêutica que cada caso requer.

Instituiu-se, neste sentido, a separação e o divórcio administrativo no Brasil. Cumprindo-se os requisitos legais trazidos pela lei, o procedimento pode ser feito extrajudicialmente. Existem outros instrumentos que viabilizam o combate à morosidade processual e o acesso à Justiça.

Keila R. Batista (2010) ressalta as inovações trazidas pela Lei nº 11.382/06, relativas ao processo de execução, o qual alterou vários dispositivos do Código de Processo Civil, como a execução por quantia certa contra devedor solvente, a possibilidade de penhora da caderneta de poupança de acordo com os requisitos legais. A possibilidade de realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, conforme os requisitos trazidos pela Lei nº 11.441/07. Há que se considerar ainda, a justiça restaurativa, a justiça itinerante, a justiça comunitária, o Juizado Especial e também a arbitragem. Todos são instrumentos viabilizadores do acesso à Justiça.

Portanto, muito se fez e ainda tem sido feito para romper os obstáculos do acesso à Justiça, mas é importante considerar que a era tecnológica também traz novos desafios, os quais precisam estar devidamente amparados em lei, bem como, ser de conhecimento de todos os operadores do direito para que possam promover maior acesso aos que precisam da justiça.

5. Conclusão

Viu-se que o acesso à Justiça é um direito fundamental, o qual não se esgota com o acesso ao Poder Judiciário e nem deve ser com ele confundido. Trata-se de um direito que instrumentaliza a realização de outros direitos, sejam fundamentais ou não. As transformações sociais, principalmente, sob o ponto de vista tecnológico, impactaram a sociedade e o acesso à Justiça, sendo inserido uma nova dinâmica nas relações processuais. Basta verificar a webconferência, as audiências virtuais, etc.

O Poder Judiciário se modernizou por meio do processo eletrônico e da digitalização processual, todavia, para uma melhor harmonia entre todos, é imperioso que a advocacia também se modernize, visando ofertar aos clientes um serviço de acordo com a realidade vivenciada atualmente.

Reconhece-se problemas de ordem geográfica, como o das pessoas que carecem do básico, pelo simples fato de estarem vivendo em locais distantes dos centros urbanos, razão pela qual optou-se pela Justiça Itinerante, a qual está comprometida com o acesso à Justiça, mas também com o exercício da cidadania de maneira mais efetiva. Da mesma forma, a digitalização dos processos procura satisfazer o princípio da duração razoável do mesmo, sem comprometer o contraditório e a ampla defesa, todavia, é importante que todos os locais do judiciário brasileiro mantenham coerência em suas disposições, uma vez que cada região tem as suas peculiaridades e dificuldades de transporte e acesso à tecnologia.

Finalizando, é urgente que se fortaleça as Defensorias Públicas e demais órgãos do poder público para que o direito fundamental do acesso à Justiça seja a cada dia mais potencializado, primando pela defesa da dignidade da pessoa humana e conquistando direitos que somente por meio do acesso é possível obter. Não se trata de mudar tudo repentinamente, mas que se estude o que é viável e que se estabelece um processo contínuo de transformações que visem a melhora dos serviços prestados pela justiça, especialmente, para atender os interesses da população mais vulnerável.

Referências

AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. **Acesso à Justiça como direito fundamental & Defensoria Pública**. Curitiba/PR: Juruá, 2017.

BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à justiça: instrumentos viabilizadores**. São Paulo/SP: Letras Jurídicas, (UNIVEM), 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2003. In: BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à justiça: instrumentos viabilizadores**. São Paulo/SP: Letras Jurídicas, (UNIVEM), 2010.

BRASIL. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm Acesso em 28 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2019**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/> Acesso em: 29 out. 2020.

FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à Justiça: da contribuição de Mauro Cappelletti à realidade brasileira**. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Números do Censo 2020**. Disponível em: <https://censo2021.ibge.gov.br/sobre/numeros-do-censo.html> Acesso em: 29 out. 2020.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à Justiça: um princípio em busca de efetivação**. Curitiba/PR: Juruá, 2011.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo/SP: Acadêmica, 1994.

SITTA, Gabriel. **Justiça gratuita - garantia do acesso à justiça**. Disponível em: <https://gabrielsitta13.jusbrasil.com.br/artigos/937048986/justica-gratuita-garantia-do-acesso-a-justica?ref=feed> Acesso em 29 out. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. As Súmulas Vinculantes em face da hermenêutica filosófica e da jurisdição constitucional, p.125-177. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (Coord.). **Acesso à Justiça: efetividade do processo**. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: http://www.cnbsp.org.br/_Documentos/Upload_Conteudo/files/Diario%20oficial%20-%2019_07_2016.pdf . Acesso em 30 out. 2020. São Paulo, ano IX, Edição 2160, terça-feira, 19 de julho de 2016.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS (UNICAMP). **A reforma do Judiciário no Brasil na opinião dos juízes, procuradores e promotores (1996-2000)**. Campinas/SP: Revista Opinião, Centro de Estudos de Opinião Pública (CESOP), vol.10, nº 01, Encarte Tendências, p.189-220, maio de 2004. Disponível em: https://www.cesop.unicamp.br/vw/1IMH6T6owNQ_MDA_30e71_/Encartev10n1.pdf . Acesso em 29 out. 2020.

A importância da lei geral de proteção de dados e o direito fundamental à privacidade no Brasil

Luiz Claudio Gonçalves Junior¹
Rafael Marques dos Santos²

Resumo

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) entrou em vigor há poucos meses no Brasil. Sua importância era comentada antes mesmo de sua entrada em vigor, pois que estabeleceu ferramentas que regulam as empresas no que tange aos dados pessoais de seus clientes e pessoas que com ela se relaciona. O objetivo geral dessa pesquisa é mostrar algumas das principais características protetivas trazidas pela (LGPD) em relação aos dados dos usuários, uma vez que é de responsabilidade das empresas não só armazenar como proteger esses dados. Sob o ponto de vista específico, o objetivo é abordar a questão do direito fundamental à privacidade, o qual já era protegido constitucionalmente antes da entrada em vigor da lei e que de certa forma é bem restrito. A pesquisa se justifica porque a Lei Geral de Proteção de Dados exige mudanças comportamentais por parte das empresas, as quais terão de se adequar aos novos procedimentos trazidos por essa Lei Federal.

Palavras-chave:

Lei geral de proteção de dados. Direito fundamental. Privacidade no Brasil.

1. Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) regulamenta o tratamento de dados e informações de pessoas colhidas por parte de empresas, especialmente na internet. Estava prevista para entrar em vigor no início de 2021, mas acabou entrando em vigor em agosto de 2020. Ela regula todos os processos passíveis do dado como: coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados pessoais, impondo mais proteção e penalidades para o seu não cumprimento.

Essa pesquisa consiste, inicialmente, em abordar esses dados, apresentando algumas características, como a semelhança com a Lei Geral de Proteção de Dados Europeia (GDPR), a qual foi um referencial importante para a construção da nossa legislação, inclusive, sob o ponto de vista punitivo. Procura-se abordar, ainda, os diferentes princípios previstos na LGPD, os quais reforçam o compromisso das empresas no cuidado com os dados de seus clientes e usuários, o que permite ser interpretado juntamente com outros princípios e leis previstos em nosso ordenamento jurídico, como é o caso do próprio Marco Civil da Internet.

Em sequência, observa-se o direito fundamental à privacidade, o qual não está estanque, mas também envolve uma interpretação sistemática com outros direitos que envolvem a privacidade, como a intimidade e o direito à informação, todos previstos na Constituição Federal de 1988. A pesquisa é finalizada com uma abordagem sobre os impactos da LGPD sobre as empresas, mostrando seus reais desafios e o que pode ser feito neste momento, para melhor se adaptarem a esse novo contexto legislativo. Trata-se de pesquisa descritiva e bibliográfica.

2. Considerações iniciais sobre a Lei Geral de Proteção de Dados.

Vale observar que o Brasil seguiu o parâmetro europeu no que tange a elaboração da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei nº 13.709/2018), a qual já vinha sendo aplicada a mais de um ano, todavia, na Europa, os desdobramentos sobre essa proteção são ainda mais antigos.

Para Rithely Almeida (2020), a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira, teve com base a Lei Europeia (GDPR) (sigla em inglês para Regulamento Geral da Proteção de Dados) que foi uma atualização necessária à lei de privacidade europeia de 1995, logo após o vazamento de dados sem consentimento por gigantes como o Facebook, implicando numa perfeita sintonia entre a lei nacional e estrangeira para a realização de negócios, sob pena de multa que podem chegar a 50 milhões de reais.

¹ Doutor em Educação pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Licenciando em História pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor e pesquisador do Centro Universitário de Volta Redonda / Fundação Oswaldo Aranha (UniFOA). Participa do Projeto de Pesquisa em Bioética, Biodireito e Biotecnologias do Centro Universitário Salesiano de São Paulo/ U.E. Lorena (UNISAL). lclaudiojr@uol.com.br

² Bacharelado do 4º ano do Curso de Sistemas de Informação do Centro Universitário de Volta Redonda (UniFOA). rafamarques750@gmail.com

De acordo com Rodrigo Loureiro (2020), a nova lei estava prevista para entrar em vigor no 2º semestre de 2020, mas devido a pandemia do coronavírus e situação atual do país, foi adiada com uma medida provisória do presidente do Brasil para o 1º semestre de 2021, o objetivo do adiamento foi minimizar o impacto da pandemia perante a situação econômica do país.

Observa-se, no entanto, que embora a previsão para o início do próximo ano, a LGPD acabou entrando em vigor nesse ano, tal como previsto anteriormente, o que de certa forma, trouxe ainda mais urgência para as empresas que precisavam se adaptar às novas regras legislativas sobre a proteção de dados pessoais.

Explica, Andrea Peixoto (2020), que empresas e clientes terão de se adaptarem às rápidas mudanças. Os pioneiros terão de ter políticas e planos de proteção de dados, privacidade e da segurança de clientes, pois as pessoas passarão a observar as condutas das empresas e se tornarão mais exigentes com a segurança oferecidas pelas instituições. A lei define uma proteção integral da liberdade do cliente, privacidade, segurança e seu consentimento expresso, para o acesso as suas informações e até mesmo um pronto atendimento caso decida pela exclusão de seus dados.

Nota-se que os dados do cliente devem ser amplamente protegidos, todavia, ele também tem a ampla liberdade em optar pela exclusão de seus dados, caso entenda ser o mais conveniente, o que impede a empresa em tentar manter os seus dados caso não haja nenhuma outra restrição legal.

Para Ronaldo Gozoni (2020), as punições previstas da LGPD, como vazamentos de dados serão analisadas e julgadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), levando-se em consideração a gravidade de cada caso. As empresas serão obrigadas a relatar as falhas de segurança às autoridades tão logo tomem conhecimento delas, e não mais poderão esperar a resolução dos vazamentos antes de virem a público. A depender do caso, as empresas serão orientadas a divulgar ou não o vazamento ao público, no tocante as sanções e multas serão aplicadas normalmente de acordo com a proporção. As consequências possuem variância, indo desde advertências até uma multa de 2% sobre o faturamento anual, limitada a até R\$ 50 milhões, ou uma multa diária, cuja soma dos valores não pode ultrapassar o valor acima mencionado.

Portanto, são multas elevadas e que podem comprometer o funcionamento da empresa caso essa proteção de dados pessoais não seja observada. É preciso acompanhar os tribunais para saber os posicionamentos que estarão sendo adotados para cada situação, pois a lei é recente e requer adaptações.

3. Princípios previstos na Lei Geral de Proteção de Dados.

Segundo a (LGPD – Lei nº 13.709/2018), o tratamento de dados por parte das empresas deve estar em conformidade com dez princípios estabelecidos pela lei no artigo 6º, a fim de garantir a boa fé no tratamento dos dados.

O primeiro princípio é a finalidade, o qual refere-se ao propósito do dado que foi coletado e o tratamento que deve ser dispensado ao mesmo, conforme vontade do seu titular. Desta maneira, merece ser citado:

O tratamento de dados precisa ter uma finalidade, ou seja, um resultado único, específico e legítimo que deve ser alcançado com tal tratamento. O princípio serve não apenas para delimitar o objetivo final do tratamento, mas para tornar previsível o que dele se espera, inviabilizando tratamento posterior desvinculado com a finalidade original (COTS; OLIVEIRA, 2018, p.100).

O segundo é a adequação, o tratamento dos dados deve ser compatível com a finalidade ao qual foi coletado, evitando a sua desvirtuação. A diferença com o princípio da finalidade está no fato de que o último se preocupa com a regularidade da finalidade em si, enquanto esse aborda o procedimento realizado para chegar à finalidade pretendida (COTS; OLIVEIRA, 2018, p.101).

O terceiro é a necessidade, este princípio estabelece uma limitação da coleta dos dados, de forma que se colete apenas o mínimo necessário para a realização de sua referida finalidade.

Cots e Oliveira (2018, p.101), exemplificam a violação a esse princípio diante da solicitação de cor da pele para faturamento de produtos ou serviços ou solicitar orientação sexual para admissão de empregado. E destaca-se:

A finalidade, adequação e a necessidade são princípios que somados resultam no que se chama de mínimo essencial, algo como saber qual a menor quantidade de dados pessoais necessária para que se chegue ao fim pretendidos de forma adequada. No momento da coleta é primordial que se esteja atento à real necessidade de se obter determinado pessoal para se atingir a finalidade pretendida (TEIXEIRA; ARMELIN, 2019, p.47).

Há que se considerar também o princípio da não-discriminação, em que se veda tratar dados para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos, como dispensar empregados por conta de determinada religião ou mesmo oferecer produtos ou serviços apenas para pessoas de determinada nacionalidade (COTS; OLIVEIRA, 2018, p.102).

Por sua vez, o princípio da transparência garante que as informações sejam claras, precisas e acessíveis aos titulares em relação aos seus dados pessoais. Assim, não fornecer fácil acesso às informações de tratamento ou deixar de descrever a abrangência do tratamento realizado, constitui violação a esse princípio. Outros princípios existem, como o livre acesso, o qual garante ao titular dos dados, o direito de consultar de forma simples, gratuita e integral os seus dados, segurança, prevenção e responsabilização dos dados (COTS; OLIVEIRA, p.2018, p.102).

A transparência pressupõe que o titular terá livre acesso às informações claras e precisas sobre o tratamento de seus dados pessoais, o que não significa, entretanto, um acesso irrestrito, que ele poderá ter acesso ao segredo industrial de um negócio ou a outras informações essenciais à realização do negócio. O controlador poderá, por exemplo a pedido do titular, fornecer quais dados pessoais estão sendo tratados, sem fornecer como utiliza tais dados para a realização do seu negócio (TEIXEIRA; ARMELIN, 2019, p.49).

A importância dos princípios se coaduna com a proposta trazida pela Lei nº 13.709/2018, pois essa trabalha com dados sensíveis, os quais afetam, sobremaneira, o direito fundamental à privacidade, o que será visto no próximo tópico.

4. Lei Geral de Proteção de Dados e direito fundamental à privacidade.

A proteção de dados pessoais interfere no direito fundamental à privacidade, mas essa preocupação não é uma inovação trazida pela Lei Geral de Proteção de Dados. O Marco Civil da Internet, especificamente, no seu art.10, tutela essa questão. Além disso, permite verificar que juntamente com o direito fundamental à privacidade, encontra-se a preservação da intimidade.

Art.10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas (GONÇALVES, 2017, p.101).

O Marco Civil reconhece que a internet funciona como um sistema que registra processos. Devido a sua alta capacidade, registra e processa conexões e acessos, razão pela qual existem riscos para a privacidade, a intimidade, a honra e a imagem das pessoas. Por isso, a necessidade de proteção dos dados de maneira jurídica e técnica. Mais ainda, por se tratar de direitos fundamentais. Onde há segurança jurídica haverá maior segurança de informação (GONÇALVES, 2017, p.102).

O dispositivo (Art.10), do Marco Civil da Internet, guarda correspondência com o art.5º, X, da Constituição Federal, o qual diz: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Nesses casos, são titulares não só as pessoas naturais, como também as jurídicas, as quais possuem personalidade jurídica reconhecida pelo ordenamento jurídico vigente (DANTAS, 2015, p.325).

Para o constitucionalista, Marcelo Novelino (2015, p.389), o direito à privacidade envolve a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Os direitos de personalidade emanam da dignidade da pessoa humana. Como decorrência da autonomia da vontade e do respeito ao livre arbítrio, o direito à privacidade confere ao indivíduo a possibilidade de conduzir sua própria vida, sem intromissão da curiosidade alheia, da maneira que lhe julgar mais conveniente.

É por conta da garantia ao direito de privacidade que a (LGPD) se coaduna e pode ser interpretada com a norma constitucional e infraconstitucional, como o Marco Civil da Internet. É exigível uma interpretação sistemática das regras jurídicas para que haja maior segurança.

A (LGPD) trata de maneira ampla o dado pessoa, no art.5º, inciso I, quando define como sendo a "informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável" (MAGRO, 2020, p.15). E destaca:

[...] Trata-se, portanto, de gênero conceitual, cujas espécies subjacentes, de *lege lata*, são os dados sensíveis – assim entendidos como os "dados pessoais sobre a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou a organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, dados genéticos ou biométricos, quando vinculados a uma pessoa natural" (inciso III) – e os dados anonimizados – definidos (por construção curiosa, aliás) como os "relativos a um titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos

razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento" (inciso III) (MAGRO, 2020, p.15 – grifos do autor).

Cogita-se ainda, com base na (LGPD), a existência de "metadados", definidos como sendo aqueles que de si não derivam informações sobre a pessoa natural, mas que a cabo de uma análise lógica de seu conjunto/volume de dados (*por exemplo, via Big Data*) extrai-se a construção de um perfil comportamental individual, que então permite a identificação pessoal (MAGRO, 2020, p.15).

Chama a atenção para o fato de que o conceito de "dado" não é o mesmo que "informação". Os dados se constituem em fatos brutos, que organizados de maneira lógica, tornam-se informação, ou seja, a coligação de fatos organizados de modo que possuam um valor adicional superior ao seu valor como fatos individualmente considerados (STAIR; REYNOLDS apud MAGRO, 2020, p.17).

A vida privada também é protegida pelo art.21 do Código Civil que estabelece: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma" (ZUFFA, 2020, p.97). E ainda:

A vida privada seria a esfera mais ampla, ou seja, sobre a qual mais pessoas têm acesso à informação, acontecimentos da vida, vontades e afazeres do indivíduo, que opta por dividir com seus colegas, familiares distantes e outras pessoas menos próximas. Por outro lado, a segunda esfera que seria a da privacidade, é mais confidencial, isto é, trata de assuntos que o indivíduo divide apenas com amigos e familiares próximos. Já a intimidade, que configura a terceira esfera, diz respeito aos valores mais secretos e intrínsecos do indivíduo, aquilo que o mesmo não divide com ninguém (CONSALTER apud ZUFFA, 2020, p.97-98).

Verifica-se que o legislador foi além, ao tratar da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), pois ampliou para os chamados "metadados", o que demanda por parte das empresas que trabalham com dados de seus clientes uma responsabilidade muito grande, pois esses dados não podem circular sem a autorização do cliente. Além disso, torna claro a ampla proteção ao direito fundamental de privacidade, o qual encontra supedâneo em nível constitucional e infraconstitucional. Não há como manter esse direito sem a proteção dos dados fundamentais trazidos pela lei especial.

5. Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados nas empresas.

Os impactos da Lei nº 13.709/2018, sobre as empresas não são poucos, ainda mais diante da entrada em vigor de maneira antecipada e em tempos de Covid-19, o que dificulta a adoção de medidas para o cumprimento da legislação vigente, mas é importante destacar alguns aspectos.

Conforme o Serviço Federal de Processamento de Dados, para o cumprimento da nova legislação, é recomendado as empresas definirem funcionários que serão responsáveis por promover a lei, orientando os demais funcionários e interagindo com a ANPD (Agência Nacional de Proteção de Dados) quando necessário. Realizar uma análise de como estão sendo armazenados os dados de forma física e lógica, atentando-se para os tipos de dados, para verificar se ele não precisa de um tratamento diferente, como dados pessoais sensíveis e cuidados especiais como dados de menores de idade (SERPRO, 2020b).

"Em suma, o controlador toma as decisões do tratamento, os operadores seguem as orientações do controlador, cumprindo uma função específica no processo de tratamento" (COTS; OLIVEIRA, 2018, p.213).

Nesse processo organizacional dentro da empresa, percebe-se as diferentes funções a serem executadas para que os dados possam ser protegidos, sendo conveniente criar hierarquias para que as normas sejam devidamente executadas. Em relação aos menores de idade, vale destacar:

A lei referiu-se a consentimento específico e em destaque por um dos pais ou responsável, o que significa que as empresas deverão buscar por tecnologias capazes de apurar com a máxima precisão se a pessoa que está consentindo com a coleta de dados realmente é um pai ou responsável pelo menor. No mais, deverá saber com clareza qual dado pessoal daquela criança ou adolescente está sendo coletado (TEIXEIRA; ARMELIN, 2019,p.74).

Atenção ao consentimento é fundamental, a coleta do consentimento deve estar de acordo com os princípios previstos, de maneira clara para que o titular entenda com o que ele está concordando, a empresa outrora para se proteger necessita a guarda das provas do consentimento obtido. A LGPD causou grandes mudanças na lida com dados pessoais. Por isso, precisa-se de engajamento por parte das empresas, para que possam estar em concordância com a lei, o que também envolve a diretoria e todos os demais colaboradores (SERPRO, 2020b).

As medidas preventivas de segurança da informação, são a melhor forma de estar em conformidade com a lei, replicando as boas práticas por meio de normas como as da categoria ISO e por meio de certificações, tanto

para empresas como para os colaboradores da empresa. É recomendado que as empresas sejam auditadas de tempos em tempos, para assegurar que estejam devidamente protegidas e em conformidade com as leis pertinentes de segurança da informação, não se restringindo apenas a LGPD (SERPRO, 2020b). Assim:

Controladores e operadores, na qualidade de agentes de tratamento, devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas à proteger os dados pessoais de: (i) acessos não autorizados; (ii) situações acidentais (cometidas por culpa: negligência, imprudência ou imperícia) ou ilícitas (cometidas voluntariamente, com dolo) que possam gerar a destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito (COTS;OLIVEIRA, 2018, p.238).

Nota-se que, a depender do tipo de dado pessoal que está sendo protegido, prima-se por maior segurança. Não é um exagero da nova lei, pois sabe-se que a depender do dado pessoal violado, o pretenso infrator pode acessar muitos outros dados da vítima, violando o seu direito fundamental de privacidade, dentre outros. Na ilustração abaixo é possível vislumbrar o que a lei trouxe de mais importante, sendo plausível a urgência na mudança de comportamento das empresas.

Figura 1 - Mudança de comportamento nas empresas.



Fonte: (SERPRO, 2020a)

São vários os pontos que podem ser explorados pelas empresas. Compete a partir de agora verificar se as empresas estão se adaptando às novas condições trazidas pela legislação, bem como, a maneira pela qual será feita a fiscalização para que a lei não venha a ser violada.

6. Conclusão

A LGPD veio com o intuito de colocar o Brasil em caráter de igualdade com os países que já possuem legislação ativa sobre o tema, ressaltando a importância da ética e seriedade no tratamento dos dados pessoais, principalmente, aqueles considerados sensíveis e os que se constituem como “metadados”. É imperioso que as empresas atuem com transparência e em obediência aos demais princípios trazidos pela lei, com destaque para a boa-fé, a finalidade e a não-discriminação.

Espera-se que ela contribua para suprir eventuais lacunas deixadas por outras legislações que tutelam dados pessoais, como o Marco Civil da Internet, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, dentre outras legislações que tratam de dados pessoais e do direito fundamental à privacidade, o qual é gênero das espécies, intimidade e vida privada.

Diante de sua entrada em vigor num momento crítico vivenciado no mundo todo, por conta da Covid-19, espera-se que haja bom senso na aplicação das infrações, uma vez que a rigidez da medida sem levar em consideração as condições atuais pode prejudicar o desenvolvimento econômico do país e criar um novo problema.

Referências

ALMEIDA, Rithely. **LGPD: Entenda de vez a importância da Lei Geral de Proteção de Dados**. CODEBY, 2020. Disponível em: <https://codeby.com.br/blogs/codeby/lgpd-entenda-de-vez-a-importancia-da-lei-geral-de-protecao-de-dados#:~:text=De%20modo%20geral%2C%20a%20LGPD,necess%C3%A1rios%20para%20o%20fim%20proposto>. Acesso em: 19 de jun. de 2020.

CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual**. Curitiba: Juruá, p.127, 2017. In: ZUFFA, Fernanda Shimomura. A obrigatoriedade de eliminação de dados pessoais após o término de seu tratamento e a aplicação do direito ao esquecimento, p.87-113. In: TEIXEIRA, Tarcisio; MAGRO, Américo Ribeiro. **Proteção de dados: fundamentos jurídicos**. Salvador/BA: Juspodivm, 2020.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada**. São Paulo/SP: Thompson Reuters Brasil, 2018.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo/SP: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. **Marco Civil da Internet Comentado**. São Paulo/SP: Atlas; Gen, 2017.

GOZONI, Ronaldo. **O que é LGPD?** TecnoBlog. Disponível em: <https://tecnoblog.net/315680/o-que-e-lgpd-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais/> Acesso em: 20 de jun. de 2020.

LOUREIRO, Rodrigo. **Bolsonaro adia Lei Geral de Proteção de Dados para 2021**. Exame, 2020. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/bolsonaro-adia-lei-geral-de-protecao-de-dados-para-2021/> Acesso em: 19 de jun. de 2020.

MAGRO, Américo Ribeiro. A ineficácia do direito à anonimização de dados pessoais em face da análise de Big Data dos metadados produzidos no âmbito da internet das coisas, p.13-51. In: TEIXEIRA, Tarcisio; MAGRO, Américo Ribeiro. **Proteção de dados: fundamentos jurídicos**. Salvador/BA: Juspodivm, 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. Salvador/BA: Juspodivm, 2015.

PEIXOTO, Andréa. **Lei de Proteção de Dados entenda em 13 pontos**. Politize, 2020. Disponível em: politize.com.br/lei-de-protecao-de-dados/ Acesso em: 20 de jun. de 2020.

SERPRO. **O que muda com a LGPD?** Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/a-lgpd/o-que-muda-com-a-lgpd> Acesso em: 28 de outubro de 2020a.

SERPRO. **Como cumprir a LGPD?** Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/empresa/como-cumprir-a-lgpd> Acesso em: 28 de outubro de 2020b.

STAIR, Ralfph M.; REYNOLDS, George W. **Principles of Information Systems: A managerial approach**. 13ª ed. Boston: Cengage Learning, p.05/06, 2018. In: MAGRO, Américo Ribeiro. A ineficácia do direito à anonimização de dados pessoais em face da análise de Big Data dos metadados produzidos no âmbito da internet das coisas, p.13-51. In: TEIXEIRA, Tarcisio; MAGRO, Américo Ribeiro. **Proteção de dados: fundamentos jurídicos**. Salvador/BA: Juspodivm, 2020.

TEIXEIRA, Tarcisio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada artigo por artigo**. Salvador/BA: Juspodivm, 2019.

ZUFFA, Fernanda Shimomura. A obrigatoriedade de eliminação de dados pessoais após o término de seu tratamento e a aplicação do direito ao esquecimento, p.87-113. In: TEIXEIRA, Tarcisio; MAGRO, Américo Ribeiro. **Proteção de dados: fundamentos jurídicos**. Salvador/BA: Juspodivm, 2020.

Violência contra mulher e racismo estrutural: conexões e debates

Daniele Ribeiro do Val de Oliveira Lima Santa Bárbara¹
Viviane Linhares dos Santosda Silva¹

Resumo

Esse estudo reconhece a violência como um fenômeno social e cultural, democraticamente distribuído, sem fronteiras de classe, gênero ou étnico raciais. Contudo, atinge pessoas e grupos de forma diferenciada, o que nos levou ao objetivo de refletir sobre como a violência se impõe contra as mulheres negras e pobres, ao considerarmos os aspectos que constituem uma sociedade de classe, patriarcal e racista. A partir de dados estatísticos que evidenciam desigualdades de gênero e o racismo estrutural, vimos que mulheres negras figuram como maioria nos índices de violência, como nos dados do Mapa da Violência 2020, que mostram que o homicídio de mulheres negras aumentou 12,4%, no total de 68% dos homicídios contra mulheres. Nossa abordagem foi qualitativa, com levantamento bibliográfico, hemerográfico e acesso à pesquisas nacionais, previamente realizadas por órgãos oficiais. A objetificação da mulher negra e sua inserção desigual nas relações sociais é histórica. Desde a escravidão, sofrem com diversas violências e atos desumanos, e em um meio sexista, eram objetos de prazer disponíveis. Evidencia-se a necessidade continuada de luta/ resistência do povo negro, em particular das mulheres, como pauta política e urgente.

Palavras-Chaves:

Racismo Estrutural. Violência Contra a Mulher. Relações de Gênero. Discriminação Social. Questões étnico raciais.

1. Introdução

Desde as primeiras décadas do século XX, em destaque ao ano 1930, com a chamada Primeira Onda do Feminismo no Brasil, que as mulheres vem ganhando espaço na sociedade, e uma das principais bandeiras de luta é o fim da violência contra as mulheres. Atualmente, ganha também visibilidade a violência por questões étnico raciais, expressão do racismo estrutural. No Brasil, temos a violência contra as mulheres negras no topo dos índices estatísticos. Um País que se apresenta como democrático e atento as questões raciais, tem suas relações sociais tensionadas por aspectos sexistas e raciais.

Evidencia-se a violência de gênero e a violência expressa pelo racismo estrutural, que nos remete a necessidade continuada da luta e resistência do povo negro, incluindo em particular a luta das mulheres negras, que ainda hoje é pouco falada. A violência vivenciada pela mulher negra se expressa não só nas relações sustentadas pela desigualdade de gênero, mas, eminentemente, naquelas constituídas pela hierarquia da cor, ou seja, aquela que submete o negro à lugares sociais subalternizados e que impõe experiências cotidianas de discriminação e preconceito no mercado de trabalho, na circulação livre pelos espaços públicos, expressa nas abordagens truculentas dos policiais, entre outros exemplos.

O tema violência contra a mulher, mesmo com todos os ideais conservadores que o cercava, ganhou força nas últimas décadas. Com o feminismo, as mulheres começaram a conquistar seu espaço na sociedade brasileira. Contudo, é apenas nos anos 80, com a criação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher - DEAM's, que o tema ganha status político. Posteriormente, com a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), até a mais nova inovação trazida pela Lei do Feminicídio, criada em 2015, a Lei 13.104, a temática ganha a publicidade e o reconhecimento merecidos, mas culturalmente, ainda enfrenta muitos desafios. Mulheres, por serem mulheres, merecem morrer. Devem ser propriedade de seus maridos ou companheiros. Devem exercer papéis socialmente impostos e culturalmente forjados. Isso é retrato de uma sociedade patriarcal, machista e sexista.

É importante evidenciar que não desconsideramos a violência contra as mulheres brancas, e nem mesmo sua luta, até porque, a luta é de todas as mulheres, independentemente da cor/raça/etnia, religião, idade e classe social. Todas as mulheres, podem vir a ser vítimas de violência. O recorte que esse estudo fez tem o objetivo dar maior visibilidade as mulheres negras e sua história, mostrar que a violência que as cerca não é somente de gênero, mas possui um viés muito mais profundo, racial e histórico, entretanto tal fato ainda pouco discutido na sociedade.

2. Objetivo

Refletir sobre a violência vivida pela mulher negra, considerando os aspectos que constituem uma sociedade classe, patriarcal e racista. Problematizar a violência em suas dimensões de gênero e étnico raciais, com a apresentação de dados estatísticos que evidenciam o panorama das desigualdades de gênero e o racismo estrutural.

¹ Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA.

3. Metodologia

A partir de pesquisa bibliográfica e hemerográfica, levantamos o material necessário ao debate e fizemos uso de pesquisas nacionais, previamente realizadas por órgãos oficiais, e reportagens em geral para reflexão sobre indicadores da violência e outros dados estatísticos.

4. Desenvolvimento

A violência é um fenômeno social e cultural, que se apresenta como um dos graves problemas que acometem a sociedade, e é considerada por alguns autores como um fenômeno democraticamente distribuído, isto é, atinge indistintamente vários grupos humanos, sem fronteiras de classe, gênero ou étnico raciais (Saffioti e Almeida, 1995). Contudo, por se expressar de múltiplas formas, atinge pessoas e grupos de forma diferenciada, o que nos leva a refletir como a violência se impõe contra as mulheres negras e como estas vivenciam e respondem à experiência da violência.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) compreende a violência como o uso de força física ou poder, em ameaça ou na prática, contra si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação. Ao considerar relações de poder, abrange situações que negligência, intimidação, autoritarismo e abusos.

A Política Nacional de Redução da Morbimortalidade por Acidentes e Violências (2002), do Ministério da Saúde, define violência como as ações humanas que afetam a integridade e a saúde física, moral, mental ou espiritual. Apesar de um documento que não trata especificamente da violência contra a mulher, destaque do nosso estudo, reconhece a violência como uma questão de saúde pública, uma avanço para a proposição e implementação de políticas públicas para o enfrentamento das múltiplas expressões da violência. Aponta ainda, que a violência:

Nesse sentido, apresenta profundos enraizamentos nas estruturas sociais, econômicas e políticas, bem como nas consciências individuais, numa relação dinâmica entre os envolvidos. Há diversas formas de expressão da violência: agressão física, abuso sexual, violência psicológica e violência institucional. Os diversos grupos populacionais são atingidos por diferentes tipos de violência com conseqüências distintas. Os homens sofrem mais violência que levam a óbito e tornam-se visíveis nos índices de mortalidade. Em outros segmentos, porém, sobretudo o de criança, adolescente, mulher e idoso, as violências não resultam necessariamente em óbito, mas repercutem, em sua maioria, no perfil de morbidade, devido ao seu impacto sobre a saúde. (Ministério da Saúde, 2002, p.7-8)

Discordamos, porém, que a violência contra as mulheres não resultem necessariamente em óbito. Sabemos que a educação diferenciada por sexo reproduz papéis e comportamentos que expressam as relações de gênero, isto é, um sistema que envolve relações de poder entre homens e mulheres e constitui socio culturalmente o que é masculino e feminino, constrói o que é ser homem e que é ser mulher. Neste sentido, a violência de gênero é entendida como aquela que visa a manutenção da organização social de gênero, hierárquica, desigual (Almeida, 1998), e é constituída no terreno do patriarcado, propulsionando práticas de coação física, sexual, psicológica, que podem levar ao óbito de mulheres e ao que hoje reconhecemos como feminicídio.

O conceito de femicídio foi utilizado pela primeira vez por Diana Russel em 1976, perante o Tribunal Internacional Sobre Crimes Contra as Mulheres, realizado em Bruxelas, para caracterizar o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres, definindo-o como uma forma de terrorismo sexual ou genocídio de mulheres. O conceito descreve o assassinato de mulheres por homens motivados pelo ódio, desprezo, prazer ou sentimento de propriedade (Meneghel; Portella, 2017, p. 3009).

O feminicídio é a morte violenta de uma mulher. Dizer feminicídio implica revelar a não acidentalidade e a não eventualidade nesta violência letal, para compreender os fatos como um fenômeno inscrito em determinada estrutura social, extremamente desigual, que possibilita sua ocorrência (Gomes, 2018, p. 4).

Desta forma, temos uma violência que atinge as mulheres de forma particular, com a intenção de óbito, motivada pela própria condição de ser mulher. Nesse cenário que nos apropriamos dos conceitos de violência de gênero e feminicídio, para norteamento desse estudo. Pesquisa realizada pelo Monitor da Violência², demonstra que no primeiro semestre de 2020, comparado ao de 2019, houve um aumento de 2% nos casos de homicídios

² O Monitor da Violência, uma parceria entre o G1, o Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, começou em setembro de 2017 com o objetivo discutir a questão da violência no país e apontar caminhos para combatê-la juntando linguagem jornalística e acadêmica.

contra mulheres, foram 1.890 mulheres mortas somente no primeiro semestre desse ano, além do aumento de mortes violentas, houve também um aumento nos casos de feminicídio, no primeiro semestre desse ano 631 mulheres foram mortas por simplesmente serem mulheres. Nos demais tipos de violência como estupro e lesão corporal, houve uma queda comparada ao ano passado, porém essa queda não é um bom indicativo, ela demonstra o grande número de subnotificações, por causa da Pandemia do Corona vírus, e o isolamento social, muitas mulheres não estão denunciando os abusos sofridos.

Associamos a violência que acomete as mulheres configurada no âmbito da sociedade patriarcal, a um outro eixo estruturante da dinâmica societária: o racismo. Assim, identificamos que atualmente mulheres negras são grandes vítimas de violência se comparadas com mulheres não-negras, e tal afirmativa é corroborada pelos dados apresentados pelo Mapa da Violência 2020, que traz os homicídios nos quais as vítimas são mulheres, entre 2008 e 2018 o homicídio de mulheres negras aumentaram 12,4%, enquanto a porcentagem de homicídios em relação a mulheres não negras caiu 11,7%, no mesmo ano do aumento de homicídios de mulheres negras, houve 4.519 mulheres assassinadas, e 68% dessas mulheres eram negras. Em relação ao levantamento mencionado, o Monitor da Violência divulgou que das quase duas mil mortes ocorridas entre janeiro e junho de 2020, 73% dessas mulheres eram negras, nos casos de feminicídio, 59,4% também eram negras. Com base nesses dois levantamentos dos anos de 2008 a 2018 e 2020, podemos notar além do aumento expressivo da violência contra a mulher negra, a contínuo aumento nas desigualdades raciais.

Mulheres negras, ao pensarmos um conjunto de violações que o cidadão pode sofrer, são as maiores vítimas, de acordo com o El País (2018), as mulheres negras sofrem muito com a desigualdade existentes em no Brasil, em relação a renda dessas mulheres, no ano passado, elas receberam, em média, menos da metade dos salários dos homens brancos (44,4%), depois da média salarial de homens brancos, há as mulheres brancas, que possuem um rendimento salarial superior que os das mulheres e homens negros, independente do nível de escolaridade, pretos e pardos continuam recebendo bem menos que brancos no Brasil, de acordo com essa reportagem, pessoas brancas ganhavam por hora 45% a mais que negros, mesmo ambos possuindo o mesmo nível de ensino superior completo.

A objetificação da mulher negra e sua inserção desigual nas relações sociais é histórica. Ao pensar em mulheres negras na época da escravidão, elas, assim como os homens negros, eram vistas para servir, feitas para o serviço doméstico, companhia das senhoras, babás e amas de leite dos filhos das senhoras. A mulher negra além de ser escrava, sofrendo todas as violências e atos desumanos, sofria por ser mulher, em um meio sexista, sendo vista, diferente das mulheres brancas, como uma propriedade, um objeto fácil de se ter, com isso sofria diversos tipos de violência, principalmente sexual. De acordo com TOKITA (2013, p. 124), "(...) Marcas de papéis sociais que não as veem como um corpo marcado pelo gênero feminino, mas, como instrumento de trabalho, ou um corpo suscetível à satisfação sexual dos antigos ou novos senhores." A escravidão no Brasil foi extremamente violenta com as mulheres.

O escravismo foi especialmente cruel com as mulheres. Gilberto Freyre, em *Casa-grande & senzala*, já admitia que não havia escravidão sem depreciação social. As mulheres negras durante séculos foram vítimas de múltiplas formas de exploração que incidiram no plano da produção e reprodução da vida doméstica e por meio de estupros cotidianamente cometidos nas casas- grandes e nas senzalas. (PAIXÃO, 2006 p. 31 apud RIBEIRO, Matilde, 2013 p. 81).

Um dos exemplos mais emblemáticos de objetificação do corpo negro feminino, é o de uma negra referenciada no documentário "Brasil Uma história inconveniente (BBC, 2000), que descreve que um senhor de escravos, ao ouvir de um convidado para jantar em sua Casa Grande, um elogio aos seios da jovem escrava que os servia, decidiu presentear o amigo com os seios da escrava, decepados após o jantar e servido ao convidado na bandeja.

Diante das pressões internacionais para o término da escravidão, associadas aos movimentos abolicionistas internos e a própria resistência negra, à exemplo da formação dos quilombolas, geraram nacionalmente, em 13 de maio de 1888, a promulgação a Lei Áurea, acabando com a escravidão no Brasil. Mas de acordo com RIBEIRO (2013, p. 85) ela não resultou apenas como solução, trouxe também um problema social: a falta de ações políticas por parte do Estado brasileiro para um grande contingente que deixou de ser "coisa" ou "propriedade", e passou a ser "população livre". Enfrentando diversos desafios, que até perpetuam até hoje em nossa sociedade, de acordo com TOKITA, dando ênfase a condição feminina:

A "realidade é que agora as mulheres negras ganham status de cidadãs livres, mas na prática, a lógica escravagista continua presente nos corpos dos senhores de escravos e da sociedade brasileira, (...) apesar de libertas, as mulheres negras continuam excluídas da lógica social e econômica do país. Sem lugar, sem trabalho, sem nenhum tipo de assistência por parte do estado para minimamente reparar os 300 anos de escravidão. É como se, as deixando à parte, à margem, elas seguissem seu caminho e o país se esqueceria das torturas que realizou" (TOKITA, 2013, p. 121 - 122).

Logo após a assinatura da Lei Áurea coube as mulheres negras o trabalho que já era realizado por elas, o doméstico, nas fazendas e casas dos senhores, mas ainda não possuíam oportunidades de trabalho, não havia moradia, nem estudo, ou seja, nenhuma condição de subsistência para se ter uma vida digna ou construí-la, além de serem negras, eram mulheres e pobres.

Como então pensarmos o racismo e violência contra a mulher? Para Almeida (2018) o conceito de raça traz a ideia de conflito e poder, portanto, o entende de forma relacional e histórica. De acordo com o autor, o racismo é uma prática sistemática e desigual de privilégios aos grupos, fundamentadas na noção de raça. E não se resume somente a comportamentos individuais, mas é inerente ao funcionamento das instituições, que passam a atuar em uma dinâmica promovida pelo racismo estrutural, pois este deve ser entendido como um elemento que integra a organização política e econômica de uma sociedade.

(...) a imposição de regras e padrões racistas por parte das instituições é de alguma maneira vinculada a ordem social que ela visa resguardar. As instituições são apenas a materialização de uma estrutura social ou de algum modo de socialização que tem o racismo como um de seus componentes orgânicos. Dito de modo mais direto: as instituições são racistas porque a sociedade é racista. (ALMEIDA, Silvio. 2018, pág. 36)

Então, podemos observar sobre a forma de existir da mulher negra, baseada em discriminações de gênero e étnico racial, fruto do racismo estrutural que está presente de forma implacável na sociedade brasileira, em que uma de suas expressões é a violência de gênero. De acordo com o Fórum de segurança, em 2018, houve mais de 66.000 casos de violência sexual, e desse número 50,9% eram negras, no que tange ao número de feminicídios ocorridos no mesmo ano, ocorreram mais de mil casos, sendo que 61% eram negras. Nota-se, portanto, que além da desigualdade de gênero, a violência contra a mulher tem cor e classe social, já que tal violência tem maior ocorrência entre mulheres pertencentes a uma classe social mais baixa, sendo elas também negras, em sua maioria. Com a problemática do racismo estrutural, as mulheres negras são carregadas de estereótipos criados na época da escravidão, que ainda estão muito presentes, pois o racismo está simbioticamente associado a própria emergência do Brasil Colonial, se fortalece no Brasil Império e se consolida no Brasil Republicano.

A democracia racial é um mito e as relações refletem o problema da desigualdade social, cujas práticas racistas são reproduzidas e as vezes acabamos por naturalizar determinadas atitudes, estereótipos, piadas e anedotas, dialetos, palavras e condutas racistas que ainda são extremamente recorrentes na sociedade. É o que ocorre com a violência, negros no geral são as maiores vítimas de violência, e não é feita nenhuma política efetiva para acabar com essa realidade. Essa violência naturalizada é vista na violência contra a mulher negra, e mesmo com índices que apontam que elas estão no topo da violência contra a mulher, tal problemática não é discutida com o rigor político necessário.

Hoje temos a Lei nº. 7.716/1989, que traz como crime a prática do racismo, sendo esse crime inafiançável, porém, tal lei é pouco aplicada, quando uma pessoa sofre racismo, e deseja realizar o registro de ocorrência, muitas vezes, ao sujeito ativo que praticou o crime, não é imputado tal lei, mas sim a característica do tipo penal Injúria, um crime de menor potencial ofensivo, o que nos remete mais uma vez ao racismo institucional.

Há um estudo de casos realizado pelo Senado Federal para o curso Lei Maria da Penha, em um desses casos, mostra uma mulher negra, que sofria violência doméstica por parte do seu marido, ao denunciar, um policial disse "Veja com o que temos que lidar: uma negrinha histérica por receber tabefes, quem sabe por qual motivo, e ainda metida a importante por ser professora..." (Senado Federal - Dialogando sobre a Lei Maria da Penha, 2020)

Esse exemplo demonstra um grande desprezo a condição de ser mulher e ter sofrido violência doméstica, além disso, a mulher do caso descrito é negra, o que para o policial que deveria ter realizado o procedimento de forma correta, mas ao contrário disso foi taxada como "negrinha histérica". Tal intitulação, nos faz pensar em como até hoje as mulheres negras são silenciadas das mais variadas formas, e quando vão reclamar direitos que são fundamentais é considerado vitimização, como se não estivessem em posição de reclamar algo. Por causa dessas várias formas de existir do racismo, mulheres negras não se sentem confortáveis em denunciar agressões, o número de homicídios de mulheres negras, como mostrado anteriormente, só cresce, enquanto de mulheres brancas caem. O que queremos demonstrar é que a violência atinge de forma mais acentuada os negros, seja por uma questão de classe ou de gênero. Outra grande disparidade no que tange negros e brancos, é mostrado no Infográfico do IPEA, onde 75% das vítimas de homicídios são negras, para cada não negro assassinado, 2,7 negros são vítimas de homicídios.

O Monitor da Violência mostra que cada estado brasileiro tem uma forma de coletar dados em relação ao número de violências ocorridas em um determinado período de tempo, e em muitos casos, principalmente nos casos de violência doméstica, não há a obrigatoriedade em relação a cor/raça, o que dificulta tirar o percentual de mulheres negras e não negras que sofreram algum tipo de violência. Diante dessa dificuldade, o NEV - USP e o Fórum de Segurança Pública juntaram todas as informações para fazer a média dos dados coletados, mas diante

da falha na hora de coletar os dados, esses não são consistentes (G1, 2020). De acordo com os dados do Monitor da Violência, no que tange a lesão corporal dolosa em decorrência de violência doméstica, as mulheres negras representam 51% das vítimas quando a raça é informada, em até setembro de 2020, 25.986 mulheres não negras realizaram o registro de ocorrência por sofrer violência doméstica, em contraponto, 26.980 mulheres negras também registraram ter sofrido violência doméstica, quando o assunto é estupro, a média de mulheres negras que sofrem abusos sexuais em relação as não negras é de 52%, há 1.625 casos de abuso sexual registrados contra mulheres não negras, em relação as negras são 1.814 casos. Em relação ao feminicídio, 60% das vítimas são negras, 132 casos de feminicídio contra mulheres brancas foram registrados, enquanto de mulheres negras foi de 198. Quando o assunto é homicídio, até metade desse ano 73% das vítimas eram negras com um total de 889. Em relação ao estupro de vulnerável, a diferença é pouca entre crianças e adolescentes brancos e negros, com leve aumento de vitimização das crianças e adolescentes brancos (2.781 casos) enquanto negros chegaram a 2.735 casos. A maioria das vítimas são do sexo feminino. De acordo com especialistas consultados pelo G1 (2020), é importante ter dados sobre as raças das vítimas de violência para entender como os crimes acontecem na prática entre os diferentes grupos populacionais e para pensar em políticas públicas para grupos mais ou menos vulneráveis.

Esses dados da violência sofrida pela a mulher negra uma compreensão da formação sócio-histórica brasileira, um olhar crítico para as relações de gênero e étnico raciais que nos remetem ao debate sobre a desigualdade social existente e com naturalizamos as mortes de mulheres e de negros.

5. Considerações finais

Ser mulher em uma sociedade patriarcal não é fácil, porém, a vida das mulheres negras é ainda mais árdua, pois têm que conviver não somente com o patriarcalismo e lutar contra ele, mas também contra o racismo. A luta é constante, a cada dia que passa, mulheres negras devem lutar pela igualdade de gênero e racial. Todo esse cenário que permeia a violência contra a mulher negra tem ligação direta com anos de escravidão vivida no Brasil, e que ainda possui fortes resquícios no cenário atual. Um contexto de objetivação da mulher negra, juntamente com todos estereótipos do corpo feminino negro nos remete diretamente as desigualdades sociais vividas entre as mulheres negras e não negras. Tal análise coloca em cheque a "Democracia Racial", negar a existência do racismo no Brasil, não faz com que ele acabe, mas sim o silencie, faz com que a cada dia negros sofram qualquer tipo de violência devido a sua cor da pele e suas origens, não falar sobre racismo no País faz com que o número de mulheres que sofrem qualquer tipo de violência e são mortas aumente e contribua para o genocídio de negros no Brasil.

Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é Racismo Estrutural ?** – Belo Horizonte/MG, Editora: Letramento, 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Política Nacional de Redução da Morbimortalidade por Acidentes e Violências: Portaria MS/GM nº 737 de 16/5/01, publicada no DOU nº 96 seção 1e, de 18/5/01 / Ministério da Saúde. – Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

BRITO, FERREIRA KARINE. Lei Feijó, s/d. Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia/lei-feijo/>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

PINTO, Jardim Regina Celi. Dossiê – Feminismo, história e poder, 2010.

Infográfico Atlas da Violência 2020 – IPEA e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/25/infografico-atlas-da-violencia-2020>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

SAFFIOTI, Heleieth I.B. e ALMEIDA, Suely Souza de. **Violência de Gênero: Poder e Impotência**. Rio de Janeiro, Livraria e Editora Revinter Ltda., 1995.

RIBEIRO, Matilde. Institucionalização das políticas de promoção da igualdade racial no Brasil: Percursos e Estratégias – 1986 a 2010 – São Paulo, 2013.

SANTOS, dos Calheiro Ineildes e OLIVEIRA, Eduardo. **Experiências das mulheres na escravidão, pós-abolição e racismo no feminismo em Angela Davis**. 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104026X2018000100804. Acesso em: 18 de setembro de 2020.

SILVA, da Gomes Sérgio. **Preconceito e discriminação: as bases da violência contra a mulher**. 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-98932010000300009&script=sci_arttext. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

SOBRAL, Isabela; MARTINS, Juliana; **FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Monitor da Violência: As vidas das mulheres negras importam**, G1, agosto de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/09/16/as-vidas-das-mulheres-negras-importam.ghtml>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

MENEGHEL, Nazareth Stela e PORTELLA, Ana Paula. **Feminicídios: conceitos, tipos e cenários**. 2017.

NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA DA USP – NEV, Monitor da Violência, s.d. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/projetos/projetos-especiais/monitor-da-violencia/>. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

TOKITA, Figueiredo Marcia. **Mulheres Negras - Feminismos, sexualidades e marxismos na América Latina**. 2013.

VASCONCELOS, Caê. **Número de homicídios de pessoas negras cresce 11,5% em onze anos; o dos demais cai 13%**. EL PAÍS, agosto de 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-27/numero-de-homicidios-de-pessoas-negras-cresce-115-em-onze-anos-o-dos-demais-cai-13.html>. Acesso em: 18 de setembro de 2020.

VELASCO Clara; GRANDIN, Felipe; CAESAR, Gabriela e REIS, Thiago. **Assassinatos de mulheres sobem no 1º semestre no Brasil, mas agressões e estupros caem; especialistas apontam subnotificação durante pandemia**. G1, agosto de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/09/16/assassinatos-de-mulheres-sobem-no-1o-semester-no-brasil-mas-agressoes-e-estupros-caem-especialistas-apontam-subnotificacao-durante-pandemia.ghtml>. Acesso em: 15 outubro de 2020.

VELASCO Clara; GRANDIN, Felipe; CAESAR, Gabriela e REIS, Thiago. **Mulheres negras são as principais vítimas de homicídios; já as brancas compõem quase metade dos casos de lesão corporal e estupro**. G1, setembro de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/09/16/mulheres-negras-sao-as-principais-vitimas-de-homicidios-ja-as-brancas-compoem-quase-metade-dos-casos-de-lesao-corporal-e-estupro.ghtml>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

Mães encarceradas no sistema prisional brasileiro e a aplicação de políticas públicas de manutenção do vínculo de afetividade com seus filhos

Giovana Maruco Dias Pinto¹
Fábia de Oliveira Rodrigues Maruco²

Resumo

O propósito deste artigo, fundamentado pelo método lógico dedutivo e estudos bibliográficos, é o de promover um debate acerca das questões relativas às mulheres presas e ao exercício da maternidade. Este debate prescinde que se discuta necessariamente os temas mulher, criança e rede familiar, que envolve a realidade do exercício da maternidade para as mulheres que se encontram privadas de liberdade quando do nascimento de seus filhos ou do afastamento do convívio familiar, quando já possuem filhos nessa ocasião. Os presídios femininos não foram construídos para propiciar o vínculo entre mães e filhos, muito menos promover um ambiente adequado para o desenvolvimento infantil. O Sistema penal do Brasil, assim como nos demais países, foi criado por homens e para homens. Nota-se a urgência de se pensar em políticas públicas para a mulher encarcerada considerada como parte de um sistema familiar e que vise a sua reinserção social com possibilidade de diminuição da reincidência no crime.

Palavras-chave:

Mulheres. Criança. Sistema Carcerário. Rede Familiar. Direitos Fundamentais.

1. Introdução

As mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas incluem a presença feminina no sistema prisional brasileiro. O evidente aumento não parece ser fato isolado, mas um fenômeno mundial. Os estabelecimentos prisionais e suas estruturas internas estão adaptados às necessidades dos homens que, desde sempre, foram o público alvo e não para as mulheres.

As mulheres encarceradas, dada a sua vulnerabilidade, são tratadas com as mesmas condições que os homens, com necessidades totalmente diferentes, como falta de estrutura para a maternidade, adequação de banheiros, capacitação de servidores que trabalham no sistema penitenciário. Somado a todos esses fatores, têm-se uma legislação penal que desconsidera a condição feminina e a falta de articulação entre os poderes para a implementação de direitos assegurados pela Constituição Federal.

A seguir um panorama dos direitos conferidos às mulheres, a condição de encarceramento por elas enfrentadas e a necessidade de implementação de políticas públicas que garantam a manutenção dos vínculos afetivos com seus filhos.

2. O sistema carcerário brasileiro

O sistema carcerário brasileiro é extremamente complexo e o que chama mais a atenção são as violações aos direitos humanos cometidas, a vibração popular com os maus tratos é uma forma de vingança, potencializando o que seria um 'direito penal do inimigo'. O que não fica transparente é que a violação de direitos não afeta apenas o preso, mas a população de forma geral, ao contrário do que se pensa, a decadência do sistema prisional só faz aumentar a violência (SILVA, 2020, p.2).

O Direito Penal do inimigo, especialmente, o Direito Penal dirigido contra os terroristas, tem mais a tarefa de garantir segurança do que a de preservar a eficácia jurídica, e isso se revela na finalidade da pena e nos tipos penais correspondentes. Quanto à função empreendida ao "Direito Penal do Cidadão", seria a de "garantia da eficácia jurídica", que "transforma-se em repulsa de perigos" (JAKOBS, 2009, p. 47).

O Estado Brasileiro é omissivo às deficiências do sistema prisional, omissão essa que vem sendo debatida em diversos setores da sociedade, inclusive há discussões no Supremo Tribunal Federal, que no caso da ADPF 347, reconheceu um Estado de Coisas Inconstitucional no que tange as violações graves ocorridas nos presídios brasileiros e a inércia estatal na resolução do problema. Dados mostram que a população carcerária brasileira é composta em sua grande maioria por pessoas negras, de baixa renda, com baixo nível de escolaridade e advindas

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – U.E. Lorena. giovanamaruco@gmail.com

² Advogada, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – U.E. Lorena. fabiamaruco@hotmail.com

de comunidades negligenciadas pelo estado. Aspecto que nos remete a um amplo debate acerca das possíveis explicações que possam esclarecer essa realidade (SILVA, 2020, p.3).

O próprio sistema carcerário brasileiro revela o quadro social reinante neste País, pois nele estão “guardados” os excluídos de toda ordem, basicamente aqueles indivíduos banidos pelo injusto e selvagem sistema econômico no qual vivemos, cuja faceta mais odiosa é o neoliberalismo. O nosso sistema carcerário está repleto de pobres e isto não é, evidentemente, uma “mera coincidência”. Ao contrário: o sistema penal, repressivo por sua própria natureza, atinge tão-somente a classe pobre da sociedade. Sua eficácia se restringe, infelizmente, a ela. As exceções que conhecemos apenas confirmam a regra (MOREIRA, 2018, p.1).

O cárcere feminino no Brasil surgiu em meados do século XIX em casas de domínio religioso, definidas como “casas de depósito”, com a finalidade de “domesticar” as mulheres. Esses locais recebiam não apenas mulheres sentenciadas, mas também esposas, filhas, irmãs e criadas de homens de classe média e alta que buscavam castigá-las ou admoestá-las (AGUIRRE, 2007, p. 51).

Os presídios femininos não foram construídos para propiciar o vínculo entre mães e filhos, muito menos promover um ambiente adequado para o desenvolvimento infantil. O Sistema penal do Brasil, assim como nos demais países, foi criado por homens e para homens, não foi construído pensando em atender à demanda feminina (ARMELIN, 2010, p.1).

3. Mulheres encarceradas e o exercício da maternidade

A mulher presa transita entre os papéis de mãe e criminosa, que ocupam posições opostas na representação do feminino: o primeiro pautado pela maternidade como vocação natural, exclusiva e sacralizada da mulher; e o segundo marcado pelo crime como um desvio das expectativas sociais e morais que recaem sobre quem nasce sob o sexo feminino (BRAGA, 2015, p.1).

A população carcerária feminina é composta em sua maioria por mulheres negras, periféricas, com baixo nível escolar e mães – o verdadeiro significado de minoria social (ZANINELI, 2015, p. 65).

O aprisionamento feminino gera ainda mais curiosidade na sociedade que o masculino. Para Voegeli (2003, p. 30), essa sensação ocorre, pois da mulher espera-se, segundo a cultura ocidental, graça, passividade, paciência, tolerância. Além disso, as mães, que são as principais guardiãs das crianças em nossa sociedade, quando presas, são atingidas por imagens negativas e estigmatizadas, ferindo o mito da ‘boa mãe’ (STELLA, 2006, p.16).

O sistema de justiça criminal atua sobre as mulheres querendo a reforma não só de sua alma, mas que elas exerçam com normalidade a representação de papéis de gênero, produzindo, organizando, fixando os valores atribuídos ao feminino e as consequentes desigualdades advindas desse marco. Nesse cenário, a maternidade é peça-chave nos discursos de salvação feminina, como o caminho que leva a “mulher desviante” de volta ao seu rumo, a reaproxima de seu destino, de sua missão originária, da “verdadeira natureza feminina”, de seu *devoir mère*. Por isso, esse caminho é vigiado, regrado, disciplinado, e a maternidade pode funcionar como incremento punitivo para a mulher encarcerada (BRAGA, 2015, p.1).

O poder normativo atua sobre a mulher, bebês e crianças, para além do jurídico, justamente no que excede o regime da lei – ou seja, nas capilaridades, pequenas práticas cotidianas, que conformam o *poder penitenciário*, que, antes de ser um projeto ou uma ciência, é “uma técnica que se aprende, se transmite, e que obedece a normas gerais” no sentido de normalizar, a partir do controle e da vigilância, qualquer indivíduo que mantenha um comportamento alijado dos padrões de normalidade e moralidade estabelecidos (FOUCAULT, 2002, p. 245).

Para Viafore (2005, p.91), o convívio da apenada com o filho modifica seus modos, atenua os comportamentos hostis e agressivos. Essas mudanças também são notadas pelas colegas de cárcere. O fato de estar junto ao bebê mostra-se novamente mais favoráveis às mães, já que as crianças podem ser prejudicadas no seu desenvolvimento estando dentro de uma penitenciária (ARMELIN, 2015, p.1).

Spitz (1993, apud STELLA, 2006), diz que os bebês são como “válvulas de escape” para o alívio das “emoções instáveis” das mães, estando expostos a explosões rápidas e alternadas de carinho, amor e hostilidade e fúria.

Contudo, o afastamento da presa grávida para com a sua família, muitas vezes é determinado pela vergonha do ente familiar ou por culpa pela parente presa, torna-se um dos motivos do distanciamento, da omissão, da falta de esperança e busca de auxílio (VIAFORE, 2005, p.102).

O encarceramento feminino impacta de forma brutal a família da presa, na medida em que ela não só afeta a mulher, mas todo o seu entorno, uma vez que são elas as responsáveis pelos cuidados com a casa, com as filhas e filhos (BRAGA, 2015, p.1).

A mulher quando presa é colocada em lugares com maior vulnerabilidade, a qual fica exposta a precariedade e superlotação. Sujeitam-se as instituições precárias e rejeitam estar em instituições com mais recursos e afastadas, para não perderem os vínculos com os seus familiares (SOARES; CENCI; OLIVEIRA, 2016, p.1).

O cotidiano da prisioneira é dominado pela solidão. Ao ir para a cadeia, é separada dos filhos, abandonada pelo homem, fica mais pobre ainda, mal cuidada e ganha peso por causa da dieta e do sedentarismo (VARELLA, 2020, p.1). Os filhos se tornam os principais motivadores para as mães lutarem pela saída da prisão. Buscam trabalhar dentro da prisão como cozinheiras, nos serviços gerais ou como artesãs para ajudar na redução da pena, na intenção de superar o tempo perdido e recuperar os laços entre mãe e filho o mais rápido possível (SOARES; CENCI; OLIVEIRA, 2016, p.1).

A Lei n. 11.942/09 deu nova redação aos artigos 14, § 3º, 83 e 89 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) para assegurar às mães presas, aos recém-nascidos e às crianças condições mínimas de assistência. A Lei n. 12.403/11, que reformou a matéria de medidas cautelares, inseriu no artigo 318 do Código de Processo Penal a previsão de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar nos casos de gestante a partir do sétimo mês de gravidez, ou sendo esta de alto risco, e de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência. Mais recentemente, a promulgação da chamada Lei de Convivência Familiar (Lei n. 12.962/14) alterou o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) para facilitar a convivência da criança e do adolescente com seu pai ou mãe presa.

4. Políticas públicas para a promoção da reinserção social da mulher encarcerada

O aumento do encarceramento feminino é um fenômeno que tem crescido muito no Brasil. No relatório INFOPEN Mulheres (2018) constatou-se que o Brasil encontra-se na quarta posição mundial entre os países que mais encarceram mulheres no mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia em relação ao tamanho absoluto de sua população prisional feminina (SOUZA; JABORANDY; OLIVEIRA, 2019, p.1).

No Brasil, a situação de mulheres encarceradas ainda se encontra inserida em um panorama frágil em face da incipiência das políticas públicas (SOUZA; JABORANDY; OLIVEIRA, 2019, p. 248).

Para que as políticas públicas inserissem a questão de gênero, foi necessária uma longa trajetória de movimentos feministas, construídos no decorrer da história brasileira.

Corroborando este posicionamento, Nascimento (2016) afirma que a eficácia das políticas públicas de gênero depende da compreensão das demandas femininas e da participação ativa das mulheres no seu processo de elaboração.

Para garantir a efetividade dos direitos das mulheres encarceradas, tanto a Constituição Federal como a legislação penal extravagante estabelecem direitos e garantias essenciais à mulher encarcerada, dentre eles: a possibilidade de permanecerem com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, L da CF/88); a existência de berçários nas Unidades Prisionais (art. 83, § 2º da LEP); o ensino educacional adequado à sua condição (art. 19, parágrafo único da LEP); o direito de serem recolhidas em estabelecimento prisional próprio e adequado a sua condição (art. 82, § 1º da LEP); a possibilidade de existir na Unidade Prisional uma seção para gestante, e creche para assistir o menor desamparado cuja mãe esteja presa (art. 89 da LEP).

Apesar da positivação destes direitos, as unidades prisionais não observam essas determinações constitucionais e infraconstitucionais, fato que denota uma violação generalizada aos direitos das mulheres encarceradas. O resultado disso é o desrespeito contínuo à dignidade das mulheres submetidas a uma situação carcerária degradante.

A implantação de políticas públicas, assim, é vital para a elaboração e fortalecimento da cidadania das mulheres e a igualdade nas relações de gênero (RODRIGUES, 2017).

A discriminação de gênero acentua-se na classe de mulheres encarceradas. A situação agrava-se na medida em que quase nenhuma política pública é desenvolvida, o que torna a mulher encarcerada invisível, levando-a vivenciar novas experiências que vão modificar substancialmente o modo como lidam com determinados aspectos de suas vidas (VIESENTEINER, 2013; CHESKYS, 2014).

As políticas públicas não devem ser neutras. Entretanto, devem promover a construção de meios de discussão, debates, com a finalidade de definir prioridades e construir estratégias para elaborar e modificar os organismos de políticas para mulheres nos governos em suas esferas federal, estadual e municipal, isto é, deve e pode se construir uma nova institucionalidade, no momento que se analise o benefício que esta elaboração ocasionará. Destarte, a construção de políticas públicas de igualdade para as mulheres tornam o Estado mais participativo, centrado na mobilização social, bem como em um Estado democrático, este último com a função precípua de elaborar políticas que reconheçam as desigualdades econômicas e políticas entre homens e mulheres, sobretudo, as encarceradas (SOUZA; JABORANDY; OLIVEIRA, 2019, p. 260-261).

Segundo um levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, o Brasil possui 622 mulheres presas que estão grávidas ou são lactantes - deste total,

373 estão grávidas e 249 amamentam seu filho. Estes dados foram contabilizados até o último dia de 2017. No estado de São Paulo está custodiada a maioria destas mulheres, Minas Gerais vem em segundo lugar (CNJ, 2018).

Existe um enorme desafio, o de transformar as regras de proteção aos direitos das mulheres encarceradas em prática dentro dos estabelecimentos prisionais. Há que se investigar a fundo as dimensões estruturais e conjunturais implicadas no atual cenário de criminalização e aprisionamento de mulheres (GERMANO, MONTEIRO e LIBERATO, 2018).

5. Conclusão

Há um fenômeno de apagamento da população carcerária representada pelas mães encarceradas. A realidade dos presídios é que as famílias brasileiras não se importam em visitar traficantes homens, mas tem vergonha de manter contato com a chamada "mulher do traficante".

Em geral, as mulheres no crime atuam como coadjuvantes, enquanto os protagonistas continuam sendo os homens. Dificilmente alguma delas é chefe do tráfico.

A população carcerária feminina é composta em sua maioria por mulheres negras, periféricas, com baixo nível escolar e mães – o verdadeiro significado de minoria social. Percebe-se a necessidade de um olhar mais crítico e empático com essas mulheres, afim de atenuar situações de violações de direitos e garantir um cárcere que atenda mais às necessidades básicas das mulheres encarceradas, em especial as grávidas e mães.

A população prisional feminina demanda de uma atenções específicas, que devem levar em consideração as suas singularidades sociais e culturais, fatores determinantes no planejamento de políticas públicas de manutenção de vínculos familiares. No caso de mães encarceradas a situação demanda melhor atenção visto que necessária se faz a preservação do vínculo com seus filhos.

Referências

AGUIRRE, Carlos. O cárcere na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Clarissa Nunes et al. **História das prisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 35 a 70, v. 1.

ARMELIN, Bruna Dal Fiume. **Filhos do cárcere: estudo sobre as mães que vivem com seus filhos em regime fechado**. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/graduacao/article/view/7901>>. Acesso em 21 set.2020.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Entre a soberania da lei e o chão da prisão: a maternidade encarcerada. **Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas**. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200523>. Acesso em: 15 out.2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - **Infopen Mulheres**, 2. ed. Brasília, DF: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, 2017a. Disponível em: <Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf >. Acesso em: 18 out. 2020.

_____. Planalto. **Lei 7.210** de 11 de julho de 1984. Lei das Execuções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 18 out.2020.

_____. Planalto. **Lei 8069** de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 18 out.2020.

_____. Planalto. **Lei 11.942** de 28 de maio de 2009. Altera a Lei das Execuções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11942.htm>. Acesso em: 18 out.2020.

_____.Planalto. **Lei 12403** de 4 de maio de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm#:~:text=%C2%A7%201%C2%BA%20As%20medidas%20cautelares,mediante%20requerimento%20do%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%ABlico.>. Acesso em 18 out.2020.

_____. Planalto. **Lei 12.962** de 8 de abril de 2014. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12962.htm

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em 10 nov.2020.

CHESKYS, D. **Mulheres invisíveis**: uma análise da influência dos estereótipos de gênero na vida de mulheres encarceradas. 2014. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Brasil tem 622 grávidas ou lactantes em presídios**. 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86062-brasil-tem-622-gravidas-ou-lactantes-em-presidios>. Acesso em: 18 out 2020.

FARAH, M. F. S. et al. Gênero e política pública: panorama da produção acadêmica no Brasil (1983-2015). **Cadernos EBAPE.BR**, v. 16, n. 3, p. 428-443, 2018.

FREIRE, M. D. Paradigmas de segurança no Brasil: da ditadura aos nossos dias. **Aurora**, ano 3, n. 5, p. 49-58, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: Vozes, 2002.

GERMANO, I. M. P.; MONTEIRO, R. A. F. G.; LIBERATO, M.T. C. Criminologia Crítica, Feminismo e Interseccionalidade na Abordagem do Aumento do Encarceramento Feminino. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, v. 38, n. esp., p. 27-43, 2018. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932018000600027&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 18 out. 2020.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (orgs.). **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES, Rosalice. **Prisioneiras de uma mesma história**: o amor materno atrás das grades. Tese (doutorado em psicologia) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

MOREIRA, Romulo de Andrade. **A realidade carcerária do Brasil em números. Justificando**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/07/02/realidade-carceraria-do-brasil-em-numeros/>. Acesso em: 20 out.2020.

NASCIMENTO, J. X. **Políticas Públicas e Desigualdade de Gênero na Sociedade Brasileira**: Considerações Sobre os Campos do Trabalho, da Política e da Ciência. **Mediações**, v. 21, n. 1, p. 317-337, jul./dez. 2016.

RODRIGUES, A. **Construindo a perspectiva de gênero na legislação e nas políticas públicas**. Disponível em: <http://www.maismulheresnoperbrasil.com.br/estudos.php>. Acesso em: 12 out.2020.

SANTOS, Bruna Rios Martins; REZENDE, Vania Aparecida. **Sistema carcerário feminino**: uma análise das políticas públicas de segurança com base em um estudo local. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512020000300583. Acesso em 20 out.2020.

SILVA, Eveline Franco da; RIBEIRO, Elaine Rossi. **Atenção à saúde da mulher em situação prisional**. Disponível em: [https://www.google.com/search?q=agravos+ao+estado+de+sa%C3%BAde%2C+desta+forma+desvelando+que+a+aten%C3%A7%C3%A3o+%C3%A0+sa%C3%BAde+carcer%C3%A1ria+deve+ser+repensada+\(SILVA%3B+RIBEIRO%2C+2013%2C+p.+168&rlz=1C1CHWL_ptBRBR842BR842&oq=agravos+ao+estado+de+sa%C3%BAde%2C+desta+forma+desvelando+que+a+aten%C3%A7%C3%A3o+%C3%A0+sa%C3%BAde+carcer%C3%A1ria+deve+ser+repensada+\(SILVA%3B+RIBEIRO%2C+2013%2C+p.+168&aq=s=chrome..69i57.1538j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>](https://www.google.com/search?q=agravos+ao+estado+de+sa%C3%BAde%2C+desta+forma+desvelando+que+a+aten%C3%A7%C3%A3o+%C3%A0+sa%C3%BAde+carcer%C3%A1ria+deve+ser+repensada+(SILVA%3B+RIBEIRO%2C+2013%2C+p.+168&rlz=1C1CHWL_ptBRBR842BR842&oq=agravos+ao+estado+de+sa%C3%BAde%2C+desta+forma+desvelando+que+a+aten%C3%A7%C3%A3o+%C3%A0+sa%C3%BAde+carcer%C3%A1ria+deve+ser+repensada+(SILVA%3B+RIBEIRO%2C+2013%2C+p.+168&aq=s=chrome..69i57.1538j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>). Acesso em 11 nov. 2020.

SILVA, Rafael Rocha. Sistema prisional brasileiro: desafios de um estado democrático de direito. **Justitia Liber**. Disponível em: <http://www.cognitionis.inf.br/index.php/justitialiber/article/view/CBPC2674-6387.2020.001.0001/48>. Acesso em 01 nov.2020.

SOARES, Indira Ribeiro Soares; CENCI, Cláudia Mara Bosetto; OLIVEIRA, Luiz Ronaldo Freitas de. **Mães no cárcere**: percepção de vínculo com os filhos. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revispsi/article/view/24755/17784>. Acesso em 11 nov.2020.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; OLIVEIRA, Liziane Paixão S. **POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL: UM INSTRUMENTO GARANTIDOR DA DIGNIDADE**. **Revista Jurídica**, [S.l.], v. 3, n. 56, p. 248 - 269, jul. 2019. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3598>. Acesso em: 11 nov. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v3i56.3598>.

SPITZ, René A. **Desenvolvimento emocional do recém-nascido**. Rio de Janeiro: Pioneira, 1960.

STELLA, Cláudia. **Filhos de mulheres presas**: soluções e impasses para seus desenvolvimentos. São Paulo: LCTE Editora, 2006.

VARELLA, Dráuzio. **Cadeia de mulheres**. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/drauzio/cadeia-de-mulheres-artigo/>. Acesso em 11 nov.2020.

VIAFORE, Daniele. A gravidez no cárcere brasileiro : uma análise da Penitenciária Feminina Madre Palletier. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v.31, n.27, p. 91-108, 2005.

VIESENTEINER, J. L. **O conceito de vivência (Erlebnis) em Nietzsche**: Gênese, significado e recepção. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 127, p. 141-155, jun. 2013.

VOEGELI, Carla Maria Peteresen Herrlein. **Criminalidade & violência no mundo feminino**. Curitiba : Juruá, 2003.

ZANINELLI, Giovana. **Mulheres encarceradas: dignidade da pessoa humana, gênero, legislação e políticas públicas**. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/dissertacoes-defendidas-1/6854-giovana-zaninelli/file>>. Acesso em 10 nov.2020.

MP 927/2020: as alterações promovidas no contrato de emprego decorrentes do impacto do Coronavírus fragilizou ou não as garantias do trabalhador?

Marcie Gabriele da Silva Teixeira ¹
Maria Cristina Alves Delgado de Ávila ²

Resumo

Se propõe através do presente proceder uma análise dos impactos da MP 927/2020, que foi editada nesse momento da pandemia decorrente do Coronavírus, para garantia de emprego e renda, e ainda viabilizando que o empregador mantenha os empregos mediante subsídio estatal de parcela do valor da remuneração. Observa-se que o objetivo das garantias editadas vem com a conotação de estarem a garantir e proteger o trabalhador, porém, a mesma quando aplicada na prática acabou por trazer dicotomia entre a realidade e as regras. Assim o foco especial deste trabalho é levantar a discussão quanto a alguns temas discutíveis trazidos na mesma, como o home Office, 13º salário, recolhimento de FGTS e INSS em face das garantias legais já existentes e o princípio da proteção. Assim, através de pesquisa bibliográfica e documental pretende-se analisar o tema, fazendo a correlação das garantias do trabalhador. O assunto se justifica, pois, não se pode deixar de fazer uma reflexão quanto às garantias ou não que foram priorizadas e mantidas durante a pandemia.

Palavras-Chave:

MP 927/2020. Contrato de emprego. Coronavírus. Garantias do trabalhador.

1. Introdução

Ao falarmos em relação de trabalho, não podemos deixar de fazer referência ao trabalho decente, pilar basilar da Organização Internacional do Trabalho – OIT, a ser observada nas relações que envolvam o trabalho humano, onde então o trabalho decente, se conquista quando se observam as proteções contratuais e legais, com respeito às condições mínimas necessárias a vida e sobrevivência do trabalhador em sociedade. Onde então o trabalho decente como ocupação produtiva e justamente remunerada é o trabalho que atende a dignidade moral do trabalhador, o qual a atividade laboral é vista como uma relação de justiça, garantindo a igualdade a todos.

Com isso temos que o contrato de trabalho é um instrumento que deve ser realizado com a observância de tudo aquilo que é necessário a garantir às condições mínimas e necessárias para que o trabalhador esteja protegido, e o vínculo de emprego ao trabalho assalariado é uma garantia a ser observada já que o empregado, é um ser humano que merece respeito pela sua força de trabalho, onde então se tem princípios específicos atrelados ao direito do trabalho que devem ser observados.

Assim, o presente artigo pretende através de revisão bibliográfica e documental analisar o impacto que a MP 927/20, promoveu nas relações laborais de vínculo empregatício, em decorrência das supostas garantias criadas pela mesma, para manutenção do emprego e da renda, fazendo tal análise a partir dos princípios norteadores do Direito do trabalho com foco no princípio da proteção.

Para discorrer sobre o tema, se pretende no primeiro capítulo apresentar como se caracteriza o contrato de trabalho com vínculo empregatício, já que o mesmo se coaduna com as relações laborais que envolvem a relação de trabalho subordinado, que, no caso em tela, são aquelas que estariam dentro do resguardo da normativa da MP. No segundo capítulo se abordará as garantias legais que são promovidas nas relações de emprego, com foco na ótica do princípio da proteção, que é um princípio específico para o Direito do trabalho, justamente para minimizar a discrepância que existe quando o assunto é o trabalho subordinado, em face da imperatividade do capital, sobre o trabalhador. E, por fim, se vai analisar a MP 927/20 e os reflexos que a mesma gerou e causou nos contratos de trabalho em curso, nesse momento de tanta fragilidade sanitária, que repercutiu de forma avassaladora nas relações de trabalho subordinado.

O assunto se justifica, pois as consequências decorrentes da MP 927/20 ainda se prolongaram por um tempo indeterminado nas relações laborais subordinadas, sendo necessária a discussão e revisão dos impactos decorrentes da mesma, já que uma realidade premente em nossa sociedade, que já se encontra num processo de desgaste sem precedentes, decorrentes no Coronavírus, mas que se torna importante o debate para que se

¹ Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania. Professora do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM. Pesquisadora do NUPED – Núcleo de pesquisa do curso de Direito. email: cristina.delgado@uol.com.br

² Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Barra Mansa. Pesquisadora colaboradora, pela mesma instituição, do NUPED – Núcleo de Pesquisa do Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania".. E-mail: marcie.gabriele@gmail.com

visualize até que ponto uma medida criada com o objetivo de manutenção do emprego e da renda, alcançou a eficácia pretendida.

2. O contrato de trabalho com vínculo de emprego

Na atualidade é proeminente e imperativo a garantia de um trabalho digno e sustentável, ou seja, aquele que preserva a vida e o bem-estar do trabalhador e, ainda, que seja realizado de forma a manter a integridade física e psíquica daqueles que contribuem de forma direta para o progresso do país, prevenindo, por conseguinte, as situações de vulnerabilidade que os trabalhadores possam estar expostos. E, a partir daí - trabalho sustentável e digno, se pauta a ideia de trabalho decente, que é a premissa básica nos programas e discussões da Organização Internacional do Trabalho – OIT, pois para que se concretize essa premissa a de se manter o respeito aos direitos no trabalho como elemento integrante na consolidação do trabalho decente e no atendimento ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, havendo assim de ter um trabalho praticado em condições de equidade, liberdade e segurança, o qual seja capaz de garantir ao trabalhador uma vida digna envolvendo condições dignas de trabalho.

Assim, o respeito aos direitos no trabalho envolve a garantia da sustentabilidade do trabalho o que demanda a reciprocidade de obrigações por parte da empresa e dos trabalhadores, de forma a garantir as condições de atendimento aos princípios estabelecidos pela OIT, Constituição Federal e nosso ordenamento jurídico em sua integralidade. São tão importantes essas garantias que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, a denominada “Constituição Cidadã”, atribuiu um capítulo intitulado “Dos Direitos Sociais” e mais, em seu art. 7º especificamente dispõe regras quanto a tutela referente ao trabalho, de onde se extrai o princípio da proteção, cuja finalidade é propiciar ao trabalhador perspectivas de melhoria à sua condição social. Se vê que a abordagem constitucional não se limitou apenas à subjetividade dessa proteção, vez que inseriu comandos quanto à ordem econômica (art. 170) bem como à ordem social (art.193), com isso se tem que na atualidade a realização efetiva, e não apenas parcial dos direitos da cidadania, engloba o exercício pleno dos direitos humanos assegurados no âmbito nacional e internacional (PIOVESAN, 2010).

De se ter que os direitos sociais focalizam as necessidades humanas básicas, se direcionando a habitação, saúde, alimentação, habitação, saúde, educação, acesso a trabalho digno, e outros. Sofrem esses direitos a influência dos detentores do capital e do poder, cuja concepção da cidadania não é construída no seu sentido real, mas conforme a vontade de seus possuidores. E, no que concerne às relações de trabalho, se identifica que a procura por manter a classe trabalhadora passiva, receptora desses direitos, que supostamente devem ser agilizados espontaneamente pelos capitalistas e pelos governantes (MANZINI-COVRE, 2003), porém, não se pode deixar que ocorra a precarização do trabalho, pois tal envolveria o mercado de trabalho como um todo (DRUCK E FRANCO, 2008), o que sem dúvida representaria enorme prejuízos a força de trabalho.

Não se pode aqui olvidar que o trabalho não deve ser tratado apenas como uma mera mercadoria, e sim deve ser reconhecido como um direito individual e um dever social, razão pela qual, o trabalho deve ser exercido com a observância de condições adequadas e justas, já que inseparável a condição humana, que acima de qualquer condição deve ser respeitada em sua integralidade e potencialidade, e nesse contexto, sem dúvida se encaixa a figura do trabalhador, nas relações de emprego (DALLARI, 2004).

E, dentro da previsão da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT a mesma se direciona a proteção das relações de emprego, ou seja, aquelas na forma prevista no artigo 2º e 3º, em que temos trabalhadores subordinados ao empregador na relação de emprego, ou seja, no trabalho com vínculo empregatício. Como ressalta Martins (2020, p. 176), “o obreiro exerce sua atividade com dependência ao empregador, por quem é dirigido. O empregado é, por conseguinte, um trabalhador subordinado, dirigido pelo empregador.” Assim, nessa relação existe a prestação de serviços pessoal, sob a subordinação do empregador, onde o empregado fica adstrito ao cumprimento daquilo que foi estabelecido no contrato de trabalho formulado entre as partes, já que a priori o contrato de trabalho é bilateral. Ainda nesse contexto não podemos perder de vista a necessidade de observância dos princípios que se ligam ao direito do trabalho, ou melhor, as relações de trabalho.

Garcia (2018, p. 121) ao conceituar o contrato de trabalho ressalta que é: “o negócio jurídico em que o empregado, pessoa natural, presta serviços de forma pessoal, subordinada e não eventual ao empregador, recebendo, como contraprestação, a remuneração”. Dessa forma o objeto do contrato de trabalho, é justamente a prestação de serviço subordinado e não eventual, ao empregador, pelo empregado, mediante a paga de salários, e aqui ainda tendo que o empregado é quem exerce pessoalmente a prestação de serviços, já que aqui ele tem a característica de ser pessoal, e, ainda o mesmo tem a característica de ser prestado com continuidade, já que do contrário seria uma prestação de serviços, vinculada a um autônomo. Nessa relação de emprego as partes do contrato de trabalho têm o dever de cumprir aquilo que foi estabelecido entre elas, cumprindo o *pacta sunt servanda*.

Dessa forma se tem que o Contrato de Trabalho se caracteriza pelo ajuste de vontades, no qual uma pessoa física, que é o empregado, se compromete a prestar pessoalmente serviços subordinados a outrem (empregador), de forma contínua, mediante o pagamento de salário. Na prática mesmo havendo a bilateralidade, se vê que nessa relação o empregado acaba ficando entrelaçada a vontade do empregador em várias circunstâncias, o que faz com que o mesmo se torne fragilizado nesta relação, razão pela qual, se ampara nos

princípios balizadores do direito do trabalho, visando que se evite ainda mais as relações de precarização do trabalho, se baseando ainda no princípio da dignidade da pessoa humana, que leva a condição de um trabalho digno, já que o trabalho exerce efetivamente a função de lócus da integração do indivíduo - trabalhador ao todo social, garantindo que possam ter seu acento na sociedade de forma justa e igualitária.

3. Garantias legais da relação de emprego sob a ótica do princípio da proteção

Conforme acima assinalado não é factível se falar em direito do trabalho e em suas relações sem dar evidência aos princípios, vez que estes são essências no contexto desse direito laboral, já que se esta a falar em um direito que tem que ser protegido pela discrepância ainda na atualidade que existe entre as partes, e uma vez que o mesmo se prima pelo seu caráter alimentar, não só do trabalhador, mas de toda a sua família, para que assim se possa tentar equivaler as diferenças existente entre as partes.

A CRFB/88 foi instituída em Estado Democrático de Direito, conforme previsto seu artigo 1º sob os fundamentos da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Com isso, o legislador desde o topo da estrutura normativa do país demonstra sua preocupação com as relações de trabalho. Não obstante, o constituinte classificou o trabalho em si como um direito fundamental social em um capítulo intitulado "Dos Direitos Sociais" de onde se extrai o princípio da proteção, cuja finalidade é proporcionar ao trabalhador condições de melhoria à sua condição social (art. 6º a 11, CRFB/88). Ou seja, encontra-se consolidado que o sentido de garantias de direitos sociais está intimamente ligado ao princípio de mínimo existencial.

Nesse sentido, Leite (2019 p. 52) aborda que:

De outra parte, não se pode ignorar que "o valor social do trabalho", na acepção mais ampla do termo, constitui postulado básico da dignidade da pessoa humana e corolário da própria cidadania (CF, art. 1º, II, III e IV), na medida em que é exatamente o trabalho produtivo que irá evitar, em última análise, que a pessoa humana venha necessitar daquelas prestações estatais positivas mencionadas.

Pode-se dizer que o Direito do Trabalho ao longo de sua trajetória se firmou estruturalmente sob as bases do princípio da proteção e de garantias mínimas à subsistência do trabalhador e aqueles de quem depende o sustento. Assim, apesar de se tratar de princípio, o mínimo existencial é tido por parte da doutrina como regra, ante a característica de definitividade que possui (ALEXY; BAEZ; SILVA, 2015 p.176-177).

Do mesmo entendimento compartilha Machado Neto (2008 p. 280):

[...] do direito do trabalho pode-se dizer sem receio tratar-se de um autêntico direito de classe, pois nasceu e se desenvolveu colimando compensar com uma relativa superioridade jurídica a flagrante inferioridade social e econômica do trabalhador na moderna sociedade de classes do regime capitalista.

Nas palavras de Sarlet (2010, p. 97) é dever do poder público primar pela proteção de direitos sociais garantidores do mínimo existencial e da dignidade do trabalhador, anteriormente positivados, destacando que:

O legislador (assim como o Poder Público em geral) não pode, portanto, uma vez concretizado determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás, e mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado.

Adiante, ainda na esfera internacional, existem as Convenções da OIT (Organização Internacional do Trabalho), que correspondem a tratados-leis normativos que visam regular as relações sociais trabalhistas e previdenciárias. Para Leite (2014, p. 31), "as Convenções da OIT são tratados de direitos humanos sociais", desse modo, em razão do disposto no art. 5º, §§ 2º e 3º, se ratificadas pelo Brasil, possuirão *status* de norma constitucional.

Faz importante destacar que além das previsões legais de cunho protecionista ao trabalho digno, temos os princípios norteadores do Direito. Portanto, não há que se falar em direito do trabalho e em suas relações sem dar ênfase aos princípios, já que os mesmos são essências nesse contexto, onde o caráter alimentar e mesmo de proteção, se apresentam como uma condição essencial a ser respeitada, visando justamente estabelecer o equilíbrio entre capital X trabalho

Martins (2020, p. 123), ressalta que "princípio é, portanto, começo, alicerce, ponto de partida, "vigas mestras", requisito primordial, base, origem, ferramenta operacional", razão pela qual deve se ter que o princípio no âmbito do direito do trabalho é de suma importância a positivar essa relação empregatícia.

Primeiramente, sempre que se fala em dignidade da pessoa humana atrelada ao trabalho digno, há que se ressaltar que como dito anteriormente tal princípio constitui fundamento da República Federativa do Brasil

(art. 1º, III da CRFB/88), cuja finalidade é a de princípio fundamental que se traduz em direito assecuratório de ser respeitado pela sociedade e pelo poder público de forma a preservar a valorização do ser humano. Nesse sentido, Piovesan (2010, p. 54) coloca que:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora "as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro".

Ainda para a Autora (2010, p. 92):

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

De igual importância, encontra-se consolidado na doutrina que o sentido extraído da garantia de direitos sociais é o de mínimo existencial do indivíduo, vez que a CRFB/88 traz em seu corpo um capítulo intitulado "Dos Direitos Sociais" e mais, em seu art. 7º dispõe especificamente sobre a tutela referente ao trabalho, de onde se extrai o princípio da proteção, cuja finalidade é propiciar ao trabalhador perspectivas de melhoria à sua condição social.

O princípio das garantias mínimas tem como base os artigos 444 da CLT e 114, parágrafo 2º da CRFB/88, onde as partes podem acordar e o Judiciário decidir desde que respeitadas às condições legais mínimas de proteção ao trabalho. O mesmo é taxativo quanto a se observar as regras mínimas de garantias dos preceitos legais, garantindo assim a proteção necessária nas relações de trabalho (art. 7º da CRFB/88).

Portanto, trabalho digno nada mais é do que a oportunidade de realizar um trabalho produtivo e com rendimento justo, com segurança e proteção social, com perspectivas de desenvolvimento pessoal e integração social, com liberdade para as pessoas expressarem as suas preocupações e participarem nas decisões que afetam as suas vidas e com igualdade de oportunidades e tratamento para todos. De forma simples, trata-se de um trabalho que permite a uma pessoa usufruir de qualidade de vida. Na ordem internacional, enquanto conceito e prioridade de agenda foi introduzido, e inicialmente promovido pela OIT, em 1990 e consiste em quatro componentes: emprego, direitos, proteção e diálogo. O Trabalho Digno baseia-se na premissa de que todos os quatro componentes são necessários para criar as melhores perspectivas de progresso social e de desenvolvimento.

O direito ao trabalho é um direito humano, sendo referido como um direito social e econômico. O trabalho é essencial para que as pessoas possam ter uma vida digna, pois fornece não só o nosso sustento, como também contribui para o desenvolvimento individual, fortalecendo as comunidades e a sociedade em geral.

4. MP 927/20 - disposições e reflexos ante a pandemia do coronavirus

O ano de 2020 se iniciou com uma preocupação mundial, qual seja, a contenção e medidas de enfrentamento do Novo Coronavírus, sendo considerada uma pandemia no final de 2019. E, no Brasil não foi diferente, no dia 06 de fevereiro de 2020, fora publicada a Lei Federal nº. 13.979/2020 com a finalidade de elencar medidas a serem adotadas no combate e prevenção do coronavírus, ocorre que, por ter uma finalidade genérica, não dispôs diretamente sobre as relações trabalhistas. Em seguida, no dia 20 de março de 2020 fora declarado estado de calamidade pública no Brasil e conseqüentemente abalo significativo nas relações trabalhistas.

No dia 22 de março de 2020, como precursora das disposições específicas às relações do trabalho, edita-se a Medida Provisória nº. 927, que no bojo de suas disposições, autorizou as seguintes situações: (i) **acordo individual de trabalho** com preponderância à lei (art. 2º); (ii) **teletrabalho**, com comunicação de 48h de antecedência, descaracterizado nesses casos o instituto da prontidão e do sobreaviso, inclusive para estagiários e aprendizes (art. 4º e 5º); (iii) concessão de **férias individuais** com aviso extremamente reduzido de 48h, inclusive na modalidade de antecipação de período aquisitivo não completo, pagamento dos haveres relativos às férias com pagamento no 5º dia útil do mês subsequente ao gozo e terço constitucional até o prazo do adimplemento do 13º salário (arts. 6º a 9º); (iv) **férias coletivas** com comunicado de antecedência de 48h ao sindicato da categoria (arts. 11 e 12); (v) **antecipação de feriados** não religiosos (art. 13); (vi) **banco de horas** imposto pelo empregador, permitido ao empregador exigir até 2h extras diárias num período de 18 meses a contar do término do estado de calamidade pública (art. 14); (vii) **diferimento do recolhimento** do FGTS de março, abril e maio em até 6 parcelas com vencimento a partir de julho de 2020 (art. 19 a 25); e, (viii) **convalidação** das medidas adotadas pelos empregadores, desde que não contrárias a MP 927 e à Constituição Federal nos 30 dias que antecederam a sua edição;

Pois bem, ainda que o momento demandasse medidas emergenciais e rápidas, é notório que o atual chefe do poder executivo federal ignorou os princípios basilares das relações de Direito, quais sejam a proporcionalidade, a razoabilidade e o princípio da proteção anteriormente elucidado no presente trabalho. Se tem que a MP nº. 927 veio na contramão dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais ao longo de mais de 70 anos, desde à criação da CLT.

Pressupõe a CRFB/88 como fundamento da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho, art. 1, inciso IV, onde o legislador constituinte, sem dúvidas, buscou o equilíbrio na relação entre empregados e empregadores, reconhecendo que a parte hipossuficiente da relação é o trabalhador. E, assim, quando se confrontam princípios orientadores do direito, garantias asseguradas e as disposições da MP nº 927, nota-se claramente uma precarização das relações de emprego, haja vista o empregador, detentor do capital ter em suas mãos além disso o controle das decisões em relação as medidas a serem adotadas, restando ao empregado, coagido à manutenção do emprego e da renda, se sujeitar às mais degradantes e injustas imposições, por medo, pois agora o empregador obteve autorização legal para agir a seu bel prazer.

Como pode se dizer que houve consentimento, vontade, intenção do empregado em firmar acordo individual com seu empregador, sendo que a outra alternativa que ele tinha era a demissão sem o pagamento das suas verbas rescisórias, pois o empregador não havia se programado para demiti-lo?

Como pode se legitimar uma relação de estágio ou aprendizagem, mediante teletrabalho, sem se falar em desvio de finalidade ou descaracterização do contrato firmado, sendo que o objetivo mor é a aprimoração prática do que se aprende em teoria, sendo certo que o estagiário e o aprendiz, necessitam de um profissional "monitor" para lhes ensinarem a prática?

Como pode se afirmar que o trabalhador gozou de férias, esta pacificamente considerada pela doutrina e comunidade jurídica como sendo pausa remunerada destinada ao descanso e lazer do trabalhador, se ela só for remunerada após o período de descanso, e, estar o país e o mundo com vedação de locomoção?

Como pode a lei garantir ao empregador a imposição de banco de horas negativo, com a autorização de exigência de horas extras futuras diariamente para compensação, em período de 18 meses, ou seja, a saúde física e psíquica do trabalhador não importa?

A MP nº 927 foi alvo de muitas críticas e clamores por declaração de inconstitucionalidades, no entanto, teve a sua vigência inicial mantida e não convalidada em lei pelo Congresso Nacional, o que alertamos aqui como sendo ainda mais prejudicial do que se os nobres legisladores desta nação tivessem dedicado tempo e esforços para minimizar os impactos decorrentes da adoção das medidas nela autorizadas. (MARTINS, 2020)

Nota-se ainda, que, mesmo a MP nº 927, tendo perdido a sua eficácia por decurso do prazo, a mesma, em razão do teor de suas disposições, seguirá produzindo seus efeitos no ordenamento jurídico para aqueles que a adotaram como forma de gerir o seu negócio e o seu quadro de empregados. Sendo assim, estima-se que as discussões e impactos da MP nº. 927 se perpetuarão no tempo em que durarem a prescrição quinquenal e bienal do processo judicial trabalhista, podendo vir a ser motivo de muitas demandas judiciais e fiscalizatórias, e mais uma vez servindo como instrumento de precarização da relação de emprego.

5. Conclusão

Ante ao exposto, não restam dúvidas que o momento exigia medidas emergenciais para o enfrentamento do estado de calamidade pública declarado em decorrência do surto de coronavírus.

Entretanto, não se pode deixar de considerar que a parte hipossuficiente da relação laboral, o trabalhador, ficou a mercê das decisões do seu empregador, vindo a agravar ainda mais a sua condição de hipossuficiência e precarizar o exercício do direito à Dignidade da Pessoa Humana.

Entende-se com essa pesquisa que a atitude do Congresso Nacional Brasileiro foi a de se abster em resolver os impasses legais criados pela edição da Medida Provisória nº. 927 e com isso, torna-se iminente a sobrecarga do já abarrotado sistema judiciário com as inúmeras ações trabalhistas que podem vir a surgir em razão da adoção das medidas autorizativas no referido diploma legal.

Outro ponto de nodal importância, é o que ousamos chamar de incentivo à flexibilização exacerbada e indiscriminada da normatização trabalhista, que foi moldada por décadas a fio e ainda é uma das searas com a maior compilação legislativa. Muito se lutou e se luta para a conscientização a culturas empresariais transparentes, justas, humanas. Permitir que disposições legais, ainda que emergenciais, ganhem espaço no nosso ordenamento jurídico é o mesmo que retroceder e abrir mão de anos de luta e suor do trabalhador brasileiro. Assim sendo, não se buscou aqui esgotar os reflexos e impactos trazidos pela MP nº. 927/2020, mas se objetivou trazer para a discussão acadêmica a necessidade de reflexão e atenção às sensíveis mudanças que uma norma pode vir a causar em uma sociedade.

Referências

ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. **Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo-inclusivo**. – ed. 1 – Florianópolis: Qualis, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 de out. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 de out. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e cidadania**. 2 ed. Reform. São Paulo: Moderna, 2004. Coleção Polêmica.

DRUCK, Graça. FRANCO, Tânia. Terceirização e precarização: vulnerabilidade da prevenção e fragilização sindical. IN: DRUCK, Graça e FRANCO, Tânia. **A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização**. São Paulo: Boitempo, 2007.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 12ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de direitos humanos**. – 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de direito do trabalho**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação: 2019.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia Jurídica**. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MARSHALL, T.H. **Cidadania, Classe Social e Estado**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, Gustavo Afonso. **Como ficam as implicações e as consequências com o fim da MP 927**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-21/gustavo-martins-quais-consequencia-fim-mp-927>. Acesso em: 09 nov. 2020.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 36ª Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

Youtubers infantis e sua influência na publicidade infantil contemporânea

Iohana Viana Araujo ¹Maria Cristina Alves Delgado de Ávila ²

Resumo

O presente artigo se propõe a discorrer sobre a publicidade voltada ao público infantil que é compartilhada por youtubers mirins, visando assim, analisar sua vinculação e discutir sua influência para com os jovens brasileiros, que são em tese futuros cidadãos que se encontram em formação. Há de se ressaltar, que não há qualquer legislação que regule os termos desta publicidade, assim como a forma que esta chega até o consumidor, o que então acaba por trazer a essa relação uma real vulnerabilidade. A metodologia de pesquisa utilizada fora o levantamento bibliográfico, a fim de atingir uma pesquisa objetiva e crítica no que tange ao assunto. Tal tema se justifica, pois a não regulação da publicidade dirigida a crianças e adolescentes fere previsões constitucionais e ainda o Estatuto da Criança e do Adolescente, haja vista que estes jovens expostos a uma publicidade deliberada e sem controle, ficam ainda mais vulneráveis em nossa sociedade, acabando em determinadas situações a servirem de massa de manipulação.

Palavras-chave:

Publicidade infantil. Youtuber. Exploração.

1. Introdução

A publicidade é, atualmente, uma das maiores influenciadoras da sociedade, já que por meio da propaganda, é possível disseminar ideias, produtos e marcas para os consumidores, incluindo as crianças e adolescentes. Os jovens detêm uma publicidade específica para eles, à publicidade infantil, que, com o advento da internet e das mídias sociais, migrou dos intervalos da programação infantil na TV para o Youtube. Online, a publicidade infantil tem como porta voz os youtubers infantis, crianças influenciadoras que levam esta propaganda para o seu público.

Este artigo tem como objetivo discutir e analisar o fenômeno da publicidade infantil proferida por youtubers mirins, por meio de um levantamento bibliográfico e documental. Primeiramente, será realizado um panorama geral sobre a publicidade infantil no Brasil, desde a sua incidência até sua regulamentação. Posteriormente, serão analisados especificamente os youtubers infantis, juntamente de suas particularidades. Por fim, será discutida a publicidade infantil exposta pelos youtubers mirins ao seu público, que é, em especial, composto por crianças e adolescentes.

O assunto se justifica, pois, no Brasil a criança e o adolescente detêm proteção integral por serem seres vulneráveis e em formação, devendo, portanto, serem protegidos de toda e qualquer publicidade que possa lhes influenciar negativamente e afetar o seu pleno desenvolvimento.

Ressalta-se, que não há qualquer legislação específica que regule a publicidade infantil e, muito menos, a compartilhada pelos youtubers infantis, ocorrendo, portanto, uma total omissão estatal para com as crianças e adolescentes brasileiros, tornando o assunto ainda mais importante de se discutir, face a vulnerabilidade que ele se encontra no cotidiano.

2. A publicidade infantil no Brasil

É certo que, em nossa sociedade, a melhor forma de se vender um produto ou uma ideia é por meio de uma boa publicidade. Tal publicidade é destinada a diferentes grupos ou nichos, em especial os que têm como alvo crianças e adolescentes, sendo, portanto, a publicidade infantil um fator impactante. Esta modalidade de propaganda é uma forma de se influenciar crianças, estando presente na casa dos brasileiros desde 1980, quando ocorreu um aumento na publicidade infantil na televisão brasileira (LEÃO e PRESSLER, 2017).

Tal modalidade de propaganda é um verdadeiro fenômeno publicitário, onde sua incidência só cresce, haja vista os efeitos positivos para as empresas que fazem uso da mesma junto aos jovens consumidores. Honigmann (2005), estabeleceu que em 2002, as crianças influenciam diretamente as decisões de compras de

¹Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). Pesquisadora, pela mesma instituição, do NUPED – Núcleo de Pesquisa do Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania.".Email: iohanava@gmail.com

² Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania. Professora do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM. Pesquisadora do NUPED – Núcleo de pesquisa do curso de Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania". E-mail: cristina.delgado@uol.com.br

adultos, movimentando cerca de US\$ 1 trilhão globalmente, ressaltando ainda que, entre 1989 e 2002, os gastos das crianças estadunidenses de quatro a doze anos tiveram um aumento de 400%.

Temos que Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em seu art. 227 traz a proteção integral à criança e ao adolescente, sendo esta extremamente necessária, pois os jovens são sujeitos vulneráveis e em formação. Neste diapasão, a publicidade infantil pode trazer para estes jovens uma série de problemas, como por exemplo, um incentivo desenfreado ao consumismo, exposição a sexualização e a conteúdo inapropriado para sua faixa etária, caso não seja feita de forma responsável e levando em conta o público que se destina, onde temos então que a publicidade infantil é uma atividade repleta de riscos para a sociedade. Ewald e Ribeiro (2010) ressaltam a questão referente a vulnerabilidade psíquica da criança e do adolescente tem de fato compreender a publicidade como o que ela é, uma venda:

Talvez a maioria das crianças realmente não consiga depreender para que serve a publicidade, mas é fato que, mesmo sem possuir esse entendimento, elas são influenciadas pelo explícito e pelo implícito, e acabam imitando o que veem nos comerciais. E isso ocorre com muito mais naturalidade do que nos adultos, que, em sua maioria, já possuem capacidade crítica de distinguir o produto mostrado do roteiro de seu comercial, embora isso não signifique que eles o façam.

O ato de se promover um produto ou ideia para um ser vulnerável acaba sendo uma parte importante da formação deste ser, e por ser tão vinculado nas diversas mídias, é certo que a propaganda destinada a crianças e adolescentes as moldam, conforme é exposto por Teixeira (1987) quando este afirma que “há dois tipos de efeitos das propagandas sobre as crianças: o efeito direto, aquilo que a criança aprende assistindo a elas; e o indireto, o tipo de percepção da realidade social que a criança aprende através da publicidade”.

Por se tratar de um assunto tão delicado e de tamanha importância, se faz necessária uma legislação específica para tal. Atualmente, o nosso Código de Defesa do Consumidor - CDC, em seu art. 36 afirma que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”, podendo o referido dispositivo ser interpretado como uma vedação a publicidade destinada a crianças até doze anos de idade, sob pena de ferir o princípio da identificação da mensagem publicitária. Já em seu art. 37, o CDC traz a proibição da publicidade enganosa ou abusiva, obviamente englobando as crianças e adolescentes que são ainda mais vulneráveis a esse tipo de abuso.

Conquanto, além de disposições gerais de proteção a criança na CRFB/88 e ECA, e proibições para a publicidade em geral contidas no CDC, não há nenhum dispositivo legal que efetivamente regule a publicidade infantil. A resolução 163/14, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda trouxe algumas restrições à publicidade vinculada para crianças de até doze anos, vedando, elementos abusivos como uso de linguagem infantil, efeitos especiais e cores em excesso, uso de trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por crianças, representação de crianças nas propagandas, apresentação de pessoas que tenham apelo sobre o público infantil, uso de personagens ou apresentadores de programas infantis, uso de desenho animado, de bonecos ou similares, promoções com distribuição de prêmios ou brindes colecionáveis, de competições ou de jogos com apelo ao público infantil. Tais visam justamente impedir que esses seres em formação fiquem sob a influência dessas pessoas e/ou condições.

Há, ainda, uma série de projetos de lei tramitando na Câmara dos Deputados e Senado Federal, visando regular esta modalidade de propaganda, todavia nenhum deles ainda fora de fato aprovado, estando, portanto, a questão não regulada especificamente.

Com isso se observa que há uma lacuna em nosso ordenamento jurídico no que tange a proteção específica da criança, haja vista que as normas de cunho geral restam insuficientes no que tange a garantia desta proteção, pois com o advento de novas mídias, as formas de se fazer publicidade se ampliam, atingindo cada vez mais telespectadores e de forma mais irresponsável.

3. A configuração de um youtuber infantil

O termo youtuber é extremamente recente em nossa sociedade. Tal denominação é dada a um sujeito que grava e compartilha vídeos na plataforma americana Youtube, criada em 2005, e a partir do compartilhamento deste conteúdo, o youtuber cria uma comunidade de “inscritos”, nome dado as pessoas que se inscrevem nos canais do Youtube para acompanhar regularmente as novas postagens e interagir com o dono do canal. (Burgess, 2009)

Tais youtubers pode ser qualquer pessoa, incluindo crianças e adolescentes, sendo estes os denominados youtubers infantis. Estes são jovens que exercem a função de youtuber assim como os adultos, podendo esta função ser exercida por crianças e adolescentes de qualquer idade, ignorando a idade mínima para se inscrever e ter uma conta na plataforma é de treze anos. Ou seja, uma criança que nem mesmo entende a plataforma ou a magnitude de uma exposição na internet pode sim ser um youtuber de sucesso, e se fascinar com essa condição.

Os youtubers infantis surgiram a partir da migração da mídia televisiva para a internet, onde se tem uma crescente procura de conteúdos específicos para crianças e adolescentes, e tal demanda é amplamente atendida por esses youtubers mirins. Correia (2015) realizou uma pesquisa intitulada “Geração Youtube: Um Mapeamento sobre o consumo e a produção de vídeos por crianças”, em 2015, onde foi possível constatar que cerca de 36% dos 100 canais mais assistidos do país são canais infantis, sendo estes canais feitos por criança ou destinados a crianças. Estes canais voltados para o público infantil vivem em constante crescimento de acessos, ocorrendo um aumento de 564% nas visualizações destes canais infantis desde a pesquisa realizada em 2015.

Se vê que inexistem limitações para a prática do youtuber infantil, haja vista seu caráter informal, dentro da casa da criança e/ou jovem que está sendo exposto. Desta forma, os conteúdos são variados, englobando culinária, humor, dicas de beleza, mas principalmente, o dia a dia destes jovens, que compartilham sua vida com seus seguidores. Leão e Pressler (2017) ressaltam os efeitos deste compartilhamento de experiências destas crianças com o seu público:

Essas crianças, Youtubers criam um canal no qual contam histórias de seu cotidiano, apresentam viagens, fazem desafios, tutoriais de maquiagem, apresentam receitas culinárias, falam de assuntos diversos e ainda apresentam seus brinquedos. Os vídeos fazem tanto sucesso que essas crianças ganham status de “astros”.

Porém, um youtuber infantil não vive só de fama pura, pois com esta surgem outras oportunidades de trabalho no meio midiático, como por exemplo, promoções publicitárias, livros, modelagem, aparições em eventos, dentre muitos outros, que acabam por tornar o youtuber mirim em um trabalhador de fato. Porém, apesar do absoluto sucesso no meio online, não há qualquer regularização da prática destes youtubers. O mais próximo seria a regulamentação do Trabalho Artístico Infantil, porém esta não se coaduna por diversos motivos como o caráter artístico, formalidade no labor, horários fixos, dentre outros, sendo, portanto, necessária uma legislação específica para esta modalidade de trabalho tão contemporânea, que acompanhe não só suas peculiaridades, mas também sua constante e natural evolução.

Desta forma, estão os youtubers infantis apenas a mercê de seus pais, sem nenhum envolvimento ou controle por parte do Estado, arriscando diretamente a infância destes, haja vista que sob um pretexto de diversão se constrói um astro lucrativo que pode até mesmo sustentar uma família, sendo, portanto, nosso ordenamento jurídico e sociedade em geral, omissa no que tange a plena proteção da criança e do adolescente, deixando-os a própria vulnerabilidade.

4. O youtuber infantil como porta voz da publicidade infantil

Conforme fora exposto no capítulo anterior, o youtuber infantil compartilha um conteúdo de teor publicitário em seu canal, como uma forma de trabalhar com sua imagem. A geração alpha, afetada diretamente pelos novos meios tecnológicos, é faminta por conteúdo e consome de forma plena, mesmo sem saber, até mesmo as propagandas presentes nos vídeos destes youtubers mirins.

Os youtubers infantis criam um ambiente perfeito para publicidade em seus canais. Porém, por mostrarem o seu dia a dia e sua vida de uma forma informal, eles nutrem uma relação de extrema proximidade com o telespectador, podendo ser considerada uma “amizade” (LEÃO et al, 2016). Desta forma, é possível promover uma marca ou produto de uma forma quase subliminar, incluindo esta nas indicações “pessoais” do youtuber, por exemplo.

Em uma comparação com outro ídolo tipicamente infantil, o jogador de futebol, Leão e Pressler (2017) estabelecem a principal diferença dentre estes astros do imaginário mirim:

O youtuber é muito mais um “amigo”, o jogador é muito Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação 40º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Curitiba - PR – 04 a 09/09/2017 12 mais um ídolo distante. No segundo caso a criança sonha em alcançar o que o jogador possui, no primeiro caso a criança quer ser como o youtuber, e sabe que tem condições para isso, ambas têm as mesmas ferramentas.

Tal prática dá efetivos resultados às marcas, que a cada dia mais vem buscando estas crianças e jovens para lhes representarem na internet, e trazendo junto delas seu fiel e ingênuo público, que, pela situação de “amizade” acaba querendo imitar os seus atos e reproduzir tudo aquilo vinculado aos seus astros. O ambiente criado pelos youtubers mirins é o ambiente ideal para a propaganda voltada para o público infantil, de forma que se tornem potenciais consumidores.

Nas redes sociais as empresas conseguem obter respostas de seus consumidores instantaneamente, usando a análise de dados e de métricas para medir a eficácia da publicidade. No YouTube, a quantidade de visualizações, o número de “like”, e a análise de discurso dos comentários fazem a pesquisa de satisfação ser mais ágil e de baixo custo.

Para tal, as empresas patrocinam canais que têm um público assíduo para se promoverem. (NUNES; ARAÚJO, 2016)

Um exemplo desta propaganda velada é por meio dos unboxings, que, em tradução literal é o ato de desembalar novos produtos. Ou seja, são vídeos onde as pessoas mostram suas mais recentes aquisições, sendo esta modalidade de vídeo extremamente comum entre os youtubers infantis. Desta forma, ao mostrar, por exemplo, seu novo material escolar, o youtuber infantil está automaticamente promovendo as marcas dos produtos contidos no vídeo, e tal promoção não é gratuita. Geralmente, são enviados produtos a estes youtubers e eles, em troca, mostram em seus canais. (NUNES; ARAÚJO, 2016)

Porém, esta publicidade não se limita apenas aos unboxings, estando presente em diversas outras formas, como em um suposto dia divertido no salão, que promove um espaço de beleza, em um vídeo de uma festa de aniversário, que faz a propaganda indireta de um espaço de eventos. Ela também está presente nas roupas, acessórios e produtos utilizados pela criança e pelo adolescente no vídeo, ultrapassando até mesmo o âmbito específico do Youtube e partindo para outras esferas das mídias sociais, como por exemplo, o Instagram e o Facebook.

Desta forma, é possível afirmar que a publicidade feita pelos youtubers infantis não se apresenta como conteúdo publicitário propriamente dito, comum a sociedade, mas sim como uma conversa corriqueira ou sugestão cotidiana, “embalados” numa fachada que enfatiza o caráter rotineiro dessa interação, como uma coisa normal. (MENDES, 2017)

Contudo, a publicidade proferida por estes youtubers infantis é extremamente perigosa para as crianças e adolescentes brasileiros, haja vista que são feitos de forma deliberada e sem limitações necessárias, como recorte de idade e controle de qualidade dos produtos anunciados. Os abusos e enganos, igualmente, não são observados, deixando aos jovens consumidores deste conteúdo completamente expostos, sem ressalvas e delimitações que garantam sua efetiva proteção.

5. Conclusão

Conforme exposto, inexistente legislação específica que regule a publicidade infantil no Brasil, muito menos, da publicidade infantil proferida por youtubers mirins. Esta omissão estatal vai totalmente contra a proteção integral da criança e do adolescente prevista em nosso ordenamento jurídico, haja vista que o estado de vulnerabilidade da criança e adolescente é exasperado em face das influências inapropriadas que recebe.

Faz-se necessário uma legislação que regule a forma que essa publicidade é levada ao público, de forma identificável pela criança de que se trata de um anúncio, diferente da forma subliminar utilizada pelos youtubers infantis. Igualmente, é preciso delimitar tais propagandas de acordo com a idade do telespectador, evitando que estes jovens sejam expostos a um conteúdo inadequado para sua idade. E, além de combater a propaganda enganosa ou abusiva, se faz imprescindível regular a qualidade dos produtos que estão sendo oferecidos as crianças e adolescentes brasileiros pela internet.

A não existência de tal legislação é um verdadeiro desrespeito a Constituição Federal e ECA, indo contra normas expressas. Os youtubers mirins na função de porta voz da publicidade infantil colocam diretamente em risco não só as crianças e adolescentes que assistem os seus vídeos e os acompanham, mas também os próprios que estão sendo expostos a um incentivo deliberado ao consumismo e a produtos de procedência questionável.

Desta forma, é possível concluir que, a publicidade infantil presente nas plataformas dos youtubers mirins é um verdadeiro perigo para a nossa sociedade, pois estas, sendo feitas de forma deliberada e irresponsável, influenciam nossa juventude de forma negativa, sendo dever do Estado preservar a criança e ao adolescente e os proteger, nos termos da nossa Magna Carta, já que seres humanos em formação que devem ter seus direitos preservados acima de qualquer circunstância, já que futuros cidadãos.

Referências

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 10 de novembro de 2020

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso: 10 de novembro de 2020

BURGESS, Jean. **YouTUBE e a Revolução Digital: como o maior fenômeno da cultura participativa transformou a mídia e a sociedade** / Jean Burgess e Joshua Green; com textos de Henry Jenkins e John Hartley; tradução Ricardo Giassetti. – São Paulo: Aleph, 2009.

CONANDA. **Resolução n.º 163/2014**, dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente., Brasília, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, 2014. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=4&data=04/04/2014>. Acesso em: 10 de novembro de 2020.

CORRÊA, Luciana. **Geração youtube: Um mapeamento sobre o consumo e a produção de vídeos por crianças**. ESPM: São Paulo, 2015. Disponível < https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Media-Lab-Luciana_Correa_2016.pdf > Acesso em: 10 de novembro de 2020

EWALD, Ariane Patrícia; RIBEIRO, Débora Cristina. **Ética e publicidade infantil**. Comunicação & Inovação, São Caetano do Sul, v. 11, n. 20:(68-76) jan-jun 2010. Disponível em: https://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_comunicacao_inovacao/article/view/951. Acesso em: 10 de novembro de 2020

HONIGMANN, David. **Crianças superpoderosas**. Pesquisa divulgada originalmente no jornal Financial Times, traduzida e publicada pela Folha de S. Paulo, em 15/05/2005. Disponível em: <http://www.andi.org.br/_ftp/David_Honigmann_Financial_Times.pdf>. Acesso em: 10 de novembro de 2020

LEÃO, Danuta. E.TAL **A Ciber Publicidade Infantil: experiência, linguagem e consumo**. In INTERCOM. Congresso XXXIX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. São Paulo - SP – 05 a 09/09/2016. Disponível em: <http://portalintercom.org.br/anais/nacional2016/resumos/R11-2130-1.pdf>. Acesso em: 10 de novembro de 2020.

LEÃO, Danuta; PRESSLER, Neusa. **Youtuber Mirim e o Consumo Infantil**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 40., 2017, Curitiba - PR. 2017. Anais [...]. Disponível em: <<https://portalintercom.org.br/anais/nacional2017/resumos/R12-2925-1.pdf>>. Acesso em: 10 de novembro de 2020

MENDES, José Maria. **Endosso Publicitário no Youtube: Gestão da Proximidade e ocultação da equipe na divulgação do Novo Ensino Médio**. IN PROPESQ PP. VIII Pró-Pesq PP – Encontro de Pesquisadores em Publicidade e Propaganda. Recife. 2017.. Disponível em <http://www.abp2.org/anais>. Acesso em: 10 de novembro de 2020.

NUNES, Madienne; ARAÚJO, Nayara. **A exposição infantil em vídeos de beleza: erotização da infância em favor do consumismo**. Revista Temática. Ano XII, n. 01. Abril/2016. 168 -182p NAMID/UFPB Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/tematica> . Acesso em: 10 de novembro de 2020.

TEIXEIRA, Luiz M. **A criança e a televisão – amigos ou inimigos?** 2. ed. São Paulo: Loyola. 1987.

A função social do direito do trabalho através de ações afirmativas: uma análise sobre a repercussão do programa de *trainee* para negros da empresa Magazine Luiza

Kaline Faria de Jesus¹
 Maria Cristina Alves Delgado de Ávila²

Resumo

O presente trabalho propõe abordar sobre a função social do direito do trabalho através dos programas de inclusão social, por meio de ações afirmativas e sua importância social para inclusão de minorias no mercado de trabalho. A partir daí se procederá uma análise sobre a repercussão nas mídias sociais e no âmbito jurídico sobre o programa de *trainee* promovido pela empresa Magazine Luiza para o ano de 2021. O tema se justifica, pois, apesar do Brasil ser um país marcado por diversas etnias, a desigualdade racial ainda é visível, sobretudo no âmbito laboral, uma vez que negros e pardos são minorias em termos de ocupação no mercado de trabalho, primordialmente nos setores gerenciais, segundo dados apresentados pelo IBGE, ou seja, o mercado de trabalho brasileiro é excludente, sendo de suma importância a efetivação de políticas inclusivas a efetivar os princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Neste trabalho serão apresentados dados sobre o tema, e será explanado como as ações afirmativas podem contribuir como uma ferramenta inclusiva e protetiva ao trabalhador. As metodologias de pesquisa adotadas foram o levantamento bibliográfico, metodologia analítico-quantitativa com base nos dados levantados pelo IBGE e a metodologia analítico-descritiva.

Palavras-Chave:

Direito do trabalho. Função social. Inclusão. Ações afirmativas.

1. Introdução

O Brasil é um país marcado por diferentes raças e em contrapartida, evidencia-se fortemente o racismo estrutural, apesar da maioria de sua população ser formada por negros e pardos. Com isto, o mercado de trabalho reflete tal desigualdade, uma vez que pessoas brancas ocupam a maior parte desse mercado como empregado e, em sua maioria exercem cargos de chefia, gerencias, e de alta representação, se comparados com a ocupação exercida pela população negra.

Diante dessas emblemáticas, o presente trabalho tem por premissa fazer uma breve reflexão acerca da função social do direito do trabalho através de programas voltados as minorias, como uma forma de inserção dessas no mercado de trabalho. À priori busca-se levantar a importância das ações afirmativas como forma intermediadora de combate a segregação de raças, etnias, gêneros e classes na sociedade, sobretudo no âmbito laboral. Posteriormente serão demonstrados dados atuais colhidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE que refletem o cenário atual do mercado de trabalho brasileiro, no qual é marcado por desigualdade extrema. Ademais, a partir dessa demonstração será feita uma análise sucinta da repercussão nas mídias sociais, e entre juristas, sobre o programa realizado pela empresa Maganize Luiza, no qual foi direcionado para captação de novos *trainees*, todavia, especificamente para pessoas autodeclaradas negras e pardas e afrodescendentes.

O tema se torna de grande relevância e merece ser discutido uma vez que levanta emblemáticas do cenário social e trabalhista brasileiro, e, além disto, o tema se faz atual por fazer uma interface sobre a repercussão causada recentemente após a iniciativa de uma grande empresa privada em realizar uma ação visando à integração de minorias em seu quadro de empregados no qual sofreu críticas inclusive por juristas. As metodologias de pesquisa adotadas foram o levantamento bibliográfico, metodologia analítico-quantitativa com base nos dados levantados pelo IBGE e a metodologia analítico-descritiva.

2. A função social do direito do trabalho por meio das ações afirmativas

O direito do trabalho é um ramo de extrema importância para o ordenamento jurídico brasileiro, sendo também um meio viabilizador de transformações na sociedade, e de regulações de conflitos inerentes da relação trabalhista. Apesar de ser um ramo do direito marcado por grandes transformações ao longo do tempo, gerando certo *status* de instabilidade dos direitos dos trabalhadores, algumas dessas mudanças estão alinhadas à evolução da sociedade e sua modernização, proporcionando também melhorias a esta parte mais fragilizada da relação contratual, podendo destacar a promoção de ações afirmativas como um exemplo de tais melhorias.

¹Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). Pesquisadora, pela mesma instituição, do NUPED – Núcleo de Pesquisa do Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania. ".Email: kalinefj@hotmail.com

²Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania. Professora do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM. Pesquisadora do NUPED – Núcleo de pesquisa do curso de Direito – na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania". E-mail: cristina.delgado@uol.com.br

Contudo, é sabido que algumas transformações estão para além de emblemáticas referentes à relação processual trabalhista, e ou, relação de emprego, uma vez que alguns destes problemas permeiam a sociedade por séculos, como o racismo estrutural e as desigualdades de gênero e classes.

Cumprir destacar que o direito do trabalho tem também uma função social, sendo possível por meio desta a minimização de desigualdades raciais, étnicas, social e de gênero com base em seus princípios e fundamento legal de nosso ordenamento jurídico, sendo a aplicação destes essenciais para proteção da classe trabalhadora. Segundo Gurgel (2010, p. 16) "o fundamento básico da função social é a socialização do direito em oposição ao direito individual, com a supremacia do direito coletivo sobre o individual". Quanto à função social do direito do trabalho, a Autora completa dizendo o seguinte:

O direito do Trabalho visa à realização de valores sociais, não econômicos, com o objetivo de preservar um valor universal, que é a dignidade da pessoa humana. Sendo esse adotado no direito brasileiro como cláusula pétrea da Constituição Federal. (GURGEL, 2010, p.16)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, traz em seu art. 1º, III a dignidade da pessoa humana, e a partir de seu artigo 5º os direitos fundamentais de todo cidadão brasileiro, estando os direitos trabalhistas classificados como direitos sociais, fazendo parte dos direitos fundamentais, previstos especificamente no artigo 7º da CRFB/88, esses direitos fundamentais visam garantir a dignidade e cidadania dos brasileiros, e os direitos sociais têm por cerne primordialmente, a melhoria da condição social do trabalhador, e sua proteção.

Insta salientar que para além das normas positivadas a doutrina elenca princípios que norteiam o direito do trabalho, podendo ser citados os seguintes princípios peculiares do direito trabalhista, sendo alguns deles o princípio da proteção, princípio da primazia da realidade, princípio da irrenunciabilidade, princípio da continuidade, princípio da razoabilidade, princípio da boa-fé. (BONFIM, 2013).

Esses princípios têm por objetivo contribuir, reafirmar e integrar as normas jurídicas para efetivação dos direitos trabalhistas e a proteção do trabalhador, norteando eventuais conflitos, sobretudo quando advindos de conflitos discriminatórios e de desigualdade, sendo de suma importância que estes sejam preconizados. Nesse mesmo sentido, destaca-se que esta proteção é expressa no artigo 7º da Constituição Federal que prevê o seguinte nos incisos XXX e XXXI:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; [...]

Com isso se tem que a inobservância da proteção legal trazida pela Constituição que proíbe atos discriminatórios e de desigualdades, refletiriam em uma ineficácia do princípio da igualdade. Entretanto, é sabido que apesar de haver a proteção legal constitucional, esta não é a realidade vivenciada nas relações trabalhistas. Nesse sentido Gurgel (2010, p. 12) afirma o seguinte:

A garantia efetiva da dignidade humana deve ser relacionada com uma política capaz de reduzir a miséria e que busque uma relação simultânea de investimentos na área de educação, saúde, saneamento básico e empregos. Além disso, um requisito fundamental para a eliminação da desigualdade é a efetiva aplicação da norma, bem como, a fiscalização do trabalho. Ressalta-se, também, que as associações de bairros, associações de classes, ONGs, movimentos das mulheres e negros devem participar de mecanismos de ações contra as injustiças sociais.

E, constata-se que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da organização nacional, tendo passado a se constituir no vértice para o qual convergem todos os direitos individuais (da pessoa humana) e coletivos (ZANOTI, 2009, p. 122, *apud* GURGEL, 2010, p.13) (...) e, nesta mesma linha, o direito do trabalho se baseia a favor dos trabalhadores, tendo como tópico central o princípio da dignidade humana e princípio protetor do hipossuficiente. (GURGEL, 2010, p.13). Diante disto, correlacionado às ações afirmativas, acredita-se ser possível que a função social do direito do trabalho possa ser vislumbrada através destas, haja vista sua peculiaridade e objetivação, como coloca Gomes (2001, p. 40, *apud* Ramos, 2007, p. 123) ao defini-las como:

Conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo

por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

Além disso, as ações afirmativas importam em conferir aos grupos vulneráveis o mesmo ponto de partida dos grupos em situação de vantagem, possibilitando àqueles a sua integração econômica e social (RAMOS, 2007, p. 123), estando assim em consonância com a objetivação trazida pelo art. 3º da CRFB/88, que em seu inciso III traz como objetivo: "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e em seu inciso IV traz como objetivo: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (BRASIL, 1988).

Por fim, não se pode esquivar que já existem normas constitucionais e infraconstitucionais que expressam a garantia de trabalho à mulher (no artigo 7º, XX, CRFB/88), reserva de cargos aos deficientes (artigo 37º, VIII, CRFB/88) e destinação à população negra de efetiva igualdade de oportunidades, defesa de direitos étnicos e combate à discriminação prevista no artigo 1º, VI, Estatuto da Igualdade Racial – Lei nº 12.288/2010. Todavia, estas não são suficientes para integrar totalmente os referidos grupos aos postos de trabalho, como será observado a seguir através de um levantamento de dados realizado pelo IBGE.

3. Demonstração da desigualdade social refletida no mercado de trabalho brasileiro

Como dito anteriormente, é sabido que o Brasil é um país multicultural, plural em etnias e raças sendo sua população composta em sua maioria por pessoas negras e pardas. Mas em contrapartida esses grupos não compõem a maior parte do cenário presente no mercado de trabalho, ou quando o compõem ocupam cargos de escala inferiorizada, e submissão a chefias compostas por pessoas brancas. É possível afirmar tal tese ao verificar os dados colhidos pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD realizada pelo Instituto IBGE em 2019 no qual serão demonstrados neste capítulo os dados quantitativos referentes ao mercado de trabalho brasileiro, e o reflexo deste cenário desigual.

Segundo um informativo sobre desigualdades sociais, realizado pelo IBGE em 2018, foi informado que além de constituir a maior parte do total da população brasileira, "as pessoas de cor ou raça preta ou parda constituem, também, a maior parte da força de trabalho no País". Em 2018, tal contingente correspondeu a 57,7 milhões de pessoas, ou seja, 25,2% a mais do que a população de cor ou raça branca na força de trabalho, que totalizava 46,1 milhões. (IBGE, 2018).

No entanto, de acordo com a PNAD de 2019, através do estudo Síntese de Indicadores Sociais, divulgado em novembro de 2020, observou-se que ainda persiste a desigualdade em relação ao mercado de trabalho, a renda e condições de moradia ainda persistem no Brasil, conforme a cor e raça dos brasileiros, (IBGE, 2020), de acordo com um dos principais indicadores do mercado de trabalho que é a taxa de ocupação. Segundo o IBGE, "a taxa de desocupação foi, em 2019, de 9,3%, para brancos, e 13,6% para pretos ou pardos. Entre as pessoas ocupadas, o percentual de pretos ou pardos em ocupações informais chegou a 47,4%, enquanto entre os trabalhadores brancos foi de 34,5%" (IBGE, 2020). No mais, quanto às atividades exercidas, reflete que negros e pardos compõem a maior parte de grupos inseridos em trabalhos informais, tendo "como, por exemplo, atividades agropecuárias, que tinha 62,7% de ocupados pretos ou pardos, construção, com 65,2%, e serviços domésticos, 66,6%" (IBGE, 2020), e também em atividades informais, como serviço doméstico sem carteira assinada.

Diante disto, é possível verificar que quando empregados, negros e pardos exercem cargos de remuneração menor que de brancos, havendo a existência de desigualdade no mercado de trabalho, também em relação à remuneração, tendo em vista o contraste de diferença salarial percebida por negros, pardos e brancos. Por estarem inseridos em atividades informais, o que contribui para diminuição da renda, verificou-se através da PNAD de 2019, que esse grupo "em 2019 tinha rendimento médio mensal de apenas R\$ 755. E, em contrapartida, "a população ocupada de cor ou raça branca ganhava em média 73,4% mais do que a preta ou parda. Em valores, significava uma renda mensal de trabalho de R\$ 2.884 frente a R\$ 1.663, em 2019. (IBGE, 2020).

Para além disto, constatou-se que a "população ocupada branca também recebia rendimento-hora superior à população preta ou parda segundo qualquer nível de instrução, sendo a diferença maior na categoria Superior completo, R\$ 33,90 contra R\$ 23,50, ou seja, 44,3% a mais para brancos. (IBGE, 2020). Ou seja, ainda há um problema de segregação estrutural no Brasil que alcança em massa os postos de trabalho, sobretudo a renda mensal dessas pessoas.

Ademais, "a Síntese mostra que a extrema pobreza no país cresceu 13,5%, passando de 5,8% da população, em 2012, para 6,5%, em 2019" (IBGE, 2020). E, entre as pessoas abaixo das linhas de pobreza do Banco Mundial, 70% eram de cor preta ou parda. (IBGE, 2020). Insta salientar que "a pobreza afetou ainda mais as mulheres pretas ou pardas: eram 28,7% da população, mas 39,8% dos extremamente pobres e 38,1% dos pobres". (IBGE, 2020).

Ainda sobre o mercado de trabalho, segundo a Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, constatou que "68,6% dos cargos gerenciais eram ocupados por brancos, e apenas 29,9% eram ocupados por negros e pardos" (IBGE, 2018).

Essa desigualdade é o reflexo também da inacessibilidade ao estudo, uma vez que negros e pardos possuem maior dificuldade de um ensino de qualidade, formação superior, e ou qualificação profissional em comparação com a população branca, que por sua vez possui maior acesso a redes de ensino qualificadas e cursos de capacitação ao mercado de trabalho.

O ingresso de brancos e negros no ensino superior ainda é diferenciada e mais distante, apesar das políticas de acesso adotadas pelo governo federal e das 60 universidades com reserva de vagas. Em 1997, 9,6% de brancos tinham nível superior completo, patamar que foi elevado para 13,4% no ano passado. Ao mesmo tempo, o percentual de pretos e pardos com terceiro grau completo passou de 2,2% para 4%. Pesquisadores do IBGE consideram que o acesso de pretos e pardos é menor e mais difícil nas universidades públicas. De acordo com o levantamento, os brancos representam 25% do estrato dos 10% mais pobres do Brasil, ao passo que somam 86% da parcela 1% mais rica do País. Por outro lado, os pretos e pardos respondem por 74% dos mais pobres e somente 12% dos mais ricos. Nas estatísticas, negros é a soma de pretos e pardos. (MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS, 2010)

Salienta-se ainda que em 2018, o IBGE constatou uma alarmante diferença da taxa de analfabetismo entre a população brasileira, sendo no total 3,9% para a população branca, 3,1% nos centros urbanos e 11% nas áreas rurais. Já para a população negra e parda os números são mais elevados, sendo no total 9,1%, nos centros urbanos 6,8%, e nas áreas urbanas 20,7%, sendo índices alarmantes.

E, diante dos dados acima demonstrados, resta claro a incidência da desigualdade de oportunidades e empregos, sobretudo, em razão da cor da pele e/ou raça e etnia, sendo de suma importância a inclusão não só de negros e pardos no mercado de trabalho formal, como também de pessoas com deficiência e de mulheres, para o combate desta discriminação, visto que estes grupos também são minorias neste ramo. Segundo o chefe da Divisão de Fiscalização para Inclusão de Pessoas com Deficiência Física e Combate à Discriminação no Trabalho, da SIT, João Paulo Reis, são previstas estratégias no planejamento realizado pela Subsecretaria do referido órgão, no qual são incumbidas de fiscalizar e realizar ações nesse sentido no Brasil. (MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS, 2010).

No mais, é importante destacar que a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, trata sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, e nesse mesmo sentido, o então Ministério do Trabalho elaborou um guia para os empregadores sobre prevenção e combate à discriminação (MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS, 2010). Além disto, salienta-se que o nosso ordenamento jurídico reconhece os seguintes critérios como discriminatórios: “sexo, cor, raça, etnia, idade, origem, nacionalidade, ascendência nacional, situação familiar, gravidez, deficiência, estado de saúde, estado civil, crença religiosa, convicção filosófica ou política, atuação sindical”. (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2018). E como proteção legal, se pode citar alguns dispositivos, que regulam tais questões como:

A Lei nº 9.029/95 proíbe práticas discriminatórias pelos critérios expressamente relacionados - sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional e idade -, mas incluiu o termo “entre outros”, o que permite ao aplicador da lei a identificação de novos critérios e formas de discriminação. A CLT, por sua vez, possui diversos dispositivos vedando a discriminação, como o art. 5º, o art. 373-A, o art. 461 e o art. 510-B, inciso V. São mencionados critérios como sexo, cor, etnia, nacionalidade, gravidez, idade, situação familiar, opinião política e atuação sindical. Além desses, o art. 223-C da CLT prevê, de forma expressa, a proteção à sexualidade. A Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho acrescenta ao rol de critérios discriminatórios o fato de portar o vírus HIV ou de possuir doença grave que suscite estigma ou preconceito. (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2018).

Vê-se que no mercado de trabalho as desigualdades são de toda ordem, mesmo se tendo um arcabouço enorme protetivo a esse tipo de violação, mas que de nada adiante em relação a cultura que vem emanada da própria sociedade, que serve como um punhal a fomentar essa diferença.

4. Análise sobre a repercussão do programa de *trainee* para negros da empresa Magazine Luiza

Em setembro de 2020, a empresa de segmento *E-commerce* e *Marketplace* e Varejo Magazine Luiza, ocorreu o primeiro processo seletivo de *trainee* apenas para negros, intitulado “Trainee Magalu 2021”. (MAGAZINE LUIZA, 2020). No site da empresa na aba referente ao processo seletivo há uma apresentação sobre o programa, os requisitos do programa, sua missão, a remuneração e os benefícios que receberá o empregado quando aprovado. Segundo a própria empresa em seu site, “a Magalu, atualmente, tem 53% de empregados composto por pretos e pardos. Porém, apenas 16% deles ocupam cargos denominados de liderança”. (MAGAZINE LUIZA, 2020). Em vista deste cenário, a empresa expõe que houve a necessidade de promover este programa 100% para pessoas negras, visando à mudança dessa realidade.

Ocorre que houve grande repercussão acerca da iniciativa da empresa tanto nas mídias sociais, em que internautas manifestaram-se positivamente, mas também grande parte das pessoas expuseram comentários negativos. Os comentários e opiniões alcançaram também o meio jurídico, surgindo diferentes opiniões entre juristas e de políticos. Algumas das colocações emitidas foram no sentido de que a empresa estaria fazendo uma forma de “racismo reverso” privando o direito de pessoas brancas de participarem do processo seletivo. Além disto, foram pontuadas questões sobre a legalidade do programa, o que não há como prosperar uma vez que o programa está respaldado pela nossa Carta Magna, bem como pelo Estatuto da Igualdade Racial, e pelo julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 186 que considerou as ações afirmativas constitucionais, dando assim respaldo e legalidade ao programa da Magalu.

Diante de todo exposto, em uma análise sucinta, resta evidente que o programa promovido pela empresa visa à equidade e igualdade no âmbito laboral, sendo este de grande valia para a sociedade, não devendo lograr êxito opiniões no sentido de que a empresa estaria privando direito de pessoas brancas em vista que dados recentes demonstram que esta parte da população está imersa na maioria das relações contratuais, sobretudo em setores de alto escalão e de direção. Sendo assim, por meio deste programa a empresa possibilita que pessoas negras tenham oportunidade de ingressar no mercado de trabalho sem que sejam discriminadas por sua raça ou cor, tendo especificamente seu desempenho analisado, o que sem dúvida respalda as proteções existentes em nosso ordenamento jurídico, assim como, restabelece a dignidade desses trabalhadores, que já sofrem tanta opressão em nossa sociedade.

5. Conclusão

Por fim, considerando a relevância do princípio da dignidade para o ordenamento jurídico brasileiro que possui valor supremo na ordem jurídica, constituindo como um dos fundamentos da nossa Constituição Federal, resta claro a suma importância da promoção de políticas voltadas para a inserção de minorias no mercado de trabalho a fim de minimizar as desigualdades e assegurar a dignidade humana prevista pela CFBR/88, dada a sua relevância no sistema jurídico brasileiro, devendo que estas sejam promovidas não só por parte do Estado, mas também pelas empresas privadas.

E, justamente aí se tem que o exemplo fornecido pela empresa Magazine Luiza no ano de 2020 através do primeiro programa de *trainee* apenas para negros, pardos e afrodescendentes, atende sem dúvida aos preceitos da igualdade e da dignidade, além de demonstrar que a mesma respeita sua condição de uma empresa cidadã.

Conclui-se que através das ações afirmativas torna-se possível a integração dessas minorias ao mercado de trabalho, combatendo a segregação ainda em evidência e efetivando princípios constitucionais, primordialmente o da dignidade humana e da igualdade, sendo necessário que o direito do trabalho exerça sua função social através das referidas ações, assim como, que exista a mudança cultural da sociedade, no sentido de dar e praticar o respeito ao seu próximo.

Referências

BOMFIM, Vólia. **Direito do trabalho**. 8ª ed. Ver. E atual – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em nov de 2020.

GURGEL, Celina. **Função social do direito do trabalho**. 2010. Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/0711230146.pdf>. Acesso em nov de 2020.

INSITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil**. Estudos e Pesquisas, informação Demográfica e Socioeconômica. nº41. 2018. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em nov de 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua PNAD **Trabalho, renda e moradia: desigualdades entre brancos e pretos ou pardos persistem no país** Pnad Contínua – 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29433-trabalho-renda-e-moradia-desigualdades-entre-brancos-e-pretos-ou-pardos-persistem-no-pais>. Acesso nov de 2020.

MAGAZINE LUIZA. **Trainee Magalu 2021**. 202-. Disponível em: <https://www.vidadetrainee.com/vagas/trainee-magalu-2021/>. Acesso em out de 2020.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **IBGE revela mudanças na vida da população brasileira**. 2010. Disponível em https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/area-imprensa/ultimas_noticias/2008/09/not_populacao_brasileira_ibge. Acesso em nov de 2020.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. **Perguntas e respostas sobre discriminação no trabalho**. Brasília, 2018. Disponível em: https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/manuais/Discriminacao_no_Trabalho.pdf. Acesso em nov 2020.

RAMOS, Hamilton. Diferenças sociais e ações afirmativas A luta pela igualdade. Brasília a. 44 n. 173 jan./mar. 2007.

Da (i)legitimidade da fazenda pública como legitimada ativa nas ações falimentares

Sérgio Gabriel Farina Ramos Candeloro¹
Luiz César Martins Loques²

Resumo

O direito comercial brasileiro possui uma íntima ligação com o direito público em certa medida, em alguns momentos os institutos do direito privado viabilizam o interesse público, e a legitimidade ativa da fazenda pública nas ações falimentares suscita esse debate.

Palavras-Chave:

Falência. Legitimidade. Público.

1. Introdução

Questão que tem provocado considerável quantidade dos debates no campo do Direito Falimentar é a existência, ou não, de legitimidade ativa da Fazenda Pública para postular perante juízo falimentar.

Cumprido salientar que as empresas, em sua salubridade financeira plena junto ao crédito, são figuras exponenciais das economias modernas, seja por garantir a geração de empregos, abastecer o mercado com produtos ou serviços, ou ainda por possibilitar o acesso de uma nova tecnologia à coletividade, contudo, caso encontre-se em situação de dificuldade para solver seus débitos poderá ser motivo de contaminação econômica e com isso o princípio de uma crise financeira.

Nesse momento, que deve ser o elemento norteador dos legisladores ao exercitarem sua capacidade criativa, criarem mecanismos para manter a estabilidade e segurança do mercado, um deles é a Falência disciplinada pela lei de nº 11.101/2005 que consiste em se afastar a empresa ré do ramo de atividade exercido por ela e usar o crédito proveniente da alienação de seu patrimônio para satisfação dos credores devidamente habilitados na Assembleia Geral para que em concurso possam ser adimplidos.

Necessariamente antes de se entra no elemento chave desta discussão é ter ciência da natureza do procedimento falimentar bem como sua evolução histórica: falir vem do termo latino “*falere*” com o significado de fraudar, o instituto foi criado no Renascimento Comercial e neste momento detinha caráter punitivo onde o comerciante encontrando-se em mora era privado de todos os seus bens uma vez que tinha-se contra ele a presunção absoluta de que estava ocultando o seu patrimônio para não quitar suas dívidas.

Com a o advento da Teoria da Empresa no século XX, ela é operada apenas quando resta impossibilitada a recuperação da Empresa, caso contrário será passível de Recuperação Judicial. Em virtude da compreensão da sua importância para a geração de riqueza para a coletividade e como fonte de renda para o Estado ao tributar a atividade econômica por ela exercida, o atual diploma falimentar reconhece esta função social. E também para evitar-se decisões disparez determina que todos os créditos com exceção dos trabalhistas e decorrentes de acidente de trabalho serão cobrados em seara falimentar.

Nisso funda-se o debate concernente a legitimidade da Fazenda Pública para utilizar-se desse microsistema legislativo para rever seu crédito com a Pessoa Jurídica inadimplente, duas correntes tentam solucionar a problemática: A primeira, clássica, que tem adeptos como: Ricardo Negrão, Rubens Requião e o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Claudio Santos, e discute se não seria a medida um modo coercitivo de se fazer cumprir a execução uma vez que dispõe a Fazenda Pública de meios próprios diversos para operar a cobrança de seu crédito como a lei de nº 6830/80 –Lei de Execuções Fiscais, bem como dispositivos do Código Tributário Nacional e prazos em dúplice aplicando-se o subsidiariamente o CPC.

Ademais ao sujeitar-se a cobrança via falimentar implicaria na renúncia do trâmite pelo procedimento comum.

Uma segunda foi sustentada por Fazzio Júnior, Konder Comparato entre outros que argumentam com base no art. 187 do Código Tributário Nacional e art. 29 da Lei de Execução Fiscal que preconizam não ser sujeita a cobrança de crédito tributário em processos de concurso de credores, ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

De acordo com essa corrente a expressão “não é sujeita” pode ser interpretada como não necessária, mas, a *contrario sensu* não há óbice para que este órgão público possa configurar-se como parte em ações desta

¹ Bacharel em Direito pelo UniFOA. sergiogfr2000@gmail.com

² Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL. Pós-Graduando em Direito Empresarial e Notarial e Registral pela FUNIP/MG. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Volta Redonda (UniFOA). Advogado. Professor dos cursos Jurismestre e Cepifar. lcloques@gmail.com

natureza entendimento também já sustentado pelo ministro Raul Araújo do STJ na apreciação do Resp. nº 1.831.186 \SP

Um argumento também que se levanta na Doutrina é respaldado pelo art.83, III da lei nº 11101-LRF, é que este dispositivo inseriu os créditos tributários no rol dos créditos a serem pagos no pleito procedimental de certa forma a inclusão destes concatena para o a tese de legitimidade do órgão fazendário para postular em juízo falimentar

2. Da ampliação das ações da fazenda pública sob o regime de direito público:

Previamente à introdução à análise do fenômeno acima descrito cabe conceituar o conceito do termo Fazenda Pública, na lição de Leonardo Carneiro Cunha:

Na verdade, a palavra Fazenda Pública representa a personificação do Estado, abrangendo as pessoas jurídicas de direito público. No processo em que haja a presença de uma pessoa jurídica de direito público, esta pode ser designada genericamente Fazenda Pública (2020, p.28)

Do conceito transposto acima pode-se extrair que a postulação em juízo será efetuada por agentes capazes de representar estas entidades públicas (União, estados, municípios, empresas, e autarquias públicas) com a finalidade de se garantir os interesses da coletividade, interesses que são os direitos e garantias previstos na Constituição Federal, tratados internacionais etc. Interesses estes que traduzem-se em prestações a serem efetuadas pelo setor público para assegurar o bem-estar social e que envolvem o cumprimento de adimplemento financeiro.

É fato que o poder público necessita aferir renda para realizar as prestações acima aludidas, cabe então estabelecer via Constituição, leis complementares ou ordinárias, a taxação das atividades econômicas (empresas por exemplo). Garantindo assim a aplicação em benefício da coletividade como um todo garantindo desenvolvimento igualitário objetivo expresso no art.3º,IV da CF.

Na hipótese de não pagamento da quantia devida cabe à Fazenda buscar a satisfação de seu crédito, valendo-se para tanto dos dispositivos dados pela lei para legitimar essa ser legítima.

Importante frisar que esta é representante dos interesses da sociedade de vale-se das regras de direito público e como tal os interesses da coletividade prevalecerão ante aos particulares. Conforme destaca Di Pietro: "A Administração Pública não é titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã, ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a indisponibilidade do interesse público" (1991, p.160)

Fenômeno crescente nos anos atuais tem sido o aumento no índice de processos com a participação destes órgãos da Administração Pública. Crescente tem sido as discussões de alternativas a seara fazendária especialmente a possibilidade de utilização da Arbitragem, meio alternativo de solução de conflitos que tem se mostrado efetivo nas áreas de Direito Privado especialmente por sua agilidade em dirimir as causas quando comparada ao Poder Judiciário, a ideia ,porém da submissão de um ente federativo , empresa pública ou autarquia a uma justiça privada não é uníssona na doutrina, frise-se que como integrante da seara do Direito Público deve se ater ao Princípio da Legalidade e da Inafastabilidade do Judiciário bem como a indisponibilidade do interesse público.

Os diplomas regulamentadores como o CTN, a Lei de Execuções Fiscais e lei de nº 12.153 nada tratam sobre a sua utilização quando da cobrança do crédito tributário não adimplido, argumenta-se, portanto, que não seria possível. Leciona Celso Bandeira de Mello:

O princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve não somente obedecê-las, cumpri-las pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é o Presidente da República até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete o Direito Brasileiro (MELLO. 2012. p.104).

Saliente-se que como aludido acima a Fazenda Pública é a Pessoa Jurídica de direito público em juízo, e, portanto, não sendo detentora do interesse público, apenas velando pelo mesmo segundo o que ordena o imperativo institucional seria muito restrita o rol de possibilidades onde esta poderia transacionar sem colocar em prejuízo a este.

A *contrario sensu* desta interpretação mais tradicional e restritiva, vem ganhando espaço a tese de que o emprego da solução arbitral, uma vez que esta tem mostrado resultados altamente satisfatórios entre os regidos por normas de Direito Privado e tem como característica a maior dinâmica e rapidez na apreciação e solução dos litígios quando comparada ao Poder Judiciário. Entende-se que a Fazenda Pública poderia beneficiar-se dos frutos deste meio alternativo de solução de litígios. Sintetiza com precisão o entendimento de Guilherme Mungo Brasil: "É essencial ademais, que para a fruição máxima dos benefícios sociais imanentes à arbitragem, seja reconhecida à administração pública, a maior contendora nacional, a possibilidade de lançar mão desse meio alternativo de solução de conflitos" (2014, s/p).

As Fazendas Públicas configuram a figura mais recorrente nas lides que chegam ao Judiciário, pensa-se que no cenário atual faz-se mister a discussão de modalidades de garantir as prioridades do Estado e também que garanta paridade no tratamento da parte que se contrapõe na relação procedimental. A arbitragem aqui surge como possibilidade de se equalizar o dilema. E já constam protocoladas no Congresso Nacional propostas legislativas para implementá-la na esfera tributária, como é o exemplo do PL.4468/20.

Medidas de flexibilização, por seu lado poderiam ser benéficas à economia visto que os contribuintes teriam maior liberdade ao exercício de atividades do prisma econômico uma vez que incentivam o aumento da produção e circulação dos bens e serviços no território, exemplo desta tendência que visa a reforçar a tese de que em ressalvadas hipóteses a Fazenda poderia dispor do crédito a que teria direito é a recém aprovada lei nº 13.988 que autorizou a Fazenda Pública da União a transacionar, junto aos seus devedores, de forma resolutiva a cobrança de créditos desde que entenda que tal medida favorecerá o interesse público.

Tal inovação legislativa parece ao nosso entendimento reforçar a tese de que há hipóteses de que poderá a Administração Pública poder, quando atender o interesse da coletividade, postular perante justiça arbitral visto que está autorizada pela referida lei ordinária a eventualmente dispor do crédito que deu causa a lide.

3. Da ilegitimidade da fazenda pública:

Em linhas introdutórias, destacamos os principais argumentos pelos quais entende parte da Doutrina não ser cabível que a Administração Pública não revele-se legítima para postular como Autora em Juízo Falimentar, passemos agora à uma análise mais minuciosa destes argumentos:

a) **Abuso de poder:** Sacha Calmon em 1996 considerou que seria ato intimidatório uma vez que a Fazenda Pública estaria ameaçando a descontinuação da atividade causando incertezas no cenário econômico, complementando entendimento afirmado posteriormente por Rubens Requião:

De nossa parte estranhamos o interesse que possa ter a Fazenda Pública no requerimento de falência do devedor por tributos. Segundo o Código Tributário Nacional os créditos fiscais não estão sujeitos a processo concursal, e a declaração de falência não obsta o ajuizamento do executivo fiscal, hoje de processamento comum. A Fazenda Pública falece ao nosso entender, legítimo interesse econômico e moral para postular a declaração de falência de seu devedor. A ação de falência pretendida pela Fazenda Pública tem, isso sim, nítido sentido de coação moral dadas as repercussões que um pedido de falência tem em relação às empresas solventes. (REQUIÃO, Rubens, 1998, p.109)

Por este entendimento entende-se que caso fosse peticionada a falência pelo pela autoridade fazendária, o Estado estaria sufocando a livre concorrência ao coagir a livre iniciativa, desacatando o Princípio da Liberdade Econômica previsto no inciso IV e parágrafo único do art. 170 da CF.

b) **Falta de legitimidade:** Paulo Penalva Santos destacou que caso a Fazenda opte por requerer a falência do contribuinte inadimplente estaria atuando com incompatibilidade a pelo menos outros dois princípios constitucionais o da razoabilidade: que norteia com base na proporção da gravidade do ato contrário ao interesse da administração pública, a providência a ser adotada e também ao da função social da propriedade e dos meios de produção: na medida que ao ingressar com um pedido de finalizar a atividade econômica o Estado estaria atuando de modo contrário ao objetivo de geração de empregos, a oferta de produtos ou serviços à população bem como extinguindo uma Pessoa Jurídica que poderia continuar a gerar receita para a Fazenda Pública

c) **Falta de interesse e descumprimento do Princípio da Legalidade:** O CTN, a Lei de Execuções Fiscais já disciplinam as maneiras como será efetuada a aferição dos tributos não pagos em juízo, a Administração segundo ponto a ser colocado é que não há interesse na Fazenda Pública em tal medida como leciona Humberto Teodoro Jr. o interesse traduz-se na necessidade e utilidade da demanda:

O interesse processual, a um só tempo haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também numa relação de adequação ao provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial (THEODORO JÚNIOR, 2003, p.52).

O ente estatal não deseja encerrar a atividade desenvolvida apenas receber àquilo a que faz jus. Outro ponto destacado pela Doutrina é que caso o ente público empregasse o pleito falimentar estaria agindo em descompasso com o Princípio da Legalidade ao qual está vinculada como aludido no capítulo anterior.

d) **Obrigatoriedade de renúncia do trâmite próprio:** Importante frisar que, caso opte pelas regras do Direito Falimentar implicaria na renúncia da Fazenda Pública ao procedimento designado para esta bem como suas prerrogativas, como é o dobro do prazo para manifestar-se processualmente conforme sua posição privilegiada de credora para igualar-se aos demais com relação às dívidas mercantis e sem a garantia real.

e) desproporcionalidade da medida: Outro argumento somado à tese contrária seria de que caso o Fisco optasse por pleitear a falência de seu devedor seria de que caso este assim procedesse feriria o Princípio da INTERPRETAÇÃO MAIS BENÉFICA AO ACUSADO, por este princípio tem-se que na apuração de uma infração de caráter tributário deveria ser operada a hermenêutica que menos aflija malefícios ao réu, devendo-se também fazer um juízo de gradação, faz-se mister lembrar que se está diante de um órgão do executivo diante de uma pessoa jurídica privada que em tese está em posição de maior vulnerabilidade em relação à parte autora, argumenta-se que seria desproporcional o pedido pelo fim da entidade empresária, devendo-se optar por medidas que satisfaçam o crédito sem matar a atividade econômica por esta desenvolvida.

Em linhas gerais a tese contrária ao emprego do pleito falimentar remonta ainda à vigência do dec. Lei 7661/45 antigo diploma regulatório do assunto e o advento da nova lei falimentar a nosso entendimento parece ter perdido a oportunidade de pôr fim à controvérsia ao empregar o termo genérico “qualquer credor”:

O STJ, ainda na vigência do diploma agora revogado, valeu-se dessa interpretação de que a Fazenda carece de legitimidade e interesse para agir em pleito falimentar em alguns julgados como este da relatoria do ministro Castro Filho:

PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE FALÊNCIA FORMULADO PELA FAZENDA PÚBLICA COM BASE EM CRÉDITO FISCAL. ILEGITIMIDADE. FALTA DE INTERESSE. DOUTRINA. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Sem embargo dos respeitáveis fundamentos em sentido contrário, a Segunda Seção decidiu adotar o entendimento de que a Fazenda Pública não tem legitimidade, e nem interesse de agir, para requerer a falência do devedor fiscal.

II - Na linha da legislação tributária e da doutrina especializada, a cobrança do tributo é atividade vinculada, devendo o fisco utilizar-se do instrumento afetado pela lei à satisfação do crédito tributário, a execução fiscal, que goza de especificidades e privilégios, não lhe sendo facultado pleitear a falência do devedor com base em tais créditos

(STJ - REsp: 164389 MG 1998/0010726-6, Relator: Ministro CASTRO FILHO, Data de Julgamento: 13/08/2003, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 16.08.2004 p. 130 RDR vol. 30 p. 249)

Ante a existência preexistente desta controvérsia num ponto crucial do assunto, reforça-se a ideia o legislador perdeu a oportunidade de se pôr fim a esta ao disciplinar o rol de sujeitos ativos para peticionar o fim da atividade empresária no art.97 da nova lei ao empregar a expressão genérica “qualquer credor”, ainda cabendo a hipótese de que o Fisco como credor de uma obrigação tributária poderia entrar ou mesmo peticionar perante Juízo Falimentar.

4. Revisão dos argumentos tradicionais: a possibilidade do pedido

Fato que ocorre no mundo mercantil é que quanto menor for o tempo de resolução de um conflito menor contaminação econômica acarretado em virtude deste.

A mudança na hermenêutica da presente problemática apresenta-se plenamente possível diante da constitucionalização do Direito Privado onde tudo e todos tem sua função social e também a flexibilização do Direito Público permite que novas formas mais eficientes sejam aplicadas. A lei de falências revela-se promissora melhor ajustada à aferição do crédito tributário em juízo, a medida que a Lei do Fisco revela-se defasada, em descompasso com a dinâmica das relações jurídico-econômicas modernas, analisar-se-á os argumentos que convergem para reforçar este entendimento, após a referida análise poderá se fazer juízo valorativo sob a legitimidade da Fazenda Pública peticionar a falência do devedor:

a) A lei 11.101/05 conferiu interpretação mais benéfica ao devedor, isso se deve ao Princípio da Viabilidade da Empresa onde sempre que possível a atividade empresária deverá ter a continuidade decretada, ressalvada a hipótese de crime falimentar, ou caso reste provado que esta não conseguirá recobrar sua salubridade econômico-financeira. Cremos que este princípio coaduna também com a necessidade que o setor financeiro-empresarial necessita de se ter garantias que a liberdade econômica não será afetada pela ordem jurídica e que caso uma sociedade não encontre-se mais no seu estado salutar pleno, venha a ser encerrada a sua atividade, a fim de se evitar a deterioração do setor econômico em que esteja atuando.

b) A *contrario sensu* do que é afirmado pela doutrina clássica, acredita-se de que a LRF é mais benéfica para o contribuinte uma vez que permite à contribuinte devedora a oportunidade de afastar a hipótese de que se encontra em Estado de Insolvência com a realização do Depósito Elisivo, com o valor devido acrescido de juros e correção monetária, e terá dez dias para efetua-lo, ao contrário da Lei 6830 cujo o prazo para o pagamento é de apenas cinco.

c) A opção pelo pleito falimentar por sua vez detém outro argumento a seu favor é a possibilidade da demandada requerer dentro do prazo dado para sua contestação apresentar o pedido de Recuperação Judicial evitando-se o término de sua atividade e garantindo a satisfação creditícia dos credores de qualquer natureza.

Fatores estes que atendem os Princípio da Duração razoável do Processo e da Economia Processual conforme o parágrafo único do art. 75 da LRF e que estão em sintonia com as necessidades do mundo econômico.

Essa tese vem ganhando força, à medida que os resultados com a experiência têm se demonstrado eficazes, tem-se por exemplo este acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Crédito tributário (dívida ativa) – Prerrogativa da Fazenda Pública de optar entre a execução fiscal e a habilitação de crédito na falência – Pretensão à sub-rogação sobre o produto da arrematação – Indeferimento em primeiro grau por entender o Magistrado que era o caso de a Municipalidade primeiro proceder à habilitação de seus créditos – Distinção – Dívida preexistente à falência e sujeita ao concurso de credores e dívida incidente após a quebra – A primeira sujeita-se a concurso e à ordem prevista no art. 83 da LREF, nos termos do art. 141, I da LREF, devendo ser primeiramente habilitada; a segunda não se sujeita à habilitação (encargo da massa) e a pretensão pode ser deferida, desde que respeitada a ordem prevista no art. 84 na data dos pagamentos – Desnecessidade de renovação do incidente, mas tão somente formação de incidente com a documentação apresentada, facultada a manifestação da Administradora Judicial, Credores e Ministério Público para exata definição e ordem de preferência – Recurso parcialmente provido. Dispositivo: deram parcial provimento ao recurso.

(TJ-SP - AI: 22572415020198260000 SP 2257241-50.2019.8.26.0000, Relator: Ricardo Negrão, Data de Julgamento: 01/06/2020, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 01/06/2020)

5. Conclusão

Diante dos argumentos explicitados acima podemos chegar agora traçar conclusões acerca do tema em questão:

- a) A lei de falências poderia ser mais benéfica ao contribuinte-devedor caso seja aplicada pela Fazenda Pública;
- b) Esta revela estar em maior sintonia com a dinâmica moderna do mundo empresarial;
- c) Há hipóteses onde a mesma rende maior eficiência mesmo ao Poder Público;
- d) Esta não desacata o Princípio da Proporcionalidade uma vez que a empresa ré terá a oportunidade para afastar a presunção de insolvência e, portanto, a hipótese de se decretar a falência;
- e) Caso a Fazenda Pública opte por se valer do pleito falimentar disciplinado pela lei 11101, seriam mais respeitados o Princípio da Economia Processual e da Duração Razoável do Processo

Tais conclusões, forcem-nos a reconhecer a legitimidade validade do Órgão Fazendário em empregar o procedimento falimentar ao postular perante o Judiciário.

Referências

RAMOS, André Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**. São Paulo, 2019

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falência e de Recuperação de Empresas**. São Paulo 3ª Edição, 2005

_____. **Manual de Direito Comercial**, São Paulo, 2011

DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. Rio de Janeiro, 2017

ROCHA, João Marcelo. **Direito Tributário Rio de Janeiro**, 2009

MAZZA, Alexandre. **Direito Administrativo Coleção OAB Nacional**. 2012

BRESCOVIT, Leonardo; ROMANI, Mailton Rodrigo. **A (i) legitimidade da fazenda pública de requerer a falência do empresário ou sociedade empresária por créditos tributários inadimplidos.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br> acesso em: 04.set.2020

FREITAS, Danielli Xavier. **Da solução de conflitos da administração pública por meio da Arbitragem.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 03.set.2020

BRASIL, Guilherme Mungo. Da solução de conflitos da administração pública por meio da arbitragem. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 19, n. 4078, 31. Ago.2014.Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3192>. Acesso em: 07.set.2020

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo 2012

VITORIA, Flavio Machado. Questões Gerais da atuação de fazenda pública em falências.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa-** volume 3: recuperação de empresas e procedimentos concursais e administrativos 11ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2017.

[https:// ambitojuridico.com.br/edicoes/a-legitimidade-ativa-da-no-processo-falimentar-a-fazenda-publica-e-o-credor-com-garantia-real-a-luz-da-lei11-101-200501022010](https://ambitojuridico.com.br/edicoes/a-legitimidade-ativa-da-no-processo-falimentar-a-fazenda-publica-e-o-credor-com-garantia-real-a-luz-da-lei11-101-200501022010). Acesso em: 06.set.2020

SALOMÃO, Luiz Felipe; Santos, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial Extrajudicial e Falência.** Teoria e Prática 4ª Edição .2019

MISES, Ludwig Von. **As seis Lições. Política e ideias.** 7ª Edição. São Paulo; Instituto Von Mises Brasil.2009

BRASIL. Lei 11.101/05: Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 05.set.2020

ZANDONÁ, Amanda. **A controvérsia sobre a legitimidade ativa da Fazenda Pública na postulação da falência.** Disponível em: <https://godinhoodvogados.adv.br/mar.2015>. Acesso em: 07.set.2020

<https://www25.senado.leg.br/matérias/-/matéria/144536> .PL. **4868-2020-regulamenta a arbitragem tributária outras providências**

BRASIL. Lei 6.830/80: **Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03

BRASIL. Lei 5.172/66: **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar** 17ª Edição. São Paulo: Saraiva,1998.

FAZZIO JR. , Waldo. **Manual de Direito Comercial.** São Paulo: Atlas 2013.

Os impactos das alterações das penas pelo pacote anticrime no sistema carcerário brasileiro

Álvaro dos S. Maciel¹
Juliana de C. dos Santos¹
Liz V. S. M. de Oliveira¹
Natasha dos S. Camilo¹
Sarah C. de Azevedo¹

Resumo

O objeto de estudo desta pesquisa são as alterações e modificações trazidas à legislação penal brasileira pelo pacote anticrime (Lei 13.964 de 2019) nas penas e como isso afeta o precário sistema prisional nacional. No que tange principalmente a majoração de penas e como essas medidas podem gerar o aumento díspar do encarceramento da população. A partir da análise documental e pesquisa bibliográfica. O objetivo do trabalho é demonstrar como essas alterações legislativas impactaram diretamente e de maneira contraproducente o sistema carcerário brasileiro. Além disso, é tratado a partir do histórico das penas como o aparelho penitenciário no Brasil foi construído a inobservância do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e como os Direitos humanos são anulados. E adentrando ao âmbito conceitual do Pacote anticrime e seus reflexos práticos. Esta análise contribui para se repensar a forma como as penas estão sendo aplicadas no Brasil e como não estão contribuindo para a ressocialização dos apenados e ferindo os Direitos Humanos.

Palavras-chave:

Pacote anticrime. Sistema Carcerário. Direitos Humanos.

1. Introdução

O presente artigo visa demonstrar a precária situação do sistema carcerário brasileiro e como a introdução da Lei 13.964 de 2019 em nosso ordenamento jurídico pode agravar tal situação. Metodologicamente foi utilizada a pesquisa bibliográfica e a análise da Constituição brasileira bem como o ordenamento penal pátrio. A partir de uma análise histórica da construção do Direito de punir do Estado e da conjuntura do Princípio da Dignidade da Pessoa humana no Brasil com enfoque nas diretrizes firmadas pelos Direitos Humanos dentro da esfera da execução penal.

Além disso, também serão tratados os aspectos conceituais do Pacote anticrime, bem como suas implicações e momento histórico de surgimento. Igualmente, os aspectos práticos e como o surgimento da nova legislação afeta direta e indiretamente para o aumento díspar do encarceramento dos apenados, de forma seletiva.

2. Histórico sobre o sistema carcerário brasileiro e a realidade atual

É necessária a compreensão histórica do Direito Penal para conhecermos com clareza a evolução do pensamento humano, por meio das doutrinas e as punições atribuídas no passado até as suas modificações na modernidade. Dessa maneira, para que houvesse paz e o interesse da maioria fosse preservado, foram criadas regras para garantir a convivência e a punição do infrator, em outras palavras, o direito de punir do Estado foi resultante da vida comunitária. No Brasil, o Direito Penal sofre um processo de evolução constante, pois está sujeito às modificações das relações humanas. Por consequência disso, aos longos dos anos as penas também mudaram, se tornando mais humanitárias e proporcionais ao transgressor.

O Direito Penal, inicialmente, era caracterizado pela aplicação de penas mais severas e cruéis, como a morte, na qual o direito era confundido com a moral e a religião, a transmissão de regras era feita oralmente e os direitos numerosos, já que cada grupo ou tribo tinha seu próprio costume. Assim, o período anterior à chegada dos portugueses e a colonização, conhecido como Direito Penal indígena, teve características parecidas, com formas primitivas de penas, com o uso da Composição – visava compensar o dano causado – da Vingança Divina, Vingança Privada e até o Talião, que de maneira relativa equilibrava a pena aplicada. Atualmente, devido ao primitivismo e o processo de colonização, o Direito Penal indígena não influencia o Direito Penal brasileiro.

Não obstante, após o surgimento da escrita, homem passou a registrar regras jurídicas em documentos. Mais precisamente, os primeiros textos de cunho legislativo foram criados no Egito e na Mesopotâmia. Então, nasceu o Direito Cuneiforme, com conjuntos de regras dos povos do oriente antigo escritas em forma de cunho ou prego. Foi a partir desse avanço que a doutrina identificou o desenvolvimento do Direito Penal, começando

¹ Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA.

pela pré-história, passando pelas fases da Vingança Penal e evoluindo até chegar à atualidade. A visão de Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir* preleciona;

A "reforma" propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias de direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir. (Foucault, 1987).

Na primeira fase da vingança penal, chamada vingança privada, não havia senso de justiça, o que fazia com que o homem reagisse de maneira violenta, fazendo justiça com as próprias mãos e de maneira desproporcional. Dessa forma, quando um membro de seu grupo era punido, se aplicava a "perda da paz", que consistia no banimento desse integrante. Por sua vez, quando a pena era imposta ao membro do grupo rival, se iniciava uma guerra cheia de sangue e ódio. Após isso, surgiu o Talião que visava equilibrar a aplicação da pena com o crime praticado pelo sujeito, evitando excessos entre o crime e a punição a fim de conseguir a justiça para todas as partes. Já na vingança divina, as sanções eram relacionadas à religião, pois se acreditava que as punições eram causadas por Deuses. Mais tarde, devido à mudança de organização social, política e ao antropocentrismo, a igreja foi perdendo seu poder e o Estado passou a intervir na sociedade, ficando responsável pela imposição de regras e a punição a quem as infringissem.

2.1. Do conceito de dignidade da pessoa humana

Desse jeito, o Estado, tendo seus princípios baseados na proteção dos bens jurídicos tutelados, tem o poder de punir transgressores, a fim de manter uma sociedade justa e harmônica. Nesse sentido, foi criado um direito penal, no instituto de regular as ações humanas, estabelecendo penas para as pessoas que infringem as regras positivadas tanto no Código Penal, quanto em outras leis. Nessa sequência, Stefam e Gonçalves afirmam:

A dignidade da pessoa humana é, sem dúvida, o mais importante dos princípios constitucionais. Muito embora não constitua princípio exclusivamente penal, sua elevada hierarquia e privilegiada posição no ordenamento jurídico reclamam-lhe seja dada a máxima atenção. (Stefam e Gonçalves, 2019).

Com base no inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal, podemos perceber que a Dignidade Humana é um dos fundamentos sob o qual o Estado Democrático de Direito se erige, o que significa que o transgressor, apesar do seu grau de agressão a sociedade, não poderá perder a sua dignidade, valor moral e espiritual que é inerente ao ser humano, valor pelo qual o Direito e o detento, mesmo em situação carcerária, deveriam se inspirar, devendo o preso ser respeitado como cidadão. E assim, Ingo Sarlet define a dignidade da pessoa humana como:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (Sarlet, 2009).

Todavia, a realidade do sistema carcerário no Brasil afronta esse princípio, uma vez o condenado, tem seus direitos negligenciados pelo Estado. Dentro dos presídios, os presos são deixados em celas superlotadas e são tratados de forma abusiva e desumana, e isso faz com que não seja alcançado o objetivo maior da pena que é a ressocialização, e tampouco o combate à criminalidade, já que possivelmente ocorrerá uma reincidência.

2.2. Os Direitos humanos e o sistema carcerário brasileiro

Desse modo, os direitos humanos dos presos, assim como as garantias fundamentais, que devem se aplicar durante a execução da pena, se encontram em diversos estatutos legais do Brasil. Para essa situação, podemos citar o artigo 5º da Constituição Federal, que aborda várias garantias fundamentais destinadas a proteção do cidadão preso, sobretudo, existe a Lei de Execução Penal, que em seu artigo 41 estipula um rol meramente exemplificativo para tratar dos direitos infraconstitucionais do condenado durante a execução penal. Dessa forma, é entendido pela doutrina que tudo aquilo que não for restrito ao preso, é direito seu, podendo o legislador ou o julgador expandir esse rol, visto que os direitos da pessoa humana não se esgotam, mesmo ela estando presa.

Ainda mais, convenções como a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU, também discorrem sobre o tratamento do preso, além de que, a Declaração Universal dos Direitos

Humanos estabelece Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos. Posto isso, como previsto no artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Nesse seguimento, o presídio brasileiro é um lugar que falta o respeito a direitos essenciais, como a saúde, a vida e a dignidade à pessoa; que não tem piedade e muito menos humanidade, violando os direitos humanos fundamentais do detento.

As Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos e os artigos 12 e 14 da LEP dispõem que preso precisa de atendimento médico, farmacêutico e odontológico, assistência médica necessária, além de fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. Apesar disso, grande parte dos presos são submetidos a condições desumanas de higiene e ambientes precários e sujos, inexistindo qualquer tipo de acompanhamento médico.

Somado a isso, é perceptível o descaso do Estado quanto à superlotação do sistema carcerário, no qual são colocados, por cela, mais pessoas do que é permitido pelo artigo 88 da Lei de Execução Penal, que prevê o cumprimento de pena do condenado se dê em cela individual com área mínima de 6 metros quadrados. Para fazer essa análise, o Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), em 2019, calculou que existem 773.151 pessoas em unidades prisionais para uma capacidade total de, aproximadamente, 415.960, o que seria cerca de dois presos por cela. Igualmente, sempre devemos lembrar que a sanção penal imposta pelo Estado tem o objetivo não só de punir, mas também de visar a ressocialização do preso, ou seja, a pena privativa de liberdade tem como efeito a privação da liberdade, temporariamente, do delinquente durante o processo legal, porém de modo algum deverá privá-lo de sua dignidade. Portanto, a violação dos direitos humanos nos presídios nunca pode ser uma consequência das sanções penais.

3. Aspectos Conceituais do Pacote anticrime

A Lei 13.964/19, apelidada de pacote anticrime, foi sancionada em 24 de dezembro de 2019 e entrou em vigor a partir do dia 23 de janeiro de 2020. Tal lei caracteriza-se, de acordo com o Ministério da Justiça e Segurança Pública do Governo Federal por um “conjunto de alterações na legislação brasileira que visa a aumentar a eficácia no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção, além de reduzir pontos de estrangulamento do sistema de justiça criminal”. Tais alterações afetaram o Código Penal, o Código de Processo Penal e outras leis como a Lei 7.210/84, Lei de Execução Penal (LEP). Tal iniciativa teve como figura principal o então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, e em suas palavras, o pacote anticrime tem como finalidade a “melhoria em geral da segurança pública e da qualidade de vida das pessoas”.

Diante disso, é importante observarmos que as sociedades ao redor mundo estão sempre desenvolvendo seus pensamentos, formas de vida, etc. de acordo com as situações e aspectos em que ela se encontra. Diante de tal pesquisa, portanto, é necessário observar o cenário da sociedade brasileira, isto é, quais as principais circunstâncias que permitiram a consolidação do projeto anticrime, tanto na esfera jurídica quanto na social. Entendendo de forma superficial a onda conservadora e punitivista que influenciou o Brasil nos últimos anos, influenciando fortemente a origem e consolidação do pacote anticrime, que carrega em sua essência tais movimentos.

Sob o viés da impunidade, é nítida sua influência em diversos aspectos, como por exemplo, no aumento de penas já existentes e aumento de dificuldade para possíveis afrouxamentos. De acordo com Camila Dias e Renato Vitto, em “Dobrando a aposta na produção do caos: encarceramento como diretrizes do projeto anticrime”, o encarceramento em massa, bem como seu endurecimento, são “um antigo remédio para um velho problema”:

A aposta, mais uma vez, consiste na promessa de que as mudanças legislativas irão acabar com a impunidade e operar transformações virtuosas, reduzindo a criminalidade. Tal percepção, que no máximo pode operar positivamente na sensação de insegurança da população, desconsidera o caráter complexo e multifatorial do fenômeno criminal e não introduz nenhuma ação que possa tratar de forma efetiva as causas e determinações dos atos criminosos e na organização das facções criminosas. (DIAS, VITTO, 2019)

É importante observar ainda que a corrupção existente na esfera política brasileira, bem como investigações e prisões de suas figuras, têm sido um assunto amplamente divulgado pela mídia em geral, gerando grande envolvimento da população. Uma das principais figuras nesse cenário de combate à corrupção foi o então juiz Sérgio Moro, que adquiriu grande popularidade e assumiu o cargo de Ministro da Justiça e Segurança Pública. Nessa oportunidade ele deu seguimento na temática, combate à corrupção, fortemente presente no pacote anticrime. Sob esse prisma, o cenário em que o Brasil se encontrava, com grande incômodo da população em geral, colaborou para a aprovação da Lei 13.964/19. Obviamente, sempre existem outras opiniões e pensamentos, mas de forma geral, esse foi o terreno encontrado para instalação do projeto anticrime.

4. Relações Práticas da Lei 13.964/2019

Sancionada em dezembro de 2019, a lei 13.964 é configurada por um caráter puramente punitivista, tendo um impacto direto no falido sistema carcerário brasileiro, proporcionando o endurecimento de penas e a redução dos direitos básicos do Estado Democrático de Direito. Em consequente de um cenário sistematizado pelas *Fakes News*, o país latino americano com o Código Penal mais antigo, populariza o pacote anticrime e estimula ideias contraproducentes aos supracitados tratados internacionais de direitos humanas.

No arsenal de recursos da sociedade e do Estado para o enfrentamento da ilegalidade, o Direito Penal é a "last ratio legis" [...] Aqui está outra faceta da intervenção criminosa mínima, que não autoriza o uso da "espada afiada do direito penal quando outras medidas de política social podem proteger de forma igual ou até mais eficaz um determinado bem jurídico". (BECCÁRIA, 2000)

Nesse contexto, com a cultura do encarceramento, o Brasil afunda em um sistema contrário ao princípio de *Ultima Ratio*, o qual protege o cidadão de um estado opressor. Este princípio garante que o Estado apenas poderá intervir com o Direito Penal em último caso. Nesta mesma perspectiva, o "Pacote anticrime" transforma os princípios da sanção penal unicamente a teoria da retribuição.

4.1. Alterações das Sanções Penais pelo Pacote Anticrime

Tabela 1 - Alterações

Artigo	Tipo de Alteração	Síntese
Art. 75	Alteração	O tempo máximo de cumprimento de pena privativa de liberdade passa a ser 40 anos.
§1°	Alteração	Quando a soma das penas ultrapassa 40 anos, elas devem ser unificadas para atender o limite máximo.
Art. 157	Inclusão	Causas especiais de aumento de pena para roubo.
§2°, VII	Inclusão	Emprego de arma branca.
§2° - B	Inclusão	Roubo com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido.
Art. 316°	Alteração	Crime de concussão passa a ter a pena máxima de 12 anos.

Fonte: autor.

4.2. Consequências das Alterações nas Sanções Penais do Pacote Anticrime no Sistema Penitenciário Brasileiro

O Código Penal Brasileiro prevê que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime, em suma, deve reprová-lo pelo mal produzido pela conduta, bem como, prevenir futuras infrações penais. Contudo, com o aumento da pena máxima, assim como as demais alterações, o pacote anticrime trás medidas que são ineficazes. Visto que não solucionam os problemas presentes no sistema penitenciário, de forma contrária, agravam ainda mais este panorama de criminalidade do país.

O documentário "Sem Pena", realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa em 2014, retrata a realidade da vida nas prisões brasileiras expondo o sistema de justiça do país, relatando como a morosidade, preconceito e a cultura do medo ampliam a violência e o abismo social já existente na sociedade. Através das lentes é possível visualizar as diversas problemáticas do sistema carcerário brasileiro antes do "Pacote Anticrime". Desta forma é imprescindível expor suas consequências neste deplorável cenário.

Ademais, com a segunda maior população carcerária do mundo, o Brasil possui prisões que submetem o encarcerado a situações degradantes, a má administração das prisões, de maneira conjunta com a superlotação cria este cenário. De acordo com o Depen 85% dos entrevistados declararam ter sido vítimas de alguma forma de agressão física, com dez vezes mais chance de contrair HIV ou tuberculose o preso se encontra a mercê do crime organizado para viver de uma forma minimamente digna dentro da prisão.

Reconhecido pelo STF, ADPF 347, como o próprio Inferno de Dantes o sistema penitenciário brasileiro se encontra em colapso e com as alterações realizadas pela lei 13.964 este cenário tende a piorar. Em suma, de

forma contrária ao art. 5º, III, da carta magna, o Pacote Anticrime vai de encontro ao limite imposto pelos compromissos internacionais de proteção aos direitos humanos dos quais o Brasil faz parte.

Nessa perspectiva as penas cada vez mais longas, promovem a imposição de dor e sofrimento. Em um país que a expectativa de vida é em média 75 anos, 40 anos de cárcere representa maior fatia da vida de uma pessoa. Esta medida ineficaz perpetua a agressão contra a dignidade da pessoa humana existente nos presídios.

4.2.1. A Seletividade

A seletividade da norma é algo presente na cultura do encarceramento, tornando a ressocialização uma utopia no Brasil. Visto que, as políticas de encarceramento e aumento de pena se voltam contra a população negra e pobre. Dentro do contexto prisional, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), 61,7% dos presos são pretos ou pardos. É importante ressaltar a desproporcionalidade deste dado, uma vez que 53,63% da população brasileira são negra ou parda e 45,48% é branca, os quais ocupam apenas 37,22% das cadeias brasileiras. Nesse contexto, em 2014, o Depen registrou que 75% dos presos têm até o ensino fundamental completo, o que é um indicador de baixa renda da população carcerária.

Nesse panorama, a parte periférica da população não recebe o devido apoio do Estado. Com a ausência de políticas públicas e investimentos na educação o Governo Federal ignora a desigualdade social e com o auxílio do "Pacote Anticrime" agrava ainda mais o contexto sociocultural brasileiro.

Sob essa mesma ótica, Vera Regina P. de Andrade aborda em seu livro "Pelos mãos da criminologia" (2017, p. 136) que a função principal do sistema penal foge a oficial promessa de realizar a redução e a eliminação da criminalidade. Sua eficiência invertida e seletiva constrói a criminalidade reproduzindo as desigualdades e assimetrias sociais. Em síntese, o a lei 13.964 perdura e agrava impasses sociais já presente no contexto brasileiro, sem amenizar a criminalidade, como propõe.

5. Considerações Finais

Esta análise contribui para se repensar a forma como as penas estão sendo aplicadas no Brasil e como não estão contribuindo para a ressocialização dos apenados e ferindo os Direitos Humanos. A história do direito penal e a construção do direito de punir do Estado demonstram uma estruturação que viabiliza a pena como penitência afastando a real objetivação do ordenamento jurídico brasileiro, que é preparar o indivíduo para a vida em sociedade. Assim sendo, princípios de grande relevância na Constituição brasileira, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é desrespeitado. Além disso, foi demonstrado como o encarceramento em massa, as más condições dos presídios brasileiros e a superlotação são fatores determinantes para que as concepções estabelecidas pelos Direitos Humanos sejam anuladas.

No que tange a criação do Pacote Anticrime, é possível constatar que sua criação no âmbito conceitual está intrinsecamente ligada ao momento político vivido pelo Brasil e a onda punitivista vivida na atualidade. E dentro dos aspectos práticos, a majoração e criação de penas tais como aumento do tempo máximo de execução Penal corrobora diretamente para que as penas restritivas de liberdade aumentem o tempo dos apenados dentro dos presídios e a quantidade de penitenciados. Isso atrelado ao falho sistema de políticas públicas para a ressocialização dos indivíduos e situação caótica do sistema penitenciário brasileiro gera uma violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Referências

ANDRADE, Vera Regina P. Pelas mãos da criminologia: controle penal para além da (des)ilusão. **Coleção pensamento criminológico**, vol.19.

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

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1984.

Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público. **A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional brasileiro / Conselho Nacional do Ministério Público**. – Vol. III. – Brasília: CNMP, 2018.

BECCÁRIA, César. **De los delictos e de las penas**. 1ª Edição. México. Fondo de Cultura Económica. 2000.

DIAS, C.; VITTO, R. **Dobrando a aposta na produção do caos: encarceramento como diretrizes do pacote anticrime**. São Paulo. Editora Fundação Perseu Abramo. 2019.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**. 27ª ed. Trad. De Raquel Ramallete. Petrópolis: vozes, 1987.

Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Depen atualiza dados sobre a população carcerária do Brasil**. 2020. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/depen-lanca-paineis-dinamicos-para-consulta-do-infopen-2019>. Acesso em: 24/09/2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEM pena. Direção de Eugênio Puppó. Produção: Heco Produções, 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=b6RDgB8GVW8> Acesso em: 10/09/2020.

Direitos fundamentais na sociedade de massa: tensões e avanços na liberdade de informar

Luiz Claudio Gonçalves Junior¹
Maria Angélica Machado Tavares²

Resumo

No Estado Social e Democrático de Direito é livre o exercício de qualquer profissão, desde que não viole a ordem pública e os bons costumes. Neste sentido, cumpre destacar a atividade do jornalista, a qual passa por grandes transformações em decorrência do avanço tecnológico e da pluralidade informativa experimentada nas redes sociais. O objetivo geral desse artigo é compreender que dentre os direitos fundamentais resguardados na Constituição Federal está o direito de informar, o qual está atrelado à comunicação para a sociedade de massa com todos os recursos tecnológicos à disposição. Sob o ponto de vista específico, objetiva-se destacar os limites sobre a liberdade de informar, ainda que seja um direito fundamental, pois compete aos jornalistas o cuidado sobre os valores éticos e sociais, os quais também encontram amparo no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa se justifica porque entre o direito e a liberdade de informar existem outros direitos fundamentais que precisam ser preservados para que a dignidade da pessoa humana não seja violada, o que torna um grande desafio para os jornalistas e demais profissionais da área da comunicação.

Palavras-chave:

Direitos fundamentais. Sociedade de massa. Liberdade de informar.

1. Introdução

O exercício do direito fundamental à informação tornou-se um desafio diante do atual momento em que vivemos. A oferta dos meios de comunicação de massa, como rádio e televisão, foi ampliada para as redes sociais, como Facebook, Twitter, Whatsapp, You tube e outros meios digitais. Isso passou a exigir uma filtragem sobre aquela informação que pode ou não ser aproveitada. Todavia, há um sério problema visualizado nessas informações, a qual consiste na utilização das chamadas "fake news", o que torna um desafio muito grande para os consumidores e, em especial, para quem tem o dever de informar, como é o caso do jornalismo.

Essa pesquisa irá analisar essa questão do direito fundamental à informação na sociedade de massa mostrando, inicialmente, como foi a evolução dos direitos fundamentais para compreender como esse direito continua a evoluir, conforme as transformações ocorrem em sociedade.

Seguindo a pesquisa, entendeu-se prudente apontar os limites que envolvem o direito fundamental à informação, uma vez que o mesmo colide com outros direitos fundamentais, especialmente, aqueles que decorrem dos direitos de personalidade e da dignidade da pessoa humana.

Finalizou-se a pesquisa procurando demonstrar a importância da sociedade de massa e os variados meios de comunicação que permitem a ampla divulgação das mensagens. Trata-se de pesquisa descritiva e bibliográfica, cujo conteúdo abrange material físico e digital.

2. A evolução dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não foram conquistados de uma única vez. É fruto de um processo histórico muito importante. Atualmente, esses direitos estão divididos em grupo, a saber: os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos. Ao contrário do que muita gente imagina, esses direitos não estão no famoso art. 5º da CF/88, o qual traz uma gama de direitos, mas encontram-se espalhados em toda a CF/88. Para melhor refletir e descrever esses direitos, é oportuno verificar a sua evolução.

A expressão "geração de direitos representa um conjunto de direitos institucionalizados num determinado momento histórico, com características similares e um valor comum". Nessa esteira, é preciso

¹ Doutor em Educação pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Pós-graduado em Educação e Tecnologia pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar). Licenciando em História pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor e pesquisador do Centro Universitário de Volta Redonda / Fundação Oswaldo Aranha (UniFOA). Participa do Projeto de Pesquisa em Bioética, Biodireito e Biotecnologias do Centro Universitário Salesiano de São Paulo/ U.E. Lorena (UNISAL). lclaudiojr@uol.com.br

² Bacharelada do 6º período do curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda. (FOA/UniFOA). mariatavares.vr@gmail.com

identificar quais seriam os direitos daquela geração, qual o momento histórico, quais características e qual o valor específico daquela geração, sendo que atualmente existem estudiosos que falam em quarta e quinta geração de direitos (BARRETTO, 2015, p.50).

Os direitos humanos da 1ª dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentismo estatal. Seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras Constituições escritas, e podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do século XVIII (LENZA, 2017, p.1100).

Tais direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos que se traduzem no valor da liberdade, em que os titulares são os próprios indivíduos e que podem se opor ao Estado. Está presente em dispositivos da Constituição Imperial, de 1824 (LENZA, 2017, p.1100).

Portanto, são direitos que o indivíduo pode exercer sem que haja interferência do Estado, como, por exemplo, o direito a escolher uma religião. Observa-se que são oponíveis ao próprio Estado.

São direitos que impõem limites à atuação do Estado, o qual não poderia intervir na esfera da liberdade das pessoas. Por isso, são chamados de direitos negativos, no sentido de negarem a intervenção estatal, de serem exercidos contra o Estado. A liberdade de expressão e de reunião independem da anuência do Estado (BARRETTO, 2015, p.52).

A Revolução Industrial Europeia, no século XIX, trouxe com ela a segunda dimensão de direitos, ocasião em que eclodem movimentos trabalhistas e normas de assistência social. Evidencia-se o surgimento de direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, os quais correspondem ao direito de igualdade, presentes no Brasil na Constituição Federal de 1934 (LENZA, 2017, p.1101).

Vislumbra-se uma atuação positiva do Estado, no sentido de garantir esses direitos sociais visando promover a igualdade. Se os direitos de primeira dimensão eram exercidos sem a interferência do Estado, agora o que se exige é que ele consagre esses direitos de segunda dimensão. Neste sentido:

A característica básica dos direitos da segunda geração é o fato de serem direitos positivos, de natureza prestacional, no sentido de obrigarem o Estado a atuar positivamente, intervindo no domínio econômico e prestando políticas públicas de caráter social, visando implementar um bem-estar social (BARRETTO, 2015, p.54).

Permite-se que o Estado intervenha no domínio econômico para melhor distribuir a riqueza por via da prestação de determinados serviços essenciais, como saúde e educação, que não era acessível a toda a população, pois poucos eram os que detinham condições econômicas (BARRETTO, 2015, p.54).

Os direitos fundamentais de 3ª dimensão são marcados por profundas transformações na comunidade internacional, sociedade de massa em contínuo crescimento em virtude do desenvolvimento tecnológico e científico (LENZA, 2017, p. 1102). E acrescenta:

Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores, só para lembrar aqui de dois candentes temas. O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade (BOBBIO apud LENZA, 2017, p.1102).

É nessa dimensão que encontra-se o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito à comunicação, dentre outros. Certamente, no âmbito do direito à comunicação está o direito fundamental de informar, o que demonstra a sua importância por estar envolvido com vários outros direitos fundamentais. Nessa terceira dimensão de direitos estão os chamados direitos difusos e coletivos.

O ponto central da compreensão desses direitos não reside na posição do Estado em relação aos indivíduos, mas na maneira pela qual se compreende o ser humano em relação aos seus semelhantes. Dispõe de direitos reconhecidos ao homem pela sua condição humana, independente de qualquer condicionamento quanto à origem, etnia, sexo ou outro fator que configure discriminação (BARRETTO, 2015, p.55).

Hoje, inclusive, fala-se em 4ª e 5ª dimensão de direitos. A primeira está relacionada ao patrimônio genético, integrando o que se tem denominado chamar de Bioética e Biodireito. Também configura no direito à democracia. A última dimensão ocuparia o direito à paz, sendo elevada à categoria de direito das pessoas (BARRETTO, 2015, p.57).

Visto essa questão do direito fundamental à comunicação e do direito à informação como parte da evolução dos direitos fundamentais, é o momento de analisar a informação como um direito difuso.

3. A informação como um direito difuso e seus limites.

É pertinente indagar os motivos pelos quais a informação se configura como um direito difuso. Pode-se dizer que consiste no fato de que a todos interessam, todavia, não são todas as informações que nos interessam, razão pela qual essa é uma informação parcialmente correta. Essa temática apresenta contornos ainda mais relevantes quando se pensa no papel da imprensa. Assim, merece destaque:

Aceita a ideia de que efetivamente existe um autêntico dever de verdade por parte da imprensa e, em contrapartida, um direito público de receber informação verdadeira, passemos a analisar se é possível aplicar a este direito a disciplina jurídica que o país recentemente desenvolveu para tutelar os direitos difusos (CARVALHO, 2003, p.103).

Portanto, inicialmente, é possível afirmar que a informação é um direito difuso porque o direito de informar e ser informado está amparado na concepção da verdade, ou seja, um qualificativo que denota a importância axiológica da informação. Assim, dar e receber informação verdadeira é o que ampara o seu caráter difuso, motivo pelo qual a ideia de *fake news* ou qualquer tipo de distorção da verdade deve ser repelida. Por esse motivo, é imensa a responsabilidade do jornalista no exercício da sua profissão, pois o ato de informar encontra limites no ordenamento jurídico brasileiro.

Ensina Carvalho (2003), que os limites estão relacionados à liberdade de informar e que eles consistem na observação do direito à intimidade, à imagem, à honra, à proteção à infância e juventude, cuja informação também precisa de cuidado e atenção, pois há que se considerar os valores éticos e sociais defendidos na sociedade, os quais não podem ser violados pelos meios de comunicação.

Em outra passagem diz: “A liberdade de expressão, quando galgada ao patamar de direito constitucional de livre imprensa, não pode deixar de ser autêntica, verdadeira, completa” (CARVALHO, 2003, p.91).

Ainda sobre esses limites, há que se observar os dizeres insculpidos no art. 221, da Constituição Federal, verdadeira fonte norteadora da finalidade informativa por meio dos princípios que elenca, conforme exposto a seguir:

Art. 221: A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (SARAIVA, 2019, p.113).

Nota-se a importância de todos os princípios trazidos pelo art. 221 da CF/88, em especial, o inciso IV, o qual trata do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Assim sendo, há que se considerar que os limites trazidos pela legislação visam assegurar a dignidade da pessoa humana, o direito de personalidade, dentre outros que podem vir a ser atingidos com a prática informativa. Corroborando esse artigo, citam-se outros dois artigos constitucionais que demonstram as limitações à liberdade de informar:

Art.5º, XXXIII: Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Art. 5º, LX: A lei poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (SARAIVA, 2019, p.16-18).

O legislador constituinte foi além, pois restringiu a publicidade de atos processuais quando se tratar de intimidade ou interesse social, demonstrando mais uma vez que a liberdade de informar existe, mas não é absoluta. Identifica ainda, uma possível responsabilidade por parte do Estado. Analisada a questão da limitação, oportuno definir o direito à informação como sendo difuso, com a sua característica da indivisibilidade, em especial se manifestada pelo jornalista:

Transindividual e indivisível porque a informação jornalística é destinada a todas as pessoas que se dispõem a recebe-la, sem que se possa individualizar e dividir qual informação será difundida para este indivíduo e qual para aquele. Todos são igualmente titulares desse direito de receber informação e é inegável que todos os titulares estão ligados pela circunstância de fato de serem leitores do mesmo jornal, ouvintes do mesmo rádio ou espectadores da mesma emissora de televisão (CARVALHO, 2003, p.105).

Desta maneira, é transindividual ou difusa, pois atinge um número indeterminado de pessoas, assim como, mostra-se indivisível, pois a informação não é individualizada, bem como, não precisa existir nenhuma

relação jurídica entre quem fala e quem ouve. A questão da "verdade" é a imperiosa obrigação do jornalista, pois as características dos direitos difusos não se configuraria se o público tivesse conhecimento prévio da mentira. O próprio resguardo da fonte perderia importância. No próximo tópico será abordado a liberdade de informar na chamada sociedade de massa.

4. A liberdade de informar e comunicar na sociedade de massa

Em latim, "societas" significa "associação amistosa com outros". Esta, deu origem ao que se conhece pela expressão "sociedade", a qual se define como o conjunto de seres que habitam de forma organizada. Na evolução desses seres presentes no mesmo espaço e usufruindo de comuns interesses, a comunicação foi parte essencial para que se garantisse a perpetuação dessa espécie. A linguagem passou por diversas transformações até se estabelecer conforme modelo atual. Entre gestos, pinturas rupestres, hieróglifos e desenhos, refinou-se a capacidade de expressão e a informação, gerando nova transmutação societária.

A democracia é uma forma de governo que se coaduna com a liberdade de informar, pois o poder emana do povo e as decisões políticas são pautadas na vontade popular. Assim, é fundamental que se assegure o direito do cidadão e a liberdade diante tempos globalizados, respeitando a relação direta que a informação e a cidadania possuem. A informação é um bem público. Ela abrange tanto o direito de informar quando direito de ser informado.

A liberdade de informar é a liberdade de emissão de pensamentos de forma amplificada, de narrar fatos, acontecimentos, de registrar a história presente. Não esgota todo o espaço da liberdade de manifestação de pensamento, que lhe sobra, mas é uma especialização, uma ramificação desta originada (CARVALHO, 2003, p.40).

A liberdade de informação surgiu pela lei de imprensa, como na "lei sueca" de 2 de dezembro de 1766. São indícios históricos de que a luta pela presença da autonomia de informar decorre de séculos. A "Areopagítica de Milton", datada em 1644, defendia a abolição da censura e o direito dos jornais poderem relatar os debates parlamentares. Contudo, a elaboração desse direito à informação apenas deu-se início pelo "Pacem in terris" em 11 de abril de 1963, declarado pelo Papa João XXIII. Como forma convicta de se estabelecer integralmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dispõe no artigo 19, a liberdade de expressão e a liberdade informativa (GAMA, 2008, p.27).

No período militar entrou em vigor a Lei da imprensa (Nº 5.250/67), assinada pelo ex-presidente Castelo Branco, meses depois da outorga da Constituição de 1967. Esse período marcado por grande repressão popular e inibição da liberdade de expressão tem grande herança na história da comunicação. Proibia-se a publicação de conteúdo que fosse contra a moral e os bons costumes, sob pena de multa e detenção. Esse controle foi revogado em abril de 2009, pelo STF, ocasião em que o ministro Ayres Brito, votou procedente a ADPF 130, e asseverou (GAMA, 2008, p.28):

"A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. (...) Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados" (GAMA, 2008, p.28).

Posteriormente, foi elaborada a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) que possui o intuito de criar uma cultura de confiança e controle na administração pública. Ela facilita as informações por parte dos órgãos públicos. Para isso, criou-se portais de transparência do governo para a população O e-Sic (Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão), por exemplo, é um sistema web que centraliza todas essas solicitações dirigidas aos órgãos do Poder Executivo Federal, bem como às suas respectivas entidades vinculadas, e é um dos principais instrumentos amparados por essa lei (GAMA, 2008, p. 27-28).

Visto esse panorama histórico e jurídico sobre a concretização da liberdade de informar, resta analisar nesse tópico a ideia de comunicação de massa, aproveitando-se a legislação criada sobre o tema, assim como, os recursos tecnológicos disponíveis para a manutenção dessa liberdade.

Na comunicação de massa, o que se têm é que cada indivíduo pode externar livremente o seu pensamento e prestar as informações por intermédio dos meios técnicos com esta finalidade (FERREIRA, 1997, p.171). Em outra passagem, informa:

Compreende-se a comunicação que se realiza no contexto de massa, isto é, de pessoas distanciadas e indistinta ou indiferenciadamente consideradas quando da decisão, planejamento, produção e veiculação das unidades portadoras de informações (mensagens) (FERREIRA, 1997, p.202).

Quando se fala em comunicação massiva, torna-se inevitável falar das mídias, ou seja, dos meios pelos quais uma mensagem é repassada para outras pessoas que estão distantes, sendo disponibilizadas ao público (FERREIRA, 1997, p.203).

Francis Balle (apud FERREIRA, 1997, p.203), organiza e classifica os meios de divulgação em três famílias: com base no critério do provimento ou disponibilidade das informações (forma ou modalidade de comunicação para os sociólogos); estrutura da comunicação para os engenheiros ou colocação à disposição do público para os juristas. E acrescenta:

- A. Meios autônomos: compreendem "todos os suportes sobre os quais as mensagens são inscritas ou gravadas e que não dependem de ligação a nenhuma rede particular": os livros, jornais, discos, audiogramas, videogramas, softwares, nos quais "o conteúdo e o continente são inseparáveis";
- B. Meios de difusão: compreendidos os equipamentos e estações que, através das ondas hertzianas, possibilitam a emissão e transmissão de sinais de sons e de imagens (programas): o rádio e a televisão, com os respectivos "vetores" simples ou combinados (telégrafo sem fio; satélites: de transmissão direta; e cabos: multicondutores (5 ou 6 canais de televisão) coaxiais (entre 15 e 40 canais) e de fibras óticas (até mais de 200 canais);
- C. Meios de comunicação: compreendem "todos os meios de telecomunicação, os quais permitem instaurar, à distância e em dupla direção, seja uma relação dialogal entre duas pessoas ou entre dois grupos, seja uma relação entre, de um lado, uma pessoa ou um grupo, e do outro, uma máquina, com uma bateria de programas ou serviços". Aí incluem-se o teletexto, o videotexto e a telemática, que possibilitam interatividade, ou seja, interação instantânea e direta (BALLE apud FERREIRA, 1997, p.203).

Desta forma, a comunicação massiva pode processar-se tanto através dos meios autônomos como também por meios difusos ou de telecomunicação, sem descartar a combinação entre esses meios, propiciando a interatividade instantânea e direta entre os comunicadores e os recebedores das informações (FERREIRA, 1997, p. 204).

Tendo garantias de acesso a informação, a liberdade de informar torna-se um efeito automático. Na comunicação em massa, os exercícios desse direito dependem de outras normas constitucionais. Mais do que apenas repassar fatos diários, o jornalista realiza um trabalho de interesse público. Portanto, sendo atividade de importância coletiva, os veículos de mídia e os profissionais da área são regidos por normas estabelecidas pela carta magna, a qual procura constituir uma linha perante o que pode ser divulgado como pauta pública e o que é somente pessoal, sem invasão a direitos privados. O jornalista possui a função de entender e explicar o conteúdo da notícia para que ocorra a publicação, e como dever profissional necessita cumprir o Código de Ética dos Jornalistas, que é enfático na responsabilidade social que lhe cabe. Em seus dois primeiros artigos estabelece:

Art.1º: O acesso à informação pública é um direito inerente à condição de vida em sociedade, que não pode ser impedido por nenhum tipo de interesse;

Art.2º: A divulgação da informação, precisa e correta, é dever dos meios de divulgação pública, independente da natureza de sua propriedade (ABI, 2020).

Modernamente, a internet permite que milhares de pessoas tenham acessos a inúmeras informações, de diferentes formas e diferentes contextos. Nesse ambiente bombardeado de notícias, os valores éticos e sociais devem predominar, pois o cidadão consome essa narrativa. É inegável que a informação molda diversos movimentos políticos e direciona o pensamento a um ideal. Fato esse que, muitas vezes, pode repercutir dentro da esfera da dignidade humana. Daí, a obrigação do jornalista e seu dever em se pautar sempre pela verdade dos fatos. Para isso, ele também precisa de liberdade para buscar a essência da informação.

O direito de ser informado, por parte da sociedade, imbrica-se com o direito de informar do jornalista. Já o direito de informar do jornalista liga-se ao direito geral de se informar, com a anuência do regime especial de titularidade para o jornalista. São interdependentes, por fim. Para informar, o jornalista precisa se informar, e necessita ainda de liberdade interna (GÓIS, 2012, p.38).

Portanto, as mídias potencializam o direito à informação por meio de novos espaços de comunicação de massa, os quais atingem um número indeterminado de pessoas. Diante da intensidade das chamadas "fake news" ou falsas informações, é preciso que os órgãos de fiscalização fiquem atentos às prováveis violações dos direitos fundamentais. Assim, não é exagero afirmar que no caso do jornalista, ele próprio deve ser fiscal dos seus atos.

5. Conclusão

Os aparelhos eletrônicos ocupam cada vez mais o lugar das mídias tradicionais, como o rádio e a televisão, pois conseguem transmitir as informações de maneira muito mais rápida. O acesso a um site se torna muito mais prático do que a compra de uma revista. A facilidade com que se pode alcançar qualquer tipo de conteúdo, em qualquer lugar, em um segundo, é o protagonismo da atualidade.

No entanto, importante salientar que, a busca da verdade e da objetividade, a despeito de suas limitações, assumem centralidade como instrumentos de salvaguarda de bens jurídicos de natureza individual e coletiva. Por isso, o reforço da natureza difusa quando se analisa a informação verdadeira, pois de interesse geral, inclusive, como fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

O direito à informação está atrelado a outros direitos fundamentais como a comunicação, a liberdade de pensamento e expressão. Por esse motivo, dentro da sociedade de massa, que se conecta cada vez mais a cada dia, ressaltar as limitações quanto ao direito fundamental à informação é sempre pertinente, pois atinge a dignidade da pessoa humana.

Em tempos de "fake news", espera-se que os órgãos públicos cumpram com sua obrigação fiscalizatória e punitiva, todavia, é importante que a sociedade civil também participe, denunciando casos e fomentando a harmonia nas redes sociais, *locus operandi* de sua intensidade. Ao jornalista, espera-se a prudência e a presteza em informar a sociedade de maneira adequada, mostrando ser imprescindível em orientar e instruir a todos num momento em que mesmo existindo diversos caminhos, há carência na escolha daquilo que seja realmente confiável.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE IMPRENSA (ABI). **Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros**. Disponível em: <http://www.abi.org.br/institucional/legislacao/codigo-de-etica-dos-jornalistas-brasileiros/> Acesso em: 13 nov. 2020.

BALLE, Francis. Médias et sociétés: presse, audiovisuel, multimídia, télématique, télécommunications, p.36-37. In: FERREIRA, Aluizio. **Direito à informação – direito à comunicação**: direitos fundamentais na Constituição Brasileira. São Paulo/SP: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos**. Salvador/BA: Juspodivm, 2015.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro/RJ: Campus, p.6, 1992. In: LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21ª ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003.

FERREIRA, Aluizio. **Direito à informação – direito à comunicação**: direitos fundamentais na Constituição Brasileira. São Paulo/SP: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

GAMA, Janete Gonçalves de Oliveira. **Direito à informação e Direitos Autorais**: desafios e soluções para os serviços de informação em bibliotecas universitárias. Campinas/PUC: 70p., 2008. Disponível em: <http://tede.bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br:8080/jspui/bitstream/tede/814/1/Janete%20Goncalves%20de%20Oliveira%20Gama.pdf> . Acesso em 13 nov. 2020.

GÓIS, Veruska Sayonara de. **O direito à informação jornalística**. São Paulo: Intermeios, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21ª ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2017.

SARAIVA. **Caderno de Estudos da Lei Seca**. 3ª ed. Salvador/BA: Juspodivm, Tomo 1, 2019.

A reforma tributária e a substituição do Pis e Cofins pela CBS: uma análise sobre o impacto socioeconômico

Ariadne Yurkin Scanduzzi¹
Yago Galdino Fernandes²

Resumo

O Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público, PIS/PASEP, e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, COFINS, são institutos guarnecidos pela Constituição, nos artigos 195 e 239, defesos também pelas leis complementares 07/1970 e 70/1991, respectivamente. A priori, os recursos provenientes do PIS seriam encaminhados ao adimplemento de gastos sociais, como a área da saúde. Com o advento do PL nº 3.887/20, nascerá uma modalidade única de tributo, com o objetivo de substituir os tributos ora apresentados pela Contribuição de Bens e Serviços. *Auctori incumbit onus probandi*, é necessário analisar os possíveis impactos diretos na economia e nas relações entre público e privado, utilizando uma análise de caso concreto e levantamento de dados primários e secundários, tido que os tributos narrados *ab incunabulis* possuem direcionamentos distintos; enquanto que, com a unificação dos tributos pela CBS, vislumbra-se a possibilidade de recair o encargo de forma majoritária nas relações pactuadas no setor privado.

Palavras-chave:

PIS e PASEP. Contribuição sobre Bens e Serviços. Unificação do tributo. PL 887/20.

1. Introdução

In limine litis, a tão comentada reforma tributária, ao contrário do que muitos acreditam, vem tramitando no congresso nacional desde 2003, tão somente sendo retomada com mais foco, devido a posicionamentos políticos e movimentos que anunciam a chegada de uma crise econômica grave.

O código tributário nacional, nasceu no berço de uma era regada de um regime político do qual viria a impactar social e financeiramente na vida de milhões de Brasileiros, sob a guarnição de um regime ditatorial, no golpe 1964. A Lei número 5.172 de 1966, criada em 25 de outubro, tinha o condão de disciplinar sobre o sistema tributário nacional, e ainda, instituir normas gerais desta matéria de direito aplicáveis aos entes federativos.

Atualmente com 54 anos, ainda é estudado uma forma de lidar com as lacunas e necessidades advindas após o início da vigência do presente código, instigando uma expectativa recuperação da receita para o erário público.

Alguns doutrinadores realizam estudo etimológico para dissecar essa legislação. Marco Antônio Pereira Ferreira (apud GRAMÁTICA.NET.BR, 2017), explica que a palavra "sistema" é de origem grega, e é derivado da palavra SYNÍSTANAI, ela é formada por duas outras a SYN que significa "junto" e a palavra HÍSTANAI que significa "fazer ficar em pé", porém pode ser interpretado como "fazer funcionar, ou seja, SYNISTANAI tem o significado de "fazer funcionar junto".

A partir da palavra "SYNISTANAI, surgiu SYSTEMA que significa reunião de várias partes diferentes", isto é, acredita-se que, pela radiação do sentido etimológico, o sistema tributário é um complexo de matérias, que utiliza dentre outros sistemas, uma forma de fazer integrar, ou fazer funcionar, o próprio sistema. Existem outros estudiosos que acreditam que a raiz gramatical de sistema, se trata de promover a ordem, reunindo elementos com certos liames.

Dessa forma, Marco Antônio Pereira Ferreira (apud SOARES, p.209. 2004), afirma que o "sistema é um conjunto de elementos e um conjunto de elementos que estão relacionados entre si", formando um repertório que compõem a estrutura de um sistema, "que mantém relacionamentos a partir de uma série de regras que unem esses elementos entre si".

Esse entendimento, leva a crer que, embora se realize uma captação de diversos elementos interligados, com uma forma de regramento que fortaleça esse liame entre eles, o sistema ainda sim poderá apresentar diversas falhas, ainda mais se essas regras forem criadas pelo ser humano.

Prova disso, é que no Direito Brasileiro há muito se admite alterações na interpretação das normas, fazendo com que seja realizado uma interpretação mais larga da norma, isso porque o legislador pode deixar de prever alguma situação, ou ainda que ele tenha previsto, o costume e o hábito no direito sofrem alteração, e a

¹ Doutoranda em Empresa e Tributação, Mestre em Direito Tributário, Advogada e Professora Universitária dos Curso de Graduação em Direito junto ao UniFoa – Centro Universitário de Volta Redonda e UGB – Centro Universitário Geraldo di Biase.

² Discente do 8º período do curso de Direito do UniFoa - Centro Universitário de Volta Redonda.

legislação as vezes não é capaz de acompanhar, principalmente quando esse costume e hábito, surgem de uma manifestação sócio-política.

Atualmente, o Código Tributário Nacional prevê algumas espécies de tributos. Enquanto este retrata o gênero, em sentido amplo, o CTN prevê suas espécies, quer seja, impostos, taxas e contribuições.

2. Das contribuições sociais

Neste capítulo será tratado acerca das espécies de contribuições regulamentadas pelo código tributário nacional. São consideradas contribuições sociais, as de caráter de intervenção no domínio econômico, as de interesse de categorias profissionais ou econômicas e as de seguridade social. Essas contribuições sociais recebem um olhar mais atento pela disciplina previdenciária.

Leandro Paulsen entende que:

Designa-se simplesmente por “contribuições” 102 ou por “contribuições especiais” (para diferenciar das contribuições de melhoria) tal espécie tributária de que cuida o art. 149 da Constituição. Já as subespécies são definidas em atenção às finalidades que autorizam a sua instituição: a) sociais, b) de intervenção no domínio econômico, c) do interesse de categorias profissionais ou econômicas e d) de iluminação pública. (PAULSEN, p. 80. 2020)

As contribuições sociais, da qual se trata da natureza do presente artigo, se encontram para além do CTN, na Constituição Federal de 1988, na medida em que é tratado que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: i. do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício, b) da receita ou o faturamento e c) o lucro. Além disso, o caput do artigo também inclui, o inciso terceiro e quarto, sobre a receita de concursos de prognósticos e do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar, respectivamente.

A CIDE, assim designada para fazer alusão a contribuição de intervenção no domínio econômico, as contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas e a de iluminação pública, correspondem a uma contribuição de competência da União, com exceção deste último, que é realizado através de uma lei instituída pelo município.

O Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público, PIS/PASEP, e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, COFINS, são institutos guarnecidos pela Constituição, nos artigos 195 e 239, defesos também pelas leis complementares 07/1970 e 70/1991, são projetos de tributação voltados para o adimplemento de benefícios como o abono salarial e o seguro desemprego (destinado atualmente para o fundo de amparo ao trabalhador) e financiamento do sistema de seguridade social do Brasil, por meio da arrecadação de recursos para bancar os serviços da previdência social e demais projetos.

Carlos Alberto de Castro e João Batista Lazzari lecionam que o PIS/PASEP foram recepcionados na Constituição Federal após uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, já na década de 90, através do Recurso Extraordinário 169.091. "Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 1.417/DF, Relator Ministro Octávio Gallotti": veja:

Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do servidor público – PIS/PASEP. Medida Provisória. Superação, por sua conversão em lei, da contestação do preenchimento dos requisitos da urgência e relevância. Sendo a contribuição expressamente autorizada pelo art. 239 da Constituição, a ela não se opõem as restrições constantes dos arts. 154, I, e 195, § 4º, da mesma Carta. Não compromete a autonomia do orçamento da seguridade social (CF, art. 165, § 5º, III) a atribuição, à Secretaria da Receita Federal de administração e fiscalização da contribuição em causa. Inconstitucionalidade apenas do efeito retroativo imprimido à vigência da contribuição pela parte final do art. 18 da Lei n. 8.715-98 (Noticiado no Informativo STF n. 221, de 19 a 23 de março de 2001).

Encontra-se no artigo 239 da Constituição Federal a base de exigência do PIS/PASEP, *in verbis*: a arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego, outras ações da previdência social e o abono de que trata o § 3º deste artigo.

O referido artigo, promove que a arrecadação dessas duas espécies de contribuições, destinam ao financiamento do programa de seguro desemprego e abono para os empregados, exigindo que, na qualidade deste último, que perceba-se até dois salários mínimos.

Ao passo de que a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, isto é, COFINS, seria instituído pela lei complementar 70/91, sendo criado um percentual de 2% para base de cálculo da receita bruta.

Esta modalidade de contribuição é devida pelas pessoas jurídicas e profissionais liberais. Carlos Alberto de Castro e João Batista Lazzari lecionam que:

A constitucionalidade dessa contribuição foi questionada, em face de que a Lei Complementar n. 70/1991 foi aprovada por voto de lideranças, não atendendo ao quorum qualificado do art. 69 da Constituição. Alegou-se também ser cumulativa e ter a mesma base de cálculo do PIS, o que contraria o inciso I do art. 154 da Constituição. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade n. 1- 1/DF, em 1.12.1993, decidiu ser constitucional essa contribuição, sob o fundamento de que ela não tem base no § 4º do art. 195 da Constituição, mas no inciso I do art. 195 da Carta Magna. Por essa razão, a eventual cumulatividade com outros tributos não é obstáculo constitucional. Nesse julgamento os Ministros do Supremo Tribunal Federal afastaram, também, as alegações quanto à existência de vícios no processo legislativo. (CASTRO, LAZZARI. P. 404. 2020)

Corroborando este julgado, surgiu através do TRF da 4ª Região, a necessidade de se editar a súmula 21, positivando, expressamente que: "É constitucional a contribuição social criada pelo art. 1º da Lei Complementar n. 70, de 1991"

Castro e Lazzari (2020) Como a cobrança da COFINS é feita de maneira igual para todos os contribuintes, em situações de fato equivalentes, sem estabelecer qualquer favor ou privilégio, não há ofensa ao princípio da isonomia. Nesse sentido, decidiu o STF:

TRIBUTÁRIO. COFINS. ART. 8º E § 1º DA LEI N. 9.718/98. ALÍQUOTA MAJORADA DE 2% PARA 3%. COMPENSAÇÃO DE ATÉ UM TERÇO COM A CONTRIBUIÇÃO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSLL, QUANDO O CONTRIBUINTE REGISTRAR LUCRO NO EXERCÍCIO. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Por efeito da referida norma, o contribuinte sujeito a ambas as contribuições foi contemplado com uma bonificação representada pelo direito a ver abatido, no pagamento da segunda (COFINS), até um terço do quantum devido, atenuando-se, por este modo, a carga tributária resultante da dupla tributação. Diversidade entre tal situação e a do contribuinte tributado unicamente pela COFINS, a qual se revela suficiente para justificar o tratamento diferenciado, não havendo que falar, pois, de ofensa ao princípio da isonomia. Não conhecimento do recurso (RE 336.134-RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 16.5.2003).

Quanto ao princípio do respeito à capacidade contributiva, entende-se não haver violação, isso por que a capacidade contributiva se refere à possibilidade econômica de pagar tributo, ou seja, a contribuição debatida não está configurada a cobrança além da sua capacidade de contribuir. Esse entendimento foi manifestado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, relator Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, no despacho que indeferiu o efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento 1999.04.01.025740-4/PR, publicado no Diário da Justiça de 7.5.1999, p. 409, no qual também se postulava a inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei n. 9.718/1998.

3. A Reforma e a Substituição do PIS e COFINS

Dentre as propostas que tramitam junto ao Congresso Nacional, destacam-se a PEC 45, da Câmara de Deputados e a PEC 110, do Senado Federal, onde em ambas verifica-se a presença da proposta de extinção do PIS e da COFINS, resguardadas as diferenças relacionadas ao tributo a ser criado em substituição.

Resguardadas as diferenças de cada projeto supra mencionado, há ainda a proposta apresentada pelo Governo Federal, composta de 04 (quatro) fases ou etapas, sendo a primeira a PL nº 3887/2020.

A referida proposta prevê a extinção de diversos tributos, dentre eles o PIS e a COFINS, pela CBS – Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços com alíquota única de 12%.

Pela proposta apresentada pelo Governo Federal, na primeira etapa ou fase, o objetivo é a simplificação do sistema e a extinção da cumulatividade de incidência tributária, mediante a incidência somente sobre o valor adicionado.

Conforme Harada (2020) todas as propostas apontam como principal objetivo a simplificação do sistema tributário, ressaltando que a proposta do Governo Federal "não destrói o sistema tributário vigente, e preserva o princípio federativo protegido em nível de cláusula pétrea".

Ressalta ainda que a aludida proposta é composta de mais de 100 artigos, tornando o projeto mais complexo que deveria, o oposto do que considera uma "boa legislação", caracterizada pela simplicidade e objetividade, inclusive na estrutura da norma.

De forma isolada haverá a extinção da alíquota básica de 3,65%, proveniente do somatório das alíquotas de 0,65% do PIS e 3,0% do COFINS.

Cumprido ressaltar que a criação da CBS afeta a alíquota zero atribuída a diversos produtos beneficiados pela isenção, atendendo a meta de corte de 34% dos benefícios destes tributos.

E neste sentido, verifica-se que haverá aumento de carga tributária, estimando em especial o aumento nas áreas de prestação de serviços, em especial quando o regime adotado é o de lucro presumido.

Harada (2020) entende que a fixação de uma alíquota de 12%, abrangendo os três setores da economia, apesar de ter seu impacto minimizado pelo regime da não cumulatividade incidente atualmente em tributos como o ICMS, tal somente irá beneficiar os setores da indústria e comércio abrangendo as várias etapas de ciclo de produção e comercialização.

A alíquota de 12% tem como base a alíquota do Regime Simples, e representaria conforme cálculo do IBGE a média das alíquotas incidentes nos três setores (Marcovitch, 2007, p. 115).

No caso da prestação de serviços, pelas razões expostas, pela impossibilidade de compensação e dedução, o aumento sobre o atual percentual de 3,65% será de 8,35%, afrontando o princípio da igualdade tributária.

De forma que em primeira análise verifica-se a possível extinção de recursos que era custeados pelas contribuições em tela bem como a oneração do setor de serviços.

Por fim, pretende a segunda fase ou etapa alterações sobre a tributação incidente no consumo com a unificação da IPI, IOF e outros tributos.

Na terceira etapa a alteração irá ser realizada junto aos tributos incidentes sobre a renda, reduzindo alíquotas e deduções e na última etapa a criação de tributos, dentre eles o já divulgado "imposto digital" e a desoneração na folha.

Percebe-se que a proposta ora em comento possui mecanismos de compensação de arrecadação de receita em prol da desoneração pretendida, acarretando na verdade em manutenção da carga tributária, ou mesmo aumento, como a seguir será exposto.

Importante estudo do impacto foi apresentado pelo portal G1 em matéria sobre a reforma tributária apresentada pelo Governo Federal que ora se segue:

Figura 1 - Impacto da criação das CBS

Simulações do impacto da criação da CBS

Empresas hoje no regime cumulativo e com menos despesas com insumos tendem a ser mais afetadas

EXEMPLO 1 com custos de 30% do faturamento

	Regime CUMULATIVO		Regime NÃO CUMULATIVO	
	Como é HOJE	Como PODE FICAR	Como é HOJE	Como PODE FICAR
Valor final do bem na nota	R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00
PIS/Cofins efetivo	R\$ 36,50	-	R\$ 67,30	-
CBS efetiva (após créditos)	-	R\$ 84,00	-	R\$ 84,00
Carga tributária efetiva	3,65%	8,40%	6,73%	8,40%
Aumento efetivo tributário (após créditos)	-	4,75 p.p.	-	1,67 p.p.

EXEMPLO 2 com custos de 50% do faturamento

	Regime CUMULATIVO		Regime NÃO CUMULATIVO	
	Como é HOJE	Como PODE FICAR	Como é HOJE	Como PODE FICAR
Valor final do bem na nota	R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00
PIS/Cofins efetivo	R\$ 36,50	-	R\$ 50,50	-
CBS efetiva (após créditos)	-	R\$ 60,00	-	R\$ 60,00
Carga tributária efetiva	3,65%	6%	5,05%	6%
Aumento efetivo tributário (após créditos)	-	2,35 p.p.	-	0,95 p.p.

EXEMPLO 3 com custos de 70% do faturamento

	Regime CUMULATIVO		Regime NÃO CUMULATIVO	
	Como é HOJE	Como PODE FICAR	Como é HOJE	Como PODE FICAR
Valor final do bem na nota	R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00	R\$ 1.000,00
PIS/Cofins efetivo	R\$ 36,50	-	R\$ 33,70	-
CBS efetiva (após créditos)	-	R\$ 36,00	-	R\$ 36,00
Carga tributária efetiva	3,65%	3,60%	3,37%	3,60%
Aumento efetivo tributário (após créditos)	-	-0,05 p.p.	-	0,23 p.p.

Fonte: Rolt Consultoria e Contabilidade

Infográfico elaborado em: 13/08/2020



Os exemplos ora colacionados demonstram com clareza os reflexos econômicos da proposta apresentada pelo Governo Federal e cujas considerações seguem a seguir.

4. Conclusão

De forma resumida, tendo como base o sistema atual tributário brasileiro e a proposta de reforma, percebe-se que permanece a incidência dos tributos sobre transações mercantis e conseqüentemente sobre o consumo.

Conforme Maria Helena Zockun (Marcovitch, 2007, p. 110) o sistema tributário voltado para o crescimento com equidade deve ser orientado por princípios básicos como eficácia, neutralidade, equidade, competitividade e simplicidade.

Deste modo, se o Estado deve arrecadar recursos necessários para financiar as necessidades essenciais, mas não deve interferir de forma efetiva no mercado de modo que venha a afetar os custos e benefícios sociais provenientes na produção e consumo.

Respeitando a capacidade contributiva, a autora supra mencionada alerta que é necessário manter a competitividade em especial, a possibilidade de o país poder competir no mundo globalizado, ressaltando a necessidade de redução ao máximo do custo da arrecadação.

Neste diapasão, a princípio a proposta de unificação de tributos, abrangendo o PIS e a COFINS, permite a almejada desoneração dos investimentos e da folha ao mesmo tempo em que desestimula a informalidade.

Mas não basta tal pretensão, devendo pelas razões expostas pretender a maior ênfase em políticas redistributivas, em especial com transferência direta de renda para as camadas mais hipossuficientes economicamente.

No estudo ora em tela, as contribuições PIS e COFINS possuem altíssima capacidade de arrecadação conforme estudo do SPED Brasil, que em seu sítio eletrônico (www.spedbrasil.com.br) informa a arrecadação do montante de R\$ 231,6 bilhões de reais no período de janeiro a setembro de 2018, representando o percentual de 22,27% do total arrecadado pela Receita Federal no período.

Conforme todo o exposto, é possível concluir que acerca dos impactos econômicos, a reforma poderá fomentar os setores de indústria e comércio, em especial pela simplificação e aplicação de alíquota única, mas em contrapartida, acarretará a oneração do setor de serviços, em especial as que seguem o Regime Simples.

A oneração deste setor acarretará como consequência no aumento dos preços, em especial junto ao setor de varejo, atingindo assim o consumidor final.

Conforme estudo disponibilizado no site eletrônico do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT (www.ibpt.com.br) a expectativa de aumento da carga tributária é de R\$ 50 bilhões para os setores de serviços prejudicados, no caso, asseio e conservação, comunicação social, construção civil, construção pesada, educação, hotelaria, internet, saúde, segurança privada, teleatendimento, telecomunicações, transportes e serviços, que somam grande participação no produto e conseqüente no emprego.

Por certo, a proposta da reforma tributária como exposto ao simplificar o sistema, aumentar a carga tributária sobre determinado setor e manter a tributação efetiva sobre o consumo, aliada a necessidade de retomada econômica pós período de recessão ocasionado pela pandemia, acarretará obstáculo ao crescimento econômico almejado no primeiro momento.

Ainda, conforme exposto, se aliada a reforma não houver o efetivo fomento em políticas públicas sociais redistributivas, além dos reflexos negativos econômicos, será possível vislumbrar os reflexos negativos sociais.

Referências

- Castro, Carlos Alberto Pereira e Lazzari, Alberto Pereira de Castro. **Manual de Direito Previdenciário**, 23. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- Harada, Kiyoshi. **Análise Crítica do Projeto de Unificação do PIS-COFINS**, <https://oliveiracardoso.com.br/analise-critica-do-projeto-de-unificacao-do-pis-cofins/>, acesso em novembro de 2020
- Marcovitch, Jacques. **Crescimento Econômico e Distribuição de Renda – Prioridades para Ação**, 1ª ed. São Paulo: EdUsp, 2007
- Paulsen, Leandro. **Curso de direito tributário completo** / Leandro Paulsen. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8979/1/Contribui%C3%A7%C3%A3o.pdf>
- http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2196/1/TD_832.pdf

Proteção à criança e adolescente em tempos de pandemia: a necessidade do rompimento da exploração ao trabalho infantil e suas devidas cautelas no meio artístico

Denis Carvalho¹
Bianca Stephanie Souza Ragasini²

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar a exploração que tanto a criança quanto o adolescente sofrem em meio a sociedade e que, em muitos casos, passa-se despercebido. Trata-se de tema relevante e atual, pois a situação atual do país, qual seja, de pandemia do COVID-19, propicia que várias famílias fiquem desamparadas devido à perda de emprego, o que contribui para que utilizem os próprios filhos como forma de obtenção de renda. Destacam-se como pontos importantes e abordados, as Leis que amparam e protegem esses indivíduos, além da Constituição Federal, pois são vulneráveis e necessitam cada vez mais de zelo. Outrossim, ressalta-se também as exceções da proibição de trabalho para menores de quatorze anos de idade, como os trabalhos artísticos, com suas devidas cautelas. Para tanto, foram utilizados como método de pesquisa, a bibliográfica e a documental. A contribuição desse estudo consiste em demonstrar para a sociedade as várias formas de exploração do trabalho infantil, que aumenta a frequência durante a pandemia, porém, isso não deveria ocorrer, afinal, tratam-se de indivíduos em formação, e ocorrendo a exploração infantil, influenciará negativamente no desenvolvimento físico e mental dos mesmos.

Palavras-chaves:

Criança. Adolescente. Exploração.

1. Introdução

É certo que o trabalho enobrece a pessoa humana, fazendo com que a mesma se sinta inserida na sociedade, se sentindo, portanto, importante perante o seu semelhante.

Porém, nem todas as pessoas exercem a atividade laboral com os mesmos direitos, pois muitas delas acabam por serem exploradas no exercício de sua atividade, fato esse que causa maior repulsa quando se tratam de crianças e adolescentes.

Nesse estudo serão analisadas a contextualização histórica do trabalho infantil e as normas internacionais bem como as nacionais que visam combater essa exploração, afinal, tanto a criança quanto o adolescente, merecem total segurança, pois são indivíduos vulneráveis.

Será verificado que o desrespeito a essas normas acarretará em violação constitucional e legal das medidas protetivas à criança e ao adolescente quanto ao trabalho realizado por eles.

Outra questão importante a ser analisada será com relação ao trabalho artístico infantil, pois, mesmo que se pareça uma modalidade de trabalho inofensiva, também interfere no desenvolvimento mental dos menores, devendo, portanto, haver limites e cautelas quanto a inserção desses seres vulneráveis no meio artístico.

É fato que muitas crianças e adolescentes exercem diariamente atividades laborais com o intuito de colaborar com as despesas de suas famílias, mas, não se pode esquecer que elas estão em fase de desenvolvimento, assim, ficam prejudicadas nessa fase tão importante de suas vidas, exercendo atividades que não condizem com o que realmente elas merecem.

2. Contextualização histórica do trabalho infantil e as normas internacionais e nacionais que visam essa exploração

Verifica-se ao longo da história, tanto a criança quanto o adolescente, ficaram a margem de proteção e cuidado pelos próprios pais, portanto, não seria estranho não haver legislação que visasse a sua proteção, conforme se verifica alguns aspectos cruéis com relação as crianças durante a Idade Média.

¹ Mestrando Acadêmico em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Unisal Lorena - SP. Graduado em Direito pela mesma instituição.

² Pós Graduanda em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública pela Faculdade Damásio. Graduada em Direito pela Universidade de Taubaté - SP

"Durante tal período, a fome, a pobreza eram presentes e preponderantes na vida da maior parte da população, e juntamente com a ausência de valorização de infância, tornaram-se fatores ligados à grande incidência de abandono de recém-nascidos pelos pais". (SANTOS; VERONESE. 2020, p. 08)

Alguns fatores como a pobreza aliada a fome, faziam com que as famílias naquela época até mesmo abandonassem os próprios filhos recém-nascidos, conforme menciona o autor acima.

As crianças abandonadas, nominadas de expostas, acabavam recebidas pela Igreja sob diversas modalidades no decorrer da Idade Média, entregues de forma anônima ou dadas em oblação – que se constituía na doação de crianças, mesmo as recém-nascidas, ao serviço de Deus e de sua religião. (SANTOS; VERONESE. 2020, p. 08)

Talvez referido ato não fosse apenas um simples abandono, mas sim uma atitude desesperada dos pais, os quais, envolvidos em meio a pobreza, fome e tantas dificuldades que estavam presentes na vida da família, não quisessem que os filhos passassem pelas mesmas dificuldades causadoras de dor e sofrimento, e em um ato totalmente desesperado, abandonavam os próprios filhos.

O trabalho e a indiferença dispensada a criança e ao adolescente não estavam apenas presentes na Europa na Idade Média, mas também no Brasil, muito antes do território brasileiro receber esse nome.

Desde a chegada das navegações portuguesas nos anos de 1500, crianças e adolescentes eram vistos e arrematados como mão de obra necessária e barata pelos navegadores, bem como considerados fonte de sustento por suas próprias famílias, as quais os entregavam voluntariamente. (SANTOS; VERONESE. 2020, p. 08)

Em terras brasileiras, as crianças e adolescentes, exerceram uma função importante para as navegações, porém ao mesmo tempo, uma função totalmente exploratória para esses indivíduos vulneráveis, os quais, nada poderiam fazer, pois muitas das vezes eram entregues de forma voluntária pelos próprios pais. Essas crianças e adolescente recebiam determinadas classificações, como por exemplo, grumetes e pajens.

Os intitulos grumetes eram considerados pouco mais que animais, de modo que, além das constantes preocupações com naufrágios, a vida de tais crianças e adolescentes era muito difícil, ao passo que eram encarregados dos trabalhos mais pesados e perigosos, de forma frequente. (SANTOS; VERONESE, 2020, p. 15)

Percebe-se a pouca preocupação para com as crianças pertencentes a tripulação das embarcações, afinal, era considerada pouco mais que animais, ou seja, quase nenhuma preocupação se haviam para com elas.

"Embora fossem igualmente crianças e adolescentes, diferentemente dos grumetes, os pajens laboravam em atividades mais leves e raramente eram castigados, além de deterem a possibilidade de fazer carreira junto à Marinha Portuguesa". (SANTOS; VERONESE, 2020, p. 16)

Os pajens, recebiam melhor tratamento ao se comparar com os grumetes, porém, não se deve esquecer que eles também exerciam trabalhos os quais muitas vezes ultrapassavam as suas condições físicas.

Infelizmente a exploração ao trabalho infantil não é algo que envergonha apenas o passado, pois atualmente ainda existe essa forma de exploração, que cada vez mais, vem retirando a infância daqueles que não tem como se defender sozinho.

Durante vários anos, décadas. E até séculos, alguns problemas da humanidade surgiram e ainda continuam sem solução. Muitos desses problemas continuam a existir devido à inércia do Estado, que não adota medidas efetivas para solucioná-los, muito embora não seja o único responsável pelos referidos problemas, como é o caso do trabalho infantil, que tem também na inércia da sociedade um dos fatores que contribui para a sua existência. (DOS SANTOS, 2015, p. 17)

É fato que essa exploração atenta contra a dignidade da pessoa humana, e também afronta com a legislação internacional que visa a proteção de todos os indivíduos como por exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo I, a qual traz o seguinte enunciado protetivo, "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade"

Esse aspecto mencionado no artigo I da referida Declaração menciona a respeito de direitos essenciais ao convívio social, qual sejam, igualdade, liberdade e fraternidade, afinal, de nada adianta haver direitos os quais visam a proteção do ser humano, se estes não agirem de forma fraterna uns para com os outros.

"Lamentavelmente, na sociedade líquida, esquece-se da responsabilidade de fazer diferença na vida do outro, de ser solidário e fraterno" (SILVA, 2014, p. 35)

Ser solidário e fraterno, fazer a diferença na vida do outro está longe de se concretizar, afinal, muitas pessoas nem ao mesmo percebe as desigualdades e as exclusões sociais que as rodeiam, não percebendo que muitas pessoas, e dentre elas, muitas crianças sofrem por não ter quem olhe por elas.

"Ajuda mútua, cooperação, associação, união são componentes inerentes à fraternidade humana. Tal fraternidade os engloba, os envolve em um calor afetivo". (MORIN, 2019, p. 27)

Esse calor afetivo mencionado acima, deveria prevalecer entre as pessoas, colocando-as mais próximas umas das outras, mas a realidade não é bem essa prevalecente atualmente na sociedade.

Visando erradicar a exploração ao trabalho infantil a OIT através da Convenção 182 a qual trata sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para a sua eliminação, nesta forma em seu artigo 3º menciona:

Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende:

- a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;
- b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de pornografia ou atuações pornográficas;
- c) utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes;
- d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança.

Nesse aspecto menciona "Surge, em consequência, a Convenção 182, concluída em Genebra em 17 de junho de 1999, objetivando proibir e eliminar as piores formas de trabalho infantil, em caráter de urgência". (NASCIMENTO, 2004, p. 35)

Percebe-se a preocupação em âmbito internacional a respeito da proteção da criança e do adolescente a respeito de protegê-las contra as piores formas de trabalho, afinal, nesta época da vida onde elas se encontram, o que deve prevalecer são as situações que as favoreçam em seu desenvolvimento.

Em âmbito nacional, também há a presença de dispositivos os quais visam a proteção desses indivíduos vulneráveis, como no caso da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido se observa no artigo 7º da Carta Magna em seu inciso XXXIII "proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos".

Não apenas a Constituição Federal de 1988 menciona a respeito da proteção ao trabalho da criança e do adolescente, pois o Estatuto da criança e do adolescente também menciona a respeito da proteção deles em seu artigo 3º conforme transcrito abaixo:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem

É evidente que a criança e o adolescente necessitam de proteção, porém de nada adianta apenas essa proteção estar mencionada em texto de Lei, mas sim que ela seja realmente efetivada na sociedade, ainda mais quando se trata de criança, pois são indivíduos em desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

O Brasil não está imune a esses problemas. Voltando ao aspecto quantitativo, e exemplificando com o Censo Demográfico 2010, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, observa-se que, no período de apuração, havia, no Brasil, quase 3,5 milhões de pessoas entre 10 e 17 anos que trabalhavam, tendo, mais de 700.00 destas entre

10 e 13 anos, período em que é proibido o trabalho, em qualquer hipótese. (BRITO FILHO, 2018, p. 137)

Nota-se que mesmo com tantas normas internacionais e nacionais que protegem a criança e o adolescente, essa exploração ainda é presente na sociedade brasileira. Em tempos de pandemia, como a atual causada pelo COVID-19, o trabalho infantil se torna ainda mais presente.

A perda de renda das famílias durante a pandemia de covid-19 (doença provocada pelo novo coronavírus) tem levado a um aumento da incidência do trabalho infantil, segundo pesquisa do Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef). O levantamento feito com 52,7 mil famílias que a entidade tem atendido na cidade de São Paulo mostra um aumento do número de residências onde ao menos uma criança trabalha. (MELLO, 2020)

São as situações extremas que fazem com que as famílias utilizem suas crianças para conseguir um pouco mais de dignidade, trazendo assim o alimento para a mesa delas.

Afinal, a fome e a miséria esta presente na vida de muitas pessoas em todo o mundo, e muitas são as crianças que carregam esse fardo, qual seja, ajudar a garantir o sustento trazendo o pão de cada dia para a mesa do lar, assim elas dedicam parte de suas vidas, deixando de lado o seu próprio desenvolvimento para contribuir com a sobrevivência da sua família.

3. A violação constitucional e legal no descumprimento das medidas protetivas à criança e ao adolescente quanto ao trabalho

O trabalho infantil, como já mencionado acima, em regra, é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz, nos termos do artigo 60 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Contudo, há algumas exceções, como por exemplo o trabalho em televisão e na internet, que será analisado adiante. Esses, por sua vez, são permitidos com algumas ressalvas, dentre elas, o cumprimento de medidas que visem o bem-estar, integridade, segurança, dignidade, dentre outros valores.

Ademais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê, em seu artigo 7º, inciso XXXIII, a proibição ao trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e qualquer trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos.

Desta forma, em caso de descumprimento dessas medidas, haverá penalidades para quem o fizer, tratando-se da regra ou das exceções. Isto porque, embora não esteja tipificado no Código Penal qualquer pena, desclassificando então de crime, ainda assim viola a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Projeto de Lei nº 237/2016, de autoria do Senador Paulo Rocha, acrescenta o artigo 207-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para caracterizar como crime a exploração do trabalho infantil a menores de 14 anos de idade. Contudo, ainda não fora aprovado por completo.

No entanto, mesmo que ainda não haja lei ou Decreto tipificando como crime, ainda assim devem ser respeitadas as obrigações de não permitir que a criança ou o adolescente trabalhe, salvo as hipóteses previstas em lei e nas condições estabelecidas.

4. O limite e cautela do trabalho infantil no meio artístico

Importante destacar também, que embora a criança, em regra, não possa trabalhar, há a possibilidade de fazê-la no meio artístico, como por exemplo, em televisão e internet, o que é cada dia mais frequente.

Trata-se de permissão da Organização Internacional do Trabalho, no artigo 8º da Convenção, posteriormente retificado pelo Decreto nº 10.088/19, que manteve no artigo 8º do Anexo IXX da Convenção nº 138 da OIT, sobre idade mínima de admissão ao emprego, complementada pela recomendação nº 146, o que segue:

Artigo 8. A autoridade competente poderá conceder, mediante prévia consulta às organizações interessadas de empregadores e de trabalhadores, quando tais organizações existirem, por meio de permissões individuais, exceções à proibição de ser admitido ao emprego ou de trabalhar, que prevê o artigo 2 da presente Convenção, no caso de finalidades tais como as de participar em representações artísticas; 2. As permissões assim concedidas limitarão o número de horas do emprego ou trabalho autorizadas e prescreverão as condições em que esse poderá ser realizado. (Grifos nossos).

Os motivos de haver a permissão do trabalho infantil no meio artístico, enquanto os demais são abolidos, haja vista a pouca idade da criança, são vários.

Primeiramente, deve ser analisado o fator social e educacional, pois, pelo ponto de vista da corrente majoritária, o trabalho artístico brasileiro não é considerado “trabalho pesado” e não atrapalha o desenvolvimento e educação do menor se controlado corretamente.

Outro ponto a ser analisado é a importância de crianças em novelas, filmes e em apresentação de programas de televisão, vez que, como por costume e cultura, sempre estiveram neste meio artístico e a população considera normal, caracterizando, assim, um costume geral do Direito.

Neste ângulo, a criança, ao exercer o trabalho na internet ou na televisão, deve seguir vários cuidados, justamente para não ter prejudicado seu desenvolvimento de forma saudável. Dentre esses aspectos, devem ser observados os horários de trabalho, de descanso, o rendimento escolar e o rendimento demais atividades cotidianas. Ainda, deve ser acompanhado pelos responsáveis.

Isto porque, de acordo com o direito constitucional e fundamental previsto no artigo 5º, III, da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana é de extrema importância, uma vez que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Do mesmo modo, é preciso que o menor não seja exposto a constrangimento ou a vexame, nos termos do artigo 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois esse ato configura crime.

5. Conclusão

Diante de todo o exposto, conclui-se que é de extrema importância que o Estado e os responsáveis pelas crianças e adolescentes lhes protejam integralmente, distanciando-lhes de qualquer forma de exploração.

Embora as realidades das famílias sejam diferentes e os padrões sociais também, os cuidados com os menores devem prevalecer, justamente para que esses tenham no presente e no futuro uma vida digna e sem traumas psicológicos oriundos de uma relação familiar exploradora.

Quanto ao trabalho artístico infantil, em que pese muitos adultos considerem benéfico e capaz de gerar status social e/ou riqueza, deve ainda serem observadas as cautelas apontadas neste estudo, pois o foco principal é a integridade e educação da criança e do adolescente.

Ressalta-se, ademais, que a Constituição da República Federativa do Brasil, como norma constitucional, deve prevalecer, e os artigos nela previstos, ainda mais os que tangem aos direitos fundamentais, elencados no artigo 5º, devem ser obedecidos. Do mesmo modo ocorre com o Estatuto da Criança e do Adolescente e demais leis e Decretos, que visam coibir a exploração e investir em políticas públicas capazes de transformar a realidade dos menores para melhor.

Por fim, importante mencionar que o fato de as famílias obrigarem seus filhos menores a trabalharem ou manipulá-los ou coagi-los para tanto, acarretará em consequências futuras irreversíveis, como tem apontado diversos estudos psicossociais, também relacionados ao Direito.

Portanto, o investimento deve ser feito na educação e na integridade da criança e do adolescente, pois trabalharão no momento oportuno, com a idade oportuna e sem qualquer forma de exploração, como os profissionais qualificados que serão.

Referências

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 20 out. 2020

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 10.088/19**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10088.htm. Acesso em 20.out.2020

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 20 out. 2020

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Projeto de Lei nº 237/2016**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126104>. Acesso em 20.out.2020

DOS SANTOS, Jonábio Barbosa. **O trabalho infantil no Brasil e na Argentina**: um caso de desrespeito à declaração sociolaboral do Mercosul. São Paulo, LTr, 2015. ISBN 978-85-361-8515-6

MELLO, Daniel. Agência Brasil. 28 de agosto de 2020. **Aumenta incidência de trabalho infantil em São Paulo durante pandemia.** Disponível em: <https://agenciabrasil.abc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-08/aumenta-incidencia-de-trabalho-infantil-durante-pandemia-em-sao>. Acesso em: 20 out. 2020

MORIN, Edgar. **Fraternidade:** para resistir à crueldade do mundo. Tradução Edgard de Assis Carvalho. São PAULO: Palas Athena, 2019. ISBN 978-85-60804-52-8

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. **Direito das minorias:** proteção e discriminação no trabalho. Campinas, SP: Editora Alínea, 2004. ISBN 85-7516-084-2

OIT. **C182 – Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação.** Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-infantil/WCMS_236696/lang--pt/index.htm. Acesso em: 20 out. 2020

SANTOS, Vívian de Gann dos. VERONESE, Josiane Rose Petry. **Trabalho infantil e reforma trabalhista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. ISBN 978-85-519-1810-4

SILVA, Daisy Rafaela. **O consumo na pós-modernidade:** efeitos nas classes D & E. Campinas, SP: Editora Alínea, 2014. ISBN 978-85-7516-677-2

O uso da telemedicina como garantia fundamental de acesso à saúde em tempos de pandemia de Covid-19

Júlia de Carvalho Moreno¹
Fábia de Oliveira Rodrigues Maruco²

Resumo

Desde o seu surgimento, a Telemedicina envolve o atendimento de forma remota por médicos e profissionais da área da saúde. Tem contribuído para avanços significativos tais como o acesso à saúde a qualquer hora e em qualquer lugar com melhoria e segurança no atendimento a todos. Logo chegou ao Brasil, foi formulada em 2002 a Resolução 1643 do Conselho Federal de Medicina que defendia o serviço, estabelecia a infraestrutura para a execução, dispunha sobre a responsabilidade médica e prévio cadastro das operadoras de saúde. Porém a autorização é recente e de forma excepcional, sendo válida somente enquanto perdurar a pandemia de COVID-19, assim estabelecida na Lei 13.989/20. A telemedicina tem sido uma ferramenta bem sucedida e foi a principal inovação tecnológica de amplo alcance implementada durante a pandemia porque evita o contato próximo diminuindo a chance de infecção. O presente artigo demonstrará através de levantamento bibliográfico e documental que a difusão da telemedicina é um caminho sem volta e sua regulamentação um marco histórico para o Sistema Único de Saúde.

Palavras-chave:

Telemedicina. Direitos Fundamentais. Saúde. Legislação. Covid-19.

1. Introdução

A humanidade passa por um período excepcional. Vivencia-se tempos de pandemia de Covid-19, originada na China no final de 2019 e que atingiu o Brasil no mês de fevereiro de 2020.

A população viu-se de uma hora para outra confinada em suas casas, medida extrema decretada pelo Poder Público em vista um possível colapso no Sistema Único de Saúde e pela falta de um remédio ou vacina que imunizasse sobretudo os vulneráveis.

A telemedicina, neste contexto, passou a exercer um papel fundamental no atendimento de pacientes acometidos pelo Covid-19 como também de outras doenças.

Nesse momento é importante ter responsabilidade com a saúde dos pacientes e com a dos médicos e outros profissionais também, por isso, o teleatendimento na área da medicina tem sido uma alternativa recomendável. Em diversos segmentos de atuação, as pessoas têm se reunido virtualmente e tentado resolver a situação como podem, com a saúde não deve ser diferente (ALLI, 2020, p.1).

O presente estudo pretende demonstrar a importância da telemedicina por meio da teleconsulta e a necessidade de regulamentação legal do instituto, que está provisoriamente em vigor para o período enquanto perdurar a pandemia.

2. Telemedicina: a importância e os seus desafios

A Telemedicina, em sentido amplo, é definida como o uso das tecnologias de informação e comunicação na saúde, viabilizando a oferta de serviços ligados aos cuidados com a saúde (ampliação da atenção e da cobertura), especialmente nos casos em que a distância é um fator crítico. Acesso, equidade, qualidade e custo são os principais problemas enfrentados pelos sistemas universais de saúde em todo o mundo, em uma realidade na qual a população se apresenta crescentemente longeva e de mudanças nas características de saúde e doença, com particular prevalência de doenças crônicas. Nesse contexto, a telemedicina vem sendo vista como uma ferramenta importante para o enfrentamento dos desafios contemporâneos dos sistemas de saúde universais (MALDONADO; MARQUES; CRUZ, 2016, p. 52).

O artigo 3º da Lei 13989/20 define como um conjunto de tecnologias e aplicações que permitem a realização de ações médicas à distância (BRASIL,2020).

O termo telemedicina aparece na literatura juntamente com telessaúde e e-saúde, não havendo consistência conceitual entre eles. Diferentes autores apresentam definições distintas, variando quanto à sua

¹ Advogada, graduada em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – U. E. Lorena. E-mail: juhcmoreno@outlook.com

² Advogada, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – U.E. Lorena. E-mail: fabiamaruco@hotmail.com

amplitude, isto é, suas funções, envolvimento institucionais e profissionais, contextos e objetivos a serem alcançados. De um modo geral, esses conceitos referem-se à utilização das tecnologias da comunicação e da informação na saúde e, muitas vezes, são utilizados como sinônimos (MARIANI; PEGO-FERNANDES, 2012, p.277).

A telemedicina, de igual modo, sempre foi vista como um instrumento nefasto, com a falsa ideia de que seu uso gera impactos negativos à assistência e à higidez do vínculo com o assistido. Tal alegação até poderia ser verdadeira, caso estivéssemos a falar de um enviesamento de sua finalidade para fins meramente mercantis ou pela transgressão de normas e protocolos preestabelecidos. Contudo, argumenta-se que, até mesmo a medicina conservadora, aqui entendida como a presencial, também apresenta resultados catastróficos se o médico não a empreender com esmero, técnica, empatia, escuta ativa e, segundo o que prevê o estado da arte (TRAD, 2020, p.1).

A década de 1990 foi importante para a telemedicina não apenas no Brasil, como também em outros países: Em 1993, foi fundada uma das organizações pioneiras no setor – a American Telemedicine Association (ATA), sediada em Washington, nos Estados Unidos. Antes disso, a telemedicina já era utilizada na Europa, especialmente em países que apresentam inverno rigoroso, no intuito de possibilitar o acesso a informações e laudos médicos nos dias de neve. Em 1999 houve a declaração de Tel Aviv publicada pela Associação Médica Mundial que procurou estabelecer padrões éticos para o exercício da Telemedicina. Este foi o Marco Regulatório da Telemedicina que serviu como base para vários Países criarem suas regulamentações (MORSCH, 2020, p.1).

O Brasil, então, abraçou a Declaração de Tel Aviv, adotada pela 51ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial, realizada em outubro de 1999, em Israel, sob o título "Responsabilidades e Normas Éticas na Utilização da Telemedicina" (D'AVILA, 2003, p.1). O documento aborda questões como conceito e vantagens do uso da telemedicina, responsabilidade do médico, consentimento e confidencialidade do paciente, qualidade da informação utilizada para a assistência à distância, autorização e competência para utilizar a telemedicina, dentre outras recomendações gerais (CRUZ, 2019, p.1).

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou a Resolução n. 1643/2002, que definiu e disciplinou a prestação de serviços através da Telemedicina.

Tal Resolução sofreu atualização da Resolução nº 2227/2018 do Conselho Federal de Medicina. Contudo, essa Resolução foi alvo de tantas críticas e manifestações da classe médica, que foi revogada (represtinação expressa) pela Resolução 2228/2019 (NUNES, 2020, p.1).

Na tentativa posterior de regulamentar a telemedicina por parte do Conselho Federal de Medicina, houve a proibição da prática em todo o território nacional.

A RESOLUÇÃO 2227/18 apresentou diversas inovações aplicáveis à telemedicina e forneceu arcabouço jurídico para a prestação do serviço no Brasil. Foi revogada antes de entrar em vigor. A RESOLUÇÃO 2228/18 não proibiu o exercício da telemedicina no Brasil. Restabeleceu a Resolução 1643/02 criando uma confusão jurídica.

Recentemente, a Portaria 467/20 do Ministério da Saúde autorizou a teleconsulta durante a vigência oficial da pandemia não só para pacientes acometidos de Covid-19.

A telemedicina é uma evolução natural dos cuidados de saúde no mundo digital. A cada dia torna-se mais indiscutível a capacidade que ela tem de melhorar a qualidade, a equidade e a acessibilidade (CRUZ, 2019, p.1).

A telemedicina é muito mais que um capricho ou uma busca ambiciosa por inovações. É questão de necessidade e de dignidade (TRAD, 2020, p.1).

3. A modalidades de telemedicina e sua importância para o Sistema Único de Saúde (SUS)

Na telemedicina estão inseridos as seguintes modalidades: teleeducação, teleassistência, telesaúde; teleconsultoria; telediagnóstico; teleradiografia e teleconsulta – sendo a única que ainda não é regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina. Todas as demais são permitidas e aplicadas amplamente no Brasil.

Nos últimos anos, formuladores de políticas e pesquisadores de serviços de saúde estudaram ou implementaram programas para manter pacientes com problemas de saúde não urgentes fora dos departamentos de emergência. Até mesmo como uma forma de controlar os custos. Com a pandemia, é de extrema importância que se evite qualquer tipo de visita desnecessária a hospitais ou clínicas. Primeiramente para evitar o contato com o vírus e também para que não sobrecarregar os sistemas de saúde (ALMEIDA, 2020, p.1).

A Telemedicina é uma ferramenta para a prática médica, que possibilita o exercício da Medicina mediado por inovações tecnológicas de comunicação. A Telemedicina, portanto, pode aproximar médicos e pacientes e, assim, valorizar ainda mais a prática profissional. Traz as seguintes vantagens (MACHADO, 2020, p.1):

Consulta online: você atende seu paciente a qualquer hora, de qualquer lugar; Bate-papo entre especialistas: você pode tirar dúvidas com outros profissionais e auxiliar colegas em

casos complexos; Leitura e interpretação de exames: você pode interpretar resultados de exames e solicitar laudos de outros profissionais conforme necessidade; Monitoramento sem barreiras: você pode acompanhar, em tempo real, as indicações de aparelhos de monitoramento que estejam conectadas a seu paciente.

Depois de muito debate e polêmica, a telemedicina foi liberada no Brasil. Contudo, apenas durante o enfrentamento da pandemia de Covid-19. O processo de autorização envolveu um ofício do Conselho Federal de Medicina (CFM) com o reconhecimento dessa prática.

O Covid-19 se espalhou rapidamente por todos os continentes em semanas, superando a capacidade dos sistemas de saúde de rastrear, testar e de conter a doença.

Na Itália, ocorreu diversas barreiras à telemedicina em meio a um grande número de pacientes críticos e à baixa disponibilidade de leitos para a terapia intensiva. A fraca interconexão entre os serviços, falta de abordagem interdisciplinar, falta de diretrizes jurídicas claras foram alguns dos motivos da resistência. Na China, a província de Shandong, uma das mais atingidas, estabeleceu desde março de 2020 um amplo programa de telemedicina, fornecendo orientações sobre prevenção e tratamento diretamente para os pacientes, treinamento para os profissionais da saúde e consultoria remota para os especialistas. Em Portugal a telemedicina funciona perfeitamente como teletriagem para diminuir a circulação e evitar a contaminação (MARUCO, 2020, p.1).

Poderia a teleconsulta ser aplicada perfeitamente pelo SUS aqui no Brasil. O problema está na porta de entrada. A pré-consulta evita tumultos e aglomerações de pessoas nas portas dos hospitais. Quebra paradigmas, porque evita o hábito de frequentar pronto-socorro buscar situações que minimizem.

O Ministério da Saúde lançou a Portaria 467, com todas as diretrizes sobre esse novo modo de exercer a Medicina. Por fim, a Câmara dos Deputados aprovou o PL 696/20 com a regulamentação dos atendimentos à distância.

As recomendações foram publicadas no Diário Oficial da União (DOU) no dia 23 de março de 2020 através da portaria nº 467, que também estabelece que:

(...) Art. 2º. As ações de Telemedicina de interação à distância podem contemplar o atendimento pré-clínico, de suporte assistencial, de consulta, monitoramento e diagnóstico, por meio de tecnologia da informação e comunicação, no âmbito do SUS, bem como na saúde suplementar e privada.

Parágrafo único. O atendimento de que trata o caput deverá ser efetuado diretamente entre médicos e pacientes, por meio de tecnologia da informação e comunicação que garanta a integridade, segurança e o sigilo das informações (BRASIL, 2020).

A telemedicina no Brasil obteve um caráter democrático, já que pode ser utilizada por médicos e pacientes de diversas condições: no Sistema Único de Saúde (SUS), nos planos de saúde ou nas consultas particulares.

Pacientes com dificuldade de locomoção ou com qualquer outro problema que dificulte o acesso a uma unidade saúde do SUS se beneficiarão muito da telemedicina.

Além disso, a vantagem de expandir o atendimento médico afetará também aquelas pessoas que, por falta de hábito, não cuidam tanto da saúde. Assim, ao perceber que é possível conversar com um médico, sem precisar enfrentar filas e de forma gratuita, muitos pacientes construirão a cultura de cuidar de si mesmos (MARQUES, 2020, p.1).

Há de ser ressaltado que, assim como no atendimento presencial, o feito à distância também requer alguns cuidados. Existe a obrigatoriedade de preencher todas as informações do paciente no prontuário médico. Além disso, também é necessário obter o consentimento do paciente para realizar a consulta virtual. Desse modo, há maior segurança jurídica ao atendimento. Por fim, é o médico quem decide a necessidade da realização da teleconsulta ((MARQUES, 2020, p.2).

A boa medicina também se faz de modo remoto, desde que respeitados os valores consagrados pela Ordem Jurídica Nacional, tal como já é feito nos atendimentos presenciais (TRAD, 2020, p.1).

A telemedicina tem sido uma ferramenta bem sucedida e foi a principal inovação tecnológica de amplo alcance implementada durante a pandemia de Covid-19, porque evita o contato próximo diminuindo a chance de infecção.

Porém, ainda é comum a insegurança jurídica sobre o tema entre os profissionais da saúde e as instituições envolvidas.

A difusão da telemedicina é o caminho sem volta e sua regulamentação em um marco histórico para o Sistema Único de Saúde.

4. A pandemia de Covid-19 e o prazo de vigência da Lei 13.989/20

O novo coronavírus (covid-19) surgiu em Wuhan, China, no final de 2019, tendo se espalhado rapidamente para todas as províncias chinesas e hoje alcança mais de 180 países e territórios.

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) classificou como pandemia a enfermidade que já contaminou grande parte do mundo e continua a se alastrar.

A Portaria 188/20 do Ministério da Saúde declarou emergência na saúde pública de importância nacional em decorrência da COVID-19 (BRASIL, 2020).

Esforços para conter o vírus ainda estão em andamento, em especial o chamado distanciamento social, que tem forçado parcela da sociedade a se manter em casa.

As incertezas em relação ao novo coronavírus causam dúvidas na população e aumenta a vulnerabilidade dos integrantes do grupo de risco e das populações já vulneradas por razões sociais, como moradores de comunidades carentes, moradores de rua, pessoas idosas em asilos e presos.

No Brasil, em 06 de fevereiro de 2020, foi promulgada a Lei 13.979, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Por sua vez, a Portaria Interministerial 5, de 17 de março de 2020, dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei 13.979 e estabelece a responsabilização civil, administrativa e penal (art. 3º).

O desconhecimento em relação à doença da Covid-19 provoca ainda estigma e discriminação das pessoas contaminadas e dos membros do grupo de risco, o que evidencia a incompreensão da população diante dos acontecimentos.

A pandemia de gripe espanhola em 1918 que assolou também o Brasil guarda algumas similaridades com o atual período de gripe pandêmica do novo coronavírus vivenciada em 2020. Assim como hoje ocorre, as notícias sobre o mal reinante eram ignoradas ou tratadas com descaso e em tom pilhérico, até mesmo em tom de pseudocientificidade, ilustrando um estranho sentimento de imunidade face à doença.

No enfrentamento jurídico à pandemia do novo coronavírus cabe ao Direito impor uma tutela ainda mais enérgica em prol da proteção dos vulnerados de modo a afastar todas as medidas de desprezo aos membros do grupo de risco.

Hoje o Brasil é um dos países com maior número de mortes pela COVID-19: ultrapassamos os 164.000 (NOGUEIRA; NAKAGAWA, 2020, p.1).

É importante ressaltar que a Lei 13.979/20 tem prazo de vigência determinado, ou seja, continuará vigendo até a decretação do fim da pandemia. Necessário que fosse regulamentada para surtir seus efeitos no pós-pandemia.

5. Conclusão

A autorização do uso da telemedicina através da teleconsulta no Brasil ainda é recente e vem sendo executada de forma excepcional, sendo válida somente enquanto perdurar a pandemia.

A telemedicina tem sido uma ferramenta bem sucedida e foi a principal inovação tecnológica de amplo alcance implementada durante a pandemia de Covid-19, porque evita o contato próximo diminuindo a chance de infecção.

O mais importante é a relação médico-paciente. Ela é dinâmica, é influenciada por inovações – as tecnologias devem ser usadas com sabedoria. A telecomunicação tem que servir para melhorar a vida dos pacientes.

A Humanização do atendimento não significa estar próximo fisicamente e sim a capacidade de desenvolver empatia durante a interação.

Referências

ALMEIDA, Lorraine. **COVID-19: CFM libera modalidades de telemedicina no Brasil.** Disponível em: <http://blog.medcloud.com.br/covid-19-cfm-libera-modalidades-de-telemedicina-no-brasil/>. Acesso em 20 out.2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 818/20. Torna obrigatória a internação hospitalar de pessoas com mais de 79 (setenta e nove) anos de idade infectadas com coronavírus e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2241677>&t;. Acesso em: 17 out.2020.

_____. Portaria Interministerial nº 5/20 – Dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>>. Acesso em: 17 out.2020. IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

_____. Presidência da República. **Lei 13.989 de 15 de abril de 2020**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.989-de-15-de-abril-de-2020-252726328>>. Acesso em 22 out.2020.

CRUZ, Thais Bertolini da. **Telemedicina**: entenda o que estabelece a resolução do Conselho Federal de Medicina-CFM 2.227/18 e alguns aspectos polêmicos. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/296255/telemedicina--entenda-o-que-estabelece-a-resolucao-do-conselho-federal-de-medicina-cfm-2-227-18-e-alguns-aspectos-polemicos>>. Acesso em 19 out.2020.

D'AVILA, Luiz Roberto. **Responsabilidades e Normas Éticas na Utilização da Telemedicina**. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20096:responsabilidades-e-normas-eticas-na-utilizacao-da-telemedicina&catid=46>. Acesso em 20 out.2020.

JORGE, Monica. **Como é e como funciona a teleconsulta?** Disponível em: <https://portalemedicina.com.br/blog/o-que-e-e-como-funciona-a-teleconsulta>>. Acesso em 20 out.2020.

MACHADO, Valter. **Telemedicina e Telessaúde: entenda a diferença e os principais benefícios**. Disponível em: https://amplimed.com.br/telemedicina-e-telessaude-diferenca-e-beneficios?utm_source=telemedicina-e-telessaude-diferenca-e-beneficios&utm_medium=organic&utm_campaign=telemedicina-e-telessaude-diferenca-e-beneficios>. Acesso em: 20 out.2020.

MALDONADO, Jose Manuel Santos de Varge; MARQUES, Alexandre Barbosa; CRUZ, Antonio. Telemedicina: desafios à sua difusão no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 32 Sup 2:e00155615, 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-311X2016001402005&script=sci_arttext&lng=pt#:~:text=Al%C3%A9m%20da%20extens%C3%A3o%20territorial%2C%20milhares,expans%C3%A3o%20da%20telemedicina%20no%20pa%C3%ADs.>. Acesso em 16 out.2020.

MARIANI, Alessandro Wasum; PEGO-FERNANDES, Paulo Manuel. **Telemedicina**: uma revolução tecnológica. São Paulo Med. J. , São Paulo, v. 130, n. 5, pág. 277-278, 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-31802012000500001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 13 de novembro de 2020.

MARUCO, Fábila de Oliveira Rodrigues. **Prioridade de direitos da pessoa idosa**: o atendimento médico em tempos de pandemia da Covid-19 e exemplos ocorridos em Portugal e na Espanha. Disponível em: <http://www.rededeconselhos.com/blog/2020/06/22/2773/>>. Acesso em: 12 nov.2020.

MARQUES, Hebert. **Como a telemedicina pode ser usada no SUS**. Disponível em: <https://blog.imedicina.com.br/como-a-telemedicina-pode-ser-usada-no-sus/>>. Acesso em: 11 nov.2020.

MORSCH, José Aldair. **Telemedicina**: o que é, como funciona e quais são os benefícios? Disponível em: <https://telemedicinamorsch.com.br/blog/telemedicina>>. Acesso em: 20 out.2020.

NOGUEIRA, Luiz; NAKAGAWA, Liliane. **Covid-19**: Brasil tem 866 mortes nas últimas 24h; total ultrapassa 164 mil. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/coronavirus/noticia/covid-19-brasil-tem-866-mortes-nas-ultimas-24h-total-ultrapassa-164-mil/98089>>. Acesso em: 12 nov.2020.

NUNES, Rosiane Rangel Batista. **Como o médico deve proceder na prática com a Telemedicina?** Disponível em: <https://rosianerangel.jusbrasil.com.br/artigos/833309633/como-o-medico-deve-proceder-na-pratica-com-a-telemedicina>>. Acesso em 20 out.2020.

TRAD, Giovana. **Desmistificando a telemedicina: De instrumento predatório à efetivação de direitos fundamentais**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/329680/desmistificando-a-telemedicina--de-instrumento-predatorio-a-efetivacao-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em 12 nov.2020.

WEN, Chao Lung. **Telemedicina e Telessaúde** – Um panorama no Brasil. Disponível em: http://www.ip.pbh.gov.br/ANO10_N2_PDF/telemedicina_teesaude.pdf>. Acesso em: 12 nov.2020.

Da (i)legitimidade da fazenda pública como sujeito ativo em auto falimentar

Sergio Gabriel Farina Ramos Candeloro¹

Luiz Cesar Martins Loques²

Resumo

Procurou-se no presente trabalho discutir acerca da legitimação do Fisco para configurar como demandante nos autos falimentares, é um tema de grande relevância e conta com grande complexidade uma vez que abrange tanto a seara do direito Empresarial (ramo privado do direito) quanto a do direito Tributário (matéria de ordem pública) eis a razão de ser assunto controvertido. Uma primeira corrente interpreta a norma de maneira restritiva baseada nos princípios da legalidade imanente do direito público, uma vez dispor o Fisco de legislação regulamentadora própria para a cobrança, não podendo preterir o rito traçado por esta, sob pena de ferir o princípio acima citado. Outra parcela da doutrina entende, sob uma ótica mais moderna da ciência jurídica, que a flexibilização poderá ocorrer sempre que benéfica aos interesses coletivos, defendendo a legitimidade da Fazenda Pública em se valer do pleito falimentar, uma vez que esta consegue atender tal prioridade além de ser mais compatível com os princípios da Economia Processual e Duração Razoável do Processo.

Palavras –chave:

Fazenda Pública. Direito Falimentar. Empresas. Falência. Tributo.

1. Introdução

Questão que tem provocado considerável quantidade dos debates no campo do Direito Falimentar é a existência, ou não, de legitimidade ativa da Fazenda Pública para postular perante juízo falimentar.

Cumprе salientar que as empresas, em sua salubridade financeira plena junto ao crédito, são figuras exponenciais das economias modernas, seja por garantir a geração de empregos, abastecer o mercado com produtos ou serviços, ou ainda por possibilitar o acesso de uma nova tecnologia à coletividade, contudo, caso encontre-se em situação de dificuldade para solver seus débitos poderá ser motivo de contaminação econômica e com isso o princípio de uma crise financeira.

Nesse momento, que deve ser o elemento norteador dos legisladores ao exercitarem sua capacidade criativa, criarem mecanismos para manter a estabilidade e segurança do mercado, um deles é a Falência disciplinada pela lei de nº 11.101/2005 que consiste em se afastar a empresa ré do ramo de atividade exercido por ela e usar o crédito proveniente da alienação de seu patrimônio para satisfação dos credores devidamente habilitados na Assembleia Geral para que em concurso possam ser adimplidos.

Necessariamente antes de se entra no elemento chave desta discussão é ter ciência da natureza do procedimento falimentar bem como sua evolução histórica: falir vem do termo latino “*falere*” com o significado de fraudar, o instituto foi criado no Renascimento Comercial e neste momento detinha caráter punitivo onde o comerciante encontrando-se em mora era privado de todos os seus bens uma vez que tinha-se contra ele a presunção absoluta de que estava ocultando o seu patrimônio para não quitar suas dívidas.

Com a o advento da Teoria da Empresa no século XX, ela é operada apenas quando resta impossibilitada a recuperação da Empresa, caso contrário será passível de Recuperação Judicial. Em virtude da compreensão da sua importância para a geração de riqueza para a coletividade e como fonte de renda para o Estado ao tributar a atividade econômica por ela exercida, o atual diploma falimentar reconhece esta função social. E também para evitar-se decisões dispares determina que todos os créditos com exceção dos trabalhistas e decorrentes de acidente de trabalho serão cobrados em seara falimentar.

Nisso funda-se o debate concernente a legitimidade da Fazenda Pública para utilizar-se desse microsistema legislativo para rever seu crédito com a Pessoa Jurídica inadimplente, duas correntes tentam solucionar a problemática: A primeira, clássica, que tem adeptos como: Ricardo Negrão, Rubens Requião e o ex ministro do Superior Tribunal de Justiça Claudio Santos e discute se não seria a medida um modo coercitivo de se fazer cumprir a execução uma vez que dispõe a Fazenda Pública de meios próprios diversos para operar a cobrança de seu crédito como a lei de nº 6830/80 –Lei de Execuções Fiscais, bem como dispositivos do Código Tributário Nacional e prazos em dúplice aplicando-se o subsidiariamente o CPC.

¹ Bacharelado do sexto período do curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda – UNIFOA. sergiogfr2000@gmail.com

² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Volta Redonda- UNIFOA. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. lloques@gmail.com

Ademais ao sujeitar-se a cobrança via falimentar implicaria na renúncia do trâmite pelo procedimento comum.

Uma segunda foi sustentada por Fazzio Júnior, Konder Comparato entre outros que argumentam com base no art. 187 do Código Tributário Nacional e art. 29 da Lei de Execução Fiscal que preconizam não ser sujeita a cobrança de crédito tributário em processos de concurso de credores, ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

De acordo com essa corrente a expressão "não é sujeita" pode ser interpretada como não necessária, mas, a *contrario sensu* não há óbice para que este órgão público possa configurar-se como parte em ações desta natureza entendimento também já sustentado pelo ministro Raul Araújo do STJ na apreciação do Resp. nº 1.831.186 \SP

Um argumento também que se levanta na Doutrina é respaldado pelo art.83, III da lei nº 11101-LRF, é que este dispositivo inseriu os créditos tributários no rol dos créditos a serem pagos no pleito procedimental de certa forma a inclusão destes concatena para o a tese de legitimidade do órgão fazendário para postular em juízo falimentar

2. Da ampliação das ações da Fazenda Pública sob o regime de Direito Público:

Previamente à introdução à análise do fenômeno acima descrito cabe conceituar o conceito do termo Fazenda Pública, na lição de Leonardo Carneiro Cunha:

Na verdade, a palavra Fazenda Pública representa a personificação do Estado, abrangendo as pessoas jurídicas de direito público. No processo em que haja a presença de uma pessoa jurídica de direito público, esta pode ser designada genericamente Fazenda Pública. (2020,p.28)

Do conceito transposto acima pode-se extrair que a postulação em juízo será efetuada por agentes capazes de representar estas entidades públicas (União, estados, municípios, empresas, e autarquias públicas) com a finalidade de se garantir os interesses da coletividade, interesses que são os direitos e garantias previstos na Constituição Federal, tratados internacionais etc. Interesses estes que traduzem-se em prestações a serem efetuadas pelo setor público para assegurar o bem-estar social e que envolvem o cumprimento de adimplemento financeiro.

É fato que o poder público necessita aferir renda para realizar as prestações acima aludidas, cabe então estabelecer via Constituição, leis complementares ou ordinárias, a taxação das atividades econômicas (empresas por exemplo). Garantindo assim a aplicação em benefício da coletividade como um todo garantindo desenvolvimento igualitário objetivo expresso no art.3º,IV da CF.

Na hipótese de não pagamento da quantia devida cabe à Fazenda buscar a satisfação de seu crédito, valendo-se para tanto dos dispositivos dados pela lei para legitimar essa ser legítima.

Importante frisar que esta é representante dos interesses da sociedade de vale-se das regras de direito público e como tal os interesses da coletividade prevalecerão ante aos particulares.

"A Administração Pública não é titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã, ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a indisponibilidade do interesse público" Di Pietro, 1991, p.160

Fenômeno crescente nos anos atuais tem sido o aumento no índice de processos com a participação destes órgãos da Administração Pública. Crescente tem sido as discussões de alternativas a seara fazendária especialmente a possibilidade de utilização da Arbitragem, meio alternativo de solução de conflitos que tem se mostrado efetivo nas áreas de Direito Privado especialmente por sua agilidade em dirimir as causas quando comparada ao Poder Judiciário, a ideia ,porém da submissão de um ente federativo , empresa pública ou autarquia a uma justiça privada não é uníssona na doutrina, frise-se que como integrante da seara do Direito Público deve se ater ao Princípio da Legalidade e da Inafastabilidade do Judiciário bem como a indisponibilidade do interesse público. Os diplomas regulamentadores como o CTN, a Lei de Execuções Fiscais e lei de nº 12.153 nada tratam sobre a sua utilização quando da cobrança do crédito tributário não adimplido, argumenta-se portanto que não seria possível. Leciona Celso Bandeira de Mello:

"o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é o Presidente da República até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete o Direito Brasileiro. " MELLO, Celso Bandeira de. 2012. p.104

Argumento que concatena para o entendimento acima é a condicional presente no próprio art.1º do diploma normativo regulamentador do instituto, lei nº 9307:

As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Saliente-se que como aludido acima a Fazenda Pública é a Pessoa Jurídica de direito público em juízo, e portanto não sendo detentora do interesse público, apenas velando pelo mesmo segundo o que ordena o imperativo institucional seria muito restrita o rol de possibilidades onde esta poderia transacionar sem colocar em prejuízo a este.

A *contrario sensu* desta interpretação mais tradicional e restritiva, vem ganhando espaço a tese de que o emprego da solução arbitral, uma vez que esta tem mostrado resultados altamente satisfatórios entre os regidos por normas de Direito Privado e tem como característica a maior dinâmica e rapidez na apreciação e solução dos litígios quando comparada ao Poder Judiciário. Entende-se que a Fazenda Pública poderia beneficiar-se dos frutos deste meio alternativo de solução de litígios. Sintetiza com precisão o entendimento de Guilherme Mungo Brasil:

“É essencial ademais, que para a fruição máxima dos benefícios sociais imanentes à arbitragem, seja reconhecida à administração pública, a maior contendora nacional, a possibilidade de lançar mão desse meio alternativo de solução de conflitos.” BRASIL, Guilherme Mungo. 2014. Jus Navegandi. n.4078

As Fazendas Públicas configuram a figura mais recorrente nas lides que chegam ao Judiciário, pensa-se que no cenário atual faz-se mister a discussão de modalidades de garantir as prioridades do Estado e também que garanta paridade no tratamento da parte que se contrapõe na relação procedimental. A arbitragem aqui surge como possibilidade de se equalizar o dilema. E já constam protocoladas no Congresso Nacional propostas legislativas para implementá-la na esfera tributária, como é o exemplo do PL.4468/20.

Medidas de flexibilização, por seu lado poderiam ser benéficas à economia visto que os contribuintes teriam maior liberdade ao exercício de atividades do prisma econômico uma vez que incentivam o aumento da produção e circulação dos bens e serviços no território, exemplo desta tendência que visa a reforçar a tese de que em ressalvadas hipóteses a Fazenda poderia dispor do crédito a que teria direito é a recém aprovada lei nº 13.988 que autorizou a Fazenda Pública da União a transacionar, junto aos seus devedores, de forma resolutiva a cobrança de créditos desde que entenda que tal medida favorecerá o interesse público:

Tal inovação legislativa parece ao nosso entendimento reforçar a tese de que há hipóteses de que poderá a Administração Pública poder, quando atender o interesse da coletividade, postular perante justiça arbitral visto que está autorizada pela referida lei ordinária a eventualmente dispor do crédito que deu causa a lide.

3. Da ilegitimidade da Fazenda Pública

Em linhas introdutórias, destacamos os principais argumentos pelos quais entende parte da Doutrina não ser cabível que a Administração Pública não revele-se legítima para postular como Autora em Juízo Falimentar, passemos agora à uma análise mais minuciosa destes argumentos:

a) **Abuso de poder:** Sacha Calmon em 1996 considerou que seria ato intimidatório uma vez que a Fazenda Pública estaria ameaçando a descontinuação da atividade causando incertezas no cenário econômico, complementando entendimento afirmado posteriormente por Rubens Requião:

De nossa parte estranhamos o interesse que possa ter a Fazenda Pública no requerimento de falência do devedor por tributos. Segundo o Código Tributário Nacional os créditos fiscais não estão sujeitos a processo concursal, e a declaração de falência não obsta o ajuizamento do executivo fiscal, hoje de processamento comum. A Fazenda Pública falece ao nosso entender, legítimo interesse econômico e moral para postular a declaração de falência de seu devedor.

A ação de falência pretendida pela Fazenda Pública tem, isso sim, nítido sentido de coação moral dadas as repercussões que um pedido de falência tem em relação às empresas solventes. REQUIÃO, Rubens, 1998, p.109

Por este entendimento entende-se que caso fosse peticionada a falência pelo pela autoridade fazendária, o Estado estaria sufocando a livre concorrência ao coagir a livre iniciativa, desacatando o Princípio da Liberdade Econômica previsto no inciso IV e §único do art. 170 da CF.

b) **Falta de legitimidade:** Paulo Penalva Santos destacou que caso a Fazenda opte por requerer a falência do contribuinte inadimplente estaria atuando com incompatibilidade a pelo menos outros dois princípios constitucionais o da razoabilidade: que norteia com base na proporção da gravidade do ato contrário ao interesse da administração pública, a providência a ser adotada e também ao da função social da propriedade e dos meios de produção: na medida que ao ingressar com um pedido de finalizar a atividade econômica o Estado estaria

atuando de modo contrário ao objetivo de geração de empregos, a oferta de produtos ou serviços à população bem como extinguindo uma Pessoa Jurídica que poderia continuar a gerar receita para a Fazenda Pública

c) Falta de interesse e descumprimento do Princípio da Legalidade: O CTN, a Lei de Execuções Fiscais já disciplinam as maneiras como será efetuada a aferição dos tributos não pagos em juízo, a Administração segundo ponto a ser colocado é que não há interesse na Fazenda Pública em tal medida como leciona Humberto Theodoro Jr. o interesse traduz-se na necessidade e utilidade da demanda:

O interesse processual, a um só tempo haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também numa relação de adequação ao provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial. Theodoro Júnior, Humberto. 2003. p.52

O ente estatal não deseja encerrar a atividade desenvolvida apenas receber àquilo a que faz jus. Outro ponto destacado pela Doutrina é que caso o ente público empregasse o pleito falimentar estaria agindo em descompasso com o Princípio da Legalidade ao qual está vinculada como aludido no capítulo anterior.

d) Obrigatoriedade de renúncia do trâmite próprio: Importante frisar que, caso opte pelas regras do Direito Falimentar implicaria na renúncia da Fazenda Pública ao procedimento designado para esta bem como suas prerrogativas, como é o dobro do prazo para manifestar-se processualmente conforme sua posição privilegiada de credora para igualar-se aos demais com relação às dívidas mercantis e sem a garantia real.

e) desproporcionalidade da medida: Outro argumento somado à tese contrária seria de que caso o Fisco optasse por pleitear a falência de seu devedor seria de que caso este assim procedesse feriria o Princípio da INTERPRETAÇÃO MAIS BENÉFICA AO ACUSADO, por este princípio tem-se que na apuração de uma infração de caráter tributário deveria ser operada a hermenêutica que menos aflija malefícios ao réu, devendo-se também fazer um juízo de gradação, faz-se mister lembrar que se está diante de um órgão do executivo diante de uma pessoa jurídica privada que em tese está em posição de maior vulnerabilidade em relação à parte autora, argumenta-se que seria desproporcional o pedido pelo fim da entidade empresária, devendo-se optar por medidas que satisfaçam o crédito sem matar a atividade econômica por esta desenvolvida.

O STJ, ainda na vigência do diploma agora revogado, valeu-se dessa interpretação de que a Fazenda carece de legitimidade e interesse para agir em pleito falimentar em alguns julgados como este da relatoria do ministro Castro Filho:

PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE FALÊNCIA FORMULADO PELA FAZENDA PÚBLICA COM BASE EM CRÉDITO FISCAL. ILEGITIMIDADE. FALTA DE INTERESSE. DOCTRINA. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Sem embargo dos respeitáveis fundamentos em sentido contrário, a Segunda Seção decidiu adotar o entendimento de que a Fazenda Pública não tem legitimidade, e nem interesse de agir, para requerer a falência do devedor fiscal.

II - Na linha da legislação tributária e da doutrina especializada, a cobrança do tributo é atividade vinculada, devendo o fisco utilizar-se do instrumento afetado pela lei à satisfação do crédito tributário, a execução fiscal, que goza de especificidades e privilégios, não lhe sendo facultado pleitear a falência do devedor com base em tais créditos

(STJ - REsp: 164389 MG 1998/0010726-6, Relator: Ministro CASTRO FILHO, Data de Julgamento: 13/08/2003, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 16.08.2004 p. 130 RDR vol. 30 p. 249)

Ante a existência preexistente desta controvérsia num ponto crucial do assunto, reforça-se a ideia o legislador perdeu a oportunidade de se pôr fim a esta ao disciplinar o rol de sujeitos ativos para peticionar o fim da atividade empresária no art.97 da nova lei ao empregar a expressão genérica "qualquer credor", ainda cabendo a hipótese de que o Fisco como credor de uma obrigação tributária poderia entrar ou mesmo peticionar perante Juízo Falimentar.

4. Revisão dos argumentos tradicionais: a possibilidade do pedido

Fato que ocorre no mundo mercantil é que quanto menor for o tempo de resolução de um conflito menor contaminação econômica acarretado em virtude deste.

A mudança na hermenêutica da presente problemática apresenta-se plenamente possível diante da constitucionalização do Direito Privado onde tudo e todos tem sua função social e também a flexibilização do Direito Público permite que novas formas mais eficientes sejam aplicadas. A lei de falências revela-se promissora melhor ajustada à aferição do crédito tributário em juízo, a medida que a Lei do Fisco revela-se

defasada, em descompasso com a dinâmica das relações jurídico-econômicas modernas, analisar-se-á os argumentos que convergem para reforçar este entendimento, após a referida análise poderá se fazer juízo valorativo sob a legitimidade da Fazenda Pública peticionar a falência do devedor:

a) A lei 11101 conferiu interpretação mais benéfica ao devedor, isso se deve ao Princípio da Viabilidade da Empresa onde sempre que possível a atividade empresária deverá ter a continuidade decretada, ressalvada a hipótese de crime falimentar, ou caso reste provado que esta não conseguirá recobrar sua salubridade econômico-financeira. Cremos que este princípio coaduna também com a necessidade que o setor financeiro-empresarial necessita de se ter garantias que a liberdade econômica não será afetada pela ordem jurídica e que caso uma sociedade não encontre-se mais no seu estado salutar pleno, venha a ser encerrada a sua atividade, a fim de se evitar a deteriorização do setor econômico em que esteja atuando.

b) A *contrario sensu* do que é afirmado pela doutrina clássica, acredita-se de que a LRF é mais benéfica para o contribuinte uma vez que permite à contribuinte devedora a oportunidade de afastar a hipótese de que se encontra em Estado de Insolvência com a realização do Depósito Elisivo, com o valor devido acrescido de juros e correção monetária, e terá dez dias para efetua-lo, ao contrário da Lei 6830 cujo o prazo para o pagamento é de apenas cinco.

c) A opção pelo pleito falimentar por sua vez detém outro argumento a seu favor é a possibilidade da demandada requerer dentro do prazo dado para sua contestação apresentar o pedido de Recuperação Judicial evitando-se o término de sua atividade e garantindo a satisfação creditícia dos credores de qualquer natureza.

Fatores estes que atendem os Princípio da Duração razoável do Processo e da Economia Processual conforme o parágrafo único do art. 75 da LRF e que estão em sintonância com as necessidades do mundo econômico.

Essa tese vem ganhando força, à medida que os resultados com a experiência tem se demonstrado eficazes, tem-se por exemplo este acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Crédito tributário (dívida ativa) – Prerrogativa da Fazenda Pública de optar entre a execução fiscal e a habilitação de crédito na falência – Pretensão à sub-rogação sobre o produto da arrematação – Indeferimento em primeiro grau por entender o Magistrado que era o caso de a Municipalidade primeiro proceder à habilitação de seus créditos – Distinção – Dívida preexistente à falência e sujeita ao concurso de credores e dívida incidente após a quebra – A primeira sujeita-se a concurso e à ordem prevista no art. 83 da LREF, nos termos do art. 141, I da LREF, devendo ser primeiramente habilitada; a segunda não se sujeita à habilitação (encargo da massa) e a pretensão pode ser deferida, desde que respeitada a ordem prevista no art. 84 na data dos pagamentos – Desnecessidade de renovação do incidente, mas tão somente formação de incidente com a documentação apresentada, facultada a manifestação da Administradora Judicial, Credores e Ministério Público para exata definição e ordem de preferência – Recurso parcialmente provido. Dispositivo: deram parcial provimento ao recurso.

(TJ-SP - AI: 22572415020198260000 SP 2257241-50.2019.8.26.0000, Relator: Ricardo Negrão, Data de Julgamento: 01/06/2020, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 01/06/2020)

5. Conclusão

Diante dos argumentos explicitados acima podemos chegar agora traçar conclusões acerca do tema em questão:

- a) A lei de falências poderia ser mais benéfica ao contribuinte-devedor caso seja aplicada pela Fazenda Pública;
- b) Esta revela estar em maior sintonia com a dinâmica moderna do mundo empresarial;
- c) Há hipóteses onde a mesma rende maior eficiência mesmo ao Poder Público
- d) Caso a Fazenda Pública opte por se valer do pleito falimentar disciplinado pela lei 11101, seriam mais respeitados o Princípio da Economia Processual e da Duração Razoável do Processo

Tais conclusões, forcem-nos a reconhecer a legitimidade validade do Órgão Fazendário em empregar o procedimento falimentar ao postular perante o Judiciário.

Referências

BRASIL, Guilherme Mungo. Da solução de conflitos da administração pública por meio da arbitragem. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 19, n. 4078, 31. Ago.2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3192>. Acesso em: 07.set.2020

BRASIL. Lei 11.101/05: **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 05.set.2020

BRASIL. Lei 6.830/80: **Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03

BRASIL. Lei 5.172/66: **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui as normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Falimentar 17ª Edição. São Paulo.

BRESCOVIT, Leonardo; ROMANI, Mailton Rodrigo. **A (i) legitimidade da fazenda pública de requerer a falência do empresário ou sociedade empresária por créditos tributários inadimplidos.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br> acesso em: 04.set.2020

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falência e de Recuperação de Empresas.** São Paulo 3ª Edição, 2005

_____. **Manual de Direito Comercial,** São Paulo, 2011

DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo.** Rio de Janeiro, 2017

FREITAS, Danielli Xavier. **Da solução de conflitos da administração pública por meio da Arbitragem.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 03.set.2020

MAZZA, Alexandre. **Direito Administrativo.** Coleção OAB Nacional. 2012

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo 2012

MISES, Ludwig Von. **As seis Lições. Política e ideias.** 7ª Edição. São Paulo; Instituto Von Mises Brasil.2009

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa- volume 3: recuperação de empresas e procedimentos concursais e administrativos** 11ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2017.

RAMOS, André Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial.** São Paulo, 2019

ROCHA, João Marcelo. **Direito Tributário.** Rio de Janeiro, 2009

SALOMÃO, Luiz Felipe; Santos, Paulo Penalva. **Recuperação Judicial Extrajudicial e Falência.** Teoria e Prática 4ª Edição .2019

Saraiva,1998. FAZZIO JR. , Waldo. **Manual de Direito Comercial.** São Paulo: Atlas 2013.

VITORIA, Flavio Machado. **Questões Gerais da atuação de fazenda pública em falências.**

ZANDONÁ, Amanda. **A controvérsia sobre a legitimidade ativa da Fazenda Pública na postulação da falência.** Disponível em: <https://godinhoadvogados.adv.br/mar.2015>. Acesso em: 07.set.2020

<https://ambitojuridico.com.br/edições/a-legitimidade-ativa-da-no-processo-falimentar-a-fazenda-publica-e-o-credor-com-garantia-real-a-luz-da-lei11-101-200501022010>. Acesso em: 06.set.2020

A laicidade do Estado brasileiro e a Intolerância Religiosa no Brasil por meio da leitura histórica e constitucional.

Dario Aragão Neto¹
Rebecca Morais Almeida¹

Resumo

O presente artigo traz um breve resumo sobre o panorama das lutas no Brasil pela liberdade religiosa, seus novos cenários e novos atores, que persistem em impor um modelo religioso em detrimento de outro. A discriminação face as religiões de matriz africanas ou afrobrasileiras, que permanecem desde a cultura e política estatal de séculos atrás, no que se refere à influência das religiões nas políticas públicas nacionais, bem como aliado ao preconceito praticado tanto por grupos civis organizados, milícias e criminosos que agem em nome de Deus, quanto o preconceito subliminar promovido pelo próprio poder público em suas três esferas: federal, estadual e municipal, são questões que ainda estão vivas na sociedade brasileira, em especial no Estado do Rio de Janeiro, onde ataques à templos e pessoas são recorrentes.

Palavras chave:

Estado laico. Religiões de matriz africana. Intolerância religiosa.

1. Introdução

O Brasil, já desde o colonialismo possui uma história confessa de oficialização e governança com a Igreja Católica, que se estendeu pelo Brasil Império, mesmo que tolerando as liturgias e práticas religiosas de outros grupos, ainda que de forma privada, preservando o interesse do estado em manter as aparências diante da população, ainda que reprovasse tais rituais. Mesmo após a proclamação da república e o advento da Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988), ainda que no século XXI, os problemas com a discriminação e intolerância religiosas persistem, havendo ataques a templos e casa religiosas por todo país, em especial às religiões de matriz africanas, o que se denomina hoje como racismo religioso.

Apesar de ser considerado um país laico, religiões cristãs, desde a colonização do Brasil, sempre foram favorecidas. Atualmente, por conta dos "bons costumes" (aprofundar no tema a respeito dos juristas que crê que os bons costumes são antiquados), muitas pessoas e comunidades continuam sofrendo da intolerância que surgiu dos princípios cristãos (na realidade surgiu dos seguidores de tais princípios, pois há muitas interpretações bíblicas que possuem equívocos gritantes e são passados adiante de geração em geração). Mesmo admitindo-se que o Estado respeitasse todas as religiões, o mesmo não promove políticas públicas que possam mitigar a discriminação religiosa ou o racismo religioso. Essa abertura, esse vazio que se impõe às religiões minoritárias e historicamente estereotipadas como "crenças do demônio" dentre outros termos pejorativos, acabam por incentivar crimes de intolerância religiosa contra essas religiões de matrizes africanas ou afrobrasileiras. O presente trabalho tenta abordar esse tema mostrando como os problemas persistem mesmo depois de muitos séculos passados em meio à uma história de discriminação a esses povos e membros das comunidades de terreiros.

2. Histórico da influência religiosa no estado brasileiro

O cristianismo chegou ao Brasil com os portugueses em 1500, juntamente com o catolicismo, sendo um dos primeiros atos praticados em terras brasileiras a primeira missa católica, em Coroa Vermelha, Porto Seguro.

Desde muito antes de o Brasil vir a ser explorado, a Santa Igreja e o Reino de Portugal já viviam essa aliança assim como a maioria das monarquias europeias. No Brasil, a exploração e colonização foram promovidas em conjunto com a Igreja Católica, pois

As relações entre Igreja Católica e Estado foram estreitas no Brasil tanto na colônia quanto no Império, pois, além de garantir a disciplina social dentro de certos limites, a igreja também executava tarefas administrativas que hoje são atribuições do Estado, como o registro de nascimentos, mortes e casamentos. Contribuiu ainda a Igreja com a manutenção de hospitais, principalmente as Santas Casas. Em contrapartida, o Estado nomeava bispos e párocos, além de conceder licenças à construção de novas igrejas. (PINTO, 2017).

¹ Centro Universitário de Volta Redonda - UniFOA

No espaço institucional da época, predominava a burocracia patrimonial, composta pelos donatários, senhores de escravos e os proprietários de terras. Por não conhecerem o território brasileiro, a mão de obra constituída por escravos negros tornou-se predominante.

A submissão aos estados centrais do capitalismo dominante e o domínio espiritual católico eram as principais ideologias que exerciam grande influência no meio jurídico. A conversão de índios, negros e mestiços ao catolicismo era uma imposição social comum naquele momento.

Como já dito, o período colonial foi marcado pela união entre a Coroa Portuguesa e a Igreja Católica e a união fazia muito sentido. O Brasil tinha como religião oficial a Católica Romana e a educação colonial eurocentrista, era extremamente severa e possuía muitas punições violentas, como o uso da palmatória. O preconceito religioso era predominante.

A partir da época da utilização da mão de obra africana, os africanos escravizados eram vistos como objetos de posse e seres demonizados pelos colonizadores, por possuírem uma crença que era inaceitável para os católicos. Então, foram submetidos à religião católica, que era apresentada e afirmada como superior pelos demais grupos religiosos.

No império, iniciando no momento histórico da independência do Estado brasileiro de Portugal, o Brasil, teve seu primeiro ordenamento jurídico propriamente dito, qual seja a Constituição Imperial de 1824 (BRASIL, 1824), outorgada em nome da "Santíssima Trindade", que trazia a Religião Católica Apostólica Romana como a oficial brasileira.

Nesse documento já se positivava dispositivos que abordavam diretamente o Direito Canônico, e permitia aos membros seguidores de outras religiões a realização de liturgia em cultos domésticos, no lar, ou particulares em casas especificadamente destinadas para isto, sem que se pudesse apresentar a características de templos. Assim, mesmo que ainda em tese, se permitia a livre crença, ainda que mediante cultos bem limitados e fora da vista da sociedade:

"Na época só se reconhecia como livre o culto católico. Outras religiões deveriam contentar-se com celebrar um culto doméstico, vedada qualquer forma exterior de templo". (BASTOS, 2011).

Com o fim do Império, o processo que daria rumo ao direito à liberdade religiosa e da ruptura entre a Santa Igreja e o Estado brasileiro se deu e ainda se dá, ainda que por incrível que se pareça, teoricamente, de forma fragmentada, conforme se compreende da leitura das primeiras legislações no Império e das Constituições Federais republicanas que daí se seguiram.

3. República, constituição e o estado laico

A independência entre o Estado e a Igreja veio após a Constituição de 1891. O objetivo era a aniquilação do apoio do catolicismo ao Estado Monárquico e a busca do exercício do poder estatal sem a interferência da Igreja Católica.

Mesmo que na teoria, as constituições republicanas defendiam o estado Laico, muito embora na prática, tais dispositivos constitucionais não funcionassem devidamente, como nas páginas das cartas Magnas:

"A Constituição Federal de 1891 representou um marco no que tange à laicidade do Estado, pois todas as Constituições que lhe sucederam mantiveram a neutralidade inerente a um Estado Laico, ainda que teoricamente". (OLIVEIRA, 2000).

Nesse mesmo sentido:

A Constituição do Império buscou cuidar da questão religiosa de forma clara, adotando um certo tom liberal no tratamento da individualidade, na medida em que seu foro íntimo encontrar-se-ia livre para a escolha religiosa, o que não se verifica no espaço público, na medida em que a manifestação exterior ainda é proibida e o próprio Estado, por sua vez, encontrava-se atrelado a uma religião oficial, a católica. (RIBEIRO, 2002).

Com efeito, a chegada da República firmou as disposições positivadas constitucionalmente da liberdade religiosa no Brasil, especialmente por meio do § 3º, do artigo 72, da Constituição Federal de 1891 (BRASIL, 1891) que rezava:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 3º Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito *commum*.

E mais:

"A constitucionalização do novo regime republicano consolidou, através da Constituição de 1891, a separação entre a Igreja e o Estado, fazendo do Brasil um estado laico". (SORIANO, 1988).

A carta republicana declarou a separação da igreja e do Estado, sobretudo através da instituição do casamento civil, a introdução do ensino leigo, a secularização dos cemitérios e a abolição de qualquer subvenção ao culto religioso. (BRASIL, 1974).

No mesmo viés, a Constituição Federal de 1891 representou um marco no que tange à laicidade do Estado, pois todas as Constituições que lhe sucederam mantiveram a neutralidade inerente a um Estado Laico, ainda que teoricamente. (OLIVEIRA, 2011).

Já a Constituição de 1934 manteve a disposição sobre a liberdade religiosa e a separação entre igreja e Estado, porém com algumas possíveis limitações, mas ainda assim, a liberdade religiosa poderia ser limitada em função da ordem pública e dos bons costumes. (COSTA, 2008).

A Constituição Federal de 1937, 1946 também pouco alteraram os dispositivos referentes a seus textos no que concernia à liberdade religiosa, assim como a Carta Constitucional de 1967, em plena ditadura militar, porém, condicionando as práticas a não contrariarem a ordem pública e dos bons costumes.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) recebeu a liberdade religiosa no honrado rol de direitos e garantias fundamentais em seus incisos VI e VII, do artigo 5º, após todas essas transformações ocorridas no Estado contemporâneo.

Nota-se, portanto, a liberdade religiosa em seu melhor momento constitucional, tanto no que se refere a não proibição e interferência do Estado nas relações individuais de crença e religião, fazendo-se assim valer o Estado Democrático de Direito no âmbito religioso com as características próprias de um verdadeiro Estado Laico.

Além disso, a Constituição vigente também traz algumas vedações fracionadas aos entes federativos em seu inciso I, do artigo 19, como se depreende do texto abaixo:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou suas representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

O texto ganha extrema importância, quando se compreende que, estados e municípios devem agir em favor do culto, para garantir a cada cidadão seu direito constitucional de liberdade religiosa. No entanto, na prática não é bem assim que funciona as autoridades públicas, em especial as municipais, pois

a laicidade do Estado está vinculada diretamente à democracia, pois "não há direitos civis e políticos sem democracia, nem tampouco liberdade religiosa. A democracia é o substrato que permite o exercício da liberdade religiosa e, também, dos demais direitos fundamentais da pessoa humana". (SORIANO, 1988).

4. Discriminação e intolerância religiosa no Brasil e estado do Rio de Janeiro

Para se compreender melhor a situação das religiões de matriz africana, a intolerância religiosa ou sua perseguição tornou-se crime no Brasil já em 1940, porém, até 1976 os terreiros de candomblé da Bahia só podiam funcionar se autorizados pela Delegacia de Jogos e Costumes. Essa dependência das autoridades públicas era comum nessa época por todo o Brasil, e ainda se faz presente em algumas localidades.

Atualmente, o poder público continua a fazer o papel fiscalizatório com rigor frente as liturgias de origem africanas. É o caso, por exemplo, das reclamações junto a órgãos ambientais pelo som produzido nesses terreiros e casa de Umbanda e Candomblé, que sempre recebem a visita desses órgãos por reclamação de incomodo após as 22h, dentre outras.

O Sociólogo Bartoleto expõe que no Rio de Janeiro ocorre um fenômeno peculiar em que traficantes que se convertem a denominações evangélicas e aderem a uma visão extremista do cristianismo, os convertidos são "pessoas que têm poder de mando" em bairros pobres, resultando em ataques violentos contra terreiros e até mesmo ao assassinato de sacerdotes.

O pesquisador afirma que "A religião sempre esteve na política, a religião sempre esteve nas periferias. As pessoas nas periferias sempre foram religiosas. O problema que nós temos agora é que são discursos mais conservadores, discursos mais beligerantes, discursos de guerra, de conversão".

Um pai de santo relata o que ocorreu em 2019: "Minha mãe saiu, entrou no ilê, na casa de santo, ela e a caseira que toma conta junto com ela. Passado algumas horas mais ou menos, bateram no portão. A caseira foi abrir e eram quatro rapazes informando que ela tinha que sair, que aquilo ali era do demônio e se intitularam bandidos de Cristo. Começaram a forçar ela própria com 85 anos a quebrar e jogar no chão tudo que estava na frente".

Em novembro de 2019, o Ministério Público Federal deu um prazo de 60 dias para que a Prefeitura de Duque de Caxias estabelecesse políticas de reassentamento dos terreiros e assegurasse medidas de proteção para a prática religiosa. Oito meses depois e nada foi feito.

5. Resistência da cultura africana

A religião era passada dos avós para os filhos, os filhos para os netos, os netos para os bisnetos. O que manteve o candomblé vivo foi a oralidade, pois tudo era oral.

Tatá N'Kise Bokúlê, Carlos Alberto de Souza Fournier Filho. Valmik Mota, descrevem a dificuldade em praticar os rituais: "Eu não posso tocar meu atabaque até meia noite que meu vizinho já manda chamar o meio ambiente. Eu nunca poderei fazer os sacrifícios para os meus orixás ali na praça, que vão me chamar o IBAMA para ver se tem o negócio da Vigilância Sanitária na carne e vão me chamar de doido. Quer dizer, dificuldades nós temos, mas nós estamos quebrando barreiras, é para isso que somos negros de resistência e ponto de resistência. Não só de cultura, nós somos só ponto de cultura não, somos pontos de resistência também. Se é para ir para a luta, então vamos para lá".

"Eu não vejo poder público nenhum. Vejo a gente de novo, a gente resistindo, na luta, brigando e mostrando nosso espaço."

O Poder Público tem o dever de preservar a cultura presente no país, independente do povo que cultiva essa cultura ou sua origem. As religiões de matrizes africanas são um símbolo de resistência, fazem parte da história do Brasileira e sua identidade.

De acordo com Ilê Asé Obá D'Alaguinã, os poderes públicos não têm preocupação com a comunidade candomblecista, embora escute o discurso do Estado laico. "Temos a questão dos animais porque tem o problema com a igreja, os protestantes dizem que nós estamos mutilando os animais, sendo que esse sacrifício serve não só para a utilização do sagrado, mas também para alimentar a comunidade."

6. Conclusão

De acordo com a pesquisa Datafolha de dezembro de 2019, os católicos são 50% da população brasileira, os evangélicos compõem 31%, enquanto os adeptos de religiões de matriz africana somente 2%. No entanto, os dados mais recentes do Ministério dos Direitos Humanos através do Disque 100 apontam que, entre 2015 e 2017, mostram que católicos e protestantes são vítimas de 1,8% e 3,8% das denúncias de intolerância religiosa, respectivamente, mas denúncias relativas a fiéis do candomblé e da umbanda somam 25% do total. É um percentual completamente desproporcional e que deixa clara a intolerância religiosa presente no país.

Todavia, decorridos mais de 100 (cem) anos, desde a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891, momento inicial da contemporaneidade das Constituições Federais Brasileiras, a qual estabeleceu a laicidade do Estado brasileiro, permanecemos, ainda que de forma mais democrática, com os mesmos problemas de outrora, pois não há na sociedade, seja por parte dos cidadãos, seja por parte das autoridades, como já mencionado, uma normalização e tratamento quando o assunto é religião. Sejam mulçumanos, umbandistas, candomblecistas ou evangélicos, a intolerância religiosa permanece entre as pessoas, aliadas e fortalecidas ao preconceito e à discriminação. A ignorância sobre o assunto e sobre a história e origem sobre nós mesmos, acaba por nos deixar numa situação de insegurança para o exercício dos mais fundamentais direitos e garantias individuais.

Referências

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **A Liberdade religiosa nas Constituições brasileiras: estudo filosófico-jurídico comparado.** Rev. de Informação Legislativa, Jan a Mar 1974 – nº 41, p. 124.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 191.

COSTA, Emília Corrêa. **Em defesa das liberdades laicas.** Posto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 110.

OLIVEIRA, Fábio Dantas de. Aspectos da liberdade religiosa no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2966, 15 ago. 2011.

OLIVEIRA, Monalisa Pavonne. **Fé e resistência : religiões de matrizes africana e afro-brasileira.** Boa Vista :Editora da UFRR, 2020.

A exatidão das informações, conceitos e opiniões é de exclusiva responsabilidade dos autores.

PINTO, Tales dos Santos. **A Igreja Católica no Brasil.** Brasil Escola, 2017. Disponível em: <http://brasilescola.uol.com>, Acesso em: 10 out. 2020.

RIBEIRO, Milton. **Liberdade religiosa: uma proposta para debate.** São Paulo: Mackenzie, 2002, pp. 61-62.

SORIANO, Aldir Guedes. Brasil: **A laicidade e a liberdade religiosa desde a Constituição da República Federativa de 1988.**

TRIGUEIRO, André. **Pais e mães de santo expulsos de Duque de Caxias temem novos ataques de traficantes e milicianos.** <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/08/11/pais-e-maes-de-santo-expulsos-de-duque-de-caxias-temem-novos-ataques-de-trafficantes-e-milicianos.ghtml>.

O superendividamento das famílias no Brasil e a importância da aprovação do Projeto de Lei nº 3515/2015 pelo Congresso Nacional

Dario Aragão Neto¹
Giullia Petelinkar Carvalho¹

Resumo

Atualmente, vive-se numa sociedade de consumo, onde os contratos dessa natureza são firmados a todo tempo, acelerados pelas novas tecnologias e plataformas digitais que impulsionaram e facilitaram a aquisição de bens e serviços, em especial por meio do comércio eletrônico. Também o acesso do consumidor a produtos por assinatura, como nos casos dos contratos cativos de longa duração e a questão do crédito sistemático, os quais se tornaram condição e fator indispensáveis para a inclusão social, acabam por fortalecer o sistema capitalista e incrementar a vulnerabilidade do consumidor. No tocante à educação financeira e informacional para a aquisição de produtos bancários, em especial produtos específicos como os empréstimos consignados e cartões de crédito, o consumidor sempre está a um passo atrás nesse perigoso jogo. Dessa forma, a saúde financeira do consumidor se tornou essencial para que o próprio indivíduo não se enverede pelo caminho das dívidas e do comprometimento de seu orçamento mensal, tanto na visão individual, quanto em termos familiares. Nesse sentido, o presente trabalho pretende demonstrar como o fenômeno do superendividamento das famílias brasileiras tem aumentado de forma significativa na sociedade brasileira, em especial no presente momento da pandemia, buscando uma reflexão sobre quais as ferramentas legais atuais e projetos de lei que podem ser considerados como uma oportunidade ou saída para o problema.

Palavras chave

Consumidor. Vulnerabilidade do consumidor. Superendividamento das famílias.

1. Introdução

O fenômeno do endividamento familiar vem sendo discutido e estudado há muitos anos, tanto no Brasil, quanto na maioria dos países, tais como Estados Unidos e nos países integrantes da Comunidade Europeia. Esse mesmo fenômeno tem crescido de forma considerável ao longo dos últimos anos, em especial devido à crise econômica brasileira, a partir do ano de 2012, com um agravamento em maior a em 2014 que devolveu milhões de pessoas à pobreza e à miséria extrema.

Com o advento da pandemia que assolou o mundo em 2020, a população brasileira viu a perda significativa de renda familiar, a extinção em massa de empregos, o colapso da economia, além da imprevista necessidade de gastos com saúde e alimentação, por exemplo, que foram agravados por todo o contexto pandêmico.

Com isso, cerca de 30 milhões de brasileiros estão hoje, presentes nessa situação de vulnerabilidade, superendividados e ameaçados pela exclusão social. Importante observar que, já antes da pandemia, os superendividados já compunham uma parcela considerável da nossa sociedade, porém, esse número aumentou consideravelmente durante a pandemia do Covid 19, pelos diversos motivos acima expostos.

Segundo informações do relatório publicado pelo Banco Central do Brasil, a população com carteira de crédito ativa atingiu 85 milhões de tomadores em dezembro de 2019. Desse total, 4,6 milhões de tomadores estavam em situação de endividamento de risco (5,4%). Dessa parcela da população, mais de 4 milhões de pessoas simplesmente já deviam mais do que poderiam pagar.

Ressalte-se que, os superendividados não são apenas as pessoas que estão com seu crédito maculado, com o “nome sujo”, no linguajar popular, e sim aquelas pessoas que ainda não chegaram a atingir esse nível, mas que tem a renda comprometida com o pagamento de dívidas e que, sem um tratamento específico para o problema acabarão entrando para esse segmento de excluídos do crédito.

O conceito de superendividamento, segundo a definição dada pelo Banco Central, é “o resultado de um processo no qual indivíduos e famílias se encontram em dificuldade de pagar suas dívidas a ponto de afetar de maneira relevante e duradoura seu padrão de vida”.

Assim, crédito, orçamento familiar, gestão de finanças familiar dentre outros conhecimentos se fazem necessários para que o consumidor possa ter conhecimento suficiente para participar do “jogo” da economia de consumo, razão pela qual tal vulnerabilidade, conforme se verá a seguir, se faz importantíssima para a saúde financeira da população, em especial, no que diz respeito à mais carente da sociedade.

¹ Centro Universitário de Volta Redonda - UniFOA

2. Superendividamento e a vulnerabilidade do consumidor

Vulnerabilidade, literalmente, significa o estado daquele que é vulnerável, daquele que está suscetível, por sua natureza, a sofrer ataques. No Direito, vulnerabilidade é o princípio segundo o qual o sistema jurídico brasileiro reconhece a qualidade do agente(s) mais fraco(s) na(s) relação (ões) de consumo. Logo podemos afirmar que a presunção da vulnerabilidade do consumidor é absoluta, isto é, independente da classe social a que pertença (BENJAMIN, 2016).

A lei 9078/90 (Código de Defesa do Consumidor) impinge a figura do consumidor como vulnerável na relação jurídica de consumo. De fato, não há como se negar a situação de fragilidade de informações fáticas, técnicas, jurídicas, dentre outras, inclusive as de cunho informacionais propriamente ditas, dentre outras diante da produção em larga escala de produtos e serviços e o contexto da sociedade de consumo que ora se vive no mundo.

O princípio da vulnerabilidade representa a peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos Direito do Consumidor. É lícito até dizer que a vulnerabilidade é o ponto de partida de toda a Teoria Geral dessa nova disciplina jurídica (...). A compreensão do princípio, assim, é pressuposto para o correto conhecimento do Direito do consumidor e para a aplicação da lei, de qualquer lei, que se ponha a salvaguardar o consumidor. (MORAES, 1999, p.10)

Então, diante dessa fragilidade do consumidor, o art. 4º do Código de defesa do Consumidor, consagrou em seu inciso I, o Princípio da Vulnerabilidade, com o objetivo de dar um mínimo de proteção aos consumidores.

A justificativa para essa tutela de proteção, é a preservação da dignidade da pessoa humana, a qual está presente na nossa CF/88, bem como a saúde, vida e segurança do consumidor.

Observa-se que a publicidade está presente diariamente na vida do consumidor, e esse juntamente com os outras ferramentas e meios os quais são utilizados para ofertar algum produto ou serviços para a população, estão diretamente relacionados com a vulnerabilidade, tendo em vista que, o fornecedor mostra vantagens irresistíveis, mas que muitas das vezes não promove a total informação necessária e acaba por assediar os consumidores.

Importante ressaltar que há uma presunção de vulnerabilidade do consumidor, e esta é absoluta, ou seja, não aceita declinação ou prova em contrário.

Para esclarecer melhor, entende-se que a figura do consumidor é o elemento pressuposto, e a vulnerabilidade é o elemento posto, isto é regra.

Ressalta-se que, todo consumidor tem a característica de vulnerável, porém nem todos são hipossuficientes. Pois, hipossuficiência deve ser analisada de acordo com cada caso concreto.

Existe a hipossuficiência técnica, a qual o consumidor não tem conhecimento aprofundado sobre o serviço ou produto que adquiriu.

E a hipossuficiência econômica, falta de capital.

Por fim, entende-se que, consumidor hipossuficiente é aquele que na relação encontra-se em desvantagem, por ex: maior dificuldade em produzir provas concretas para esclarecer os fatos, já o fornecedor tem mais condições em questão de provas.

No presente artigo, a vulnerabilidade que está em foco, constitui a informação e educação financeira, que estão longe de serem presentes no dia a dia dos consumidores, pois o Brasil tem um déficit educacional significativo e no que diz respeito à finanças a situação é ainda mais grave.

3. Superendividamento do consumidor

Pesquisas comprovam que as pessoas mais atingidas pelo superendividamento são as acima de 54 anos de idade, e as pessoas que recebem em média R\$ 2 mil à R\$10 mil por mês, ou seja, não apenas as pessoas de baixa renda.

Esse perfil de consumidor possui um histórico maior com pedidos de empréstimos no banco, financiamentos, entre outros contratos.

Um dos maiores motivos que levam ao superendividamento é o famoso cartão de crédito, o qual possui juros alto em caso de inadimplência ou atraso no pagamento da fatura.

Segundo informações oficiais do Banco Central relacionadas a maio de 2020, a renegociação de mais de uma modalidade de crédito em conjunto saltou 40,6% no contexto anual. Se consideradas as novas concessões de crédito, o aumento é ainda maior, de 80% nos 12 meses fechados em maio.

O superendividamento é quando a renda já está muito prejudicada e o indivíduo perde a capacidade de fazer jus as suas dívidas, a partir disso, começa a colocar em risco o mínimo existencial, como moradia, alimentação etc.

O superendividamento continuou tão marcante no Brasil que, já em 2006, Cláudia Lima Marques e Rosângela Lunardelli Cavallazzi coordenaram e publicaram a obra "Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito":

Os efeitos maléficos e preocupantes do superendividamento conduziram a União Europeia a aprovar a Diretiva 2008/48/EC, que regulou os contratos de crédito ao consumidor, especificando deveres de informação e de aconselhamento para o fornecedor e reforçando o direito de arrependimento. A crise financeira que atingiu os Estados Unidos em 2008 repercutiu na situação financeira de milhares de cidadãos, como destacam Elizabeth Warren e Jay Lawrence Westbrook. (MARQUES, 2006, p. 34)

E mais:

O quadro, que já era preocupante, transformou-se em algo alarmante e que clamava por sérias providências – afirmam Niemi, Ramsay e Whitford, bem como Cláudia Lima Marques e Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin. Em face do problema, o Banco Mundial instituiu grupo de trabalho para a realização de pesquisa, culminando com a publicação, em 2011, de relatório sobre o tema.(WARREN, 2008).

Paralelo a esse drama nacional dos consumidores, desde de 2015 tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 3.515, que pretende criar no Código de Defesa do Consumidor (CDC) uma ferramenta poderosa no combate ao superendividamento.

Como já dito, atualmente, a pandemia, que obrigou as pessoas a ficarem de em quarentena em casa, agravou um problema que já vinha ocorrendo no país: o endividamento. É o que revela a Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor, realizada pela Confederação Nacional do Consumidor (CNC) desde 2010. No mês de junho foi alcançado o recorde histórico de 67,1% de famílias brasileiras endividadas no Brasil.

O Brasil hoje tem mais de 60 milhões de endividados (SPC Brasil). Metade deles superendividados, ou seja, cujo volume de dívidas é tão alto, que inviabiliza a subsistência das famílias. O Projeto de Lei vai incluir no CDC (lei 8.078/90) a possibilidade dos órgãos que fazem parte do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor que congrega os Procons de todo país a repactuar as dívidas de forma conciliatória e preventiva. Na prática, vai dar poderes ao órgão de defesa do consumidor em reunir todos os credores e ajudar o consumidor a elaborar um plano de pagamento, que garanta a esse consumidor pagar as dívidas reservando uma quantia que assegure o mínimo existencial desses consumidores".

A 24ª Reunião da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça renovou o apoio do Sistema Nacional do Consumidor pela aprovação da PL 3515/15. Uma iniciativa que tem apoio de Procons de todo o Brasil, da OAB, Ministério Público do Consumidor, Defensorias Públicas do Consumidor e Entidades Cíveis de Defesa do Consumidor. A aposta é de que a alteração no CDC permitirá não apenas o combate ao superendividamento, mas também vai ajudar a injetar quase R\$ 555 bilhões por ano (7% do PIB) na economia, através do retorno dessas famílias endividadas à possibilidade de consumo.

4. O projeto de Lei 3515/2015

O projeto de lei no. 3515/2015, tem como objetivo aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Isso significa, basicamente, tentar prevenir por meio da legislação consumerista mecanismos que possam colocar o superndividado em situação menos desfavorável, no sentido que não perca a possibilidade de manter-se com o crédito. As principais alterações visam, na verdade proteger o consumidor das possíveis exclusões e danos cuasados pelo seu endividamento contumaz. Abaixo tem-se alguns exemplos de trechos e artigos a serem alterados no na lei 8078/90:

Art. 1º A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 4º

IX - Fomento de ações visando à educação financeira e ambiental dos consumidores;

X - prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor." (NR) "Art. 5º VI - instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural;

VII - instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento." (NR) "Art. 6º XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas;

XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito; XIII - a informação acerca dos preços dos produtos por unidade de medida, tal como por quilo, litro, metro ou outra unidade, conforme o caso.

(Grifo nosso).

Como se depreende do texto em tela, o projeto de Lei no. 3515/2015 visa incentivar e fomentar a educação financeira, bem como ferramentas processuais de controle, prevenção e tratamento ao superendividamento.

O projeto, que já foi revisado pelo Senado e pela Câmara, precisa agora ser colocado em votação. Caso seja aprovado, será encaminhado para a sanção do presidente da República.

5. Conclusão

Conclui-se, portanto, que é necessário implantar a educação financeira no Brasil, para que as pessoas aprendam a administrar melhor as suas finanças evitando o superendividamento.

O consumidor deve entender que nosso país os juros são altíssimos, portanto devemos ao máximo tentar evitar as dívidas e os créditos concedidos facilmente sem antes uma boa análise contratual.

Além disso, a saúde financeira dos consumidores beneficia não tão somente aos próprios consumidores como também os fornecedores de produtos e serviços e todo o mercado de consumo, pois a exclusão de 60% das famílias brasileiras do processo de crédito e consumo, implicará numa perda de mercado absurdamente importante e que prejudica o equilíbrio das relações de consumo, que podem ser mais justas e melhor tratadas quando em situação de endividamento, mas também pelo fato de que é necessária a solidariedade e alteridade nessas situações para que o crédito seja uma ferramenta de cidadania e não de tormenta e preocupação tanto para o consumidor como para os fornecedores.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3515/2015**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>. Acesso em 10/11/2020.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua**. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?=&t=o-que-e>. Acesso em 15/05/2020.

BRASIL. Ministério da Economia. **Número de empregos preservados pelo BEm ultrapassa 7,2 milhões**. Disponível em <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/maio/numero-de-empregos-preservados-pelo-bem-ultrapassa-7-2-milhoes-1>. Acesso em 03/06/2020.

MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.) **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006. coleção Biblioteca de Direito do Consumidor, vol. 29.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman. **Consumer over-indebtedness in Brazil and the need of a new consumer bankruptcy legislation**. In: NIEMI, J.; RAMSAY, I; WHITFORD, W.C. (ed.). **Consumer credit, debt and bankruptcy – Comparative and International Perspective**. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 60 e ss.

MARQUES, Cláudia Lima; RAMSAY, Iain. PEARSON, Gail; BOURGOIGNIE, Thierry; NEHF, James (Coords.). **The global financial crisis and the need for consumer regulation: new developments on internacional protection of consumers**. Porto Alegre: Orquestra, 2012.

NIEMI, J.; RAMSAY, I; WHITFORD, W.C. (ed.). **Consumer credit, debt and bankruptcy – Comparative and International Perspective**. Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 60 e ss.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence. **The Law of debtors and creditors: text, cases and problems**. 6. ed. New York: aspen, 2008.

A educação ambiental no contexto do acordo de Escazú

Ana Carolina de Carvalho Siqueira¹

Rodrigo Dias Paes Magalhães²

Vanessa Iacomini³

Resumo

O Acordo de Escazú configura-se como comprometimento dos países da América Latina e Caribe com o meio ambiente e com direitos humanos. Fundamentado no Princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, o acordo trata dos direitos de acesso à informação, participação pública e acesso à justiça nas questões ambientais, prevendo a cooperação regional, a colaboração entre os Estados, sociedade civil e setores privados e promoção de medidas e instrumentos que concretizem os direitos elencados. Neste sentido, a educação ambiental apresenta-se como mecanismo necessário para efetivação destes direitos, sendo forma de reflexão e articulação socioambiental, especialmente no que tange à população mais vulnerável aos possíveis impactos ambientais, considerando as especificidades regionais, como comunidades indígenas, exploração de recursos naturais e produções agrícolas e agropecuárias. O presente trabalho desenvolve-se através de uma abordagem qualitativa, sendo uma pesquisa bibliográfica elaborada mediante o estudo de documentos sobre a temática.

Palavras-chave:

Direito Internacional. Direitos Humanos; Desenvolvimento sustentável.

1. Introdução

O desenvolvimento sustentável demanda medidas ativas a níveis nacionais, regionais e internacionais, a fim de que se possa, de forma completa e integrada, alinhar o avanço econômico com a preservação ambiental. Neste mesmo sentido, há o entendimento que o desenvolvimento sustentável não pode estar apartado dos direitos humanos.

A partir de tais considerações, o Acordo de Escazú, representa um esforço regional, visando garantir os direitos de acesso à informação, à participação e à justiça nas questões ambientais, de modo a implementar os compromissos assumidos pelos Estados no Princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Neste sentido, a presente pesquisa tem como objetivo contextualizar a educação ambiental no Acordo de Escazú, a fim de identificar a importância desta para a realização e garantia dos direitos de acesso presentes no documento.

Inicialmente, será feita uma análise do Acordo de Escazú e sua relevância no cenário regional, a partir de breves considerações sobre as características históricas, culturais, sociais, econômicas e ambientais da América Latina e Caribe. No segundo momento, serão estudados os direitos de acesso à informação, à participação pública e à justiça nos assuntos ambientais no Acordo em questão. Por fim, será abordada a relevância da educação ambiental como mecanismo para efetivação do Acordo.

Metodologicamente, o presente trabalho é uma pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa, elaborada mediante o estudo de documentos nacionais e internacionais sobre a temática ambiental e de direitos humanos.

2. Desenvolvimento

2.1. O acordo de Escazú e o contexto latino-americano

O Acordo Regional sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e Caribe foi adotado em 04 de março de 2018, em Escazú, na Costa Rica, razão pela qual também é conhecido como Acordo de Escazú.

¹ Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito Contemporâneo – UFF/VR. Advogada. Professora do Instituto de Ensino José Rodrigues da Silva -VR.

² Pesquisador do Núcleo de Estudos em Direito Contemporâneo – UFF/VR. Advogado. Pós-Graduado em Direito Tributário e Processo Civil.

³ Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Contemporâneo – UFF/VR. Professora adjunta do curso de Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF/VR.

Considerando os propósitos comuns dos Estados em prol do desenvolvimento sustentável⁴, o Acordo de Escazú surge como uma resposta latino-americana e caribenha ao Princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e à efetividade demandada por este,

Princípio 10:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.

Unindo os valores de direitos humanos, meio ambiente, sustentabilidade e desenvolvimento, o Acordo de Escazú demonstra os esforços regionais em estabelecer uma cooperação entre os Estados, através de formação de capacidades para garantir determinados direitos de acesso na seara ambiental.

Segundo descrito no próprio Acordo⁵,

Trata-se de um acordo visionário e sem precedentes, alcançado por e para os países da América Latina e do Caribe, que reflete a ambição, as prioridades e as particularidades de nossa região. Ele aborda aspectos fundamentais da gestão e da proteção ambientais sob uma perspectiva regional e regula os direitos de acesso à informação, participação pública e justiça em âmbitos importantes, como o uso sustentável dos recursos naturais, a conservação da diversidade biológica, a luta contra a degradação das terras e a mudança climática e o aumento da resiliência aos desastres. Também inclui a primeira disposição vinculante do mundo sobre os defensores dos direitos humanos em assuntos ambientais, numa região em que, lamentavelmente, eles enfrentam com demasiada frequência agressões

Assim, o instrumento em questão apresenta grande importância no cenário regional, visto ser o primeiro tratado vinculante sobre assuntos ambientais na América Latina e Caribe. Também apresenta significativo avanço na proteção não apenas regional, mas global de direitos humanos, por ser o primeiro acordo a tratar especificamente sobre defensores dos direitos humanos em assuntos ambientais. A dedicação à temática surge como necessária e louvável, especialmente em um cenário regional marcado por violências contra defensores de direitos humanos em matéria relacionada ao meio ambiente.

O Acordo de Escazú mostra-se fundamental, considerando as diversas especificidades históricas, culturais, sociais, econômicas e ambientais na região. Em primeiro lugar, destaca-se que esta é marcada pela alta presença de grupos vulneráveis, como indígenas e comunidades tradicionais, grupos estes que apresentam ainda maior vulnerabilidade em relação aos danos ambientais causados pelo desenvolvimento econômico.

Neste cenário, faz-se essencial destacar que a relação dos povos indígenas com as terras ancestrais vai além da moradia, sendo elemento essencial para a identidade cultural, alimentação e relação com o ecossistema. Deste modo, os efeitos ambientais sofridos por estas comunidades impactam negativamente diversos direitos, comprometendo diretamente a existência destes grupos.

De acordo com o Panorama Social de América Latina de 2019, elaborado pela Comissão Econômica para América Latina e Caribe (CEPAL)⁶,

La desigualdad es una característica histórica y estructural de las sociedades latinoamericanas y caribeñas, y se ha mantenido y reproducido incluso en períodos de crecimiento y prosperidad económica. Es un obstáculo a la erradicación de la pobreza, al desarrollo sostenible y a la garantía de los derechos de las personas. Está asentada en una

⁴⁴ Conforme a CANDEIRA, 2006 apud MACHADO, 2013, p. 76, "(...) o princípio do desenvolvimento sustentável e uma combinação de diversos elementos ou princípios: a integração da proteção ambiental e o desenvolvimento econômico (princípio da integração); a necessidade de preservar os recursos naturais para o benefício das gerações futuras (equidade intergeracional); o objetivo de explorar os recursos naturais de forma sustentável (uso sustentável) e, por último, o uso equitativo dos recursos (equidade intrageracional)". MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 21 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

⁵ COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE. Acordo regional sobre acesso à informação, participação pública e acesso à justiça em assuntos ambientais na América Latina e no Caribe. Escazú, 2018, p. 8.

⁶ COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE. Panorama Social da América Latina. Santiago, 2019, p. 14.

matriz productiva altamente heterogénea y poco diversificada y em una cultura del privilegio que es un rasgo histórico constitutivo de las sociedades de la región.

Essa histórica desigualdade econômica e social reflete-se também nas questões ambientais, visto que populações de menor renda acabam sofrendo de forma desproporcional os danos causados ao meio ambiente, considerando que diversos empreendimentos nocivos são instalados em áreas de moradia de população de baixa renda.

Ainda segundo o Panorama Social de América Latina de 2019 da CEPAL⁷,

Desde la década de 1970, diversos países de América Latina han transitado por procesos de desarrollo económico caracterizados en su mayoría por estilos más afines a la visión neoliberal, basados en modelos extractivistas y fuertemente dependientes de los recursos naturales.

Assim, cumpre destacar que a região latino-americana e caribenha possui como característica a grande diversidade ecológica e riqueza de recursos naturais e matérias-primas de indústrias, sendo marcada pela atividade extrativista e pelas atividades agrícolas e agropecuárias. Portanto, demonstra-se que as atividades econômicas da área estão intimamente ligadas à exploração dos recursos naturais.

2.2. Direitos de acesso à informação, à participação pública e à justiça

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento é fruto da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992. A partir da consciência internacional sobre as degradações ambientais causadas pelas atividades econômicas, a Conferência surgiu como medida para buscar o desenvolvimento sustentável. Assim, foram considerados três pilares essenciais para sua ocorrência: o econômico, o ambiental e o social.

A Declaração do Rio é composta por 27 princípios, com o intuito de estabelecer o compromisso e cooperação dos Estados com o desenvolvimento sustentável. Entre eles, encontra-se o Princípio 10, que visa a participação popular nos assuntos ambientais, bem como o direito à informação sobre tais questões e até mesmo o direito de acesso à justiça para remédio e reparação.

O Acordo de Escazú, sendo fundamentado no Princípio 10 da Declaração do Rio, demonstra os esforços dos Estados da América Latina e do Caribe com a denominada democracia ambiental, ao ter como objetivo garantir aos cidadãos os denominados direitos de acesso à informação, à participação e à justiça.

O direito de acesso à informação, consagrado em instrumentos universais e regionais de direitos humanos, como no art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁸ e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 19.2⁹, está presente nos artigos 5 e 6 do Acordo de Escazú.

A partir do compromisso firmado pelos Estados, estes devem colher, organizar, disponibilizar e divulgar as informações ambientais de forma verídica e oportuna. Para que o direito de acesso à informação seja efetivado, faz-se necessário destacar dois pontos: a transparência e a cooperação com o setor privado.

Sobre a transparência, o artigo 5.18 prevê o dever dos Estados em estabelecer ao menos um órgão ou instituição imparcial, dotada de independência e autonomia para que haja transparência dos dados colhidos e disponibilizados. Esse mecanismo permitirá a confiabilidade nas informações prestadas, além de garantir que estas sejam condizentes com a realidade e, assim, que as questões ambientais sejam tratadas de forma adequada.

Quanto ao setor privado, o Acordo não cria obrigações diretas para as empresas, mas traz a seguinte previsão no artigo 6.13: "Cada Parte incentivará, de acordo com suas capacidades, a elaboração de relatórios de sustentabilidade de empresas públicas e privadas, em particular de grandes empresas, que reflitam seu desempenho social e ambiental". Assim, cabe aos Estados a atuação de forma a incentivar a emissão de relatórios de sustentabilidade periódicos pelas empresas, a fim de que estas demonstrem sua responsabilidade socioambiental.

⁷ Ibid, p. 54.

⁸ "13.1 Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha". ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San José, 1969.

⁹ "19.2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. XXI Sessão da Assembleia das Nações Unidas. 1966.

No que se refere ao direito de acesso à participação pública, previsto no art. 7 do Acordo de Escazú, os Estados devem proporcionar medidas e mecanismos para que os cidadãos possam participar de forma efetiva das questões ambientais, desde o processo de tomada de decisão, com a realização de projetos, estudos de impactos e alternativa locacional, até a discussão de medidas de reparação.

Considerando as características regionais, o Acordo reafirma a necessidade de dedicar atenção ao direito de participação dos povos indígenas¹⁰, conforme previsto na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, especialmente nas questões ambientais. Esta atenção é devida principalmente sobre temas pertinentes ao uso de recursos naturais e solo, considerando o caráter ancestral e cultural da terra para os indígenas, além de constituírem fontes de subsistência e modo de vida destes povos.

Por sua vez, o direito de acesso à justiça em questões ambientais encontra-se no art. 8 do Acordo. No instituto, os Estados se comprometem a cumprir os deveres previstos para que haja garantia do acesso à justiça e do devido processo legal nos temas ambientais, bem como a criarem mecanismos que facilitem este acesso.

Assim, estão previstas, entre outras, medidas cautelares e provisórias para cessar, mitigar ou recompor os danos ambientais e medidas para facilitar a produção probatória, inclusive com possibilidade de inversão do ônus da prova e medidas reparatórias¹¹.

Ainda, o art. 8.5¹² prevê que sejam implementados mecanismos de apoio e assistência técnica e jurídica gratuita àqueles considerados vulneráveis. Esta previsão demonstra adequação para realização do acesso à justiça no contexto regional, considerando os povos indígenas e tradicionais e a população de baixa renda como, em geral, diretamente afetados pelos impactos ambientais.

Por se tratar de um acordo regional e, principalmente considerados os aspectos culturais e composição populacional dos países da América Latina e Caribe, deve-se visar que o acesso à informação, à participação pública e o acesso à justiça contemplem a todos.

Deste modo, conforme estabelecido no Acordo de Escazú, é dever dos Estados disponibilizar informações, mecanismos de recebimento de solicitações, promover a participação e propiciar o acesso à atividade jurisdicional em idiomas e dialetos diferentes dos oficiais do país quando necessário para a realização dos direitos previstos, principalmente considerando os grupos vulneráveis.

2.3. A educação ambiental como mecanismo de efetivação dos direitos previstos no acordo de Escazú

Por tratar-se de um acordo regional, com os esforços de cooperação e integração entre os Estados, faz-se necessário que estes atuem em suas esferas nacionais, mas também promovam medidas em parceria para alcançar os objetivos comuns. Neste sentido, o Acordo de Escazú traz a importância da educação ambiental como medida necessária para o pleno exercício dos direitos de acesso.

Em seu art. 10¹³, o documento estabelece o fortalecimento de capacidades entre os Estados-partes. Assim, é apresentada a educação ambiental como meio para efetivação dos direitos previstos. Conforme art. 10.2.d, os Estados podem: "Promover a educação, a capacitação e a conscientização sobre questões ambientais mediante, entre outros meios, a inclusão de módulos educativos básicos sobre os direitos de acesso para estudantes em todos os níveis educacionais".

Para que haja efetiva realização dos direitos de acesso, é necessário que os cidadãos tenham ampla consciência sobre o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável e suas múltiplas dimensões. Faz-se essencial que a temática ambiental esteja contextualizada com as questões sociais, econômicas e políticas nacionais e internacionais, a fim de que seja vista de forma integrada.

Com base na educação ambiental, é possível ter ciência dos possíveis impactos ambientais gerados em prol do denominado desenvolvimento econômico, bem como defender os interesses dos grupos afetados no

¹⁰ "7.15. Na implementação do presente Acordo, cada Parte garantirá o respeito de sua legislação nacional e de suas obrigações internacionais relativas aos direitos dos povos indígenas e das comunidades locais". (COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE, op. cit., 2018, p. 27).

¹¹ "Art. 8. 3 [...] d) a possibilidade de dispor medidas cautelares e provisórias para, entre outros fins, prevenir, fazer cessar, mitigar ou recompor danos ao meio ambiente; e) medidas para facilitar a produção da prova do dano ambiental, conforme o caso e se for aplicável, como a inversão do ônus da prova e a carga dinâmica da prova". Ibid., p. 28.

¹² "Art. 8.5: Para tornar efetivo o direito de acesso à justiça, cada Parte atenderá as necessidades das pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade mediante o estabelecimento de mecanismos de apoio, inclusive assistência técnica e jurídica gratuita, conforme o caso". Ibid., p. 29.

¹³ Ibid., p. 29.

processo decisório e, assim, participar demandando medidas adequadas de preservação e reparação ambiental, considerando os direitos dos cidadãos.

Do mesmo modo, a educação sobre a temática ambiental propicia que a proteção judicial seja buscada à fim de satisfazer os direitos dos cidadãos, bem como fortalece a busca por reparação de danos a partir do devido processo legal.

Assim, a educação ambiental mostra-se como fundamental para que haja a plena garantia dos direitos previstos no Acordo, para que haja solicitação e uso das informações oportunas e pertinentes, para que a participação pública seja realizada de acordo com os melhores interesses dos cidadãos e para que, em caso de negativa de direitos, seja possível acessar a justiça.

3. Conclusão

A América Latina e Caribe é marcada por características específicas. No território, há forte presença de grupos indígenas e tradicionais e ecossistemas diversificados, bem como os Estados são marcados pela desigualdade socioeconômica e atividades extrativistas e exploração dos recursos naturais.

Deste modo, é necessário que, ao tratar dos direitos de acesso, os aspectos da região sejam devidamente considerados, visando adequar os mecanismos de garantia e implementação destes direitos. Assim, o Acordo de Escazú, que versa sobre os direitos de acesso à informação, à participação pública e à justiça em questões ambientais na América Latina e do Caribe, mostra-se de grande valia.

Mediante análise do documento em tela, visualiza-se que, o conjugar valores ambientais e dos direitos humanos, o Acordo traz mecanismos a serem adotados pelos Estados, em cooperação, para que os cidadãos tenham os direitos de acesso garantidos.

Assim, é possível identificar a educação ambiental como uma das medidas para que haja realização dos direitos de acesso previstos. Portanto, conclui-se que a educação ambiental permite que os cidadãos estejam em melhores condições de exigir as informações necessárias e participem dos processos de tomada de decisão nos temas ambientais, defendendo seus interesses de forma mais adequada e possam demandar do judiciário seus direitos.

Referências

ANNONI, Danielle. Acesso à justiça e direitos humanos: a emenda constitucional 45/2004 e a garantia a razoável duração do processo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, 2006. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/190/182>>. Acesso em 04 de novembro de 2020.

BELTRÃO, J. F.; BEGOT, M.; LIBARDI, E. **Povos Indígenas e o Direito à Diferença: Colonialismo Jurídico Versus Pluralidade de Direitos**. In: ANNONI, Danielle (org.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos. Homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo. Editora Conceito. 2012. 509 p. p. 121-160

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os Direitos Humanos e Meio Ambiente**. In: SYMONIDES, Janusz. *Direitos Humanos: Novas Dimensões e Desafios*. Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003. 397 p. pt. I, cap.5, p. 161-203.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; LEAL, César Barros Leal (coord.). **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. VII Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE. **Acordo Regional sobre Acesso à Informação**, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais na América Latina e no Caribe. Escazú, 2018.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE. **Panorama Social da América Latina**. Santiago, 2019. Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44969/5/S1901133_es.pdf. Acesso em 20 out. 2020.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE. **Estrategia Nacional de Educación Ambiental para el Desarrollo Sostenible: 2017 – 2030**. Disponível em: <<https://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/07/ENEA-ESTRATEGIA.pdf>>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE. **Sociedad, derechos y medio ambiente. Estándares Internacionales de Derechos Humanos Aplicables al Acceso a la Información, a la Participación Pública y al Acceso a la Justicia**. Santiago, 2016.

Disponível em: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40735/4/S1600931_es.pdf. Acesso em 08 de novembro de 2020.

LAGO, André Aranha Corrêa do. *Estocolmo, Rio, Joanesburgo: O Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*. Brasília: Instituto Rio Branco (IRBr)/ Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MCCORMICK, John. *Rumo ao Paraíso: a história do movimento ambientalista*. Trad. Marco Antônio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro, 1992.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. XXI Sessão da Assembleia das Nações Unidas. 1966.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. San José, 1969.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais*. Genebra, 1989.

Adoção *intuitu personae* e o serviço de acolhimento para crianças e adolescentes

Danieli Cristina Vieira Carvalho¹

Resumo

A preocupação básica deste estudo é refletir sobre os aspectos referentes à **Adoção *Intuitu Personae* e o Serviço de Acolhimento Institucional para Crianças e Adolescentes**, uma vez que, apesar de não possuir regulamento legal, é de extrema importância para o Ordenamento Jurídico, por trazer à baila possibilidade de adoção tardia ser deferida baseando no Melhor Interesse para Crianças e Adolescentes e no Princípio da Afetividade. Podendo ocorrer ainda, quando alguém deseja adotar uma criança ou um adolescente específico que já tenha com este, relação de afinidade ou proximidade, dentro de todo esse entrave, apresentar a discussão dessa modalidade de Adoção deferida para que o cuidador/educador consiga excepcionalmente adotar a criança ou adolescente que tenha vínculo afetivo e que as possibilidades de retorno da família de origem tenham sido destituídas. Concluiu-se a importância do embasamento das leis e das Jurisprudências, para buscar os fundamentos e as possibilidades do deferimento dessa modalidade de Adoção em acolhimentos tardios, tornando o acolhimento um "lar" temporário. Sempre priorizando o Melhor Interesse para o Adotado.

Palavras-chave:

Adoção. Adoção *Intuitu Personae*. Serviço de Acolhimento para Crianças e Adolescentes. Princípio da afetividade. Princípio do melhor interesse da Criança.

1. Introdução

O presente trabalho aborda tema de grande relevância para o Estado e para Sociedade, uma vez que, estuda a modalidade de Adoção *Intuitu Personae* e o Serviço de Acolhimento Para Crianças e Adolescentes. A adoção *Intuitu Personae* também conhecida como Adoção Direta ou Consentida, que ocorre, com a escolha, por parte dos pais biológicos, da família substituta que seu filho (a) será adotado. Modalidade de Adoção, que apesar de não possuir regulamento legal, vem sendo admitida excepcionalmente, sempre priorizando o princípio do Melhor Interesse para Criança e Adolescente.

O guia de Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento Para Crianças e Adolescentes expõe acerca da definição do Abrigo Institucional (2014, p.67):

Serviço que oferece acolhimento provisório para crianças e adolescentes afastados do convívio familiar por meio de medida protetiva de abrigo (ECA, Art 101), em função de abandono ou cujas famílias ou responsáveis encontrem-se temporariamente impossibilitados de cumprir sua função de cuidado e proteção, até que seja viabilizado o retorno ao convívio com a família de origem ou, na sua impossibilidade, encaminhando para a família substituta.

A Unidade de Acolhimento – Abrigo Municipal, órgão que oferta o serviço de acolhimento institucional provisório e excepcional para crianças e adolescentes conforme as orientações do estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), do Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes a Convivência Familiar e Comunitária, da Política Nacional de Assistência Social, da Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do SUAS, da Norma Operacional Básica do SUAS e no Projeto de Diretrizes das Nações Unidas sobre Emprego e Condições Adequadas de Cuidados Alternativos com Crianças.

De acordo com a política Nacional de Assistência Social, o Serviço de Acolhimento é classificado como Proteção Social Especial de Alta Complexidade do Sistema Único de Assistência social (SUAS), por ofertar serviços especializados com vistas a assegurar a proteção de acolhido a indivíduos e/ou famílias afastados temporariamente do núcleo familiar e/ou comunitários de origem. Fala-se em caráter excepcional, vez que, pressupõe a retirada da Criança ou Adolescente de sua família de origem, o que só é permitido após esgotar as possibilidades na família de reintegração familiar.

O acolhimento Institucional foi estabelecido pelo Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) no ano de 1990, visando executar medida específicas de proteção de acolhimento, garantindo os interesses das Crianças e Adolescentes, levando em consideração as necessidades pedagógicas, preferindo as medidas que visem o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários e a transitoriedade do afastamento.

¹ Centro Universitário de Volta Redonda - UniFOA

O ECA em seu capítulo acerca das Medidas Específicas de Proteção ressalta que somente o juiz poderá decretar a decisão de acolhimento institucional, sendo decisões provisórias e excepcionais, que visem a reintegração familiar, e não sendo possível, a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

Em situações extremas que o acolhimento institucional é deferido, a Criança ou Adolescente em situação de risco, somente poderá ser acolhido, munido de Guia de Acolhimento, expedida pela Autoridade Judiciária, na qual obrigatoriamente deve constar: a identificação e a qualificação completa de seus pais ou de seu responsável (se conhecidos); endereço completo da residência dos pais ou de responsáveis; nomes de parentes ou de terceiros interessados em tê-los sob sua guarda; os motivos da retirada ou da não reintegração ao convívio familiar.

Nesta perspectiva, construiu-se questões que nortearam este trabalho:

- Essa Modalidade de Adoção pouco conhecida e que possui mais de um nome, existe?
- A mãe ou ambos os Pais podem entregar seus filhos a outras pessoas?
- Em um Caso Concreto, o que é mais importante: a formalidade ou o Melhor Interesse para Criança ou Adolescente?
- Admitir excepcionalmente um acolhimento por um educador/cuidador que tenha laços de afinidade/afetividade em adoções tardias ou manter esse acolhido dentro do acolhimento por anos?

Quando se fala em Adoção *Intuitu Personae*, devemos nos atentar para uma das modalidades com maior gesto de amor existente, uma vez que, é urgente a situação que Crianças e Adolescentes vivem, após a perda do convívio familiar.

Vários autores conceituam a Adoção *Intuitu Personae*, como uma conduta que não se enquadraria como criminosa, e sim uma relação de confiabilidade dos pais com a família substituta escolhida para criar seu filho, quando verificada a impossibilidade de prestar cuidados e assistência, relação essa que só o amor justifica.

Conforme Rolf Madaleno,

Toda criança deve ser preparada para uma vida independente na sociedade e deve ser educada com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade, em uma clara mostra de a adoção sempre se direcionar pelo princípio dos melhores interesses do menor. (Rolf Madaleno, 2011, p.641)

Neste contexto, o objetivo primordial deste estudo é, pois, analisar a possibilidade do deferimento excepcional da Adoção *Intuitu Personae* e o Serviço de Acolhimento Para Crianças e Adolescentes no direito brasileiro, atrelada aos princípios do Melhor Interesse para Criança e Adolescente e o da Afetividade, bem como, demonstrar a existência do vínculo afetivo entre a Criança e Adolescente como fundamento para inobservância da ordem cronológica determinada no Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Aborda, ademais, a grande novidade prevista no § 13 do art. 50 da lei nº 8.069/90, incluída pela lei nº 12.010/2009, que aponta a possibilidade do candidato domiciliado no Brasil, não cadastrado previamente no CNA, conseguir o deferimento da adoção em três hipóteses, que veremos a seguir quais são.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico, a pesquisa bibliográfica, realizada a partir da análise pormenorizada de materiais já publicados na literatura, artigos científicos e notícias divulgados no meio eletrônico, documentos, análises jurisprudenciais e legislativas.

O texto final foi fundamentado nas ideias e concepções de autores como: Maria Berenice Dias (2017), Dimas Messias de Carvalho (2015), Paulo Lôbo (2014), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2015), Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (2011) e Rolf Madaleno (2011).

2. Desenvolvimento

A Adoção *Intuitu Personae*, é aquela em que os pais biológicos ou somente a mãe (o que ocorre na maioria das vezes) decide entregar seu filho (a) a uma pessoa determinada conhecida, sem que esta última, esteja inserida no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), ou quando alguém possui interesse em adotar uma determinada Criança ou Adolescente específico que já tenha com esta relação de afinidade existente.

O Ato de definir a quem entregar o filho é chamado de *Intuitu Personae*, ou seja, em razão da pessoa ou pessoal, e as circunstâncias para se caracterizar essa Adoção, podem ser as mais variadas, tais como: a mãe chefe de família que não consegue sustentar aquele filho, uma gravidez não desejada ou não planejada da qual não possui condições financeiras ou psicológicas para criar o bebê, e deseja entregar esse filho a uma amiga, vizinha ou conhecida que possua com essas pessoas relação de confiabilidade e que teria condição de criar o infante.

Vale salientar, que na maioria das situações de pretensão de Adoção *Intuitu Personae*, já existe um vínculo afetivo entre o menor e o pretendente a adoção antes mesmo dessa Criança nascer, fator importantíssimo para criar vínculos de afinidade e afetividade que serão primordiais para o deferimento da adoção pleiteada.

O fato do pretendente não estar inserido no Cadastro Nacional de Adoção, decorre de vários motivos, dentre eles, podemos citar, primeiramente, a imprevisibilidade decorrente do motivo de nunca ter pensado em adotar e não possuir conhecimentos de um processo de habilitação para se tornar adotante. Logo em seguida, situações surpresas como encontrar uma criança no lixo ou jogada na rua, criar vínculos com filho de algum vizinho ou parente que esteja passando dificuldades financeiras e se comover com tal situação. Podemos citar ainda, trabalhadores voluntários ou funcionários de Abrigos e Instituições de Acolhimentos que com o convívio diário criam laços de afinidade com aquela criança e deseja oportunizá-la com uma melhor qualidade de vida, com o requisito único que não pode faltar: amor.

Entretanto, existe a regra de seguir a ordem dos inscritos no Cadastro Nacional de Adoção após um processo de habilitação cumprindo todas as exigências de um processo de adoção. Esse cadastro tem como um de seus objetivos, preparar o adotante para o longo processo de Adoção, através de entrevistas pessoais, cursos de preparação e capacitação com equipe técnica.

Apesar dos objetivos honrosos que o CNA possui, dentre eles de evitar a Adoção ilegal e Comércio Internacional de Tráfico de Crianças, por vezes, acaba por desestimular muitas pretendentes a realização adoção devido ao tamanho rigor excessivo.

O § 13 do artigo 50 do ECA, em seus incisos, estipula as três possibilidades de ser deferida a adoção para pessoas que não estejam previamente cadastradas, sendo elas:

§13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

- I. Se tratar de pedido de adoção unilateral;
- II. For formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;
- III. Oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

O objetivo primordial do Serviço de Acolhimento Institucional é de assegurar a proteção e a garantia dos direitos fundamentais para Crianças e Adolescentes que se encontram em situação de risco e/ou vulnerabilidade social que temporariamente se encontram longe de sua família de origem. O tempo de permanência no serviço de acolhimento é decidido pela equipe técnica dos equipamentos, formado por assistentes sociais, psicólogos e pedagogos que em conjunto com toda rede socioassistencial e equipe técnica da Vara de Infância que determinou o acolhimento.

A decisão de manter um acolhimento é sempre muito cautelosa, com muita prudência, após acompanhamentos individualizados, estudos de casos, reuniões e atendimentos diários com os acolhidos, sempre priorizando o Melhor Interesse para Criança e Adolescente.

Fica a cargo do Serviço de Acolhimento a missão de garantir a individualidade de cada acolhido em ambiente coletivo, assegurando espaço com cama e todos os utensílios básicos necessários para garantir o desenvolvimento saudável de uma Criança ou Adolescente, respeitando suas crenças, religião, gosto e opinião. Respeitando a individualidade de cada um, bem como, estratégias para a preservação da valorização das raízes e culturas de cada Criança ou Adolescente atendido.

O acolhimento institucional, o afastamento do convívio familiar e o impacto do abandono podem ser minimizados, se as condições do atendimento, a recepção e todo cuidado necessário propiciarem experiências positivas para Criança ou Adolescente. Atrelado a esses fatos, existe a possibilidade de encontrar dentro do serviço de acolhimento um cuidador (a) que o acolhido (a) se identifique de tal forma, que passe a reconhecê-lo como família. Por isso a importância do presente estudo.

Percebe-se que todo acolhimento deve ser uma medida cautelosa e prudente, sempre pensando no Melhor Interesse Para Criança e Adolescente, com muito afeto e colocando os interesses do acolhido em primeiro lugar.

Quando a equipe técnica que acompanha esse acolhido, identificar que não existe a possibilidade de reintegração familiar, e chegar à conclusão que a família extensa é a melhor solução para aquela Criança ou Adolescente, é o momento em que as pessoas com laços de afinidade ou afetividade começam a ser extremamente importantes na vida desse acolhido, principalmente em casos de adoções tardias.

Dimas Messias de Carvalho (2015, p. 669) assevera que:

Cabe à Justiça da Infância e Juventude, nos casos de filhos entregues pelos pais diretamente, examinar se a solução atende aos melhores interesses da criança e do

adolescente (art. 197 – E, § 1º do ECA e demais hipóteses não previstas legalmente), considerando também a vontade dos genitores, se a adoção funda-se em motivos legítimos, sem má – fé, se os requisitos legais estão preenchidos e se não ocorreu subtração de menores, promessa ou pagamento no consentimento e entrega (arts. 237 e 238 do ECA), para deferir ou não a adoção, independentemente do cadastro dos habilitados para adotarem.

Salienta-se que para o deferimento da Adoção *Intuitu Personae*, é fundamental a existência da comprovação dos princípios do melhor interesse para Criança e Adolescente e da Afetividade, que consistem em, garantir a efetividade de todos os direitos básicos previstos na Constituição da República do Brasil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo tais interesses serem tratados com prioridades pelo Estado, pela Sociedade e pela Família. Vejamos:

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.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Diante destes pressupostos, necessário se faz observar que, em situações excepcionais e muito bem analisadas, levando em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente, deve haver uma relativização da observância da adoção ser deferida apenas aos candidatos inscritos na ordem cronológica no Cadastro Nacional de Adoção em favor do deferimento da adoção *intuitu personae*, sempre visando um futuro melhor e a garantia do cumprimento de direitos básicos as crianças e adolescentes.

O acompanhamento familiar é essencial para que apesar da distância física, os laços afetivos se mantenham unidos. Para que o acolhimento não seja um episódio traumático para toda família, causando danos psíquicos ou emocionais.

Ter uma equipe com motivação e aptidão para lidar com Crianças e Adolescentes, capacidade de lidar com frustração e abandono, estabilidade emocional, empatia, capacidade de escuta, paciência, dentre outros requisitos se tornam características imprescindíveis a toda equipe que trabalha no Serviço de Acolhimento.

Por isso, a capacitação e acompanhamento dos educadores/cuidadores e equipe técnica são fundamentais para se alcançar a qualidade no Serviço de Acolhimento, vez que, não se trata de pensar que basta "tratar com amor", e sim ter conhecimento, estratégias e direcionamentos para lidar com situações imprevisíveis e altamente complexas que demandam atitudes imediatas.

Enquanto o rigor excessivo da lei for mais importante que uma oportunidade de vida melhor para a Criança e o Adolescente, teremos mais números de acolhimentos tardios, e mais acolhidos vivendo a vida dentro de uma Instituição de Acolhimento a espera de uma família, com probabilidades de se tornar um adulto frustrado.

Crianças maiores de sete anos de idade destituídas do poder familiar tendem a ficar cada vez mais tempo dentro do Serviço de Acolhimento na expectativa de aparecer uma família que aceite aquele perfil. Com o passar dos anos, a frustração, a angústia e o medo podem vir a provocar diversos tipos de sentimentos negativos nessa criança ou adolescente. Através da convivência diária, os educadores são essenciais na vida desses acolhidos, que por diversos momentos cumprem o papel de "pai" e "mãe" ou se tornam a única referência familiar que aquele acolhido possui. Em situações como essas, em que o educador é a única expressão de família, negar a possibilidade de adoção, quando comprovada que é o melhor interesse, seria privar a oportunidade desse acolhido ter uma família e uma pessoa que o ame, que criou afetos diários através de toda forma de cuidado.

3. Conclusão

Conclui-se que para a efetivação da modalidade de Adoção *Intuitu Personae* ocorrer em unidades de Serviços de Acolhimentos, é extremamente fundamental que seja priorizado o Melhor Interesse para Criança/ Adolescente e que seja analisado o caso concreto. O Judiciário bem como toda equipe responsável pelo acompanhamento do processo de adoção poderá flexibilizar o deferimento dessa modalidade de adoção ainda que, de forma excepcional, quando restar comprovado que é a melhor decisão.

Salienta-se que devem existir capacitações, reuniões e estudos de casos constantes para que educadores e equipe em geral do Serviço de Acolhimento entenda seu papel, e saiba cumprir suas funções conforme preconizam o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Guia de Orientações Técnicas do Serviço de Acolhimento para Crianças e Adolescentes, evitando criar confusões, expectativas ou falsas esperanças de uma adoção na cabeça de uma criança ou adolescente. Por isso é necessário, que sejam decisões excepcionais, onde, analisando o caso concreto, chegue à conclusão que aquela pessoa interessada (educador) que possui vínculo afetivo com aquele acolhido e deseja efetuar sua adoção, seja a pessoa capacitada para isso, proporcionado o Melhor Interesse para aquela Criança/Adolescente.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 jan. 2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 fev. 2018.

_____. **Lei nº 12.010, de 03 de Agosto de 2009**. Dispõe sobre a adoção. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 05 fev. 2018.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2015, v. 6.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento Para Crianças e Adolescentes. 3. Ed. Brasília, 2014.

O direito fundamental à saúde e o princípio da justiça sob a perspectiva da bioética em tempos de pandemia

Luiz Claudio Gonçalves Junior¹
Tatiana Oliveira Castro²

Resumo

É desafiador falar sobre o direito fundamental à saúde quando se analisa sua efetividade na saúde pública brasileira, com base no que dispõe os preceitos consagrados na Constituição Federal de 1988, em especial, diante da alocação de escassos recursos para o setor. O objetivo geral desta pesquisa é mostrar o que a Constituição Federal estabelece em termos normativos sobre o direito fundamental à saúde, dando especial enfoque para as políticas públicas de saúde no Brasil e sem desconsiderar tratar-se de um direito humano. Sob o ponto de vista específico, o objetivo é abordar o princípio da justiça, uma grande preocupação prevista no âmbito da Bioética, procurando discutir a distribuição de recursos em tempos de pandemia da COVID-19. Essa pesquisa se justifica porque a distribuição de recursos para a área da saúde, de maneira equivocada, pode comprometer o usufruto desse direito fundamental, o qual se torna ainda mais urgente por conta das necessidades surgidas com o coronavírus, as quais exigem uma nova postura comportamental e política dos nossos governantes.

Palavras-chave:

Direito fundamental. Saúde. Justiça. Bioética. Pandemia.

1. Introdução

Tanto a Bioética como disciplina quanto as ciências jurídicas se preocupam com as pessoas e suas condições na sociedade, motivo pelo qual fazem interface uma com a outra. Por isso, antes de entender a saúde no sistema jurídico brasileiro e sobre a perspectiva do princípio da justiça no campo da Bioética, há que se interpretar a dignidade da pessoa humana em suas várias dimensões.

Em seguida, torna-se oportuno analisar o direito fundamental à saúde dentro do ordenamento jurídico brasileiro, mostrando o compromisso e o dever do Estado com a consagração desse direito, o qual interfere diretamente na dignidade da pessoa humana.

Por derradeiro, a pesquisa mostra o princípio da justiça sob a perspectiva da bioética e também do direito, mostrando sua relação com os direitos humanos, especialmente, no que tange à alocação de recursos em saúde. Aproveita-se as discussões para estabelecer alguns comentários sobre a atual situação vivenciada por todos diante da pandemia da Covid-19. Essa pesquisa é descritiva e bibliográfica, fazendo uso de obras físicas e digitais.

2. A importância da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é considerada um megaprincípio, pois também tem esse aspecto axiológico nos documentos internacionais que tratam sobre direitos humanos. No Brasil, dá-se o nome de direitos fundamentais às normas positivadas em nosso ordenamento jurídico e que são imprescindíveis à vida humana e manutenção de sua integridade. Ela aparece em nosso ordenamento jurídico, no art. 1º, inciso III, da CF/88, como sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A dignidade da pessoa humana deve levar em consideração o multiculturalismo recepcionado na Constituição Federal de 1988, certos de que nem sempre há um encontro harmônico com o princípio da igualdade, todavia, é possível dizer que ela marca o pensamento ocidental e a evolução dos direitos sociais, o que compreende o direito fundamental à saúde (SILVA, 2010, p.53).

Subsume-se que a dignidade humana possui elementos vinculados ao ser humano e deles não pode se afastar diante das características de inalienabilidade e irrenunciabilidade. Nesse sentido, a dignidade humana independe de circunstâncias concretas para o seu reconhecimento, pois é inerente a toda e qualquer pessoa (SILVA, 2010, p.56).

¹ Doutor em Educação pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL). Licenciando em História pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor e pesquisador do Centro Universitário de Volta Redonda / Fundação Oswaldo Aranha (UniFOA). Participa do Projeto de Pesquisa em Bioética, Biodireito e Biotecnologias do Centro Universitário Salesiano de São Paulo/ U.E. Lorena (UNISAL). lclaudiojr@uol.com.br

² Bacharelanda do 7º período do Curso de Direito do Centro Universitário de Volta Redonda. Tatiana.castro@foa.org.br

Para o professor Paulo Bonavides (2017), o direito à saúde está relacionado aos direitos sociais e individuais quando o artigo 1º, inciso III, coloca a dignidade da pessoa humana como um fundamento do Estado Democrático de Direito. Tendo o direito à saúde como essencial à dignidade da pessoa humana, a questão que se coloca é quanto ao seu alcance na sociedade para que tenha mais efetividade. É um direito subjetivo a ser garantido individualmente, bem como, coletivo, a ser prestado de forma a permitir a universalização do acesso às ações e serviços de saúde.

Luís Roberto Barroso (2009), entende que a dignidade da pessoa humana é o princípio que irá centralizar e emprestar unidade a todo o sistema jurídico nacional, onde toda a interpretação constitucional e infraconstitucional deve se orientar. O direito à saúde está diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Os encargos ao Estado para promoção destas ações positivas tem por finalidade buscar esta igualdade material, mesmo diante das conhecidas dificuldades.

A dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade. São, portanto, uma coleção de princípios éticos. Isso significa que é contrário a todo nosso direito qualquer ato que não tenha como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político (PEREIRA, 2006, p.99).

Todas as Constituições democráticas passaram a utilizar essa expressão, sendo que a dignidade passou a ser um paradigma do Estado Democrático de Direito, sendo ela responsável pela própria existência do Estado, e não o contrário. Na citação acima, percebe-se que a dignidade humana tem uma dimensão histórica, fundamentada na conquista de direitos, uma dimensão jurídica, a partir das normas e tratados internacionais de direitos humanos, uma dimensão filosófica e teológica, no sentido de que a dignidade humana faz parte da essência da vida, o que também permite colocá-la num espectro de sacralidade.

3. O direito fundamental à saúde.

O cuidado com a saúde do homem não é uma preocupação de agora, mas pode ser observado em muitas passagens históricas, de acordo com o estágio medicinal de cada período. Não há como esquecer, por exemplo, o famoso juramento de Hipócrates. Nesse sentido:

Não é possível superestimar a importância do Juramento de Hipócrates e o seu papel na formulação dos padrões da prática médica nos últimos 2.400 anos. Ao promover elevados padrões morais, o juramento afirma a natureza moral da medicina. Ele não apenas rejeita a prática de matar doentes considerados incuráveis, mas convoca os médicos a viver uma vida pura e santa. Ele faz referência específica a questões de justiça, finanças, ao caráter confidencial da medicina e oferece conselhos sobre os relacionamentos dos médicos com os seus pacientes e colegas. Assim sendo, os princípios básicos e essenciais do juramento permanecem como padrão da boa prática médica (O' MATHÚNA; HENSLEY Et Al, 2010, p.14).

Em que pese esse juramento de Hipócrates ter orientado a prática médica por mais de dois mil anos, recentemente ela tem sido muito atacada. No final do século XX, muitas culturas pagãs pré-hipocráticas ressurgiram, especialmente na Europa ocidental e Estados Unidos da América, com forte tendência para o suicídio assistido e o mero acolhimento ao aborto. Subverteu-se a determinação hipocrática de cura dos pacientes – e não ferir ou causar dano a eles, para uma visão de declínio moral (O' MATHÚNA; HENSLEY Et Al, 2010, p.14-15).

As Constituições brasileiras anteriores não foram totalmente omissas quanto à questão da saúde, já que todas elas apresentavam normas tratando dessa temática, geralmente com o intuito de fixar competências legislativas e administrativas. Entretanto, a Constituição de 1988 foi a primeira a conferir importância à saúde, tratando-a como direito social-fundamental, demonstrando com isso uma estreita sintonia entre o texto constitucional e as principais declarações internacionais de Direitos Humanos. Por isso, existe uma pertinência entre os campos da bioética e do direito, pois muitos documentos internacionais trazem cargas axiológicas dessas duas áreas do conhecimento.

A bioética normativa é compreendida como um conjunto de normas principiológicas referentes a questões éticas ligadas à medicina, às ciências da vida e às tecnológicas a elas associadas, com repercussão no mundo jurídico. São normas de conteúdo bioético e jurídico, havendo interface entre as mesmas (OLIVEIRA, 2011, p.39). Importante ainda:

Apenas para ilustrar, pode-se citar a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos, a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos e a Convenção sobre Direito Humanos e Biomedicina do Comitê de Ministros do Conselho da Europa (OLIVEIRA, 2011, p.39).

Essa citação serve para demonstrar como o âmbito jurídico se coaduna em muitos aspectos com o âmbito da bioética, inclusive, sobre direitos humanos e diversos documentos do direito internacional. Verificado esse aspecto com a bioética, torna-se pertinente analisar o direito fundamental à saúde no Brasil.

Para iniciar uma reflexão acerca da temática da saúde é preciso considerá-la como um direito fundamental do cidadão, estabelecido pela Constituição Federal, promulgada em 1988. Atualmente, essa reflexão ultrapassa o âmbito acadêmico para ser questionada nos tribunais e na sociedade. A tendência consiste em dar mais eficácia jurídica para os direitos fundamentais. Segue a Constituição Federal:

Art.6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (JUSPODIVM, 2019, p.19-20).

O simples reconhecimento dos direitos fundamentais nem sempre é suficiente para que os mesmos possam ser gozados, pois existem enormes desigualdades sociais, tornando-se indispensável ao Estado, a busca pela igualdade material entre as pessoas. Daí a importância dos direitos sociais, os quais têm caráter universal e destina-se à proteção de todo o gênero humano, beneficiando não só os brasileiros como também os estrangeiros que se encontrem em território nacional (DANTAS, 2015, p.402-403).

Os direitos trazidos pelo art.6º da CF/88, exige dos poderes públicos, na maior parte dos casos, prestações positivas (direitos de promoção ou direitos prestacionais). A implementação ocorre mediante políticas públicas concretizadoras de certas prerrogativas individuais e/ou coletivas, destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e a garantir uma existência digna, sendo que o custo da implementação e as limitações orçamentárias contribuem para a menor efetividade desses direitos (NOVELINO, 2015, p.519). Em outros dois dispositivos constitucionais, verifica-se:

Art.196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art.198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I. Descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II. Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III. Participação da comunidade (JUSPODIVM, 2019, p.102-103).

Explica o professor Paulo Bonavides (2007) que a saúde passou a ser um direito público subjetivo, bem jurídico constitucionalmente tutelado. Ao poder público incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médico hospitalar. A regra inscrita no artigo 196 tem caráter programático, cujos destinatários são todos os entes políticos que constituem no plano institucional a organização federativa do Estado Brasileiro. É um direito que não pode ser convertido numa promessa institucional, implicando no descumprimento do preceito constitucional.

Esse mesmo autor (BONAVIDES, 2017) destaca que esse direito fundamental social deve assegurar a redução de riscos de doenças, e agravos, como também o acesso universal, de forma igualitária às ações e serviços para sua concretização, protegendo a todos, e reestabelecendo aqueles que possíveis danos possam ter tido. A saúde abrange questões ligadas à qualidade de vida, como renda, habitação, alimentação, saneamento básico, meio ambiente ecologicamente equilibrado, etc.

O Estado, em especial, tem obrigação de promover o direito fundamental à saúde. Além disso, justifica-se a adoção de medidas preventivas para que esse direito não seja violado, pois a saúde também está prevista em documentos internacionais juntamente com a dignidade da pessoa humana, o que resulta na defesa dos direitos humanos. As normas bioéticas devem obediência aos dispositivos legislativos nacionais e internacionais. No próximo tópico, dedicar-se-á especial atenção para o princípio da justiça.

4. O princípio da justiça sob a perspectiva da bioética

O princípio da justiça é muito debatido nos dias atuais por conta da situação de pandemia da COVID-19, fazendo gerar debates que apontam para pontos positivos e negativos sobre o sistema de saúde brasileiro. Mas compreender esse cenário requer analisar o princípio da justiça sob a perspectiva da Bioética.

Como campo do saber a Bioética surge na década de 1970, nos EUA. No Brasil, iniciou na década de 1980, mas não havia centros de pesquisa em bioética e produção científica nacional. A partir dos anos 90, constrói-se uma bioética brasileira, voltada para aportes teóricos que consideram a realidade dos países latino-americanos, o que também contribui para o surgimento de diversos centros de estudo. Em 2002, o Brasil sediou em Brasília, o Sexto Congresso Mundial de Bioética, onde destacou-se as questões políticas, econômicas e sociais (OLIVEIRA; VILLAPOUCA, 2006, p.19-20).

Dentro dessa perspectiva, foram surgindo diversas escolas da bioética no Brasil, cada qual com suas características e modos de ver a política, a economia, a cultura, os princípios e a saúde de cada país. Interessante, neste sentido, mencionar a chamada "escola da bioética de intervenção".

A bioética de intervenção se insere no movimento que se intitula como perspectiva crítica brasileira. A bioética tradicional brasileira sempre se fundamentou nos quatro princípios bioéticos: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça. A bioética de intervenção, cujos expoentes podem ser citados, Volnei Garrafa, Dora Porto, Mauro Machado do Prado, dentre outros, rechaçam a importação descontextualizada e acrítica de teorias éticas estrangeiras sem que haja uma adequação às contingências de países periféricos, os quais contam com graves quadros de exclusão social (OLIVEIRA; VILLAPOUCA, 2006, p. 25-26).

Na bioética de intervenção, o Estado tem um papel irrenunciável em intervir em benefício dos mais vulneráveis, razão pela qual precisa enfrentar a questão acerca da priorização na alocação de recursos sanitários e seu rigoroso controle. Não se trata de intervenção apenas nos microproblemas. Os macroproblemas devem ser analisados de maneira mais profunda, identificando a realidade dos países periféricos. É preciso tutelar os excluídos e afirmar o papel do Estado na defesa dos direitos humanos (OLIVEIRA; VILLAPOUCA, 2006, p. 27).

A bioética de intervenção se coaduna com a proposta dos direitos sociais, os quais exigem uma atuação por parte do Estado, daí serem tratados como direitos positivos, visando satisfazer as reais necessidades da população.

De acordo com o jurista Luís Roberto Barroso (2009), a efetivação dos direitos sociais necessita de amparo econômico, político e jurídico. Estabelece-se uma complexa relação entre a efetivação do direito fundamental, a necessidade da população, coletivamente e individualmente, e a dificuldade na prestação por parte do Estado, o que gera desconfortos na sociedade, principalmente entre os menos favorecidos. O Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado com o objetivo de atender as necessidades locais da população e de cuidar das questões que influenciam na verificação da saúde. Contudo, o quadro de limitação orçamentária não pode levar a um abandono dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Portanto, se direito e bioética estão vinculados e a saúde também faz parte dos direitos humanos, permite-se afirmar que muitos desses direitos são pleiteados através da justiça e que a questão da pandemia de Covid-19 deixou transparecer as enormes desigualdades em nossa sociedade, o que nos obriga a debater sobre o princípio da justiça em bioética.

O princípio da justiça refere-se à igualdade de tratamento e à justa distribuição das verbas do Estado para a saúde, a pesquisa etc. Costuma-se acrescentar o conceito de equidade que representa dar a cada pessoa o que lhe é devido segundo suas necessidades, ou seja, incorpora-se a ideia de que as pessoas são diferentes e que, portanto, também são diferentes as suas necessidades (JUNQUEIRA, 2020, p.8).

Consta no Artigo 10, da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, o princípio da Igualdade, Justiça e Equidade. Nesse princípio, existe uma igualdade fundamental entre todos os seres humanos em termos de dignidade e de direitos, devendo ser tratados de forma justa e equitativa (TAPAJÓS; PRADO, 2006).

A dificuldade de distribuição justa de recursos se encontra nas raízes da bioética, quando o surgimento da primeira máquina de hemodiálise, capaz de substituir a função de rins lesados, no início da década de 1960, deixou claro que a procura por tratamentos era bem maior do que a possibilidade técnica ou econômica de oferecê-los e que, uma vez existente, porém limitada, a opção terapêutica, fazia-se necessário selecionar quem teria direito a dela beneficiar-se. Delineava-se claramente, então, o problema da alocação de recursos escassos: a existência de necessidades ilimitadas em face de bens e recursos limitados (VILLAS-BÔAS, 2014, p.132).

O exemplo da máquina de hemodiálise reflete a questão do princípio da justiça na alocação recursos para a área da saúde, o que inclui também a disponibilidade de equipamentos e medicamentos para o tratamento das doenças. Em tempos de pandemia da Covid-19, constatou-se a deficiência de hospitais quanto à equipamento de segurança, medicamentos e, especialmente, respiradores. Tudo isso trouxe novas discussões sobre a aplicação do princípio da justiça.

Evidencia-se uma multiplicidade de interpretações do termo justiça, mas não resta dúvida que ela tem uma função distributiva, de maneira mais voltada para as questões da saúde e da biotecnologia. É por esse motivo que se analisa a ideia de justiça sob a perspectiva da equidade, pois além de ser reconhecido como um bem jurídico, tem servido de subsídio para a bioética, mostrando-se muito útil na alocação de recursos em saúde, ainda que diante de flagrante dificuldade prática (VILLAS-BÔAS, 2014, p.145).

Assim, quis o autor dizer que a justiça se fará a partir da ideia de equidade, ou seja, mediante a associação com a proporcionalidade, o meio-termo, de forma a não comprometer o tratamento e os recursos financeiros do ente estatal. O termo da justiça na equidade foi muito bem analisado por John Rawls, que diz:

[...] dizer que os seres humanos devem ser tratados como iguais remete à vedação de tratamentos preferenciais, na ausência de motivos relevantes que os justifiquem, o que, por seu turno, se embasa no princípio adjuvante da diferença, o qual prevê o tratamento desigual dos desiguais e enseja, se necessário, situações de discriminação positiva, a fim de favorecer uma igualdade básica de oportunidades (princípio da igualdade equitativa de oportunidades, pelo qual se há de promover artificialmente uma eventual desigualdade de meios que aumente as chances dos que contam com oportunidades menores (RAWLS apud VILLAS-BÔAS, 2014, p.149).

Portanto, de acordo com as citações, é possível haver discriminações positivas visando favorecer uma igualdade de oportunidades. Neste sentido, levando em consideração as questões da pandemia de Covid-19, o princípio da justiça não foi respeitado, pois as medidas de urgência foram impostas a todas as pessoas, sem levar em consideração a realidade de quem mora na periferia, os quais vivem em restrições de água, energia e todo tipo de higiene.

5. Conclusão

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o que lhe confere o status de ser um dos princípios do atual Estado Democrático de Direito. Além disso, não há que se falar em Estado sem a preservação da vida humana.

Além de estar prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade humana está atrelada aos direitos humanos, os quais tem caráter universal e deve ser respeitado por todos os países. Isso permite afirmar que, juridicamente, a dignidade humana tem positividade reconhecida no âmbito interno e externo. Todavia, não é apenas isso, pois foi possível vislumbrar a sua dimensão histórica, filosófica e teológica, no sentido de que somos obra do Criador.

Quanto ao direito fundamental à saúde vale ressaltar que ela faz interface com a bioética e com o direito, sendo um dever positivo do Estado, no sentido de garantir para a sociedade, sem qualquer tipo de discriminação ou privilégio. Certamente, o Estado deve proporcionar esse direito através de políticas públicas e órgãos que visem atender a população, principalmente os mais necessitados. Nisso repousa a ideia de justiça em bioética.

Não se deve pensar na alocação de recursos, para cumprir o princípio da justiça, sob a perspectiva da igualdade, pois, no plano concreto, o princípio da justiça estaria cada vez mais distante. Conforme exposto pelo filósofo John Rawls, o princípio da justiça deve estar alicerçado na concepção de equidade, uma vez que se analisa as reais necessidades de cada um.

Portanto, nota-se que o princípio da justiça em bioética foi violado nessa pandemia de Covid-19, uma vez que a sociedade viu faltar equipamentos, medicamentos, leitos em hospitais e proporcionou a exclusão de quem vivia excluído por carência econômica, cultural e política, pois sequer sabem sobre seus direitos garantidos na Constituição Federal. Desta maneira, a Covid-19 fez escancarar as várias deficiências que envolvem o direito fundamental à saúde, as quais apontam para a má gestão de diversos governos. Desta forma, os poderes públicos devem se organizar para melhor atender a população, especialmente, por meio de políticas públicas que visem reduzir os bolsões de pobreza e as desigualdades sociais.

Referências.

- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo/SP: Atlas, 2015.
- GARRAFA, Volnei; CÓRDON, Jorge (Orgs.). **Pesquisas em bioética no Brasil de hoje**. São Paulo/SP: Gaia, 2006.
- JUNGES, José Roque; GARRAFA, Volnei (Orgs.). **Solidariedade crítica e cuidado: reflexões bioéticas**. São Paulo/SP: Loyola; Centro Universitário São Camilo, 2011.
- JUNQUEIRA, Cilene Rennó. **Bioética. Unifesp. Especialização em Saúde da Família**, 15p. 2020. Disponível em: https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/2/unidades_conteudos/unidade18/unidade18.pdf. Acesso em 01 nov. 2020.

JUSPODIVM. **Caderno de Estudos da Lei Seca**. 3ª ed. Salvador/BA: Juspodivm, 2019.

LUNARDI, Soraya (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. Coordenado por André Ramos Tavares. Belo Horizonte/BH: Fórum (Coleção Direitos Fundamentais), 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. Salvador/BA: Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de. **Bioética e Direitos Humanos**. São Paulo/SP: Loyola, 2011.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de; VILLAPOUCA, Karin Calazans. Perspectivas epistemológicas da bioética brasileira a partir da teoria de Thomas Kuhn, p.19-44. Orientadas por Wilton Barroso. In: GARRAFA, Volnei; CORDON, Jorge (Orgs.). **Pesquisas em bioética no Brasil de hoje**. São Paulo/SP: Gaia, 2006.

O'MATHÚNA, Dónal P.; HENSLEY, Samuel D.; ADAM, Mary B.; KILNER, John F.; ORR, Robert D.; STEWART, Gary P. **Perguntas básicas sobre cuidados com a saúde**. Tradução de Heloísa Cavallari Ribeiro Martins. São Paulo: Cultura Cristã (Coleção Bioética), 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte/BH: Del Rey, 2006.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça, p.107-108. In: VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **O direito à saúde no Brasil: reflexões bioéticas à luz do princípio da justiça**. São Paulo/SP: Loyola, 2014.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte/BH: Fórum, 2010.

TAPAJÓS, Ana; PRADO, Mauro Machado do (Trad). **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Revisão de Volnei Garrafa. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=17> . Acesso em 30.10.2020.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **O direito à saúde no Brasil: reflexões bioéticas à luz do princípio da justiça**. São Paulo/SP: Loyola, 2014.

A adoção de personalidade jurídica pelo CBA: uma análise do impacto jurídico-econômico nas negociações comerciais

Ariadne Yurkin Scanduzzi¹Luana Alves de Souza²Yago Galdino Fernandes³

Resumo

Ab initio, instituto da atribuição de personalidade jurídica é regido pelo Código Civil, que estabelece sendo esta, designada para descrever determinada aptidão genérica para adquirir-se direito e deveres na sociedade, sendo atribuída logo após a inscrição na junta competente, quando se tratar de pessoa jurídica, *conditio sine qua non*, não seria possível gozar de certos benefícios. *Per saltum*, será promovido uma discussão acerca da atribuição deste instituto junto ao Centro de Biotecnologia da Amazônia, fazendo uma subsunção do impacto jurídico econômico nas negociações comerciais, analisando os prós e contras do processo de flexibilização. Um dos objetivos do Centro de Biotecnologia da Amazônia, gira em torno da mercantilização de produtos oriundos de recursos encontrados na Amazônia. Vale ressaltar que esta se trata de um bioma, ocupando cerca de 40% do território nacional, que engloba localidades como Pará, Amazonas e Roraima, por exemplo; além de estar situado em regiões fora do país, como Venezuela, Equador e Bolívia. O IBGE traz uma definição acerca do Instituto Bioma, considerando como um conjunto de fauna e flora, agrupados em determinado nível regional, com condições geológicas e climáticas semelhantes. No Brasil, existem seis Biomas distintos, segundo o Ministério do Meio Ambiente: a. Amazônia, b. Caatinga, c. Cerrado, d. Mata Atlântica, e. Pampa e f. Pantanal. "O Centro de Biotecnologia da Amazônia estará articulado a alguns dos mais importantes laboratórios e grupos de pesquisas nacionais num processo permanente de descoberta de novas substâncias de interesse socioeconômico", ressaltando que o mesmo ainda não possui personalidade jurídica atribuída. *Ex positis*, será analisado o impacto da atribuição de personalidade jurídica a CBA e como isso vai interferir nas relações comerciais, que utilizam os recursos do Bioma como objeto mercantil.

Palavras-chave:

Personalidade jurídica. CBA. Impacto sociojurídico. Flexibilização mercantil de recursos naturais.

1. Introdução

O presente tem a temática voltada a abordagem de uma multidisciplinaridade entre o direito ambiental, empresarial, cível e constitucional. Pensado sobre uma forma de polinizar uma discussão acerca do instituto de personalidade jurídica, verificou-se uma série de informativos no tocante ao processo de adoção de personalidade jurídica ao Centro de Biotecnologia da Amazônia, que por sua vez, busca um status equiparado aos órgãos independentes, que possa facilitar as relações comerciais. Foi realizado para produção do artigo, uma base bibliográfica, isto é, aplicação de pesquisa através de doutrinas e artigos, além de documental. Espera-se com o presente, realizar uma análise empírica do impacto jurídico-econômico nas relações comerciais.

2. Desenvolvimento

In limine litis, houve uma preocupação em abordar a temática de modo que pudesse ser ressaltando a importância do Centro de Biotecnologia da Amazônia e sua natureza mercantil. Trata-se de uma multidisciplinaridade de normas que convergem no sentido a promover uma polinização sobre um possível aumento na comercialização de produtos fitoterápicos oriundos do bioma da Amazônia. Essa discussão tem como objetivo dissertar acerca da adoção de personalidade jurídica pelo CBA e seus impactos, no setor jurídico e econômico.

Dessa maneira, foi necessária uma pesquisa empírica acerca de principais institutos do direito empresarial, ambiental e civil, como a adoção de personalidade jurídica e conceitos como cultura intensiva, além de uma explanação sobre biomas.

Dito isso, dar-se-á início ao artigo dissertando acerca de biomas. Estudiosos definiram bioma como sendo uma unidade complexa biológica formada por um espaço geográfico com características intrínsecas, onde compreende uma interseção de solo, altitude, macroclima e fitofisionomia, além de outras características. Esses ecossistemas são considerados como uma comunidade biológica com um nível de homogeneidade.

¹ Doutoranda em Empresa e Tributação, Mestre em Direito Tributário, Advogada e Professora Universitária dos Curso de Graduação em Direito junto ao UniFoa – Centro Universitário de Volta Redonda e UGB – Centro Universitário Geraldo di Biase.

² Discente do 8º período do curso de Direito do UniFoa - Centro Universitário de Volta Redonda

³ Discente do 8º período do curso de Direito do UniFoa - Centro Universitário de Volta Redonda.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo (apud ROSS; DASHEFSKY. 2003.) afirma que os dois fatores mais importantes que determinam os tipos de plantas e animais encontrados em cada um desses biomas são a temperatura e a pluviosidade. Os especialistas discordam em relação ao número dos diferentes tipos de biomas; algumas descrições incluem seis, outras vinte. Oito biomas são relacionados aqui: 1) deserto; 2) tundra; 3) pastagem; 4) savana; 5) bosque; 6) floresta conífera; 7) floresta temperada decídua e 8) floresta tropical úmida.

Nota-se, pelo sentido etimológico que bioma está relacionado a junção de duas raízes, *bio*, sendo vida e *oma*, indicando grupo ou massa. De um ponto de vista macro, os principais biomas são os aquáticos e os terrestres, mas a categorização dos biomas não para por aí. No Brasil existem seis tipos de biomas diferentes, a amazônia, o cerrado, a caatinga, a mata atlântica, o pantanal e o pampa.

Cada um apresentando sua peculiaridade e dando ênfase ao bioma da amazônia, percebeu-se que o mesmo ocupa maior extensão do território brasileiro, englobando estados como, Acre, Macapá, Amazonas, Pará, Roraima e partes de Rondônia, Mato Grosso, Tocantins e Maranhão. De acordo com o portal eletrônico "toda matéria", este bioma apresenta ainda outras características, como:

"Clima: equatorial, quente e úmido, ou seja, com elevadas temperaturas e muitas chuvas. Vegetação: a floresta amazônica, densa e com árvores de grande porte, é a maior floresta tropical do mundo. Animais: alguns exemplos de animais conhecidos do bioma são sapo-cururu, cobra cascavel, boto-cor-de-rosa e capivara. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/bioma/> "

Envolvendo uma temática mais comum da realidade atualmente, Kanzaki em, repositoriocovid19.unb.br, oferta um trabalho acerca de um estudo envolvendo a aplicação de uma e fitoterápicos de espécies comuns no bioma Amazônico e do Cerrado. Ele pretende realizar extrações de plantas medicinais do Cerrado e da Amazônia com um tipo de solventes de diferentes polaridades.

Além disso, ele informa que os fitoextratos, de forma mais técnica, serão utilizados para: a) tratar linhagens celulares, Vero E6/SH-SY5Y/Leucócitos, determinando citotoxicidade/viabilidade, TCID50, concentração ótima, quantificação de citocinas e quimiocinas, e infecção com forma atenuada de SARS-CoV-2 monitorando-se produção viral por RTqPCR e ELISA18-23.

Kanzaki, assim como outros biólogos e entidades, buscam uma forma alternativa de se utilizar os recursos do bioma para enfrentar certas adversidades, quer seja decorrente de um fator psicológico ou emocional, ou ainda, de uma questão física, quando se fala em enfermidades decorrentes de outros organismos, como no caso, o novo corona vírus. Ressalta que o pesquisador oferece uma pesquisa com a intenção de minimizar doenças por variantes emergentes de coronavirus utilizando fitoterápicos de plantas medicinais como uma alternativa a terapia preventiva e curativa.

De mesmo como, outros pesquisadores têm observado um certo interesse nesse bioma. Há entidades não personalizadas que buscam a integralização desses recursos naturais como fonte de comercialização, para propor fármacos naturais capazes de atender as necessidades básicas, que atualmente assolam a humanidade, como em casos de ansiedade e outros transtornos psicológicos em que há uma atuação nos casos de tratamento.

De acordo com o portal eletrônico saude.abril.com.br/, a ciência atualmente reconhecesse a *Melissa officinalis* (melissa), *Matricaria recutita* (camomila), *Hypericum perforatum* (Erva-de-são-joão), *Passiflora incarnata* (passiflora) e *Valeriana Officinalis* (valeriana), como fármacos naturais eficazes na luta com a ansiedade e depressão.

Outra entidade que utiliza desses recursos de forma sustentável é o Centro de Biotecnologia da Amazônia, do qual oferece para o mercado um conjunto de serviços de análises físico-químicas e análises microbiológicas, além de outros serviços técnicos especializados, como ensaios de eficácia e segurança toxicológica. Esse centro busca utilizar basicamente fontes econômicas alternativas com a utilização sustentável da biodiversidade amazônica, isto é, não focam apenas na produção de fitoterápicos.

2.1. Do Centro de Biotecnologia da Amazônia

O vínculo entre biotecnologia e biodiversidade tornou-se tão explícito, que o acesso aos recursos genéticos, seu controle e sua inserção na economia local, nacional e global constituem um dos maiores capítulos da Convenção da Biodiversidade, documento aprovado na Conferência de Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, realizada no Rio de Janeiro, em 1992.

Por conseguinte, uma das inovações mais significativas da Convenção da Biodiversidade foi a afirmação do princípio de soberania nacional sobre recursos genéticos.

Com essa formulação, ganhou legitimidade a noção de "biopirataria", que pode ser descrita como a privatização e apropriação através de fronteiras nacionais de formas de vida e dos chamados conhecimentos tradicionais. As patentes são os meios mais comuns para reter essas informações sob domínio privado (SHIVA *apud* CARVALHO, 2006, p. 8).

À vista disso, estima-se que as florestas tropicais contenham mais da metade das espécies do planeta. São 6% da superfície terrestre do planeta que contêm pelo menos 70% das espécies da Terra (KLOPPENBURG *apud* CARVALHO, 2006, p. 8). Somente o território brasileiro abrange 30% de todas as florestas tropicais do mundo, com a maior parte situada na Amazônia (BECKER *apud* CARVALHO, 2006, p. 8). Isso faz do Brasil o país mais rico em biodiversidade, seguido da Colômbia, México e Indonésia (SALATI *et al apud* CARVALHO, 2006, p. 8).

Dessa forma, o Brasil e principalmente a Amazônia constituem um dos alvos potencialmente mais expostos ao risco da biopirataria.

Por causa disso, a notícia, divulgada em 2000, de que finalmente a biopirataria iria ser combatida no país, nos marcos da Convenção da Biodiversidade, e com o estabelecimento de um programa biotecnológico baseado na Amazônia, causou euforia na comunidade científica e no público em geral. Até então nenhuma iniciativa federal tinha sido elaborada para conter a expropriação dos recursos genéticos, e tampouco havia uma política que incentivasse a pesquisa científica com fins biotecnológicos na maior floresta tropical do Brasil.

Nesse contexto o Centro de Biotecnologia da Amazônia (CBA) é criado no âmbito do Programa Brasileiro de Ecologia Molecular para o Uso Sustentável da Biodiversidade – PROBEM, sendo inscrito no Primeiro PPA - Plano Plurianual do Governo Federal, o qual foi somente instituído em 2002 pelo Decreto nº 4.284.

Assim, são 12 mil m² de área construída, onde estão integrados um complexo com 26 laboratórios, central de produção de extratos, instalações para incubação de empresas, alojamentos para pesquisadores e instalações de apoio administrativo e à pesquisa.

O Centro de Biotecnologia da Amazônia (CBA) tem como missão, “promover o desenvolvimento e a comercialização de tecnologias e incentivar atividades industriais, baseadas na exploração sustentável da biodiversidade” (CARVALHO, 2006, p. 182).

E tem por objetivo: “contribuir para o desenvolvimento regional a partir da inovação biotecnológica; além de promover o conhecimento da biodiversidade amazônica e estabelecer na região parques bioindustriais de projeção internacional” (CARVALHO, 2006, p. 182).

Isto significa dizer que o Centro visa estimular novas maneiras de explorar a natureza da Amazônia através da biotecnologia. Para tal, deve atrair pesquisadores de forma que possa servir às demandas do Polo Industrial de Manaus em expansão. O desenvolvimento científico-tecnológico proposto pelo Centro de Biotecnologia da Amazônia (CBA), portanto, apresenta-se como uma maneira de incluir a Amazônia no novo processo produtivo mundial. Para isso, adota certas estratégias de ação, quais sejam:

“...articular infraestruturas disponíveis no país e no exterior, estabelecendo parcerias e negócios com instituições públicas e privadas de ensino, de pesquisa, de metrologia e certificação e de proteção e difusão do conhecimento; prospectar a biodiversidade, inclusive em parceria com comunidades tradicionais, visando a descoberta de novas moléculas e substâncias ou mesmo aprofundar o conhecimento daquelas já identificadas para viabilizar o cultivo, criação ou extrativismo sustentável; apoiar as comunidades amazônicas, capacitando-as de forma que aprimorem processos e desenvolvam, produzam e comercializem produtos decorrentes do uso da biodiversidade (CARVALHO, 2006, p. 182)”.

Ademais, o Centro de Biotecnologia da Amazônia (CBA), com a desqualificação da Bioamazônia, ficou subordinado ao Ministério de Ciência e Tecnologia e à Suframa, vinculada ao Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio. O Centro de Biotecnologia da Amazônia (CBA) não tem personalidade jurídica e depende ambos os ministérios para realizar qualquer ação.

Segundo o pesquisador e coordenador científico do Centro de Biotecnologia da Amazônia (CBA), José Cabral (2005), “90% do CBA é bancado pelo MCT, mas esse dinheiro não vai para a conta do CBA porque o CBA não existe [juridicamente]. Não vai para a Suframa, porque a Suframa não tem como fazer pesquisa. Ela não pode ter pesquisador no quadro.”

Deste modo, o artigo se propõe a analisar o impacto jurídico-econômico nas negociações comerciais decorrentes da adoção de personalidade jurídica pela Centro de Biotecnologia da Amazônia (CBA), vez que a falta de personalidade jurídica não permite investimentos privados, o que limita campo de atuação e não permite que o Centro de Biotecnologia da Amazônia (CBA) receba investimentos privados que podem impulsionar as pesquisas.

2.2. Personalidade Jurídica

A pessoa jurídica trata de uma ficção jurídica que confere aptidão para contrair obrigações e adquirir direitos.

A personalidade jurídica advém da atividade empresarial e pode ser conceituada como um sujeito de direito personificado não humano, também denominada como pessoa moral.

A pessoa jurídica possui, tal como a pessoa física ou natural, aptidão para ser titular de direitos e obrigações, tem conforme o artigo 52 do Código Civil a proteção à personalidade e principalmente, possui patrimônio próprio.

Para ser constituída faz-se necessário o registro no órgão competente de seus atos constitutivos, que conforme sua natureza poderá ser o Registro de Empresas (antiga Junta Comercial) ou o Registro Civil de Pessoas Jurídicas, quando efetivamente passa a ter existência própria dissociada do seu corpo societário.

No presente caso, a relevância do tema decorre justamente da necessidade de criação da personalidade jurídica do Centro de Biotecnologia da Amazônia (CBA) e principalmente, de que forma deverá ser constituída.

A ausência de personalidade jurídica do CBA, além do todo ora exposto referente aos efeitos da constituição da personalidade jurídica, ainda impede a efetiva aplicação de investimentos públicos e privados e consequentemente os resultados pretendidos quando da sua criação.

No ano de 2018 foi iniciado o debate e reconhecimento do CBA como uma organização social (OS) de personalidade jurídica vinculada ao Ministério da Indústria, sendo à época apresentada como uma solução técnica, especialmente em razão das divergências ideológicas durante todo o período desde a sua constituição.

A então sugestão de constituição na forma de organização social (OS) tem dentre suas características a de ser constituída sem fins lucrativos e com objeto social relacionado a atividades de saúde, ensino, pesquisa científica, cultura, desenvolvimento tecnológico e preservação do meio ambiente, dentre outras.

Desta feita, na forma de OS (organização social) o CBA poderia por meio de investimentos e tratamento tributário diferenciado, realizar as pesquisas necessárias para o desenvolvimento sustentável da Amazônia e sobre a biodiversidade.

Contudo, tal reconhecimento não acarretou na efetiva constituição da personalidade jurídica, razão pela qual o Decreto 9.190/2017 objetivo a publicação de edital para seleção de uma entidade privada sem fins lucrativos para gerir o CBA.]

Até o presente momento o CBA permanece sob a administração da Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA e os entaves, em especial para a promoção dos objetivos pelos quais foi criado, permanecem.

No decorrer do corrente ano (2020), principalmente em razão da impossibilidade de recebimento de investimentos do setor privado, em razão do exposto acima, foi apresentada a proposta de transformação do CBA em Fundação Pública de Direito Privado.

Neste formato, o CBA passaria a ter personalidade jurídica própria, patrimônio próprio e gestão própria (autonomia).

No caso, em sendo criada uma fundação, trata-se de pessoa jurídica que constitui a administração indireta do Estado, não possuindo fins lucrativos e criada mediante autorização legislativa.

Este tipo de fundação possui dotação inicialmente pública, são reguladas pelo regime jurídico de direito privado para com conformidade com as normas do direito público e por tal razão a forma de contratação junto a terceiros é por meio de licitação e seu corpo de funcionários são servidores provenientes de concurso público.

Além do já citado patrimônio próprio, possuem tratamento diferenciado tributário, em especial as imunidades previstas na Constituição Federal, representando melhor solução que a dada anteriormente.

Para tanto, a criação da denominada “Fundação Centro de Bionegócios da Amazônia” encontra-se ainda em fase de análise pela Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade do Ministério da Economia (ME), para posterior publicação da competente medida provisória.

Percebe-se que após anos da sua constituição, o CBA não consegue promover o objetivo pela qual foi criado, justamente em razão dos impedimentos que possui em receber investimentos do setor privado, que são extremamente necessários para as pesquisas básicas e avançadas e que posteriormente acarretarão na valorização da produção regional.

3. Conclusão

Ante ao exposto, o Centro de Biotecnologia da Amazônia (CBA) será uma associação com características de uma organização da sociedade civil de interesse público, sem fim econômico, de direito privado, com autonomia administrativa e financeira.

Com personalidade jurídica própria e um modelo de gestão descentralizado, o Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços espera que o Centro de Biotecnologia da Amazônia (CBA) possa exercer suas atividades de forma eficiente e, assim, gerar os resultados esperados para o desenvolvimento sustentável da Amazônia, pois de acordo com o Ministro Marcos Jorge: “a instituição da personalidade jurídica do CBA é um

pleito que existe desde a sua fundação, há 16 anos. Esse ato colabora para que o centro se torne cada vez mais célere, eficaz e ativo”.

Centro de Biotecnologia da Amazônia (CBA) será uma associação com características de uma organização da sociedade civil de interesse público, sem fim econômico, de direito privado, com autonomia administrativa e financeira, com personalidade jurídica própria e um modelo de gestão descentralizado.

Referências

CARVALHO, Maira Bueno de. **Biotecnologia, Estado e Poder na Amazônia: o caso CBA-Manaus**. 2006. 200p. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/279803>. Acesso em: 21 out. 2020.

CASTRO, Matheus. **Centro de Biotecnologia da Amazônia será transformado em fundação pública, anuncia superintendente da Suframa**. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/08/27/centro-de-biotecnologia-da-amazonia-sera-transformado-em-fundacao-publica-anuncia-superintendente-da-suframa.ghtml>. Acesso em: 21 out. 2020.

GALLO, Márcio. **Centro de Biotecnologia da Amazônia será uma Organização Social**. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/index.php/ultimas-noticias/112-inovacao/951-centro-de-biotecnologia-da-amazonia-sera-uma-organizacao-social>. Acesso em: 21 out. 2020.

O Ministério Público na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP): Angola, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe.

Cora H. M. da S. Hagino¹
Jullia A. F. T. Ferreira¹
Juliana de C. dos Santos¹

Resumo

O objeto de estudo desta pesquisa é o Ministério Público na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), em especial nos seguintes países: Angola, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe. Utilizamos o método comparado e a análise documental das Constituições dos países estudados e as leis orgânicas do Ministério Público. O objetivo do trabalho é observar entre os Ministérios Públicos da Comunidade de Países de Língua Portuguesa a influência da herança da colonização lusitana, além de comparar suas atribuições e seus modos de funcionamento, com destaque para a autonomia desse órgão frente aos demais poderes. Abordaremos também os reflexos da colonização até os dias atuais, na organização do judiciário, da sociedade, da linguística e na estrutura do Ministério Público. Esta análise contribui para se repensar o papel do Ministério Público brasileiro defrente aos demais países da CPLP.

Palavras-chave:

Ministério Público. Colonização. CPLP.

1. Introdução

O presente artigo busca discorrer a respeito da estrutura organizacional interna do Ministério Público na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), em especial nos seguintes países: Angola, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe. Realizaremos o estudo sob a ótica da influência colonial lusitana e da utilização da Língua Portuguesa no âmbito jurídico, ponderando a influência portuguesa e brasileira, sua autonomia, e a atuação funcional do Parquet. Além de comparar suas atribuições e modo de funcionamento, com destaque a autonomia desse órgão frente aos demais Poderes.

Metodologicamente, utilizamos o método comparado e a análise documental das Constituições da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) e as leis orgânicas do Ministério Público. Após a análise do Parquet de cada país de forma isolada, serão demonstradas as linhas que os interligam e denotam a importância que a influência colonial demonstrou.

2. O Ministério Público em Angola

A Angola é um país situado na costa do atlântico sul do continente Africano. E faz parte da comunidade dos países de língua portuguesa. Isso se dá devido à colonização portuguesa que ocorrerá em 1484, que explorou o país com a captação de mão de obra escrava e a exploração de matérias prima como minerais, diamantes e grãos como o café. Já na década de 1970 os movimentos de independência ganharam força tendo em vista que já se consolidava as independências das colônias francesas e inglesas, mas precisamente em 11 de novembro de 1975 foi declarada a sua independência. Com a influência direta da guerra fria, é preciso salientar que a Angola viveu uma guerra civil oriunda da bipolarização que grupos rivais que lutavam pela independência sofriram.

A história do país e a colonização portuguesa deixaram marcas para além da língua falada e interferem no modo de acesso à justiça e na organização de órgãos de extrema importância como é o caso do Ministério Público. Então, Boaventura de Sousa Santos no texto "Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes" demonstra que as linhas que dividem os países nórdicos, colonizadores daqueles colonizados ainda se fazem presente de diferentes formas e impedem a emancipação destes daqueles.

O Ministério Público Angolano tem sua organização similar ao português e ao brasileiro, muito por conta da ligação linguística e colonial. A autonomia desse órgão é regulamentada pelo Estatuto dos Magistrados Judiciais e do Ministério Público. Ele possui também regulamentação Constitucional, na secção IV. Já em relação às competências incluem a defesa da legalidade democrática, representar o Estado, exercer a ação penal e defender os interesses que lhe forem determinados por lei.

Um dos pontos de grande importância para o entendimento da autonomia do Ministério Público é a questão orçamentária. Em Angola a proposta de orçamento é elaborada pela Procuradoria-Geral da República e encaminhada ao presidente da República, ele pode em último caso encaminhar essa proposta à Assembleia Nacional. Tal como o Judiciário, o Ministério Público não possui autonomia financeira. Além disso, a forma de

¹ Centro Universitário de Volta Redonda – UniFOA.

indicação do Procurador Geral da República, cargo máximo de gerência do MP, faz-se importante para o entendimento da organização do órgão, são nomeados pelo Presidente da República sob proposta do conselho superior da respectiva magistratura entre os Chefes de Departamento com estatuto de Magistrado, Procuradores, Juizes Provinciais, e licenciados em direito, com pelo menos, de cinco a oito anos de experiência. E tem a duração do mandato até a exoneração pelo Presidente da República.

Já o cargo equivalente ao Promotor brasileiro, os Procuradores provinciais da república são nomeados Procuradores provinciais da república adjuntos e magistrados de igual categoria mais antigos e com boa classificação. Enquanto o acesso demais cargos ocorre por meio concurso de provimento e condicionado ao aproveitamento em posterior curso de formação e ou estágio específico.

3. O Ministério Público em Guiné-Bissau

A República da Guiné-Bissau (antiga Guiné Portuguesa) fica na costa oeste da África. Ela foi ocupada pelos portugueses em 1485, e somente se tornou independente em 1974 depois de uma guerra de independência que durou dez anos. Inicialmente, a Guiné Bissau e o Cabo Verde formaram um só país. Em 1980, houve a ruptura, tornando-os dois países distintos.

De forma diversa da que é utilizada no Brasil, a Lei Orgânica do Ministério Público Guineense (Lei n. 7/1995) relaciona separadamente os órgãos e os agentes do Ministério Público, nos artigos 7º e 8º. Os órgãos da estrutura do Ministério Público são a Procuradoria-Geral da República, o Conselho Superior da Magistratura do Ministério Público, as procuradorias-gerais adjuntas, as procuradorias da República e a Advocacia do Estado. De acordo com o artigo 125º da Constituição, "O Ministério Público é o órgão do Estado encarregado de, junto dos tribunais, fiscalizar a legalidade e representar o interesse público e social e é o titular da ação penal".

É importante ressaltar a questão da hierarquia, sendo esta não apenas a subordinação ao procurador-geral da República. O Estatuto define a hierarquia como subordinação dos magistrados de grau inferior aos de grau superior, e na obrigação de acatamento das diretivas, ordens e instruções recebidas. Todos devem também acatar as instruções dos órgãos da Procuradoria-Geral da República como o Conselho Consultivo.

A Lei Orgânica do Ministério Público trata da independência da magistratura do Ministério Público em relação à magistratura judicial e aos demais órgãos da administração central e local (art. 2º). A autonomia do Ministério Público caracteriza-se pelo seu autogoverno em matéria administrativa, funcional e disciplinar, nos termos da Lei orgânica. Os magistrados do Ministério Público não recebem ordens ou diretivas do presidente da República, do Governo, da Assembleia Nacional Popular, do Ministério da Justiça nem dos tribunais. Ou seja, o conceito deles de independência funcional é diferente do mais aceito no Brasil. Aqui, a independência é de cada membro ou órgão do Parquet. Lá a independência funcional é do Ministério Público sob a chefia do procurador-geral em face dos outros órgãos constitucionais.

No que concerne à autonomia financeira, esta é reduzida uma vez que o Ministério da Justiça tem atribuições administrativas sobre o Ministério Público, por exemplo, no que se refere à contratação de funcionários e à realização de compras e obras.

4. O Ministério Público em Moçambique

Moçambique é um país localizado no continente africano, ao sul, e banhado pelo Oceano Índico. Assim como outros países de colonização portuguesa teve sua independência tardia. Mais precisamente, se tornou independente de Portugal em 1975. Em meio à guerra fria e com consecutivas guerras armadas pela independência e com a influência do socialismo e posterior abertura da economia, a história dos moçambicanos pode ser entendida através da influência colonial, da bipolaridade tendida ao regime socialista e a vontade de ser independente. Tendo em vista a perspectiva do renomado autor que segue "O colonial constitui o grau zero a partir do qual são construídas as concepções modernas de conhecimento e direito" (BOAVENTURA, 2007). Assim sendo, os resquícios da colonização portuguesa vão além da língua oficial do país e passam a reger instituições em todo o âmbito jurídico e o cerne deste compêndio, o Ministério Público.

O Ministério Público Moçambicano goza de definição Constitucional, compreendida em título próprio.

E tem como função descrita no art. 236 de sua carta magna "Ao Ministério Público compete representar o Estado junto dos tribunais e defender os interesses que a lei determina controlar a legalidade, os prazos das detenções, dirigir a instrução preparatória dos processos-crime, exercer a ação penal e assegurar a defesa jurídica dos menores, ausentes e incapazes" o que demonstra a similaridade com a competência dos *parquets* brasileiro e português. No que tange à autonomia sob a perspectiva de recursos, é autônomo conforme Estatuto dos Magistrados do Ministério Público (Lei n° 4/2017) que estipula sua autonomia funcional e administrativa e no caso de orçamento delimita apenas o respeito aos limites fixados na lei orçamentária.

Um aspecto de grande valia para o entendimento da autonomia deste órgão frente aos demais dentro do país é a escolha do Procurador Geral da República que ocorre por indicação do Presidente da República entre licenciados em direito, com experiência profissional mínima de dez anos, entre a magistratura ou em qualquer

outra atividade forense ou de docência em direito. O mandato tem duração de cinco anos. A seção deste tempo pode ocorrer nas hipóteses que seguem; renúncia; exoneração; demissão; aposentação compulsiva em consequência de processo disciplinar ou criminal; aceitação de lugar ou cargo incompatível com o exercício das suas funções. Já em relação aos Procuradores-Gerais Adjuntos são nomeados também pelo presidente da república, mas sob proposta do Conselho Superior da Magistratura do Ministério Público, após concurso público de avaliação curricular, aberto a cidadãos nacionais de reputado mérito, licenciados em Direito, no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos, que tenham, à data do concurso, idade igual ou superior a trinta e cinco anos e que tenham exercido, pelo menos durante dez anos, a atividade forense ou de docência em Direito (Art. 240 Constituição de Moçambique).

No que cabe à remuneração o Ministério Público é autônomo para propor ao governo, através do ministro que superintende a área da justiça, a criação e extinção dos seus cargos e serviços, bem como a fixação das remunerações dos seus magistrados, oficiais de justiça e funcionários, proposição esta firmada no Estatuto dos Magistrados do Ministério Público. E em relação às promoções dos funcionários são condicionadas a aprovação em concurso e a disponibilidade de vaga.

É válido ainda ressaltar que o princípio da legalidade é, assim como no Brasil, respeitado e recebe espaço constitucional "No exercício das suas funções, os magistrados e agentes do Ministério Público estão sujeitos aos critérios de legalidade, objetividade, isenção e exclusiva sujeição às diretivas e ordens previstas na lei" art. 234 da Constituição de Moçambique. Sendo essa mais uma correspondência com a carta magna brasileira.

5. O Ministério Público em São Tomé E Príncipe

São Tomé e Príncipe não possui nenhuma fronteira terrestre e está localizado no golfo da Guiné, no Oceano Atlântico, a mais de 300 mil metros dos países mais próximos, sendo eles Gabão, Guiné Equatorial e Camarões. Até o ano de 1975, São Tomé e Príncipe ainda era uma colônia portuguesa. Hoje o pequeno país busca construir a *res publica* no molde jurídico normativo do Estado Democrático de Direito. Entretanto, em meio ao processo de construção de república, o país ainda sofre as tragédias da colonização, evidenciadas na estrutura clientelista e dominação patrimonialista, que junto com o nepotismo sempre foram meios imprescindíveis para garantir o controle da metrópole, caracterizando assim o exposto por Boaventura de Souza Santos ao tratar do regresso do colonial e do colonizador.

O Ministério Público Santomense recebeu assento constitucional no artigo 130 da Constituição de São Tomé e Príncipe trata da Instituição como um fiscal da legalidade representando os tribunais, o interesse público e social.

O *Parquet* Santomense possui por órgãos: a Procuradoria Geral da República, a Procuradoria de Província e a Procuradoria de Distrito, tendo por agentes: o procurador-geral da República, o vice-procurador-geral da República, o procurador-geral adjunto, o procurador provincial e o procurador distrital. A Procuradoria Geral da República é o órgão superior do Ministério Público, dirigida pelo procurador-geral, que é nomeado por um período de cinco anos, pelo presidente da República

Insta salientar que em São Tomé e Príncipe não há bibliografia jurídica a ser consultada. Isto é, o país ainda utiliza os códigos penal e processual penal da metrópole. Não possui expressões doutrinárias próprias nem publicações próprias. Não existe editora jurídica em São Tomé e Príncipe, tampouco existe escola ou faculdade de Direito em São Tomé e Príncipe, sendo necessário estudar fora do país, para licenciar-se em Direito. No quadro ministerial existe a figura dos delegados de procuradores da República, que muitas vezes sequer possuem formação jurídica.

No que concerne à autonomia funcional de uma instituição garante-lhe organizar-se e estruturar-se de forma independente. Desdobra-se em autonomia administrativa e autonomia financeira. O Ministério Público santomense não possui autonomia financeira; pois, embora participe na elaboração da proposta orçamentária conjuntamente com o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, não possui qualquer poder de gestão dos recursos destinados à Justiça, conforme dispõe o art. 3º da Lei 8/1991. Quanto à autonomia administrativa, esta também não existe, pois depende do Poder Executivo. Esta dependência surge da função de assessoria jurídica e de advocacia administrativa do Governo, uma vez que o Ministro da Justiça possui poderes de orientação sobre o Ministério Público, dando instruções ao PGR sobre ações civis que o Estado seja parte ou autorizando confissão, transigência ou desistência destas mesmas ações (artigo 21 da Lei Orgânica do Ministério Público, Lei n. 9/1991).

6. Considerações finais

Tendo em vista o perfil histórico e linguístico advindo da colonização portuguesa bem como a tardia independência impulsionada pela bipolaridade da guerra fria que une os países mencionados neste artigo, Angola, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe dentro da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP) e os interesses socioeconômicos da organização liderada pela antiga metrópole lusófona. E a posição geográfica que os mantém ao sul da linha abissal como países que ainda sofrem forte influência de seus colonizadores,

neste caso Portugal. A relação de influência vai além da Língua falada e abrange as legislações desses países e o modo de dizer o direito.

Já o foco deste artigo, o Ministério Público, através de uma perspectiva comparada denota as similaridades entre os órgãos dos países apresentados que receberam em sua organização forte influência do *Parquet* português bem como do brasileiro, tendo como destaque a autonomia do órgão que mesmo divergindo em grau, está presente em todos os países estudados. Além disso, faz-se necessário destacar a previsibilidade constitucional, item de grande valia para o entendimento da autonomia e garantia do órgão frente aos demais poderes.

Esta análise demonstra o papel de influência do Ministério Público brasileiro frente aos demais membros da Comunidade de países de Língua Portuguesa e denota a importância do Ministério Público ser considerado órgão independente para a manutenção da democracia. Além disso, demonstra como os países colonizados por Portugal seguem até a atualidade o modelo organizacional deste órgão, sendo o Brasil aquele que mais destaca na autonomia financeira e administrativa.

7. Referências

CASTILHO, Ela. O Ministério Público de Moçambique. In: CALABRICH, Bruno. **Modelos de Ministérios Públicos e Defensorías Del Pueblo**: Volume 2 Ministérios Públicos da comunidade dos Países de língua Portuguesa 1.ed. Brasília: ESMPU, 2014. p 79-107.

JÚNIOR, José. Comentário Jurídico da Constituição de 1990, da República de Moçambique. In: MOURÃO, Fernando; PORTO, Walter; MANTOVANINI, Thélmer (orgs.). **As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas**. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2007. p. 532-557.

MOURÃO, Fernando; PORTO, Walter; MANTOVANINI, Thélmer. Constituição da República de Moçambique. In: MOURÃO, Fernando; PORTO, Walter; MANTOVANINI, Thélmer (orgs.). **As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas**. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2007. p. 558- 645.

NOBRE, Frederico. O Ministério Público de Angola. In: CALABRICH, Bruno. **Modelos de Ministérios Públicos e Defensorías Del Pueblo**: Volume 2 Ministérios Públicos da comunidade dos Países de língua Portuguesa 1.ed. Brasília: ESMPU. 2014. p. 15-37.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para além do pensamento abissal**: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos estud.* - CEBRAP, São Paulo, n. 79, p.71-94, Nov. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso 20/09/ 2020.

STIPP, Alvaro Luiz de Mattos. O Ministério Público de São Tomé e Príncipe. In: CALABRICH, Bruno. **Modelos de Ministérios Públicos e Defensorías Del Pueblo**: volume 2 Ministérios Públicos da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Brasília: ESMPU, 2014. p. 143-159.

S. TOMÉ E PRÍNCIPE, **Constituição da República Democrática de S. Tomé e Príncipe**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/saotomeeprincipe/constituicao/constituicao-da-republica-democratica-de-s.tome-e>. Acesso em 09/10/2020.

VAN-DÚNEM, Fernando. A CONSTITUIÇÃO DE ANGOLA: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-JURÍDICA. In: MOURÃO, Fernando e PORTO WALTER e MANTOVANINI, Thélmer. **As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas**. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2007. P. 21-51.

VAN-DÚNEM, Fernando. LEI CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DE ANGOLA DE 1992. In: MOURÃO, Fernando e PORTO WALTER e MANTOVANINI, Thélmer. **As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas**. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2007. P. 51-100.

VIEIRA, Pedro e LOPES, Edgar. "Juizes e Ministério Público: Os Estatutos nos países de língua portuguesa". 2017. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_Estatutos_PLP.pdf. Acesso em: 08/04/2020.

O Ministério Público no Timor-Leste

Juliana de C. dos Santos¹
Cora H. M. da S. Hagino¹

Resumo

O objeto de estudo desta pesquisa é o Ministério Público no Timor-Leste. Foi utilizado o método comparado e a análise documental da Constituição do país e a lei orgânica do Ministério Público. O objetivo do trabalho é observar o Ministério Público do Timor-Leste sob a influência das legislações brasileiras e os resquícios deixados pela colonização portuguesa e a tardia independência do país. Além de comparar suas atribuições, organização e modo de funcionamento com o Ministério Público do Brasil. E também estudaremos a autonomia deste órgão em relação a outras instituições timorenses e a dificuldade ao acesso à justiça propiciada pela diversidade de línguas faladas no país e a unicidade da língua portuguesa no âmbito jurídico. Este estudo auxilia para constatar a influência do Ministério Público brasileiro no timorense e como o legado das legislações portuguesas delimita o funcionamento destes órgãos em ambos os países até a contemporaneidade.

Palavras-chave:

Ministério Público. Autonomia. Acesso à justiça.

1. Introdução

O presente artigo tem como objeto de estudo o Ministério Público no Timor-Leste. A partir de uma perspectiva histórica da recente democracia que foi colonizada por Portugal e passou anos sob domínio da Indonésia. E que é atualmente influenciada pelos países da Comunidade de Língua Portuguesa (CPLP), que incluem Portugal e Brasil, organização de cunho político e econômico da qual faz parte. Demonstrando que mesmo após o conturbado período que passou sendo gerida pela ONU, Organização das Nações Unidas, a dominação externa ainda se faz presente no país, por meio dos resquícios históricos marcados em seu desenvolvimento.

Ressaltando-se a utilização da Língua Portuguesa como oficial do país dentro do erário público e das legislações pertinentes ao Ministério Público e todo o sistema judiciário timorense, o que não condiz com a pluralidade linguística vivida pelo país. A fim de demonstrar como isso implica na inacessibilidade da justiça e ineficiência da mesma. Além de comparar suas atribuições, organização e modo de funcionamento com o Ministério Público do Brasil. Metodologicamente foi utilizado o método comparado e a análise documental da Constituição do país e a lei orgânica do Ministério Público.

2. Breve resumo histórico do Timor-Leste

Timor-Leste é um país localizado no sudeste asiático entre a Austrália e a Indonésia, sua única fronteira terrestre. Essa localização é geograficamente estratégica, uma das motivações para que outras nações buscassem exercer domínio político sob o país. Ele foi colonizado por Portugal no século XVI, que visava matérias-primas, como o sândalo, e principalmente a posição geográfica estratégica. Apenas em 1975, o país se tornou independente, seguindo a linha de outros países de colonização portuguesa com uma independência tardia e com forte influência da bipolaridade causada pela guerra fria. Em meio a uma guerra civil que dividia o território entre dois grupos, a independência foi proclamada. No entanto, no mesmo ano ocorreu a invasão da Indonésia.

Para perpetuar a dominação, a Indonésia usou uma política genocida e com a principal estratégia de promover queimadas e grandes incêndios. E assim se estabeleceu como dominadora do território timorense. Somente na década de 1990, onde a Ásia como um todo passava por uma crise econômica e a pressão sob a Indonésia para independência do Timor se intensificou, começou a haver indícios de uma independência próxima. E em 1999, com a interferência da ONU, Organização das Nações Unidas, a Indonésia em negociação com Portugal, que não havia reconhecido a independência do Timor-Leste, começaram a traçar uma linha para independência de fato do país. Mesmo frente a esse avanço político, a Indonésia com a intenção de manter Timor agregado a seu território criou políticas públicas para a melhoria da qualidade de vida no local e armou cidadãos para defender o posicionamento indonésio, criando uma espécie de milícia de defesa da ocupação Indonésia.

No entanto, mesmo contra a pressão da Indonésia, por votação popular em 1999 os Timorenses escolheram se tornar independentes. Essa escolha fez com que as milícias criassem um sistema violento de repressão, onde aqueles que teriam votado a favor desse resultado eram caçados e na maioria dos casos mortos. No mesmo ano, a ONU decide intervir com apoio de tropas militares da Austrália. E após essa intervenção, no ano

¹ Centro Universitário de Volta Redonda - UniFOA

de 2001 ocorrem as eleições presidenciais onde Xanana Gusmão, líder da frente de resistência timorense, é eleito o primeiro presidente da nova República. E assim em 2002, é efetivada a independência do Timor-Leste.

Tendo em vista esse breve resumo histórico do Timor-Leste, marcado por forte violência advinda da dominação de outros países e principalmente propiciada pela colonização lusitana, torna-se impossível não elucidar Boaventura de Sousa Santos. Em sua obra que trata da dominação colonial presente na atualidade disfarçada através de resquícios como a língua e a dominação cultural e as formas de conjunturas econômicas e políticas.

A tensão entre regulação e emancipação continua a coexistir com a tensão entre apropriação e violência, e de tal maneira que a universalidade da primeira tensão não é questionada pela existência da segunda. Em seguida, sustento que as linhas abissais ainda estruturam o conhecimento e o direito modernos e são constitutivas das relações e interações políticas e culturais que o Ocidente protagoniza no interior do sistema-mundo. Em suma, meu argumento é o de que a cartografia metafórica das linhas globais sobreviveu à cartografia literal das linhas que separavam o Velho do Novo Mundo. (SANTOS, 2007).

A obra "Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes" demonstra também como o Direito se torna uma das principais ferramentas de dominação, tendo a legislação dos países antes colonizados com vasta influência dos colonizadores. Seja na forma da escrita até a estruturação das legislações e no caso Timorense, contando com juristas Portugueses e legislações tanto que seguem o ordenamento luso como o indonésio.

3. A linguagem e o acesso à Justiça

Timor-Leste faz parte da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), junto a Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Guiné Equatorial, Moçambique, Portugal e São Tomé e Príncipe. Essa união não é apenas linguística, por conta da Língua Portuguesa, considerada Língua oficial em todos os países citados, é uma formação de cunho político e interesses econômicos. Além da língua portuguesa, Timor também considera como Língua oficial o Tétum.

Criada em 1996, com sede em Lisboa (Portugal), a CPLP é do ponto de vista geográfico uma recreação do antigo império português. A língua portuguesa é o elo que une os oito Estados membros embora o idioma seja falado em percentagens muito variáveis (PALMEIRA, 2010).

Tendo em vista a conturbada história recente timorense e a localização geográfica do país, a Língua Portuguesa mesmo que seja a oficial, não foi perpetuada como no Brasil e não abrange a maioria da população. Sendo apenas 6% da população falante da língua portuguesa, essa porcentagem está disponível no portal do observatório de língua portuguesa. No Timor-Leste, a pluralidade de idiomas não fica por conta apenas do português e do tétum, essas línguas dividem espaço ainda com outras e dialetos como Habun, Bunak, Makasae, Fataluku, Idalaka, Kemak, Tokodede, Mambae, Makuva, Dawan, Bekais, Kawaimi, Wetarês e Galolen, que variam em quantidade de falantes e localização geográfica do País.

No entanto, a Língua Portuguesa por ser considerada a oficial, é a usada em registros públicos e em toda a esfera pública. Sendo assim, vedada o acesso a cargos públicos aqueles que não dominam essa língua pelo ingresso através de concursos públicos. Na maioria das páginas governamentais há a opção de língua entre o Tétum e o português, o que demonstra a ligação da população com o Tétum. O português é considerado uma língua elitizada, onde a maioria de seus propagadores ocupam cargos no governo, tem condição financeira favorável ou descendência direta de outros países que adotam a língua.

Essa questão de pluralidade linguística onde uma das línguas menos compreendida entre a população, o português, é usado no erário público traz problemáticas relacionadas à comunicação. Como é o caso da limitação do acesso à Justiça. É comumente utilizado interpretes dentro do Poder judiciário, o que afasta a compreensão plena e a verossimilhança de fatos narrados e denota a inacessibilidade do Poder Judiciário.

Acostumado a uma justiça tradicional, na qual o chefe da aldeia media e decide os conflitos, impondo sanções imediatas, os timorenses não compreendem a justiça formal. Não é fácil para eles aceitar que alguém que transgrediu a lei fique à espera de um julgamento que pode demorar anos. Por isso, mesmo casos mais graves, como homicídio e estupro, continuam sendo submetidos ao sistema tradicional, e poucos são os crimes levados ao conhecimento das autoridades constituídas (ARAÚJO, 2014).

É válido ressaltar que durante o período em que o Timor-Leste viveu sob o domínio da Indonésia já tinha sido conturbado para a Justiça, vista pelos timorenses como imparcial, tendenciosa aos interesses do país dominador e inacessível. Tais características fizeram com que uma espécie de justiça própria se instaurasse demonstrando já um pluralismo jurídico que habita fora dos prédios públicos. Após o período em que o Timor ficou sob o comando da ONU (Organização das Nações Unidas) falhas consecutivas foram cometidas, como a

má formação dos operadores do Direito frente à nova formação do país, a recente democracia mantinha uma pluralidade de legislações, entre elas as advindas da Indonésia e as recentes normas impostas pela ONU. Como preleciona o renomado autor português Boaventura de Sousa Santos em sua obra "Para uma Revolução Democrática da Justiça";

Para a concretização do projeto político-jurídico de refundação democrática da justiça, é necessário mudar completamente o ensino e a formação de todos os operadores do direito: funcionários, membros de do ministério público, defensores públicos, juizes e advogados (SANTOS, 2014).

Defronte aos problemas deixados pela gestão anterior, comandada pelos indonésios, o caminho visto foi a convocação de auxílio de juristas de outras nacionalidades. Dentre eles, moçambicanos, angolanos, brasileiros entre outros participantes da CPLP, mas em sua maioria portuguesa. Essa pluralidade de nacionalidades de agentes comandando o egrégio tribunal com a unicidade linguística voltada para Língua Portuguesa e compactuando com a colonização lusitana ou advindos da própria metrópole resultou numa demasia influência nas legislações timorenses bem como no domínio português na linguagem jurídica deste país.

4. A Organização Interna do Ministério Público Timorense

O Ministério Público do Timor-Leste tem previsão constitucional com capítulo próprio compreendido entre os art. 132 e 134, do título V dos Tribunais. A este órgão competem as funções de representação e de defesa dos interesses do Estado; do exercício da ação penal; de assegurar a defesa dos menores, ausentes e incapazes; da defesa da legalidade democrática; e de promover o cumprimento da lei (art. n. 132, da CRTL). Exerce, portanto, atribuições nas áreas, cível, criminal, administrativa, constitucional e da infância e juventude. Assim como o Ministério Público brasileiro, é incumbido da proteção dos Direitos difusos e da propositura da ação penal.

No que tange a nomeação do Procurador Geral da República, ele é nomeado para um mandato de quatro anos pelo presidente da República ouvido o Governo, dentre magistrados do Ministério Público, juizes de carreira, ou juristas de reconhecido mérito. Seu mandato tem a duração de quatro anos, renovável, uma só vez, por igual período. O que difere em tempo no caso brasileiro, sendo este de dois anos com possível recondução. Já a destituição do cargo só pode cessar antes do término do mandato, nas seguintes hipóteses: morte ou incapacidade física, ou psíquica permanente; renúncia apresentada por escrito; exoneração, demissão, ou aposentação compulsiva em resultado de processo disciplinar, ou criminal, nessa última hipótese cabe ao Presidente da República à exoneração.

Na sede de cada distrito judicial existe uma Procuradoria da República Distrital, dirigida por um procurador da República distrital, responsável pela direção, coordenação e fiscalização da atividade do Ministério Público no distrito judicial. O procurador da República distrital é nomeado, por períodos de três anos, pelo Conselho Superior do Ministério Público, entre os procuradores da República de 1ª classe. Por fim, na sede dos distritos judiciais, para além do procurador da República distrital, podem existir procuradores da República, procuradores da República estagiários e representantes do Ministério Público, que atuam como agentes do Ministério Público e exercem as atribuições ordinárias do Parquet. Estagiários do curso de formação para o acesso à carreira do Ministério Público podem ser nomeados temporariamente pelo Conselho Superior, desde que revelem ter a preparação necessária (ARAÚJO, 2014).

Em relação à remuneração, o regime remuneratório dos magistrados do Ministério Público é fixo em diploma legal, tendo em conta a especificidade da função judicial, a categoria e tempo de serviço prestado pelo magistrado. (Artigo 45, LEI n.º 14/2005). Enquanto a estrutura é hierarquicamente organizada, subordinada ao procurador-geral da República, a quem compete a nomeação, colocação, transferência e promoção dos agentes do Ministério Público e o exercício da ação disciplinar. No exercício das suas funções, os agentes do Ministério Público estão sujeitos a critérios de legalidade, objetividade, isenção e obediência às diretivas e ordens previstas na lei. Não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei. Ou seja, assim como no Brasil é respeitado o princípio da Legalidade.

Em relação à atuação do MP nos processos criminais, e na negociação de penas, o Código do Processo Penal dedica ao *Parquet* seu Capítulo IV, estabelecendo no artigo 48.º que o Ministério Público é o titular da ação penal, competindo-lhe colaborar com o tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito, obedecendo em todas as intervenções processuais a critérios de estrita legalidade e objetividade. Compete-lhe especialmente receber as denúncias e queixas e ordenar a instauração do procedimento criminal, dirigir o inquérito, avocando aqueles que entenda dever conduzir diretamente, solicitar intervenção judicial para a prática de atos jurisdicionais no curso do inquérito, deduzir acusação e sustentá-la em julgamento, interpor recursos, e promover a execução das decisões judiciais.

Cabe ainda ressaltar que a lei distingue entre órgãos e agentes do Ministério Público. São órgãos do Ministério Público: a Procuradoria-Geral da República, as procuradorias da República distritais, o Conselho Superior do Ministério Público e a Inspeção do Ministério Público, que o integra. Compete a ele (MP) a condução dos inquéritos policiais.

Tabela 1 – Comparação Ministério Público do Brasil e do Timor

Aspectos	MP brasileiro	MP Timorense
Acesso aos cargos	Concurso público e promoção	Concurso e promoção.
Inamovibilidade	Sim	Sim
Independência	Funcional	Não existe a garantia da independência funcional, é hierarquicamente organizado e está sujeito a obediência a diretivas e ordens. Tampouco a inamovibilidade está plenamente assegurada.
Atuação interesses difusos	Sim	Sim
Investigação criminal	Sim	Sim
Hierarquia	Não há previsão	Sim
Garantias	Previsão constitucional	Previsão constitucional
Procurador-geral	Membro da carreira do Ministério Público da União	Membro da carreira do Ministério Público.

Fonte: autor.

5. Considerações finais

Tendo em vista a conturbada história do Timor-Leste, marcada por consecutivas dominações que propiciaram uma trajetória de violenta luta pela libertação tanto Lusitana quanto posterior da Indonésia. O país vive uma recente democracia com vastos resquícios do grande tempo que passou dominado pelas distintas Nações o que o leva a propagar a influência vivida até a atualidade, na língua, nas legislações e na permissão de grande interferência externa.

No que tange a Linguística, a negação da pluralidade frente à imposição da unicidade da Língua portuguesa no erário público denota uma tentativa de aliança com a Comunidade de países da CPLP, Comunidade de Países de Língua Portuguesa e a marca da colonização ainda presente de forma direta. Isso interfere diretamente no acesso à justiça, impedindo que a recente democracia desenvolva esse aspecto que foi consecutivamente negligenciado enquanto dominada por outros povos, passando assim para a população uma ideia de elitização do setor público bem como do poder judiciário.

Já o Ministério Público do Timor-Leste, fragmento de destaque desse compêndio, demonstra as características listadas. Recebendo em sua organização influência direta do *parquet* português, seguindo algumas legislações ainda de cunho indonésio e com juristas de toda a comunidade da CPLP ou ainda Timorenses com formação indonésia, ou australiana. Além disso, é indubitável a influência brasileira neste órgão, seja com o intercâmbio de agentes ou com a interferência das legislações.

6. Referências

ALBUQUERQUE, Davi Borges de. **As línguas do Timor Leste**: perspectivas e prospectivas. *Língua e Literatura*, n. 27, p. 313-335, 2010.

CPLP. **Comunidade de Países de Língua Portuguesa**. 2020. Disponível em: <https://www.cplp.org/id-2595.aspx> Acesso em: 15/10/2020.

Constituição da República Democrática de Timor-Leste de 2002. In: MOURÃO, Fernando e PORTO WALTER e MANTOVANINI, Thélmer. **As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas**. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2007. P. 860-915.

ARAÚJO, Maria Emília Moraes de. O Ministério Público de Timor-Leste. In: CALABRICH, Bruno. Modelos de Ministérios Públicos e Defensorías Del Pueblo: Volume 2 Ministérios Públicos da comunidade dos Países de língua Portuguesa 1.ed. Brasília: ESMPU, 2014. P 161-208.

ELIAS, Luís. Reflexões sobre a Reforma dos Sectores de Segurança e Justiça em Timor-Leste. In: SILVA, Kelly. **Reciprocidade, reconhecimento e sofrimento: Mobilizadores políticos no Timor-Leste independente**. 2010. Disponível em: https://www.academia.edu/1599466/Reciprocidade_reconhecimento_e_sufrimento_Mobilizadores_pol%C3%ADticos_no_Timor_Leste_independente Acesso em: 08/07/2020.

ESTATUTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – LEI n.º 14/2005, de 16 de setembro. Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 11/2011, de 28 de setembro. In: VIEIRA, Pedro e LOPES, Edgar. "**Juízes e Ministério Público: Os Estatutos nos países de língua portuguesa**". 2017. P 591 – 610. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/eb_Estatutos_PLP.pdf Acesso em: 29/03/2020.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. A Novíssima Constituição de Timor-Leste. In: MOURÃO, Fernando e PORTO WALTER e MANTOVANINI, Thélmer. **As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas**. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2007. P. 844-858.

MINISTÉRIO PÚBLICO TIMOR-LESTE. 2020. Disponível em: <https://www.mp.tl/?lang=pt-pt> Acesso em 20/09/2020.

OBSERVATÓRIO DE LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <http://observalinguaportuguesa.org/category/documentacao-e-consultas/> Acesso em: 20/06/2020.

PALMEIRA, José. O potencial de Timor-Leste na geopolítica da CPLP. In: SILVA, Kelly. **Reciprocidade, reconhecimento e sofrimento: Mobilizadores políticos no Timor-Leste independente**. 2010. Disponível em: https://www.academia.edu/1599466/Reciprocidade_reconhecimento_e_sufrimento_Mobilizadores_pol%C3%ADticos_no_Timor_Leste_independente Acesso em: 08/07/2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes**. *Novos estud.* - CEBRAP, São Paulo, n. 79, p.71-94, Nov. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-3002007000300004&lng=en&nrm=iso. Acesso 20/09/ 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Editora Cortez, 2014.

O Conselho Nacional do Ministério Público do Brasil e o Conselho Superior do Ministério Público de Portugal

Cora H. M. da S. Hagino¹

Dean A. de Almeida¹

Luiz Felipe de P. Pinto¹

Resumo

O presente trabalho tem como objeto de estudo o Ministério Público no Brasil em comparação com o Ministério Público de Portugal, bem como seus conselhos nacionais. Utilizando uma análise documental e legal sobre a autonomia destas instituições e suas atribuições, poderemos observar a atuação dos promotores. O Ministério Público brasileiro e português tem em comum um Conselho Nacional responsável pela fiscalização dos procuradores, diante disto, este estudo vai discorrer também sobre o funcionamento dos conselhos nacionais, punições provenientes de faltas cometidas pelos procuradores e o controle das atividades dos membros do Ministério Público pelos conselhos nacionais.

Palavras Chaves:

Ministério Público. Conselhos nacionais do Ministério Público. Punições.

1. Introdução

O Ministério Público é uma instituição de grande importância na organização dos Estados modernos, sendo assim há grande interesse nos estudos sobre as estruturas organizacionais deste órgão.

O objetivo deste trabalho é analisar o Conselho Nacional do Ministério Público Brasileiro e o Conselho Superior Português e como cumprem uma função fiscalizadora sobre os seus respectivos Ministérios Públicos.

2. O CNMP Brasileiro

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) teve sua criação com a emenda constitucional nº45 de 2004 e tem como objetivo ditar os rumos nacionais do Ministério Público, cabendo aconselhar e fiscalizar servidores e promotores. O Conselho é formado por 14 membros: quatro membros do Ministério Público da União, três membros do Ministério Público Estadual, um juiz indicado pelo Supremo Tribunal Federal, um juiz indicado pelo Superior Tribunal de Justiça, dois advogados indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada indicados pela Câmara dos deputados e Senado.

Atualmente, a principal função do CNMP tem sido a de fiscalizar os membros do Ministério Público e lhe sancionar penas ao descumprirem seus deveres funcionais. Sendo assim, apresenta-se como de grande importância um estudo aprofundado sobre as decisões deste órgão, uma vez, que demonstra a punição ou a falta de punição aos membros do Ministério Público.

3. Processos do Conselho Nacional do Ministério Público Brasileiro

Como objeto de estudo utilizamos os processos do CNMP entre 2016 e 2019, com ênfase nos processos disciplinares que tramitam contra membros do Ministério Público. Há de se relatar dois pontos interessantes sobre estes processos: alguns processos tramitam em sigilosamente, por isto, não há como saber o assunto do processo e todo seu andamento e alguns processos são meramente procedimentais como pedidos de informações, de transferência etc. Portanto, os processos que não forem sigilosos ou disciplinares não serão aprofundados neste trabalho.

Sobre o total de processos, a saber:

¹ Centro Universitário de Volta Redonda - UniFOA

Tabela 1 – total de processos disciplinares não sigilosos do CNMP (2016-2019)

Ano	Processos disciplinares	Processos sigilosos	Total de Processos
2016	1	4	17
2017	3	2	29
2018	13	21	81
2019	10	99	264

Fonte: CNMP, 2020.

Sobre 2016, há de se falar que tramita apenas um processo disciplinar de número 1.01046/2016-01 que tem como objeto o descumprimento do dever funcional de um membro do Ministério Público Federal, o processo ainda está em andamento sendo prorrogado por diversas vezes sob alegação de que ainda há diligências a serem cumpridas.

Sobre 2017, segue tabela abaixo:

Tabela 2 - Processos disciplinares não sigilosos do CNMP no ano de 2017

Processos disciplinares 2017	
Número do processo	Assunto/ Andamento
1.00058/2017-27	Improbidade administrativa por apropriação ilegal de ajuda de custo. Foi condenado a afastamento por 90 dias.
1.00137/2017-10	Membro do MP foi condenado a afastamento por 90 dias, porém, após a decisão foi solicitado pela Corregedoria que o afastamento seja revisto e feito de forma definitiva. Até o presente momento não houve sentença definitiva sobre o caso.
1.00802/2017-66	Processo sobre comportamento desrespeitoso de membro do MP ao se dirigir a um oficial de justiça. Ainda não há decisão sobre o caso.

Fonte: CNMP, 2020.

Observa-se que os processos disciplinares referentes ao ano de 2017 ainda tramitam, por tanto, não há de se falar em celeridade na resolução das demandas referentes a este ano e na eficácia da punição aos membros infratores. O mesmo pode ser observado nos outros anos apontados neste estudo, sendo marcante o número de processos ainda em andamento.

Tabela 3 - Processos disciplinares não sigilosos do CNMP no ano de 2018

Processos disciplinares 2018	
Número do processo	Assunto/ andamento
1.00211/2018-24	Manifestação indevida em rede social. Não houve punição ao membro do MP, alegação de liberdade de expressão
1.00202/2018-33	Revisão de processo disciplinar que condenou membro do MP ao afastamento de 60 dias. Sem sentença ainda.
1.00128/2018-19	Aquisição de imóvel com valor desproporcional à evolução do patrimônio do membro do MP. Até o momento não há sentença definitiva.
1.00432/2018-48	Utilização de veículo oficial para fins particulares. Não há sentença ainda.
1.00514/2018-00	Manifestação indevida em redes sociais. Condenado a suspensão por 53 dias.

1.00669/2018-38	Divulgação de assunto sigiloso. Não há sentença ainda.
1.00777/2018-00	Revisão de processo disciplinar sob a alegação de cerceamento de defesa. Não há sentença ainda.
1.00894/2018-74	Falsificação de documento público. Não há sentença ainda.
1.00974/2018-10	Manifestação indevida em rede social contra membro do STF. Não há sentença ainda.
1.01149/2018-98	Manifestação em rede social contra membro do ministério público do trabalho. Não há sentença.

Fonte: CNMP, 2020.

Importante observar que apenas uma sentença de condenação, apesar do relato de infrações muito graves. Ressalta-se que três processos disciplinares que tratam sobre manifestação indevida em rede social foram cometidos por membros da força tarefa lava-jato.

Tabela 4 - Processos disciplinares não sigilosos do CNMP no ano de 2019

Processos disciplinares 2019	
Número dos processos	Assunto/ andamento
1.00203/2019-87	Assédio moral contra servidores. O processo foi arquivado.
1.00005/2019-13	Convivência desarmoniosa com outros servidores. O processo está em andamento.
1.00272/2019-45	Comportamento desrespeitoso de procurador para com uma servidora. O promotor foi condenado a afastamento por 90 dias, porém, recorreu da decisão e está sob análise ainda.
1.00292/2019-34	Falta de zelo na atuação do procurador. Ele foi absolvido.
1.00552/2019-62	Servidor com inscrição ativa na OAB. Processo em andamento.
1.00622/2019-64	Devolução de autos judiciais sem a devida manifestação ministerial. Em andamento.
1.00635/2019-70	Declaração indevida em rede social contra o presidente da câmara dos deputados. Está em andamento.
1.00690/2019-79	Revisão de processo disciplinar que foi julgado procedente. Em andamento.
1.00760/2019-70	Revisão de processo disciplinar julgado procedente. Em andamento.
1.00801/2019-92	Violação do dever funcional. Em andamento.
1.00855/2019-30	Manifestação pública indevida. Em andamento.
1.00857/2019-47	Violação do dever funcional. Em andamento.
1.00907/2019-92	Arguição de suspeição. Processo foi arquivado.
1.00961/2019-03	Declarações indevidas em entrevistas e redes sociais. Processo em andamento.

Fonte: CNMP, 2020.

Como podemos observar novamente o número de casos em que um procurador ou membro do MP sofre alguma punição é muito baixo e em alguns momentos mesmo sendo punidos novos processos são instaurados para que sejam feitas revisões das decisões anteriores. Mostra-se ineficaz a conduta do CNMP para coibir as ações dos procuradores que cometem infrações.

4. O CSMP Português

O Conselho Superior do Ministério Público de Portugal está disposto na Constituição da República de Portugal, precisamente em seu artigo 220.º/2. Encontra-se estritamente ligado à Procuradoria-Geral da República e, é um órgão colegial, onde são tratadas ações disciplinares e de gestão de quadros referente aos magistrados do Ministério Público. Compete-lhe, portanto; nomear, julgar, colocar, transferir, promover, exonerar, apreciar o mérito profissional dos procuradores. Tais poderes estão previstos no Estatuto do Ministério Público no artigo 21.º/1.

Sua formação se dá pela presidência do Procurador-Geral da República, pelos procuradores-gerais regionais, e pelos magistrados que são eleitos para o conselho, que seguem a seguinte divisão: sendo um procurador-geral-adjunto e outros seis procuradores da república. Como também por membros eleitos pela Assembleia da República que são cinco e membros designados pelo membro do Governo responsável pela área da justiça. Essa formação é estatutária, endossada pelo artigo 22.º, EMP.

5. Processos do CSMP Português

A título de exemplificação, verifica-se o quadro abaixo que demonstra a formulação dos processos disciplinares movimentados entre os anos de 2016, 2017, 2018 e 2019:

Tabela 5 - Processos disciplinares do CSMP (2016-2019)

Ano	Total de Processos disciplinares
2016	1
2017	21
2018	5
2019	11

FONTE: CSMP, 2020.

Sobre o ano de 2016 há apenas 1 processo disciplinar.

Tabela 6 - Processo disciplinar do CSMP no ano de 2016

Processos disciplinares 2016	
Data do Processo – Número do inquérito	Assunto/ Andamento
08-11 01/2016	Trata-se de uma acusação feita ao Sindicato dos Magistrados do Ministério Público sobre violação ao dever de reserva e urbanidade. O processo foi arquivado, pois foi constatado pelo CSMP que não houve violação.

FONTE: CSMP, 2020.

No ano de 2017 há um aumento expressivo de processos disciplinares, totalizando 21.

Tabela 7 - Processos disciplinares do CSMP no ano de 2017

Processos disciplinares 2017	
Data do processo/nº do processo	Assunto/ andamento
07-11 N.º 7378/17	Possível erro do procurador no prazo da libertação dos arguidos na duração de medida de coacção privativa da liberdade. O CSMP pediu arquivamento, visto que não excedeu o prazo, não caracterizando, portanto, falta do dever de zelo.
07-11 n.º 4930/17	Suposto crime de corrupção por parte de alguns desembargadores que, ensejaram em acusações feitas por magistrados do MP. Alegam violação do <u>Dever de prossecução do interesse público</u> . A sentença foi arquivamento por falta de provas.
07/11 n.º 4429/17	Apuramento de eventual responsabilidade disciplinar de magistrado do Ministério Público, inerente a um comportamento de um Procurador da República, no caso, o traduzida, tal conduta, em desconsideração de um senhor Inspetor do COJ, no caso, o Inspector, durante uma diligência de inquirição de funcionário judicial nas instalações do Juízo de Trabalho. O processo foi arquivado por inexistir dever de correção, já que os tramites da diligência seguiram os ditames estatutários.
07/11 n.º 33/17-RMP-PD	Foi instaurado inquérito para aferir da aptidão para o exercício de funções da de uma magistrada, entretanto convertido em processo disciplinar. Dada a sentença de arquivamento, pois não foram cabíveis os argumentos que contradiziam a aptidão funcional da mesma para o desempenho das suas funções.
07/11 n.º 18/17 – RMP-PI	Acusação de falta de <u>dever de prossecução do interesse público</u> por parte de uma procuradora adjunta. O processo foi arquivado por falta de alegações cabíveis para caracterizar infração disciplinar
04/07 Processo Nº 49/17	Violação do dever de zelo. Abandono de processo, o procurador foi omissivo no caso em cobrar do Estado, indenização caracterizada. O CSMP gerou como decisão: advertência.
04/07 n.º 43/2017. RMP-I	Acusação de falta de <u>dever de prossecução do interesse público</u> . O CSMP julgou pelo arquivamento do referido processo, pois não foi levado a conhecimento provas cabíveis.
04/07 n.º 39/2016-RMP-I	Dever de zelo. Acusação feita a um procurador de deixar de apreciar e reconhecer norma processual. A sentença dada foi pelo arquivamento, visto que não caracteriza ação disciplinar, mas sim, uma correção nos autos do processo.
04/07 n.º 38/2016- RMP-I	Acusação de falta de dever de zelo. Sentenciado por advertência.
04/07 N.º 40/17	2 (duas) infracções disciplinares de violação do dever de obediência hierárquica. Sentença: pena única de 30 dias de multa.
04/07 n.º 2/2017-RMP	Acusação contra o Senhor Procurador da República, imputando-lhe os factos descritos, praticados com negligência grave, e que configurariam oito infracções disciplinares a punir, com circunstâncias agravantes especiais, com a pena de suspensão de exercício. Sentença: pena única de 20 (vinte) dias de multa

04/07 n.º 1/2017 – RMP- PD	<u>Acusação de violação dever de pontualidade e violação grave e reiterada dos deveres de zelo e de prossecução do interesse público.</u> Pena de 240 dias de suspensão de exercício com transferência para tribunal diferente daquele em que exerce funções.
30/05 nº 40/2016- RMP-I	Acusação de falta de <u>deveres de assiduidade e de pontualidade</u> por conta de faltas. O CSMP julgou pelo arquivamento do referido processo, uma vez que as faltas foram justificadas.
30/05	Dever de correção. A sentença foi de arquivamento do processo.
30/05	Dever de zelo. O processo foi arquivado.
30/05	Dever de zelo. O CSMP optou pelo arquivamento do referido processo.
30/05	Dever de prossecução do interesse público. Foi arquivado.
31/01	Violação do dever de zelo. O CSMP sentenciou com aplicação de multa.
31/01	Violação dos deveres de zelo e de prossecução do interesse público. A sentença foi de multa.
31/01	Dever de correção. O processo foi arquivado.

FONTE: CSMP, 2020.

Nota-se predominantemente um número de decisões que geram multas, sendo no ano de 2018 um total de 4 (quatro), no de 2019, 8 (oito). Ademais, o arquivamento dos processos também é notadamente aplicado. Dentre os anos avaliados, a tipificação da infração cometida pelos magistrados com maior frequência é a violação de dever de zelo, correção ou boa conduta. Tais deveres estão culminados no comprometimento do exercício profissional dos magistrados do Ministério Público Português. Cumpre ressaltar que todas as decisões possuem direcionamento ao EMP (Estatuto do Ministério Público de Portugal).

Tabela 8 - Processos disciplinares do CSMP no ano de 2018

Processos disciplinares 2018	
Data do Processo – Número do inquérito	Assunto/ Andamento
04/12	Violação do dever de lealdade. O CSMP sentenciou com aplicação de multa. Entretanto, a sentença foi impugnada.
20/11	Violação do dever de correção. A sentença foi aplicação de multa. No entanto, a mesma sofreu impugnação.
03/07	Violação do dever de assiduidade e abandono do lugar. O CSMP aplicou a sentença de Aposentação Compulsiva
22-05	Violação do dever de zelo. A sentença foi aplicação de multa.
30/01	Violação do dever de zelo. Incorreu em multa.

FONTE: CSMP, 2020.

Acerca dos processos de 2019:

Tabela 9- Processos disciplinares do CSMP no ano de 201

Processos disciplinares 2019	
Data do Processo – Número do inquérito	Assunto/ Andamento
04/12	Violação do dever de boa conduta. Sentença: Multa.
11/11	Violação dos deveres de acatamento de decisões hierárquicas e de zelo. O procurador foi multado.
08/10	Violação do dever de correção. A sentença foi aplicação de multa por parte do CSMP.
10/09	Violação dos deveres de zelo e de prossecução do interesse público. Sentença: Multa.
10/09	Violação do dever de correção e de zelo. Aplicação de multa.
28/05	Deveres de prossecução do interesse público e de zelo. O CSMP optou pelo arquivamento do processo.
30/04	Violação dos deveres de prossecução do interesse público e de zelo. Sentença: inatividade.
30/04	Violação dos deveres de assiduidade e de lealdade. A sentença foi de aplicação de multa. No entanto, sofreu impugnação judicial.
02/04	Violação dos deveres de prossecução do interesse público e de zelo. O CSMP sentenciou com aplicação de multa.
02/04	Deveres de prossecução do interesse público e de zelo. O processo foi arquivado.
19/03	Violação do dever de zelo. Sentenciou com aplicação de multa. Embora, tenha sofrido impugnação.

FONTE: CSMP, 2020.

As decisões deste órgão colegiado não possuem sigilo, sendo elas depositadas no portal do Ministério Público para consulta pública. Como também as demais deliberações, delegações de poderes, pareceres e quadro funcional.

Sendo assim, o CSMP exerce a função fiscalizadora e avaliadora perante os procuradores. Tendo como prerrogativa primordial a movimentação de ações disciplinares, no julgamento do mérito profissional e na administração do quadro funcional do referido Ministério Público.

6. Considerações finais

O presente trabalho buscou elucidar sobre o funcionamento do Conselho Superior do Ministério Público Português e o Conselho Nacional do Ministério Público Brasileiro e suas respectivas decisões, uma vez que através de uma análise sobre suas decisões podemos determinar se realmente há punições aos membros do Ministério Público que cometam infrações.

Portanto, podemos observar que tanto no caso português quanto no brasileiro o número de punições mais severas é baixo frente ao número de casos que chegam aos seus Conselhos fiscalizadores e assim podemos concluir que deve se ter mais rigidez no controle e punição dos membros e servidores dos Ministérios Públicos.

Referências

HAGINO, Cora. **O Ministério Público em uma perspectiva comparada**: Brasil e Portugal. 19º Congresso Brasileiro de Sociologia. 2019.

CASTILHO,EWV; SADEK, Maria Thereza. **O ministério Público e a administração da Justiça no Brasil** [online]. Rio de Janeiro. Centro Edelstein de Pesquisa Social,2010, 40p.

MAIA, Rodrigo de Almeida. O Ministério Público nos sistemas constitucionais do Brasil e Portugal. CJP. CIDP.Lisboa.2009.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal>. Acesso em 08/07/2020

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO PORTUGUÊS Disponível em: <http://www.ministeriopublico.pt/pagina/conselho-superior-do-ministerio-publico>: Acesso em 12/08/2020

