

2023



PPGD

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO • UNIRIO

REVISTA DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Law and Public Policy Review

ISSN 2675-1143

Volume 5, n. 1
Janeiro - Junho

Qualis B2



Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
(UNIRIO)

 <http://seer.unirio.br/rdpp/index>

 rdpp@unirio.br

REVISTA DIREITO DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS
LAW AND PUBLIC POLICY REVIEW

VOLUME N.º 5 – NÚMERO 1

ISSN 2675-1143

Editor-Chefe:

Profa. Dra. Edna Raquel Hogemann, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Vice Editor-Chefe:

Prof. Dr. Oswaldo Pereira de Lima Junior, Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Rio de Janeiro, 2023



SUMÁRIO – SUMMARY

EDITORIAL

Prof. Dra. Edna Raquel Hogemann, Prof. Dr. Oswaldo P. Lima Jr 5

HIDROGÊNIO VERDE COMO ALTERNATIVA PARA A TRANSIÇÃO ENERGÉTICA E A IMPORTÂNCIA DO BRASIL NESTE CENÁRIO

Priscila Elise Alves Vasconcelos, Renata Marafon, Roberto Miyashiro Junior 7

QUANDO A CONFORMIDADE NÃO BASTA: O DESAFIO DE PROMOVER A INTEGRIDADE FISCAL NO BRASIL

Daniel Telles de Menezes 37

LAVRATURA DE TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA POR POLICIAIS MILITARES: HERMENÊUTICA JURÍDICA E INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DE NORMAS RESTRITIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Patrícia Alves Silva, Eujecio Coutrim Lima Filho 62

OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE E GOVERNANÇA NAS EMPRESAS CONFORMIDADE ENTRE POLÍTICAS DE SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO E A LGPD

Liliana Bastos Pereira Santo de Azevedo Rodrigues, Calígena Batista de Paiva Silva 85

FORMAS DE IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E SEGURANÇA ALIMENTAR NO SISTEMA CARCERÁRIO

Gilsilene Passon Picoretti Francischetto, Gabriel Almeida Santos 102

A NECESSIDADE DE REESTRUTURAÇÃO DO MODELO JURÍDICO DE FINANCIAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ESPORTE E LAZER

André Rubião, Rubens Macedo Gomes 135

ESTUDO DE CASO: TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA DA FAZENDA SANTA EUFRÁSIA COMO INSTRUMENTO EFETIVADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS?

Eduardo Gonçalves Blondet 158

ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO PARA FINS PREVENTIVOS

Fillipe Azevedo Rodrigues, Carlos Francisco do Nascimento, Tácio dos Santos Medeiros ... 176



DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS NORMAS PREVIDENCIÁRIAS E A EMENDA CONSTITUCIONAL 103

Carlos Francisco do Nascimento, Roberto Carlos Dantas dos Santos197

REVIEWING THE SITUATION IN THE AFTERMATH OF THE 2019 BRAZILIAN MYSTERY OIL SPILL

Anuja Mishra, Ajay Kumar 217



EDITORIAL

É com grande satisfação que apresentamos mais uma edição da Revista Direito das Políticas Públicas, uma publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito (mestrado) da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). A presente edição reafirma a importância de discutir e analisar criticamente as políticas públicas que moldam e orientam as ações do Estado em prol do desenvolvimento econômico, da busca por ideias de bem-estar social, de justiça e de igualdade.

O campo das políticas públicas é vasto e repleto de desafios, amalhando aspectos legais, sociais, econômicos e políticos que permeiam a ação do Estado em busca da concretização de suas promessas constitucionais. Nesta edição, trazemos uma diversidade de artigos que espelham essa complexidade e a importância crescente dessas discussões no cenário acadêmico e jurídico contemporâneo. A UNIRIO, com sua excelência acadêmica, se consolida como um centro de pesquisa e conhecimento, oferecendo uma plataforma decisiva e confiável para o aprofundamento dessas questões.

Iniciamos com o artigo “Hidrogênio Verde como Alternativa para a Transição Energética e a Importância do Brasil neste Cenário”, de Priscila Elise Alves Vasconcelos, Renata Marafon e Roberto Miyashiro Junior. Um trabalho que aborda o potencial do Brasil na produção de hidrogênio verde, uma fonte de energia renovável que pode desempenhar um papel determinante na transição energética global, destacando a importância das políticas públicas nacionais para viabilizar essa matriz energética sustentável.

Em seguida, “Quando a Conformidade Não Basta: O Desafio de Promover a Integridade Fiscal no Brasil”, de Daniel Telles de Menezes, analisa os desafios e a importância de promover a integridade fiscal no país, indo além da mera conformidade com as normas existentes.

O artigo “Lavatura de Termo Circunstanciado de Ocorrência por Policiais Militares: Hermenêutica Jurídica e Interpretação Extensiva de Normas Restritivas de Direitos Fundamentais”, de Patrícia Alves Silva e Eujecio Coutrim Lima Filho, discute a hermenêutica jurídica e a interpretação extensiva de normas restritivas de direitos fundamentais no contexto da atuação policial.

“Os Programas de Compliance e Governança nas Empresas: Conformidade entre Políticas de Segurança da Informação e a LGPD”, de Liliana Bastos Pereira Santo de Azevedo Rodrigues e Calígena Batista de Paiva Silva, explora a conformidade das empresas com a Lei Geral de Proteção de Dados e a importância das políticas de segurança da informação.

Gilsilene Passon Picoretti Francischetto e Gabriel Almeida Santos trazem uma análise sobre “Formas de Implementação do Direito à Alimentação Adequada e Segurança Alimentar no Sistema Carcerário”, destacando a importância de políticas públicas voltadas para a segurança alimentar em contextos de privação de liberdade.

André Rubião e Rubens Macedo Gomes, em “A Necessidade de Reestruturação do Modelo Jurídico de Financiamento das Políticas Públicas de Esporte e Lazer”, discutem a urgência de



reestruturar o modelo de financiamento dessas políticas para promover o desenvolvimento esportivo e de lazer no Brasil.

“Estudo de Caso: Termo de Ajustamento de Conduta da Fazenda Santa Eufrásia como Instrumento Efetivador de Políticas Públicas?”, de Eduardo Gonçalves Blondet, apresenta um estudo de caso sobre a efetividade do Termo de Ajustamento de Conduta como instrumento de políticas públicas.

Fillipe Azevedo Rodrigues, Carlos Francisco do Nascimento e Tácio dos Santos Medeiros, em “Análise das Políticas Públicas de Expansão do Direito Penal Brasileiro para Fins Preventivos”, examinam as políticas públicas voltadas para a prevenção através da expansão do direito penal.

Finalmente, “Desconstitucionalização das Normas Previdenciárias e a Emenda Constitucional 103”, de Carlos Francisco do Nascimento e Roberto Carlos Dantas dos Santos, analisa os impactos da desconstitucionalização das normas previdenciárias à luz da recente emenda constitucional.

A profundidade crítica, acadêmica e científica dos artigos apresentados nesta edição reafirma a importância da Revista Direito das Políticas Públicas como uma fonte indispensável para o entendimento e a evolução do direito e das políticas públicas no Brasil. Cada estudo aqui publicado oferece uma análise detalhada e rigorosa das questões contemporâneas mais urgentes, proporcionando percepções valiosas para acadêmicos, juristas, gestores públicos e formuladores de políticas. O compromisso com a excelência e a relevância coloca a revista em uma posição de destaque no cenário jurídico brasileiro, consolidando-se como uma referência essencial para aqueles que buscam compreender e influenciar positivamente a construção de políticas públicas que promovam a justiça social e o desenvolvimento sustentável.

Convidamos todos os leitores a se aprofundarem nestes trabalhos, que não apenas enriquecem a pesquisa acadêmica e o debate jurídico, mas também contribuem significativamente para o desenvolvimento de políticas públicas informadas, justas e eficazes no Brasil.

Boa leitura!



Hidrogênio verde como alternativa para a transição energética e a importância do Brasil neste cenário

The green hydrogen as an alternative for the energy transition and the importance of the Brazil in this scenary

Priscila Elise Alves Vasconcelos¹

Universidade Federal de Roraima. Professora Adjunta. Boa Vista (RR) Brasil.

Renata Marafon²

Universidade Federal do Paraná. Doutoranda em Direito. Curitiba (PR) Brasil

Roberto Miyashiro Junior³

Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Auditor. Curitiba (PR) Brasil

RESUMO

A discussão referente à questão energética mundial é um fato notório. A crescente população mundial, que atingiu o número surpreendente de 8 bilhões de pessoas em 2022, é mais um fato que vem a pressionar o crescimento da demanda por energia elétrica. Diante desse cenário, que clama por um mundo mais sustentável ambientalmente, surge como alternativa o hidrogênio verde que é praticamente isento de emissões de poluentes por utilizar fontes renováveis em sua geração. Sendo assim, aproveitando-se do fato de que o Brasil tem o maior potencial de produção de hidrogênio verde no mundo, este estudo, realizado por meio da revisão bibliográfica, tem como objetivo geral apresentar um panorama acerca das políticas públicas nacionais que tenham como foco a viabilização do hidrogênio verde como matriz elétrica e energética; e, como objetivos específicos, trazer uma análise das políticas públicas, em especial quanto às políticas ambientais, apresentar o hidrogênio enquanto elemento químico, suas formas de obtenção e utilização, e por fim, demonstrar como podem ser benéficas ao Brasil a produção e exportação dessa matriz

ABSTRACT

The discussion regarding the global energy issue is a notorious fact. The growing world population, which reached a surprising number of 8 billion people in 2022, is yet another fact that is putting pressure on the growth in demand for electricity. Given this scenario, which calls for a more environmentally sustainable world, green hydrogen appears as an alternative, which is practically free of pollutant emissions because it uses renewable sources in its generation. Therefore, taking advantage of the fact that Brazil has the greatest potential for the production of green hydrogen in the world, this study, realized by bibliographical research, has the general objective of presenting an overview of national public policies that focus on the feasibility of green hydrogen as an electrical matrix and energetic; and, as specific objectives, to bring an analysis of public policies, especially regarding environmental policies, to present hydrogen as a chemical element, its ways of obtaining and using it, and finally, to demonstrate how the production and export of this hydrogen can be beneficial to Brazil. renewable matrix. Because it is a technology

¹ Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8747-9920>.

² Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9177-3663>

³ Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1957869531518400>



renovável. Por se tratar de uma tecnologia em desenvolvimento, o que a torna cara, muito ainda é necessário se fazer para que tal tecnologia se viabilize, daí surge o papel do Estado na implantação de políticas públicas para o fomento da produção e utilização dessa fonte de energia em toda a cadeia econômica.

PALAVRAS-CHAVE:

Sustentável; fonte de energia; hidrogênio verde.

under development, which makes it expensive, much remains to be done for such technology to become viable, hence the role of the State in the implementation of public policies to encourage the production and use of this source of energy. throughout the economic chain.

KEYWORDS:

Sustainable; power supply; green hydrogen.



1. INTRODUÇÃO

Desde a Revolução Industrial, a emissão de gases poluentes aumentou drasticamente, colaborando gradativamente para a aceleração das problemáticas ambientais. Em consequência dos atos humanos ocorridos nos últimos 3 séculos, constata-se um desequilíbrio ambiental. O degelo de montanhas em regiões próximas aos polos, excesso de calor, de frio, nada parece persuadir o ser humano a mudar seu comportamento.

A insegurança climática e a injustiça ambiental ganharam foco, os desastres ambientais desconhecem fronteiras e limites, atingindo a todos de formas desiguais, principalmente os países com menos recursos para combater e se recuperar desses eventos.

No que tange aos meios de locomoção e de fontes de energia para a indústria, novas matrizes energéticas estão sendo desenvolvidas para suprir esta demanda, como as baterias elétricas desenvolvidas por lítio.

Nesse contexto, surge o hidrogênio. Deixado de lado no passado em razão de seu potencial inflamável, atualmente é visto como parte da solução e viabilização da transição energética.

O Brasil tem um grande potencial para ser o destaque global nessa transição, sobretudo com a produção e exportação do hidrogênio verde, qual seja, aquele obtido através de fontes renováveis, simplesmente por possuir uma vasta extensão territorial localizada em zona tropical detentora de condições altamente favoráveis à geração de energia fotovoltaica, eólica e de biomassa.

No entanto, há falta de incentivo, falta de diálogo e, principalmente, de políticas públicas que incentivem e subsidiem o hidrogênio verde, que pode vir a ser grande fonte de divisas ao Brasil com a sua exportação, bem como contribuir para o cumprimento da Agenda 2030 e os 17 objetivos da ODS. Logo, o problema da pesquisa visa esclarecer se o hidrogênio verde é de fato a melhor solução para a transição energética e, ainda, de que formas as políticas públicas podem auxiliá-la, referenciando-se, também, as implementações realizadas no exterior.

Logo, este pretense estudo tem como objetivo geral apresentar um panorama acerca das políticas existentes a nível de Brasil que tenham como foco a implantação do hidrogênio verde como matriz energética viável no cenário atual; e, como objetivos específicos, trazer uma análise das políticas públicas, em especial quanto às políticas ambientais, apresentar o hidrogênio enquanto elemento químico, suas formas de obtenção e utilização, e, por fim, demonstrar como podem ser benéficas ao Brasil a produção e exportação dessa fonte de energia.



A realização desse estudo, dar-se-á através da análise documental do que já existe publicado a respeito, bem como do que existe a nível internacional sobre o tema, de forma a avaliar o que pode servir de exemplo para aplicação no Brasil, por meio de uma pesquisa qualitativa e dedutiva. Como produto, será elaborada uma cartilha com a finalidade de trazer a conhecimento público de que forma outras nações estão tratando das políticas de implementação do hidrogênio verde, o que o Brasil está fazendo, e o que poderia ser adotado a exemplo do que está sendo feito mundo afora.

2. A AGENDA 2030 E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Embora os objetivos de desenvolvimento sustentável tenham abrangido diversos tópicos envolvendo questões dos pilares econômicos e sociais do desenvolvimento sustentável, a questão ambiental também representa um grande desafio, uma vez que atingir o desenvolvimento sustentável significa atingir todos esses objetivos aliados à preservação do meio ambiente.

Assim, os dezessete objetivos foram definidos tendo por base os seguintes tópicos adiante ilustrados:

Figura 1 - Objetivos de Desenvolvimento Sustentável



Fonte: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/desenvolvimento-sustentavel/objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-ods>

De fato, perseguir as metas estabelecidas em 2015, é fundamental para a garantia de um futuro de paz e prosperidade à humanidade. Futuro esse que não poderá ser alcançado sem o combate à pobreza, a preservação do meio ambiente e da atenção ao clima.

Dentre os objetivos que mais se coadunam ao tema deste trabalho, e que, inclusive, constituem uma de suas bases, é o de número 7, o qual apresentamos a seguir:

Objetivo 7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todas e todos.

7.1 Até 2030, assegurar o acesso universal, confiável, moderno e a preços acessíveis a serviços de energia.

7.2 Até 2030, aumentar substancialmente a participação de energias renováveis na matriz energética global.

7.3 Até 2030, dobrar a taxa global de melhoria da eficiência energética.

7.a Até 2030, reforçar a cooperação internacional para facilitar o acesso a pesquisa e tecnologias de energia limpa, incluindo energias renováveis, eficiência energética e tecnologias de combustíveis fósseis avançadas e mais limpas, e promover o investimento em infraestrutura de energia e em tecnologias de energia limpa.

7.b Até 2030, expandir a infraestrutura e modernizar a tecnologia para o fornecimento de serviços de energia modernos e sustentáveis para todos nos países em desenvolvimento, particularmente nos países menos desenvolvidos, nos pequenos Estados insulares em desenvolvimento e nos países em desenvolvimento sem litoral, de acordo com seus respectivos programas de apoio (ONU,2015).

Desse modo, diante da emergência climática à qual o planeta se submete nesse momento, perseguir as metas dos ODS, especialmente a de número 7, constitui uma ação inadiável para se garantir o futuro do desenvolvimento da sociedade global, conforme será melhor abordado no próximo tópico.

3. DA TRANSIÇÃO ENERGÉTICA

Conforme informações trazidas pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), a questão da emergência climática vivida pelo nosso planeta já é uma ciência suficientemente consolidada.

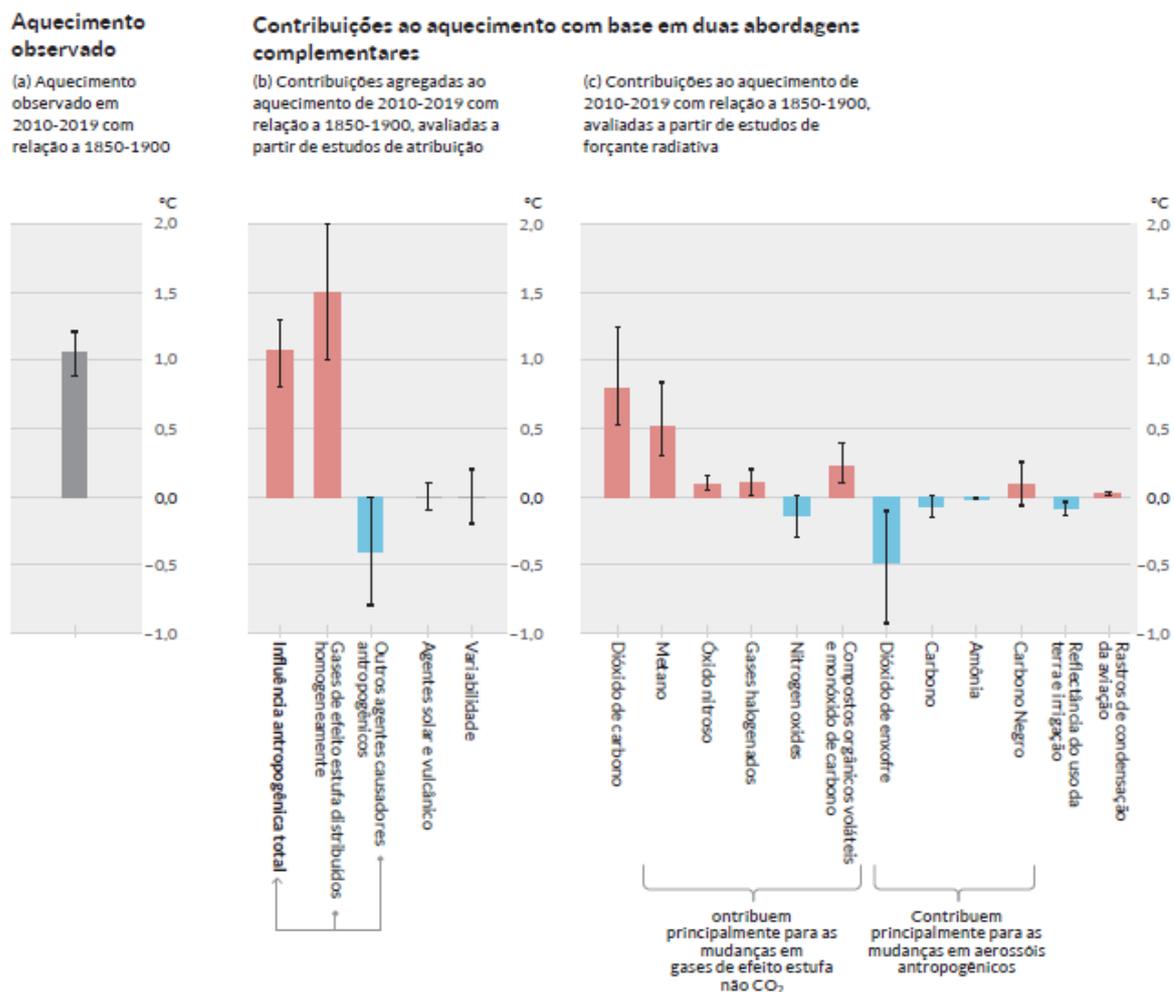
De acordo com dados reunidos pelo PNUMA, que consolidou dados elaborados pelo Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), é possível afirmar que a mudança no clima é real, ou seja, já se afastaram as hipóteses de ciclos e variações normais do clima, e a principal causa são as atividades humanas, sendo que a concentração dos gases de efeito estufa na atmosfera tem relação direta com as médias de temperaturas globais (PNUMA, s.d).



A concentração dos gases de efeito estufa tem aumentado de forma contínua desde a revolução industrial, bem como as temperaturas globais, sendo que o mais abundante é CO₂ (Dióxido de Carbono), correspondendo a dois terços da quantidade de GEE (PNUMA, s.d).

A ilustração abaixo traz uma evidência de como esse aquecimento se acentuou em um nível sem precedentes desde a revolução industrial, bem como os principais elementos que contribuíram para a ocorrência desse fenômeno:

Figura 2 - Aquecimento observado e contribuições ao aquecimento



Fonte: IPCC,2021

Conforme é possível observar ao se analisar o gráfico, o dióxido de carbono, o metano e outros gases compostos por carbono foram os elementos que mais contribuíram para a consolidação do aquecimento global no período analisado. Esses dados reforçam veementemente a necessidade de se revisar os padrões de consumo e geração de energia, uma

vez que, conforme citado anteriormente, a maior parte das emissões tem a sua geração como sua principal causa.

Um outro elemento preocupante, e que é responsável por mais de 25% do aquecimento verificado atualmente, é o metano, o principal formador do gás natural. Trata-se de um poluente significativo e que, por si só, possui capacidade de aquecimento global superior a 80 vezes o CO₂ durante os 20 anos posteriores à sua emissão na atmosfera (PNUMA, s.d).

Diante dessa realidade, é possível afirmar que a manutenção de um espaço possível de habitarmos depende, mais do que nunca, de uma significativa redução nas emissões de CO₂, que, para ser alcançada, necessita de uma sociedade de baixo carbono (Harduim, 2023).

O antropoceno, como é chamado o período em que vivemos atualmente, é notoriamente caracterizado pelos impactos globais decorrentes das atividades humanas, causados, sobretudo, em razão da maior concentração dos gases de efeito estufa liberados na atmosfera, sendo que a maior parte deles é originada a partir dos setores produtivos de energia. Por essa razão, é impreterível que as matrizes energéticas sejam reinventadas em novos arranjos ecossociais. Essa é a nova necessidade do nosso tempo histórico (Harduim, 2023). De acordo com Acosta (2016), o que vige atualmente são os diversos questionamentos referentes ao regime energético baseado na queima de carbono, principalmente atrelados não somente à finitude dos combustíveis fósseis, mas também aos limites ambientais decorrentes do uso exagerado.

Como já ponderado, além de ser mencionado que os recursos energéticos são finitos, os gases que resultam do seu uso causam a crise ecológica global, somado ao fato de que as reservas se encontram em poucos lugares do planeta, resultando em pressões bélicas e desigualdades em busca desses recursos. Logo, ao utilizar uma economia solar, por exemplo, há a descentralização da geração de energia, permitindo um controle comunitário do sistema energético (Acosta, 2016), favorecendo inclusive, no caso do Brasil, a produção do hidrogênio verde.

Para Acosta, ainda se deve considerar a energia a partir de uma perspectiva social, política e histórica, pois o tipo de energia utilizada permite compreender a estrutura estatal em que se vive. Como exemplo, durante a escravidão, há aproximadamente duzentos anos, os Estados deveriam ser autoritários a ponto de possibilitar que mais da metade da população trabalhasse sem direitos ou salários em benefício de outra parte da população. Logo, era necessária uma grande concentração de poder para que fosse canalizada a energia humana



escrava ao cumprimento de determinados objetivos econômicos, e como consequência, viu-se que a questão energética não é apenas técnica, e sim, política (Acosta, 2016).

Em razão do exposto, a transição energética tem sido apresentada como uma solução para o problema relatado, por constituir uma mudança na forma de se consumir e de se produzir energia, por meio da substituição do uso das fontes de energia não renováveis e poluentes já conhecidas, como petróleo, gás natural, carvão mineral por fontes de energia renováveis e limpas, tais como a energia eólica, solar e o hidrogênio verde (Suçuarana, s.d).

Essa mudança se baseia na segurança energética e redução de impactos ambientais, uma vez que o hidrogênio pode ser obtido de diversas fontes locais de cada país, diminuindo ou evitando a importação de energia. Soma-se a isso, a redução dos impactos ambientais, vez que o hidrogênio para geração de energia elétrica não produz gases do efeito estufa, tendo como único subproduto a água, bem como as emissões são significativamente reduzidas na queima do hidrogênio em motores de combustão interna ou queimadores para a geração de calor (CGEE, 2010).

Porém, é sabido no contexto internacional que essa mudança da matriz energética para uma baseada em combustíveis alternativos e renováveis pode levar décadas, levando em consideração os custos e as barreiras técnicas como armazenamento, transporte e distribuição.

Dito isso, torna-se notório que, tendo em vista que as tecnologias necessárias para a viabilização do hidrogênio verde ainda estão em desenvolvimento, o Estado, bem como a iniciativa privada terão um papel fundamental para a consecução desse objetivo, por meio de parcerias e políticas públicas específicas para esse fim.

4. O USO DO HIDROGÊNIO COMO FONTE DE ENERGIA

Na atualidade, muitos especialistas atrelam o aumento da emissão de gases de efeito estufa, como o dióxido de carbono (CO₂) e o metano (CH₄), ao aumento da temperatura média anual da biosfera do planeta, ou como conhecido, o efeito estufa, principalmente pela utilização massiva de fontes fósseis de energia (CGEE, 2010).

Aliado a esse impacto ambiental, tem-se o aumento do preço do petróleo e a crescente demanda energética mundial, em especial em países em desenvolvimento como o Brasil, Índia e China, razão pela qual tem sido incentivada a utilização de fontes renováveis de energia, principalmente aquelas com menores impactos ambientais. No caso em especial do Brasil, o



país conta com altos potenciais hidráulico, solar e eólico, bem ainda, o etanol da cana-de-açúcar (CGEE, 2010). A implantação de tecnologias que utilizam o hidrogênio é considerada, nesse cenário, como a melhor alternativa frente aos combustíveis fósseis nos transportes, já que se trata de uma opção que apresenta reduzidos impactos ambientais (CGEE, 2010).

Apesar da notoriedade atual, a ideia da utilização do hidrogênio como fonte de combustível é antiga, tendo início com o cientista britânico chamado Henry Cavendish, em 1776, que conseguiu isolar o elemento em uma experiência na qual produziu água, combinando oxigênio e hidrogênio com uma centelha elétrica. Em 1785, o francês Antoine Laurent Lavoisier conseguiu repetir a experiência de Cavendish, mas nomeou os elementos resultantes de oxigênio e hidrogênio, que na experiência de Cavendish, o cientista havia nomeado respectivamente de “ar sustentador da vida” e “ar inflamável” (Orsini, 2012).

Em 1839, William Robert Grove passou a desenvolver células a combustível (ORSINI, 2012). Já nos anos 20, o hidrogênio passou a ser comercialmente produzido pelas “primeiras células eletrolíticas, pela hoje conhecida Electrolyser Corporation do Canadá, uma das maiores montadoras de fábricas de hidrogênio eletrolítico do mundo” (Orsini, 2012, p. 46). Entre os anos 20 e 30, o elemento passou a ser explorado como combustível, tendo sido utilizado na Alemanha nos dirigíveis Zepelins. Contudo, o desastre com o dirigível Hindenburg, ocorrido em Nova Jersey, em 1937, quando toda sua estrutura se incendiou em menos de um minuto, deixando 36 mortos, acabou por dar fim à era dos dirigíveis. Parte da culpa foi atribuída ao hidrogênio utilizado como combustível, dada sua alta inflamabilidade (Altman, 2022).

Já entre 30 e 40, foi utilizado no país alemão e na Inglaterra em uma experiência em automóveis, caminhões e locomotivas, até mesmo em submarinos e torpedos (Orsini, 2012). Com o auge da indústria petrolífera, o hidrogênio ficou relegado à indústria de fertilizantes, bem como empregado em refrigerantes para motores e geradores, ganhando destaque novamente somente em 1973 com a crise do petróleo, ano em que surgiu a International Association for Hydrogen Energy (Orsini, 2012).

4.1 OS TIPOS DE HIDROGÊNIO

O hidrogênio, enquanto elemento mais abundante do universo, e ficando em quarto lugar no planeta Terra, despertou o interesse como potencial substituto de fontes não renováveis de energia em razão de seu baixo impacto ambiental e consequente descarbonização na



indústria. Ante esse contexto, a Comissão Europeia, em 2020, classificou o hidrogênio de acordo com a sustentabilidade de seu processo produtivo:

- Hidrogênio renovável: neste processo, a eletricidade que alimentará o eletrolisador provém de fontes renováveis. Pode ser produzido também por meio do biogás ou da conversão bioquímica da biomassa, desde que respeite os requisitos de sustentabilidade;

- Hidrogênio limpo: é o hidrogênio renovável;

- Hidrogênio baseado em fósseis: utiliza combustíveis fósseis como matéria prima, principalmente gás natural ou carvão, sendo altamente poluente;

- Hidrogênio de base fóssil com captura de carbono: nesse processo, os gases do efeito estufa são capturados e utilizados como parte da produção do hidrogênio. A emissão é menor comparada à forma anterior, porém, tem uma eficácia máxima de 90% no processo de captura desses gases;

- Hidrogênio de baixo teor de carbono: esse hidrogênio ainda é baseado em combustíveis fósseis, ocorrendo a captura de carbono e baseando-se em eletricidade;

- Combustíveis sintéticos derivados de hidrogênio: produção de combustíveis gasosos e líquidos baseados em hidrogênio e carbono. Para ser sustentável, parte do hidrogênio do gás de síntese deve ser renovável. Porém, cada combustível pode ser associado a níveis muito diferentes de emissões.

Há diversas classificações na literatura, sendo, de modo unificado, apresentadas abaixo em escalas de cor:



Figura 3 - classificação do hidrogênio

Cor	Classificação	Descrição
	Hidrogênio Preto	Produzido por gaseificação do carvão mineral (antracito), sem CCUS
	Hidrogênio Marrom	Produzido por gaseificação do carvão mineral (hulha), sem CCUS
	Hidrogênio Cinza	Produzido por reforma a vapor do gás natural, sem CCUS
	Hidrogênio Azul	Produzido por reforma a vapor do gás natural (eventualmente, também de outros combustíveis fósseis), com CCUS
	Hidrogênio Verde	Produzido via eletrólise da água com energia de fontes renováveis (particularmente, energias eólica e solar).
	Hidrogênio Branco	Produzido por extração de hidrogênio natural ou geológico
	Hidrogênio Turquesa	Produzido por pirólise do metano, sem gerar CO ₂
	Hidrogênio Musgo	Produzido por reformas catalíticas, gaseificação de plásticos residuais ou biodigestão anaeróbica de biomassa ou biocombustíveis, com ou sem CCUS
	Hidrogênio Rosa	Produzido com fonte de energia nuclear

Fonte: Elaborado a partir de IEA (2019a), H2-VIEW (2020), BAKER MCKENZIE (2020) e ZGONNIK (2020).

Fonte: [https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-569/NT_Hidrog%C3%A9nio_rev01%20\(1\).pdf](https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-569/NT_Hidrog%C3%A9nio_rev01%20(1).pdf)

Cabe aqui destacar o significado da sigla CCUS empregada na classificação acima. Trata-se da sigla inglesa para *Carbon Capture, Utilization and Storage*. Na tradução para o português, trata-se da captura, utilização e armazenamento de carbono. O objetivo é a redução de emissões passíveis de aplicação em todo sistema de energia. Essa tecnologia abrange a captura de dióxido de carbono (CO₂), a combustão de combustível, o transporte de CO₂ por navio ou oleoduto, bem como sua utilização para criar outros produtos ou serviços com valor no mercado. Também é possível o armazenamento permanente no subsolo (Além da energia, 2020).

Feita essa abordagem acerca da classificação dos tipos de hidrogênio, passa-se para a análise dos métodos de obtenção do hidrogênio verde.



4.2 COMO O HIDROGÊNIO VERDE É OBTIDO?

Apesar da abundância do hidrogênio na natureza, a sua obtenção atualmente só pode ser realizada a partir de processos químicos em que são necessários outros elementos para a separação de moléculas. No entanto, quando esses procedimentos envolvem combustíveis fósseis, como explicado anteriormente, o processo ganha o nome de hidrogênio cinza, em decorrência das emissões realizadas durante este processo (Batagliotti, 2022).

Assim, a chamada variedade verde do hidrogênio é obtida utilizando-se a eletricidade de fontes renováveis para a devida separação das moléculas de água em átomos de hidrogênio e oxigênio (Niranjan, 2023).

Outras fontes de energia que podem ser utilizadas para obtenção do hidrogênio verde são a biomassa e o biogás. A biomassa é simplesmente a utilização de matérias orgânicas para produção de energia, podendo ser de origem vegetal e mineral, como carvão, ou até mesmo, o bagaço da cana de açúcar (Batagliotti, 2022).

Já o biogás, é obtido a partir da degradação dos materiais orgânicos na ausência do oxigênio (Além da energia, 2020). Dessa decomposição, surgem substâncias tóxicas como o sulfeto de hidrogênio e o metano, podendo ser utilizados para produção de energia, mas devem ser purificados para ser obtido dali o hidrogênio verde (Batagliotti, 2022).

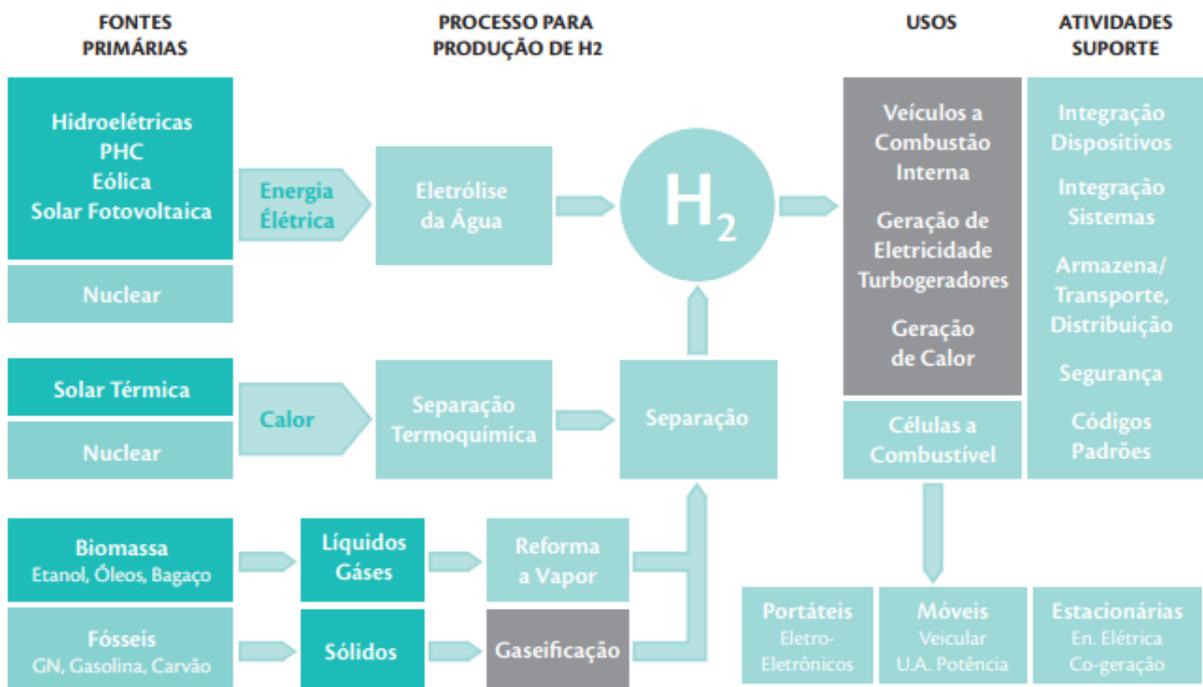
A utilização do hidrogênio é muito ampla, podendo ser implementada em diversos setores da indústria que possam se beneficiar de seu uso, até mesmo nos setores que apresentam dificuldades na descarbonização do segmento, como mineração e indústria química. Como exemplo de sua utilização a fim de demonstrar a importância de seu investimento, podem ser citados setores como de combustíveis automobilísticos, e até mesmo na agricultura (Batagliotti, 2022).

A utilização do hidrogênio como fonte de energia, utilizando como base biomassas e biocombustíveis (como o etanol) ou até mesmo utilizando a energia elétrica de fontes renováveis, tornando-a uma energia transportável e armazenável, tem sido avaliada como uma das formas mais eficientes e ambientalmente interessantes, principalmente quando da utilização de células a combustível para conversão do hidrogênio em energia elétrica (CGEE, 2010). Por essa característica do hidrogênio, qual seja, sua produção através dos mais diversos insumos e processos, é considerado um elemento de integração entre diversas tecnologias.



Como afirma Ramos (2022), o hidrogênio destaca-se como fonte de energia por se constituir tanto como um vetor energético, assim como é a eletricidade, quanto como um combustível primário, tal qual os combustíveis fósseis. Seu poder calorífico é quase três vezes maior do que o diesel, a gasolina e o gás natural, com a vantagem de poder ser produzido a partir de diversas fontes de energia e por vários tipos de tecnologias.

Figura 4 - Possíveis rotas para produção e utilização do hidrogênio como vetor energético:



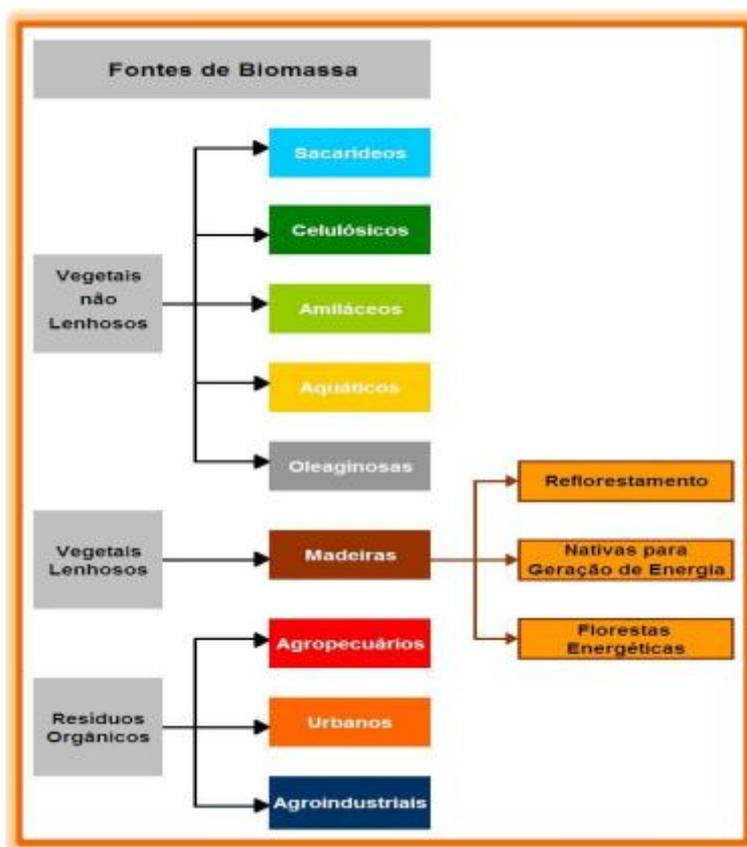
Fonte: CENEH -citado por CGEE (2010).

De acordo com a Empresa de Pesquisas Energéticas em seu material “Bases para a Consolidação da Estratégia Brasileira do Hidrogênio” (2021), dentre as fontes renováveis de matéria-prima que podem ser utilizadas na produção de hidrogênio, encontram-se a água (H₂O), a biomassa e os biocombustíveis líquidos e gasosos, tais como o etanol e o biogás/biometano, por exemplo. Para a realização da eletrólise, duas tecnologias se destacam: a Alcalina Clássica e a de Membrana Polimérica Eletrolítica (PEM – Polymer Electrolyte Membrane). Ciclos termoquímicos também podem ser utilizados para quebrar a molécula da água e produzir hidrogênio, no entanto, estas tecnologias exigem elevadas temperaturas e uso de substâncias intermediárias que podem ser regeneradas.



O processo que utiliza a conversão de biomassa e biocombustíveis em hidrogênio pode ocorrer por processos de gaseificação, reforma ou processos biológicos. Certas características da biomassa, como o menor conteúdo energético e maior umidade, deixam o processo de gaseificação mais difícil quando comparado ao carvão mineral. O gás resultante da síntese de gaseificação, além do hidrogênio, é rico em monóxido de carbono, o que implica em uma etapa de separação para obtenção do hidrogênio puro (EPE, 2021).

Figura 5- Fontes de biomassa



Fonte: ORSINI, 2012, adaptado de Cenbio, 2009

Para Vasconcellos (2002), o Sol é um gigante reator energético, e por essa razão, a terra do Sol, o Brasil, tende a se tornar o centro mundial da energia armazenada, sendo o lugar ideal para a energia verde, vegetal, da biomassa.

Ainda, sobre a biomassa, para Orsini (2012), o Brasil, por ter uma vasta área territorial em regiões tropicais e chuvosas, pode oferecer ótimas oportunidades para produção e utilização energética da biomassa em larga escala, pois além da produção de álcool, queima em fornos,

caldeiras e outros usos não comerciais, a biomassa apresenta grande potencial no setor de geração de energia elétrica, que pode ser utilizada para posterior geração do hidrogênio verde.

4.3 DO POTENCIAL BRASILEIRO PARA APLICAÇÃO DO HIDROGÊNIO VERDE

Perante a emergente temática da questão climática, diversos indicadores têm demonstrado a necessidade de mudança radical da forma como o ser humano lida com a natureza. Tanto no que se refere à prática extrativista, como na busca de soluções práticas para manutenção da sociedade humana enquanto espécie que luta contra as mudanças climáticas, sem isso implicar em redução de qualidade de vida. No entanto, não se pode negar a devastação causada e a necessidade de busca de novas formas de recursos e freada do estilo de vida capitalista.

Neste contexto, a América Latina sempre foi exportadora de recursos naturais, tendo sua economia baseada em um setor primário, tanto de ouro na época da colonização, como atualmente de alimentos, madeira e minerais. No Brasil, ocorreram as maiores perdas em nome da globalização. Em 2012, a exportação foi de quase seiscentos milhões de toneladas de recursos naturais, seguida da Colômbia, muito atrás, com aproximadamente 120 milhões de toneladas. Logo, a economia brasileira é marcadamente dependente da venda de matérias-primas e ocasionou uma crescente desindustrialização nos últimos anos (Gudynas, 2019).

No entanto, centrando-se no futuro e no crescente mercado de busca de recursos renováveis, a geração de hidrogênio verde pode ser uma ótima oportunidade ao Brasil, ante a grande quantidade de resíduos de bagaço de cana-de-açúcar gerada pelo setor sucroalcooleiro (Batagliotti, 2022).

O potencial brasileiro de produção de hidrogênio verde foi destaque em um estudo da BloombergNEF, em razão de ser um dos poucos países do mundo que possui capacidade de oferecer o combustível a um custo inferior a US\$ 1 por quilo até 2030. Em uma projeção a longo prazo, esse custo pode inclusive reduzir para US\$ 0,55 até 2050. Entretanto, a viabilização desse cenário demandaria um alto investimento da indústria, cujo montante chegaria aos US\$ 200 bilhões de dólares, de acordo com uma estimativa realizada pela consultoria McKinsey (Bethonico, 2023).

Vale mencionar, ainda, o grande potencial que o hidrogênio apresenta no mercado agrícola, em especial quando se fala da produção de fertilizantes, já que apesar de atualmente a



produção ser feita à base de gás natural, é possível a sua substituição por hidrogênio (Batagliotti, 2022).

Recentemente, essa questão ganhou notoriedade, quando, em meados de 2022, a UNIGEL, multinacional brasileira e segunda maior petroquímica do país anunciou a instalação de uma das maiores fábricas de hidrogênio verde do mundo no município de Camaçari, Estado da Bahia. Apenas em sua primeira fase, a planta terá capacidade de produzir 10 mil toneladas de hidrogênio verde por ano e 60 mil toneladas de amônia verde. Em uma segunda etapa, a partir de 2025, a previsão é de que essa produção quadruplique (Fucuchima, 2022).

O Brasil nessa corrida tem uma posição privilegiada, por possuir uma extensa costa e uma grande incidência de sol. Logo, o país tem um dos menores custos marginais para a geração de energias renováveis, barateando o processo da eletrólise. Em 2021, os investimentos anunciados para construção de usinas produtoras de hidrogênio verde já somavam mais de US\$ 22 bilhões, concentrados em portos como Pecém-CE, Suape-PE, e Açú-RJ (Mantovani, 2021).

De acordo com Alvarenga (2021), CEO da thyssenkrupp na América do Sul, e vice-presidente da Câmara Brasil-Alemanha de São Paulo, o Brasil tem um grande potencial para geração de energia elétrica renovável com um dos menores custos de produção, mencionando que atualmente 80% da energia elétrica do país já vem de fontes renováveis, dando destaque para a energia hídrica, eólica, solar e a biomassa. Dada a intermitência das fontes solar e eólica, o país ainda pode contar com o potencial hídrico, colocando-o em destaque como potencial produtor de hidrogênio verde.

O potencial brasileiro para produção de hidrogênio verde com baixo custo é tão notório que o país tem se tornado um dos maiores alvos de investimentos da Alemanha para projetos de produção do combustível. A Alemanha tem grande interesse na importação do combustível, dada sua matriz energética altamente dependente de combustíveis fósseis e suas grandes limitações na geração de energia renovável.

A aposta é que o Brasil se torne um grande exportador mundial do combustível. De acordo com informações da consultoria alemã Roland Berger, o Brasil é o país que irá comandar a corrida na produção e exportação do hidrogênio, estimando-se que o mercado brasileiro do H2V alcançará a cifra anual de R\$ 150 bilhões, sendo que aproximadamente R\$ 100 bilhões terão origem apenas nas exportações (Soares, 2023).



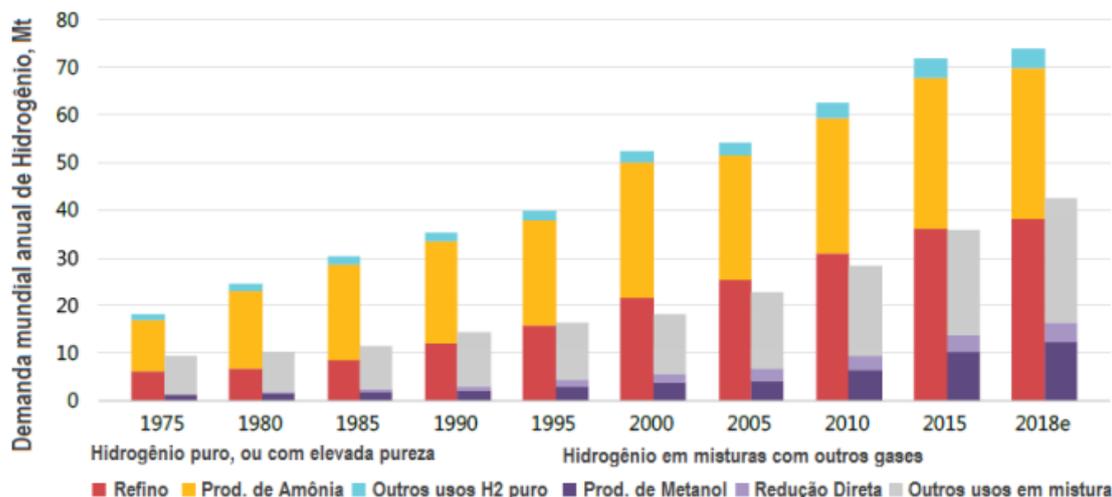
Assim, feita essa breve apresentação acerca do potencial brasileiro na corrida pelo chamado “combustível do futuro”, passa-se à análise do hidrogênio como um dos elementos primordiais para a viabilização da transição para uma economia mais verde.

5. QUAIS SÃO AS POLÍTICAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO HIDROGÊNIO NO BRASIL E NO MUNDO?

De acordo com as Bases para a Consolidação da Estratégia Brasileira do Hidrogênio, em 2018, a demanda mundial por hidrogênio foi de 115 Mt, sendo 73 Mt de hidrogênio puro. Já a produção de amônia para fertilizante e o refino do petróleo responderam por 96% da demanda de hidrogênio puro. Por sua vez, a demanda de hidrogênio em misturas com outros gases foi de 42 Mt; e a produção de metanol respondeu por 29%, a redução direta na indústria do aço respondeu por 7% e o restante em outros usos diversos.

Abaixo, segue a evolução da demanda de hidrogênio puro e em mistura com outros gases, por aplicação:

Figura 6 - Evolução da demanda mundial por hidrogênio



Fonte: IEA (2019) – International Energy Agency (2019). The Future of Hydrogen. Seizing today’s opportunities. Report prepared by the IEA for the G20, Japan. Disponível em: <https://webstore.iea.org/download/direct/2803..> Em: Empresa de Pesquisa Energética - https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-569/NT_Hidroge%CC%82nio_rev01%20.pdf

De acordo com Mantovani (2021), o hidrogênio verde já é uma tendência solidificada na Europa, e como combustível, já é uma realidade nos Estados Unidos, Rússia, China, França e Alemanha. No Japão, há a meta de se tornarem a economia de hidrogênio. A nível sul-americano, o Chile, em 2020, anunciou a meta de em duas décadas figurar entre os três maiores exportadores de hidrogênio verde do planeta, já a Colômbia também quer desenvolver uma indústria do gás, e está em busca de mercados para exportação.

A União Europeia, com vistas a manter a posição de liderança mundial no domínio das energias renováveis, publicou a Diretiva Energias Renováveis revista (Diretiva UE 2018/2001), que ficou conhecida como RED II. Essa diretiva tem por objetivo auxiliar a União Europeia a cumprir o compromisso de redução de emissões firmado no Acordo de Paris e tentar atingir a neutralidade carbônica até 2050 (Gil, 2021).

Na Alemanha, foi estabelecida em 2020 a Estratégia Nacional do Hidrogênio, que pretende investir €9 bilhões em projetos, não somente em seu território, mas em outras localidades, visando garantir o suprimento de hidrogênio verde para o mercado local. O governo considera o hidrogênio verde como a principal opção para que o país se torne neutro climaticamente até 2050 (Alvarenga, 2021).

De acordo com o Portal Hidrogênio Verde, quanto mais barata a energia utilizada para geração do hidrogênio verde, maior a probabilidade de expansão da cadeia produtiva. Nesse contexto, já se destacam a China, a Mongólia, a Austrália, o Marrocos e o Chile (Portal do Hidrogênio, s.d).

No Chile, será construída uma planta comercial integrada, tendo como foco a produção em escala industrial de combustível de neutralidade climática, ou e-fuel, por meio de uma combinação de hidrogênio produzido a partir da energia eólica e CO2 capturado do ar. O projeto chamado “*Haru Oni*”, o projeto terá investimentos do governo federal alemão na ordem de € 8,23 milhões e conta com diversos parceiros internacionais (Portal do Hidrogênio, s.d).

No entanto, a maior problemática atual é o custo. O hidrogênio verde custa cerca de duas a três vezes mais caro do que o hidrogênio azul. No entanto, é estimado que esses custos caiam até 62% até 2030, ou seja, algo aproximado entre US\$ 1,4 e US\$ 2,3 por quilo, colocando em paridade o custo do hidrogênio verde e do hidrogênio cinza entre 2028 e 2034 e com projeções abaixo de US\$ 1 por quilo em 2040 (Portal do Hidrogênio, s.d).

Como é possível perceber, a consolidação de uma verdadeira economia de hidrogênio em nível global apresenta diversos desafios, que são, desde a formalização de uma política



regulatória que abranja as especificidades dessa nova matriz energética até a implementação de uma sólida estrutura econômico-financeira. Embora alguma redução nos custos já possa ser observada em relação ao que se tinha há alguns anos, a expansão do hidrogênio verde requer uma robusta atuação de políticas públicas (Aquino; Chaves; Ivo, 2022).

Para Sachs (2009), há uma grande expectativa no progresso de países em desenvolvimento "na invenção de seus padrões endógenos de desenvolvimento mais justos e, ao mesmo tempo, com maior respeito pela natureza". De acordo com o autor, a partir do controle do potencial de biomassa nos trópicos favorece os países do chamado Terceiro Mundo a chance de pular etapas, ao contrário de outros países desenvolvidos, contribuindo na luta contra o aquecimento global e no uso racional da Natureza. De acordo com o autor, "O Brasil e outros países tropicais têm todas as condições de se tornarem exportadores da sustentabilidade, transformando o desafio ambiental em uma oportunidade"(Sachs, 2009, p. 42).

Sendo assim, traz-se no próximo tópico um referencial acerca da formulação de políticas públicas para o hidrogênio verde, contendo alguns passos importantes para o aumento das chances da consolidação de uma economia mais descarbonizada por meio da utilização desse portador de energia.

6. EXEMPLOS DE FUNDAMENTOS PARA A ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O HIDROGÊNIO

A Organização Intergovernamental IRENA, sigla em inglês para Agência Internacional de Energia Renovável, elaborou um robusto relatório citando alguns pilares para a formulação de Políticas Públicas para o Hidrogênio Verde. A estratégia proposta baseia-se em quatro pilares políticos que servirão de fundamento para o estabelecimento de outras políticas específicas para que o hidrogênio saia de um mero nicho para alcançar um mínimo de penetração no mercado.

O primeiro dos pilares se trata da definição de Estratégias Nacionais. Esse pilar tem como início o estabelecimento de programas de pesquisas e desenvolvimento para que se entenda os princípios fundamentais dessa tecnologia. Após essa definição, o passo seguinte constitui-se na elaboração de um documento de visão onde se esclarece o “porque o hidrogênio”, o “por que o hidrogênio agora?”. Este documento orientará a pesquisa e os esforços da própria indústria. Nesta etapa, é comum e válido que esses documentos sejam



criados por governos e por agentes privados, geralmente atraídos pela expectativa de crescimento dessa inovação tecnológica. Além disso, a existência de parcerias público-privadas na implementação dessas políticas contribuem para a criação de um consenso e de um alinhamento de pontos de vista, o que pode mitigar os riscos da implantação e, facilitando, de fato, a transição (Irena, 2020).

Após a definição dessa estratégia, o próximo passo, ainda dentro desse primeiro pilar, é realizar uma análise conjunta do impacto econômico, social e ambiental das consequências da implantação das medidas definidas. Somente após essas análises, os regulamentos, leis e outros instrumentos normativos devem ser introduzidos (Irena, 2020).

O segundo pilar para a formulação de políticas é: estabelecer prioridades políticas para o hidrogênio verde. Nesse momento, os formuladores de políticas precisam realizar uma avaliação cuidadosa a fim de estabelecer as prioridades políticas para cada segmento da cadeia de valor do hidrogênio. A título de exemplo, o relatório cita que uma região com bons recursos de energia renovável pode usar a eletrólise para tornar o custo do hidrogênio verde mais competitivo, enquanto outra região ou mesmo em outro país, os formuladores de políticas podem considerar que a importação do hidrogênio é mais vantajosa, podendo este concentrar suas atividades em tecnologias que favoreçam a transição energética (Irena, 2020).

No exemplo citado acima pelo relatório, temos o caso do Brasil, que, conforme tratado no tópico 3.4 deste trabalho, possui um altíssimo potencial para a geração de hidrogênio verde, devido, sobretudo, às privilegiadas condições naturais aqui encontradas, sobretudo na região nordeste do país, em especial no que tange ao potencial de geração de energia limpa eólica e solar.

O terceiro pilar trata-se do regime de garantia de origem. Considerando que não é possível diferenciar uma molécula de hidrogênio verde de uma molécula de hidrogênio cinza, é fundamental que exista uma certificação que permita aos usuários, consumidores e ao próprio governo conhecerem sua origem e qualidade. Também é crucial que o modelo de certificação possa descrever de forma precisa todo o ciclo de vida do hidrogênio certificado, desde sua produção, transporte e uso final (Irena, 2020).

O quarto e último pilar institui um sistema de governança e políticas de habilitação para o hidrogênio verde. De acordo com o relatório, as políticas que incentivam a transição não devem abranger somente a implantação do hidrogênio verde, e sim sua integração em todo o sistema energético, de modo que são as políticas em todo o contexto econômico que garantirão



o ritmo da transição e sua sustentabilidade, lembrando que é imprescindível a participação da sociedade civil e da indústria (Irena, 2020).

Dentre as medidas sugeridas no relatório, é possível citar as seguintes: 1) que os formuladores de políticas procurem aconselhamento junto da sociedade civil e da indústria sobre propostas, ações e alterações da estratégia para o hidrogênio a depender do progresso; 2) implementação de medidas para manter a competitividade industrial e criar oportunidades para exportação, avaliando quais elementos da cadeia do hidrogênio podem ser fabricados no país, de acordo com sua capacidade industrial; 3) identificar oportunidades de crescimento econômico e geração de empregos; 4) introduzir o hidrogênio verde como parte da política de segurança energética; 5) construção ou reaproveitamento de infraestrutura, tais como a transformação de oleodutos e gasodutos para o transporte do hidrogênio; 6) garantir o acesso a financiamentos, por meio de apoio público e/ou privado; 7) definir pautas de hidrogênio como prioridades para pesquisas; 8) implantação de taxações para emissões de carbono; 9) eliminação gradual dos subsídios para combustíveis fósseis, à medida em que o hidrogênio verde passa a fazer parte do mercado.

Por fim, esses foram os pilares trazidos pela Agência Internacional para Energia Renovável para a formulação de políticas que tenham por objetivo a viabilização do hidrogênio verde como uma alternativa viável à descarbonização da economia. Foram sugestões e alguns exemplos que já são utilizados em algumas políticas internacionais e que podem subsidiar políticas também no território nacional. No próximo tópico, será realizada uma apresentação de como se retrata atualmente a política para o hidrogênio verde em nosso país.

7. O CENÁRIO BRASILEIRO DE POLÍTICAS DE HIDROGÊNIO

O Brasil está no início de uma política energética para o hidrogênio. No dia 04 de agosto de 2022, foi publicada a Resolução nº 06, de 23 de junho de 2022, do Conselho Nacional de Política Energética. Trata-se de um importante instrumento normativo para estabelecer a estrutura de governança do programa de hidrogênio no Brasil (Ministério de Minas e Energia, 2022).

Em que pese o assunto ter ganhado maior notoriedade atualmente, já há mais de 20 anos se fala no hidrogênio no Brasil.



Em 1995, o Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação iniciou sua atuação na temática da Energia do Hidrogênio, e um dos primeiros grandes marcos foi a implementação do Centro Nacional de Referência em Energia do Hidrogênio (CENEH), em 1998. Em 2002, foi instituído pelo MCTI o Programa Brasileiro de Células a Combustível (ProCac), com o objetivo de “organizar e promover ações de pesquisa e desenvolvimento tecnológico, por intermédio de projetos associados entre entidades de pesquisa e a iniciativa privada” (Programa Nacional do Hidrogênio, 2021).

Em 2002, o programa foi reformulado, alterando seu nome para “Programa de Ciência, Tecnologia e Inovação para a Economia do Hidrogênio” (ProH2). Em 2003, o Brasil se tornou membro da Parceria Internacional para Hidrogênio e Células a Combustível na Economia – IPHE (International Partnership for Hydrogen and Fuel Cells in the Economy), com meta de trocar informações governamentais, industriais e acadêmicas no assunto de células a combustível e o hidrogênio na sociedade. (Programa Nacional do Hidrogênio, 2021).

Já em 2005, foi publicado pelo Ministério de Minas e Energia o “Roteiro para a Estruturação da Economia do Hidrogênio no Brasil”, apresentando metas a serem atingida ao longo de 20 anos, como:

- i) a importância das diferentes rotas tecnológicas nas quais o Brasil pudesse ter vantagens competitivas;
- ii) o papel do gás natural na transição até o predomínio do hidrogênio verde;
- iii) a difusão nos mercados de geração distribuída, regiões isoladas e ônibus urbanos.

Passando para 2010, ocorreu a publicação pelo Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE) de “Hidrogênio energético no Brasil: Subsídios para políticas de competitividade: 2010-2025”, que expôs recomendações para o incentivo à economia do hidrogênio, com a inclusão de ministérios (MCTI, MME e MMA, por exemplo), agências governamentais (Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, CNPq, Finep, BNDES e Inmetro, por exemplo) e as instituições de pesquisa (Cepel, CPqD, INT e Lactec, por exemplo) para ações de curto (0 a 5 anos), médio (5 a 10 anos) e longo prazo (10 a 15 anos) (Programa Nacional do Hidrogênio, 2021).

Em 2012, ocorreu o Workshop Internacional sobre Hidrogênio e Células a Combustível (WICaC), que contou uma apresentação do MCTI mostrando algumas questões importantes após dez anos de investimentos em projetos:

- i) uma “euforia” no início dos anos 2000, que perdurou até 2008;



ii) após esse período, houve uma desaceleração de investimentos.

No Brasil, ocorreu também a alteração de prioridades na agenda de política energética, motivada, em parte, pelas descobertas de petróleo e gás na camada geológica do pré-sal em 2006 (EPE, 2021) (Programa Nacional do Hidrogênio, 2021).

Em 2017, foi criada a Associação Brasileira do Hidrogênio (ABH2), uma iniciativa com intuito de organizar melhor as ações e recursos públicos e privados, que gerou bons resultados com uma ação coordenada junto ao MCTI, MEC, MME, ANEEL, ANP e Eletrobras, entre outros (Programa Nacional do Hidrogênio, 2021).

Mais recentemente, em 2020, o Plano Nacional de Energia 2050 (PNE 2050) mostrou que o hidrogênio é uma tecnologia disruptiva e se apresenta como elemento importante no contexto da descarbonização da matriz energética (Programa Nacional do Hidrogênio, 2021).

Ocorreram, em 2021, diversos eventos (workshops, seminários e conferências) em que foram debatidas questões atinentes à importância de um programa nacional do hidrogênio, ao hidrogênio verde, e ao hidrogênio para América Latina e Caribe; e a HUBs de hidrogênio, no qual se observou que o Brasil está tratando do assunto do hidrogênio em nível nacional (Programa Nacional do Hidrogênio, 2021).

Nesse diapasão, o Conselho Nacional de Política Econômica (CNPE) publicou, em 2021, duas resoluções: a Resolução CNPE nº 2 de 2021, que orienta a priorização da destinação de recursos de pesquisa, desenvolvimento e inovação regulados pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL e pela Agência Nacional de Petróleo Gás Natural e Biocombustível - ANP para o hidrogênio, entre outras temáticas relacionadas ao setor de energia e transição energética; e a Resolução CNPE nº 6 de 2021, que trata de determinação para a proposição de diretrizes para o Programa Nacional do Hidrogênio (PNH2) (Programa Nacional do Hidrogênio, 2021).

Ainda em 2021, o Brasil coliderou o Diálogo de Alto Nível das Nações Unidas sobre Energia, apresentando o pacto energético sobre hidrogênio, que seria um compromisso que pretende acelerar o cumprimento das metas do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 7 (ODS 7), que trata do acesso universal a energias limpas. Tratando-se do pacto energético sobre hidrogênio, objetiva tratar do desenvolvimento da indústria e mercado do hidrogênio no Brasil por meio da construção de uma base de conhecimento sobre esse vetor energético em três pilares (Programa Nacional do Hidrogênio, 2021):

i) políticas de pesquisa, desenvolvimento e inovação;



ii) capacitação e treinamento; e
iii) criação de uma plataforma para consolidação e disseminação de informações sobre hidrogênio no País.

Mais uma menção importante, trata da Aliança Brasil-Alemanha para o Hidrogênio Verde, que se trata de uma plataforma criada por entidades empresariais para auxiliar nas negociações de compra e venda de hidrogênio verde para a Alemanha, ressaltando a importância do Brasil como um fornecedor internacional, podendo colocar o país em um lugar de destaque como um dos celeiros energéticos na próxima década (Alvarenga, 2021).

Como é possível notar, atualmente a temática em torno de quem será o grande exportador mundial de hidrogênio está muito acirrada. Todos os países querem sê-lo, muitos de olho no potencial de consumo do continente europeu, bastante conhecido por suas dificuldades e limitações na produção de energia (Bethonico, 2023).

Contudo, a realidade atual é que o hidrogênio verde ainda é uma tecnologia nova e cara, o que não o torna competitivo atualmente. Ainda é necessário passar por uma maturação da tecnologia e também das questões referentes ao próprio mercado internacional. Especialmente no que tange ao Brasil, é necessário haver um planejamento de longo prazo, tanto no âmbito regulatório quanto no fomento à indústria (Bethonico, 2023).

É nesse momento que a importância das políticas públicas para o hidrogênio ganha destaque. É fundamental que exista um esforço estatal no sentido de se regular e incentivar o mercado de hidrogênio para que a transição energética se viabilize.

Corroborando essa questão, o relatório intitulado *Hydrogen scaling up: A sustainable pathway for the global energy transition*, publicado pelo Conselho do Hidrogênio destaca a importância não só das já esperadas parcerias público-privadas, mas também a importância do apoio público na criação de demanda por infraestrutura, por meio de compras públicas de veículos e na regulação da frota, dando, como exemplo questões como regulação da frota por meio de benefícios para táxis ou frotas corporativas. É uma medida que já existe em alguns países e auxilia a reduzir o obstáculo ao investimento privado, incentivando e sinalizando os fabricantes a investirem mais na infraestrutura requerida pelo hidrogênio.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 2015, a Organização das Nações Unidas propôs 17 objetivos contendo 169 metas de desenvolvimento sustentável, com o objetivo de definir um plano global para atingir um mundo melhor até o ano de 2030.

As conferências anuais do clima, promovidas pela ONU, são o principal evento destinado à discussão internacional sobre as mudanças climáticas. Na conferência climática realizada em novembro de 2022, na COP27, as discussões tinham a meta de sair das meras negociações e planejar de fato a implementação dessas políticas. Como exemplo, tratou-se sobre a mitigação das emissões de gases do efeito estufa, e o uso de novas tecnologias e fontes de energias renováveis.

Nesse quesito, a transição energética mostra-se como uma solução para o problema relatado. No entanto, as tecnologias necessárias para a viabilização do hidrogênio verde ainda estão em desenvolvimento e, por esse motivo, o Estado, bem como a iniciativa privada terão um papel fundamental para a consecução desse objetivo.

A utilização do hidrogênio como fonte de energia, tendo como base biomassas e biocombustíveis, ou a energia elétrica de fontes renováveis, tem sido avaliada como uma das formas mais eficientes e ambientalmente interessantes, principalmente quando se fala da utilização de células a combustível para conversão do hidrogênio em energia elétrica.

O Brasil, por ter uma vasta área territorial em regiões tropicais e chuvosas, oferece ótimas oportunidades para produção e utilização energética da biomassa em larga escala, e ainda, tem-se a biomassa com potencial no setor de geração de energia elétrica.

Esse crescente mercado de recursos renováveis favorece o Brasil, em função da grande quantidade de resíduos de bagaço de cana-de-açúcar gerada pelo setor sucroalcooleiro. No entanto, a viabilização desse cenário demanda um alto investimento da indústria.

Ainda, o Brasil conta com uma posição privilegiada, por possuir uma extensa costa e uma grande incidência de sol, e por essa razão, tem um dos menores custos para a geração de energias renováveis, barateando o processo da eletrólise. Nesse setor, em 2021, os investimentos para a construção de usinas produtoras de hidrogênio verde já somavam mais de US\$ 22 bilhões. Esse potencial tem atraído a atenção de investidores, inclusive da Alemanha.

Na Alemanha, foi estabelecida, em 2020, a Estratégia Nacional do Hidrogênio, que pretende investir € 9 bilhões em projetos, não somente em seu território, mas em outras



localidades, incluindo o Brasil. No Chile, será construída uma planta comercial integrada, tendo como foco a produção em escala industrial de combustível de neutralidade climática, ou e-fuel, por meio de uma combinação de hidrogênio produzido a partir da energia eólica e CO2 capturado do ar.

O Brasil, por sua vez, está no início de uma política energética para o hidrogênio. No dia 04 de agosto de 2022, foi publicada a Resolução nº 06, de 23 de junho de 2022, do Conselho Nacional de Política Energética. Em 2017, foi criada a Associação Brasileira do Hidrogênio (ABH2). Em 2018, teve-se o Plano de Ciência, Tecnologia e Inovação para Energias Renováveis e Biocombustíveis. Em 2020, o Plano Nacional de Energia 2050 (PNE 2050) mostrou que o hidrogênio é uma tecnologia disruptiva e se apresenta como elemento importante no contexto da descarbonização da matriz energética. E, em 2021, a Empresa de Pesquisa Energética (EPE) publicou as “Bases para a Consolidação da Estratégia Brasileira do Hidrogênio”.

Em 2021, o Conselho Nacional de Política Econômica (CNPE) publicou duas resoluções: a Resolução CNPE nº 2, de 2021; e a Resolução CNPE nº 6, de 2021, que trata de determinação para a proposição de diretrizes para o Programa Nacional do Hidrogênio (PNH2). Ainda em 2021, o Brasil coliderou o Diálogo de Alto Nível das Nações Unidas sobre Energia, apresentando o pacto energético sobre hidrogênio, que seria um compromisso que pretendia acelerar o cumprimento das metas do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 7 (ODS 7).

A disputa pelo lugar de maior exportador/produtor de hidrogênio verde é acirrada, porém, o ponto negativo é o fato de ser uma tecnologia nova e cara, o que não o torna competitivo atualmente. É nesse momento que a importância das políticas públicas para o hidrogênio ganha destaque. Por esta razão, é fundamental que exista um esforço estatal no sentido de se regular e incentivar o mercado de hidrogênio para que a transição energética se viabilize.

9. REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. *O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos*. Tradução: Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016.

AGENDA 2030. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/agenda-2030/#:~:text=A%20Agenda%202030%20da%20ONU,17%20objetivos%20de%20desenvolvimento%20sustent%C3%A1veis>. Acesso em: 24 ago. 2022.



ALÉM DA ENERGIA. *Como funciona o CCUS e a sua importância na transição energética*. Disponível em: <https://www.alemndaenergia.engie.com.br/como-funciona-o-ccus-e-a-sua-importancia-na-transicao-energetica/>. Acesso em: 17 jan 2023.

ALTMAN, Fábio. *Os dirigíveis estão voltando - agora com combustíveis seguros*. Revista Veja (on-line). Disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/os-dirigiveis-estao-voltando-agora-com-combustiveis-seguros/>. Acesso em: 05 jan. 2023.

ALVARENGA, Paulo. O Hidrogênio Verde e a transição para uma economia de baixo carbono. In: *Revista Brasil Alemanha*. Ano 29, N. 01, outubro de 2021. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/d9/97/d9973c83-a742-4039-9e56-3e1c5dcba795/revistabrasilalemanha.pdf. Acesso em: 29 dez. 2022.

AQUINO, Thereza; CHAVES, Ana Carolina; IVO, Roberto. *O papel do financiamento nos projetos de hidrogênio verde na União Europeia: um exemplo a ser seguido*. Disponível em: <https://www.canalenergia.com.br/artigos/53216619/o-papel-do-financiamento-nos-projetos-de-hidrogenio-verde-na-uniao-europeia-um-exemplo-a-ser-seguido>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BATAGLIOTTI, Julia. *ABC do hidrogênio verde*. 2022. Disponível em: <https://brasillalemanhanews.com.br/coluna-em-destaque/abc-do-hidrogenio-verde/>. Acesso em: 09 jan. 2023.

BETHONICO, Thiago. *Entenda a corrida pelo hidrogênio verde e por que o Brasil pode ser uma potência*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/01/entenda-a-corrida-pelo-hidrogenio-verde-e-por-que-o-brasil-pode-ser-uma-potencia.shtml>. Acesso em: 11 jan. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

CGEE - CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS. *Hidrogênio energético no Brasil: subsídios para políticas de competitividade, 2010-2025*. Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE), 2010. Disponível em: https://www.cgee.org.br/documents/10195/734063/Hidrogenio_energetico_completo_22102010_9561.pdf/367532ec-43ca-4b4f-8162-acf8e5ad25dc?version=1.5. Acesso em: 09 jan. 2022.

DYE, THOMAS R. *Understanding Public Policy*. 14 ed. New Jersey: Pearson Education, Inc., 2013.

CAPELLA, Ana Claudia N. *Perspectivas Teóricas sobre o Processo de Formulação de Políticas Públicas*. Disponível em: https://perguntasapo.files.wordpress.com/2012/02/capella_2006_perspectivas-tec3b3ricas-sobre-o-processo-de-formulac3a7c3a3o-de-polc3adticas-pc3bablicas.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.



HARDUIM, Luisa. *Sociedade de baixo carbono: o desafio do nosso século*. Fórum de Meio Ambiente e Sustentabilidade na Amazônia. Vol. 01, nº 01, mar. 2023.

IRENA (INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY). *Green Hydrogen: A Guide to Policy Making*. Disponível em: <https://www.irena.org/publications/2020/Nov/Green-hydrogen>. Acesso em: 20 mar. 2023.

MANTOVANI, Paulo. *Hidrogênio verde: Brasil abre as portas para a energia do futuro*. Disponível em: <https://www.revistacobertura.com.br/noticias/artigos/hidrogenio-verde-brasil-abre-as-portas-para-a-energia--do-futuro/>. Acesso em: 09 dez. 2022.

MENDES, G. F; PAIVA, P. *Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. *Programa Nacional do Hidrogênio (PNH2): Propostas e Diretrizes* (julho de 2021). Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/noticias/mme-apresenta-ao-cnpe-proposta-de-diretrizes-para-o-programa-nacional-dohidrogenio-pnh2/HidrogênioRelatriodiretrizes.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2022,

MULLER, Pierre; SUREL, Yves. *A análise das políticas públicas*. Traduzido por Agemir Bavaresco, Alceu R. Pelotas: Educat, 2002. Disponível em: <https://docplayer.com.br/27855597-A-analise-das-politicas-publicas.html>. Acesso em: 05 out. 2022.

NIRANJAN, Ajit. *Os desafios para ampliar a produção de hidrogênio verde*. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/quais-s%C3%A3os-os-desafios-para-ampliar-a-produ%C3%A7%C3%A3o-de-hidrog%C3%AAnio-verde/a-64625843#:~:text=Hidrog%C3%AAnio%20verde%2C%20azul%20ou%20cinza&text=A%20variedade%20verde%20%C3%A9%20fabricada,que%20emite%20di%C3%B3xido%20de%20carbono>. Acesso em: 13 fev. 2023.

ORSINI, Rosely dos Reis. *Estudo do aproveitamento do resíduo da lavoura cafeeira como fonte de biomassa na produção de hidrogênio*. 2012. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

PORTAL DO HIDROGÊNIO VERDE. Site. sd. Disponível em: <https://www.h2verdebrasil.com.br>. Acesso em: 09 jan. 2023.

RAMOS, Camila. *O papel do hidrogênio verde na transformação do setor elétrico*. Disponível em: <https://www.canalenergia.com.br/artigos/53215097/o-papel-do-hidrogenio-verde-na-transformacao-do-setor-eletrico>. Acesso em: 20 jun. 2022.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Org. Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

SOARES, João Pedro. *Hidrogênio verde promete turbinar parceria Brasil-Alemanha*.



Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/hidrog%C3%AAnio-verde-promete-turbinar-parceria-brasil-alemanha/a-64599718>. Acesso em: 13 fev. 2023.

SCHMIDT, João Pedro. *Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas*. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, jan. 2019. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>>. Acesso em: 13 out. 2022

SMITH, Kevin B. e LARIMER, Christopher W. *The Public Policy Theory Primer*. Boulder- - CO, Westview Press. 2009.

SUÇUARANA, Monik da Silveira. *Descarbonização da Economia*. Disponível em: <https://www.infoescola.com/ecologia/descarbonizacao-da-economia/>. Acesso em: 13 fev. 2023.

TEIXEIRA, E. C. *O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade*. AATR – BA, 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf. Acesso em: 10 dez. 2022.

Sobre os autores:

Priscila Elise Alves Vasconcelos | E-mail: prisvascon@gmail.com

Professora Adjunta do Instituto de Ciências Jurídicas - CCJ - da Universidade Federal de Roraima. Coordenadora do DINTER UFRR UERJ. Coordenadora do Mestrado em Administração Pública Rede PROFIAP Pólo UFRR. Pós-Doutorado em Direito das Cidades pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2020). Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida - RJ (2018/2020). Mestre no Programa de Pós-Graduação em Agronegócios na Universidade Federal da Grande Dourados - Mato Grosso do Sul (2016/2017). Graduada em Direito pela Universidade Cândido Mendes (2001). Curso de Extensão em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (2001). Especializada em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ (2005). Pós-graduada em Direito Público e Privado pela UESA (2006). Pós-graduada em Meio Ambiente pelo MBE/COPPE/UFRJ (2014). Professora Colaboradora do Programa de Mestrado e Doutorado em Agronegócios da UFGD (MS) desde 2021. Professora Voluntária da Pós Graduação lato sensu em Direitos Difusos e Coletivos da UEMS (desde 2019) Líder do grupo de pesquisa vinculado da UFRR e registrado no CNPQ "Direito Ambiental Econômico e Direito de Energia em prol da sustentabilidade na região Norte do Brasil". Atuou junto a instituições públicas e privadas e como consultora jurídica na área de Direito Ambiental Econômico. Aprovada em concursos públicos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS (2015) para professor substituto da Faculdade de Direito em Direito Privado e Direito Público; e da Faculdade de Administração e Contabilidade - Unidade Ponta-Porã, na área de Direito. Professora na área de Direito Penal Parte Geral, Direito Penal Especial e Direito Processual Penal (curso de Direito) e Legislação Ambiental (curso de Ciências Biológicas), na Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul - UEMS-, unidade Dourados (2016/2017). Bolsista da FUNDECT (2016/2017). Revisora da Revista Brasileira de Energia - RB;. Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça; Revista



Videre. Tutora da disciplina Indicadores Socioeconômicos no EAD UFGD (2017). Integrante da Comissão de Direitos Humanos da OAB Dourados Itaporã/MS (2021). Foi advogada atuante. Pesquisadora nas áreas de Direito Ambiental e Direito de Energia, com ênfase em energias renováveis, professora universitária e de cursos preparatórios. Palestrante convidada em Simpósios e Congressos na área de Direito Penal (2017). Aprovada no Doutorado em Direito na Universidade do Minho - Braga, Portugal - na linha de pesquisa de Ciências Jurídicas Publicistas (2017). Consultora ad hoc do projeto Universidade sem Fronteiras do Governo do Estado do Paraná (2018). Pesquisadora do GGINNS - Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability - Derecho Comparado Global: Gobernanza, Innovación y Sostenibilidad- Direito Comparado Global: Governança, Inovação e Sustentabilidade. Bolsista CAPES PROSUP UVA (desde 2018). Aprovada no Processo Seletivo Simplificado de Professor Substituto da Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD - edital CCS 07/2019. Professora da Pós Graduação lato sensu em Direitos Difusos e Coletivos da UEMS. (desde 2019) Professora da FADIR UFGD nas disciplinas de Direito Civil, Direito Tributário, Direito Empresarial e Direito Constitucional (2019-2021). Professora do PPGD UNIFACVEST (2021).

Renata Marafon | E-mail: renatamarafon27@gmail.com

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná, área de concentração em Direitos Humanos e Democracia. Possui graduação em Direito pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (2013), especialista em Direito Administrativo (Anhanguera-Uniderp - 2015), em Direito Penal (Uniasselvi - 2020) e possui MBA em Finanças e Política Fiscal (Uniasselvi). Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável (Unifacvest -2023). Servidora Pública Federal em Exercício na Assessoria de Legislação - Diretoria de Gestão de Pessoas da Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Participa do grupo de pesquisa "Direito Ambiental Econômico e Direito de Energia em prol da sustentabilidade na região Norte do Brasil" vinculado à UFRR. Faz parte do Ekoa (núcleo de pesquisa e extensão em direito socioambiental do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR). Tem interesse em pesquisas envolvendo Direito Ambiental, Direito Ecológico e Direitos da Natureza.

Roberto Miyashiro Junior | E-mail: robertojunior86@gmail.com

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2009). Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Catarina (UAB/UFSC). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp/LFG. Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável pela UNIFACVEST. Atualmente é Auditor da Universidade Tecnológica Federal do Paraná.



Quando a conformidade não basta: o desafio de promover a integridade fiscal no Brasil

When compliance is not enough: the challenge of promoting fiscal integrity in Brazil

Daniel Telles de Menezes¹

Mestre em Políticas Públicas. Procurador da Fazenda Nacional. Santo André (SP). Brasil

RESUMO

Este artigo aborda o tema da promoção da integridade fiscal sob a perspectiva da eficácia dos mecanismos legais de indução de comportamentos socialmente desejados. A discussão perpassa a distinção entre conformidade com a lei e integridade, aquela sendo ordinariamente buscada por meio de normas jurídicas duras, que impõem comportamentos sob pena de sanção, e esta sendo objeto de leis classificadas como suaves. Neste sentido o texto tenta traçar um panorama do comportamento dos contribuintes com relação ao cumprimento da legislação tributária, explorando casos em que a desconformidade com a lei, conquanto indesejável, não tem sido eficazmente coibida pelo ordenamento jurídico. Aborda também outras situações em que a determinação dos contribuintes em evitar a tributação resulta em reação do legislador que além de não resolver o problema, compromete ainda mais a imagem do sistema tributário e da autoridade fiscal. Ao invés de continuar pelo caminho de cobrir as brechas do ordenamento impositivo, o texto explora a possibilidade de adoção de um modelo de legislação suave, inspirado em padrões de comunicação estabelecidos por organizações internacionais independentes para estimular comportamentos socialmente desejáveis.

PALAVRAS-CHAVE:

Integridade Fiscal; Soft Law; GRI Standards; Planejamento Tributário; Elisão Fiscal.

ABSTRACT

This article discusses the theme of promoting fiscal integrity from the perspective of the effectiveness of legal mechanisms for inducing socially desired behaviors. The discussion permeates the distinction between compliance with law and integrity, which is ordinarily sought through harsh legal norms, which impose behavior under penalty of sanction, and is being the subject of soft laws. In this sense, the text tries to draw an overview of the behavior of taxpayers in relation to compliance with tax legislation by exploiting cases in which non-compliance with the law, while undesirable, has not been effectively refrained by the legal system. It also addresses other situations in which the determination of taxpayers to avoid taxation results in reaction from the legislator who, in addition to not solving the problem, make the image of the tax system and the tax authority even more compromising. Instead of continuing the path of covering the gaps in the imposition, the text explores the possibility of the adoption of a soft model of legislation, inspired by communication standards established by independent international organizations to stimulate socially desirable behaviors.

KEYWORDS:

Fiscal Integrity; Soft Law; GRI Standards; Tax Planning; Tax Avoidance.

¹ Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8165942081710947>



1. INTRODUÇÃO

“Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais.”
– Immanuel Kant
“Se alguém precisa de religião para ser bom, a pessoa não é boa, é um cão adestrado” – Aútoría atribuída à Chagdud Tulku Rinpoche pela internet.

A boa conduta em sociedade ocupa lugar de destaque no pensamento ocidental desde Aristóteles, considerado o fundador da ética como disciplina da filosofia (Menezes, 2023:1). Nas lições de ética a seu filho, Nicômaco, o filósofo grego se mostra um racionalista associando a virtude ao hábito de agir conforme à razão, evitando os vícios do excesso e da omissão por meio da busca pelo termo médio, em busca da felicidade. Igualmente racionalista, Kant descarta o recurso à felicidade aristotélica para estruturar sua ética, ou juízo moral das ações, e o faz exclusivamente sob a perspectiva deontológica, o dever de agir conforme o imperativo incondicional que abre este texto.

O recurso aos dois clássicos tem um propósito para o estudo que segue. Eles podem ser vistos como antecedentes remotos daquilo que contemporaneamente se denomina *soft law*, em oposição à tradição legalista – *rule of the law* – que orienta as sociedades ocidentais, da revolução francesa aos dias atuais. A concepção moderna de império da lei notabiliza-se pela fórmula do artigo 5º da declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: “Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena”; perspectiva que se vincula à ideia de *hard law*, aquela que impõe ou proíbe condutas sob pena de sanção. Contudo, tem transparecido nas relações sociais uma forte demanda pela observância de critérios de integridade, para além da conformidade com a lei.

Em 2018, o ministro Luís Roberto Barroso deu entrevista à Gazeta do Povo afirmando que “[havia] uma imensa demanda na sociedade brasileira por integridade, por idealismo, por patriotismo e eu espero que a política seja capaz de suprir essa demanda.” O Pacto de integridade e *compliance* pela sustentabilidade, iniciativa da sociedade civil apoiada por marcas de alto renome, destaca que:

Crises financeiras, ameaças cibernéticas, escândalos decorrentes de fraudes, corrupção e atos ilícitos fazem as empresas perderem o foco da boa governança e do respeito a diversas áreas, expondo sua imagem e reputação, impactando o seu valor econômico e gerando prejuízos inclusive para a sociedade em geral.

Pela busca desenfreada do crescimento, muitas organizações acabam por perder a essência do pluralismo e compartilham, na sua grande maioria, a individualidade ao invés da solidariedade. Uma coisa é certa, nosso cotidiano está caótico. Chegar primeiro ficou mais importante que chegarmos juntos.



Ainda em seu sítio de internet justifica que:

“[C]ompliance significa estar de acordo, cumprir e fazer cumprir normas, controles internos e externos, políticas e diretrizes estabelecidas, assumidas voluntariamente ou impostas às atividades da organização.”

Uma pesquisa sobre o termo “Agenda AGS”, acrônimo para Ambiental, Social e Governança, no Google, em 02/03/2023, exibia aproximadamente 9.030.000 resultados.

No campo tributário, a discussão entre conformidade e integridade assume relevância especial em temas como litigância e inadimplência contumazes e sobretudo quando se discutem os limites do planejamento tributário. Estes temas têm em comum a ineficácia do modelo de *hard law*, sejam em razão da plasticidade das situações debatidas, da criatividade dos agentes e das vicissitudes do sistema de coerção mediada pelo judiciário. O desafio nestas áreas do direito tributário tem sido fomentar comportamentos íntegros por parte dos contribuintes, em conformidade não só com a lei, mas com as expectativas sociais. Para alcançar este objetivo, o recurso a normas cogentes tem se mostrado tão útil quando tapar com as mãos os vazamentos que surgem em um navio feito de tábuas apodrecidas; a cada furo coberto, outros aparecem e a tripulação precisa se desdobrar para tentar alcançar todos. No caso do direito, o sistema normativo se torna cada vez mais denso e nem por isso mais efetivo, certamente não mais eficiente.

Este analisa a viabilidade da adoção de um modelo de *soft law* para estímulo à integridade fiscal dos contribuintes.

2. FRAQUEZAS DO MODELO DE LEGALIDADE ESTRITA

De acordo com a tese definida pelo STF no RE 565.048 (Tema 31):

“É inconstitucional o uso de meio indireto coercitivo para pagamento de tributo – “sanção política” –, tal qual ocorre com a exigência, pela Administração Tributária, de fiança, garantia real ou fidejussória como condição para impressão de notas fiscais de contribuintes com débitos tributários.”

Em outras palavras, o que o tribunal afirmou no julgamento é que a solução para a fazenda credora superar a recalcitrância do devedor é cobrar, e, no Brasil, a cobrança forçada é judicial, por força da interpretação que se dá ao disposto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição



de 1988⁵. Some-se a isso ao princípio da legalidade estabelecido no inciso II do mesmo artigo constitucional⁶, cujo desdobramento tributário, didaticamente exposto por Andre Mendes Moreira (2003, p. 12), consiste na reserva absoluta de lei formal, estrita legalidade e especificidade conceitual fechada, e chegaremos à conclusão de que comportamentos abusivos não podem ser coibidos, nem ações socialmente aprovadas podem ser exigidas senão por meio de lei que as estabeleça de forma certa. Como resultado, os contribuintes que não tenham interesse em se comportar da forma socialmente esperada podem sempre se defender dizendo que agem conforme a lei.

Nas seções seguintes, trataremos de duas destas situações. A primeira envolve contribuintes que poderiam adimplir tempestivamente suas obrigações tributárias, mas optam por não o fazer e esperar a coerção judicial ou a concessão de condições mais favorecidas. São as figuras dos litigantes e inadimplentes contumazes, respectivamente. Na seção subsequente abordaremos a questão do planejamento tributário, que, nas lições de Hugo de Brito Machado (2015) consiste na escolha, dentre as formas pelas quais um objetivo comercial pode ser alcançado, da que se mostre mais vantajosa do ponto de vista tributário.

2.1 LITIGÂNCIA E INADIMPLÊNCIA CONTUMAZES

Desde 2017, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional classifica os contribuintes que possuem débitos inscritos em Dívida Ativa da União, isto é, que não estão em discussão administrativa nem em parcelamento amigável junto à Receita Federal do Brasil, em uma escala de A até D conforme sua perspectiva de recuperação. O indicador criado pela Portaria MF nº 293, de 12 de junho de 2017, permite traçar um panorama, ainda que imperfeito, sobre a inclinação dos contribuintes em pagar seus tributos.

De acordo com os dados de gestão de dívida ativa da PGFN obtidos por meio da LAI, das dívidas de contribuintes classificados como A, que são, presumivelmente, aqueles que possuem capacidade econômica para adimplir com suas obrigações, 19% estão “em cobrança” e outros 28% encontram-se em benefício fiscal ou negociação. Tais números sugerem um desinteresse de contribuintes com capacidade de pagamento para realizá-lo espontaneamente, preferindo postergá-lo contando com a inefetividade do processo judicial ou a benevolência do legislativo em anistiá-los da mora, locupletando-se da disponibilidade financeira em um país

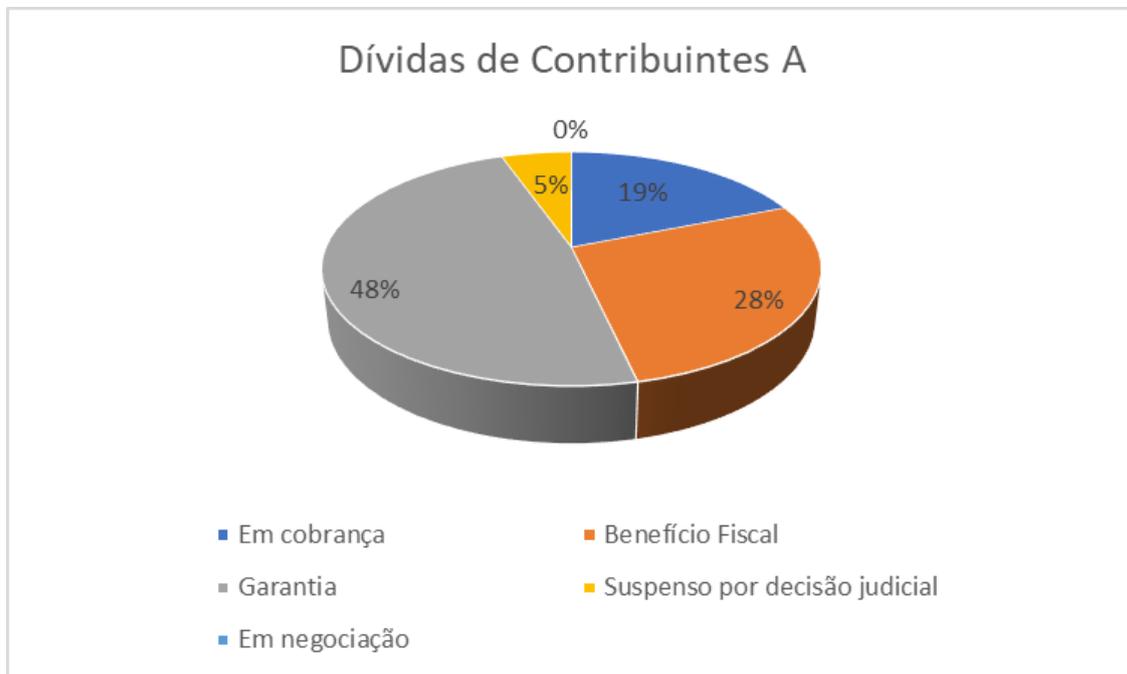
⁵ “Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁶ “Art. 5º, II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.



no qual as taxas de juros e retorno de investimentos financeiros são elevadíssimas e benevolmente tributadas.

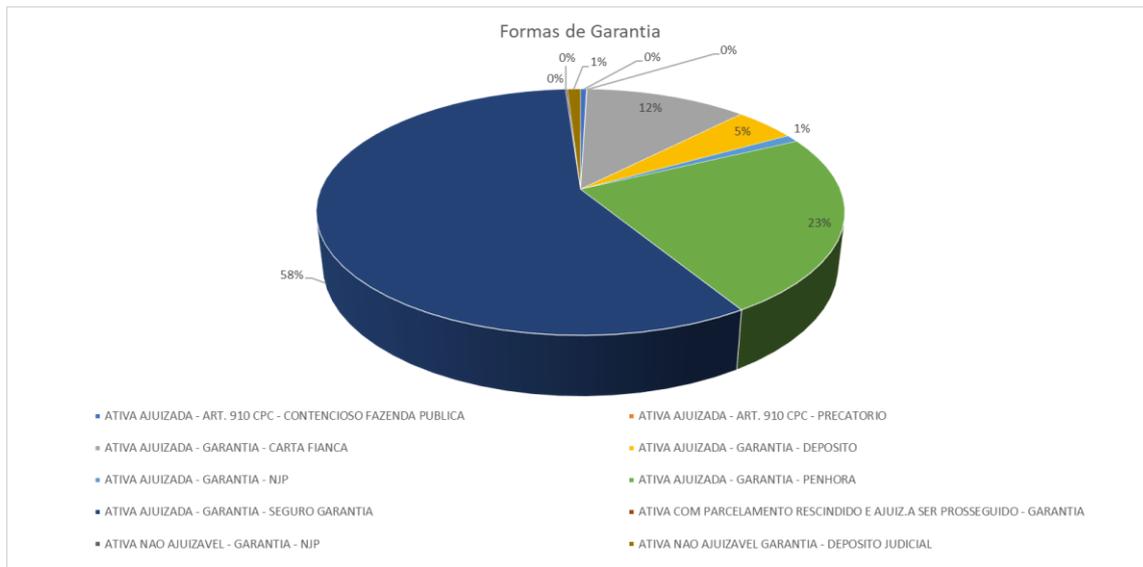
Figura 1 - Dados PGFN em números



Elaborado pelo autor

Os mesmos dados mostram ainda que o índice de suspensão por decisão judicial é da ordem de 5% e o de garantia de 48%. Tendo em vista a preferência por modalidades de garantia que comprometem menos a liquidez dos contribuintes, como seguro (58%), penhora (23%) e carta fiança (12%) em detrimento do depósito em dinheiro (5%), infere-se outra opção pela postergação do pagamento a fim de preservar a liquidez operacional por mais tempo, agora contando com a delonga do processo. Isto porque, em tese o depósito deveria ser a forma preferida por aqueles que possuem os recursos para pagar a dívida e acreditam na vitória, já que é a única que os exime de qualquer responsabilidade adicional pela complementação do valor, não afeta sua reputação bancária e garante a restituição do montante corrigido, em caso de sucesso.

Figura 2 - Dados PGFN Data Warehouse via LAI



Elaborado pelo autor

As afirmações acima não são meras conjecturas. De acordo com o CNJ, o tempo médio de tramitação de processos tributários no país supera 2 anos, período no qual a demora penaliza o credor que tem razão e beneficia o devedor que não tem, tornando a simples discussão, mesmo desprovida de fundamento, uma estratégia vantajosa. Ademais, desde 2000, o Congresso Nacional tem editado sistematicamente leis permitindo o pagamento extemporâneo de tributos sem ônus da demora (juros e multa). A primeira vez ocorreu com a Lei 9.964/2000, com a criação do primeiro “REFIS”. Depois com a Lei 10.864/2003, que instituiu o programa denominado PAES e em seguida com a MP 303/2006, editada pelo Poder Executivo e não convertida em lei, que criou o PAEX. Em 2009, um novo benefício foi instituído pelo parlamento por meio da Lei 11.941/2009, reaberta pela Lei 12.865/2013. Adiante, outra vez pelo Poder Executivo com a MP 766/2017 (PRT) e pelo Congresso pela Lei 13.496/2017 (PERT). Desta forma, consolidou-se entre 2000 e 2017 uma previsibilidade na concessão de benefícios que estimula o entesouramento de recursos devidos ao fisco para aguardar o próximo “REFIS”.

2.2 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

O segundo tipo de comportamento que o modelo de *hard law* tem se mostrado ineficiente para coibir é o chamado planejamento tributário.



O problema não é exclusivo do Brasil, o dicionário Collins possui verbete para o termo “tax loophole”, definindo-o como um meio legal de evitar o pagamento de tributos em razão de brechas na legislação. Em abril de 2022, a *The Economist* noticiava que a Casa Branca queria fechar brechas na legislação tributária utilizadas pelos super ricos. Em abril do mesmo ano, a CNBC mostrava como empresas renomadas, tais como Amazon, Nike e FedEx evitavam o pagamento de tributos federais. Garner e Wamhoff (2023) mostraram que cinquenta e cinco empresas não haviam pagado absolutamente nada de tributos sobre lucros em 2020, entre as quais a gigante de processadores AMD, a fabricante de impressoras HP, a provedora de certificação Verisign. Juntas as corporações incluídas no levantamento haviam faturado antes do imposto de renda mais de quarenta bilhões de dólares e ainda assim tiveram deduções fiscais que resultaram em uma tributação efetiva de menos três milhões de reais, ou seja, receberam tributos em vez de pagá-los.

Tais condutas configuram a chamada elisão fiscal, o mais comum objetivo de qualquer planejamento tributário, que consiste exatamente em evitar da incidência tributária de forma lícita. Os que praticam esta forma de planejamento não descumprem a lei, em sentido estrito, mas se valem de suas incompletudes e contradições para escapar da tributação. Conquanto configurem condutas lícitas, tais comportamentos são socialmente reprovados, como demonstram as reportagens acima citadas, por afrontarem o sentimento de justiça quanto à contribuição de cada um conforme suas capacidades para o bem comum.

A resposta normalmente buscada pelos governos para o problema da elisão tem sido a alteração da legislação para torná-la mais abrangente quanto às hipóteses de incidência e ao mesmo tempo mais específica quanto aos seus comandos, minimizando as incompletudes e contradições.

Enquanto os governos tentam aperfeiçoar suas leis, parte da doutrina procura estabelecer distinção entre planejamento lícito, elisão abusiva e evasão fiscal, de modo a trazer as duas últimas para o campo da *hard law*, do proibido ou obrigado sob ameaça de sanção jurídica. Exemplo disto se colhe nas lições de Marco Aurelio Greco (2011), que propõe que a análise do planejamento fiscal leve em conta não apenas a licitude das condutas como os vícios da simulação, abuso e fraude, bem como a avaliação da capacidade contributiva como temperamento da liberdade pelo critério de solidariedade social. A seu turno, André Mendes Moreira (2003) aponta o uso da interpretação econômica do direito ou a teoria da finalidade negocial como recursos aplicados em outros sistemas jurídicos para superar a legalidade estrita



e a especificidade conceitual e assim fazer incidir a força cogente da norma sobre condutas elisivas planejadas.

3. *SOFT LAW* E A INDUÇÃO DE COMPORTAMENTOS ÉTICOS

Uma anedota de doutrina jurídico-penal afirma que *se você precisa colocar um aviso em casa dizendo que é proibido roubar e matar no local, você não precisa mais do aviso*. A mensagem é semelhante àquela da epígrafe deste texto, que circula na internet. As brincadeiras ilustram a relação entre o direito (ou religião) e as condutas éticas. De fato, a ideia de que a norma jurídica tenha efetividade na imposição de comportamentos éticos é questionável.

Retomando as lições filosóficas de Aristóteles e Kant, a conduta virtuosa em busca da felicidade, ou a conduta orientada pela máxima universal, não são instintivas nem decorrem de um mandamento externo, mas derivam exclusivamente do emprego habitual da razão. Da mesma forma, a imposição de condutas por meio da ameaça de sanção jurídica escapa aos limites da ética, ingressando no âmbito da deontologia jurídica, da conformidade com a lei.

Assim, o modelo de *hard law* não seria capaz de criar comportamentos éticos porque estes são, por definição, impulsionados pela razão na busca do sumo bem e não pela ameaça de sanção. Ao invés, a criação de mais regras pode ter o efeito de ativar um modo adversarial ou defensivo dos contribuintes em relação ao cumprimento da legislação, estimulando que busquem novas e mais elaboradas formas de contornar suas imposições.

Em oposição a este modelo surge a denominada *soft law*, apresentada por Thibierge (2003) como a norma que se apresenta mole, fluida ou doce, isto é, que não seja obrigatória, que não seja precisa ou que não preveja sanções. A definição causa espécie àqueles que estão habituados ao critério de identificação de normas jurídicas justamente como mandamentos obrigatórios e coercitivos (Bobbio, 1999), mas não deveriam surpreender aqueles que se dedicam ao estudo do direito internacional.

Com efeito, no âmbito dos acordos entre estados soberanos, a ausência de coercibilidade por um terceiro, detentor legítimo do uso da força em relação às partes obrigadas, é uma das características essenciais. Além disso, o processo de adesão e internalização de tratados internacionais se caracteriza pela voluntariedade na assunção de obrigações.

Conforme apontam Olivera e Bertoldi (2010), a doutrina internacional contesta a concepção bobbiana, ressaltando que o direito envolve outras fontes além da lei, como o costume e a jurisprudência. Outros doutrinadores por elas citados registram que tampouco a



sanção está presente em todas as normas e que a juridicidade é que define a legitimidade da sanção, não o oposto.

Mais modernamente, além do direito internacional, também o direito ambiental e o direito regulador têm se valido de mecanismos de *soft law* para incentivar boas práticas ou conseguir regular realidades em constante transformação. Segundo Carolina Nogueira (2022),

“embora existam regras de soft law aplicáveis a diversos mercados e áreas do direito específicas, alguns temas atraem a formação e adoção de práticas do direito internacional, justamente pela rápida evolução das discussões presentes no palco do direito internacional. Dentre estes temas, destaca-se especialmente a proteção ao meio ambiente internacional e a proteção internacional aos direitos humanos.”

A seu turno, Gustavo Binenbojm (2006), discorrendo sobre a crise da lei, aponta o aumento da complexidade das relações econômicas e sociais como desafio para a ordenação estatal em razão da lentidão e generalidade do processo legislativo. O autor registra que a resposta para o problema tem sido a deslegalização para que agências reguladoras independentes disciplinem os temas a partir de princípios gerais e cláusulas genéricas, isto é uma lei *flouide*.

Ainda na seara do direito administrativo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006) emprega o conceito de função de fomento estatal para descrever os estímulos ou incentivos à iniciativa dos administrados para que desempenhem atividades consideradas de interesse público para o desenvolvimento geral. Entre os mecanismos empregados, o autor dá especial atenção às sanções premiaias como alternativa à punição pelo inadimplemento.

As discussões sobre o emprego de mecanismos de *soft law* no direito tributário concentram-se no papel dos tratados internacionais sobre tributação e nas orientações ou *guidelines*, de organismos multilaterais. Paolo Piantavigna (2002) explora o desenvolvimento de orientações conjuntas da OCDE e da EU quanto ao tema do planejamento tributário abusivo. Por sua vez, Jose Calderón (2007) aponta a influência das orientações da OCDE sobre preço de transferência na mudança dos ordenamentos jurídicos de países membros e não-membros da organização. Nesta perspectiva, a aplicação das normas suaves tem como destinatários prioritários os estados nacionais e como objetivo influenciar sua atividade legislativa interna.

Pouca coisa, porém, pode ser encontrada na perspectiva aqui apontada, a do emprego de leis “moles” ou “doces” para modificar comportamentos dos contribuintes diante do cumprimento da legislação tributária em seu espírito. Hans Gribnau (2007), por exemplo,



analisa as transformações no comportamento da administração tributária de uma perspectiva dissuasória para outra cooperativa, por meio de regras administrativas e supervisão horizontal. A seu turno, Sas Anseri *et al* (2017) analisam a legitimidade das expectativas que as orientações administrativas geram nos contribuintes canadenses. Na mesma linha, Fatima Chaouche (2019) analisa as expectativas legítimas provocadas nos contribuintes de Luxemburgo pelas normas expedidas pelas autoridades administrativas. É curioso observar que no artigo canadense é descrito um quadro de dificuldade enfrentada pelos contribuintes daquele país para compreenderem e se manterem em conformidade com suas obrigações tributárias, muito semelhante às críticas endereçadas ao sistema tributário brasileiro.

Em 2020, surge uma novidade disruptiva no contexto da *soft law* em matéria tributária, a Global Reporting Initiative, organização internacional independente, que auxilia empresas e outras organizações a assumirem responsabilidade por seus impactos por meio de uma linguagem comum de comunicação destes impactos⁷, editou padrões de comunicação de atitudes, governança, controle e gestão de risco relativos à tributação, o GRI 207. De acordo com o documento, os novos padrões se incorporam ao conjunto de padrões a serem utilizados por organizações para divulgar seus impactos na economia, no meio ambiente e na sociedade. Portanto, os padrões GRI têm como destinatários preferenciais as empresas, e não os estados soberanos, como geralmente ocorre com orientações de outras organizações internacionais.

O padrão GRI 207 está dividido em quatro tópicos que abrangem o tipo de informação a ser divulgada pelas empresas. Os três primeiros referem-se à forma como a organização gerencia determinado assunto, os impactos associados à sua ação, as expectativas e interesses das partes interessadas. O último refere-se à atuação da companhia em cada uma das jurisdições tributárias de estados soberanos a que se submete.

O primeiro tópico estabelece que a companhia deve divulgar sua maneira de focar a questão tributária, compreendendo a existência ou não de um planejamento tributário e seu conteúdo, os responsáveis pela revisão e aprovação da estratégia tributária da empresa, a visão da empresa sobre a conformidade regulatória em matéria tributária e a relação entre a abordagem tributária da companhia e suas estratégias negociais e de desenvolvimento sustentável.

O segundo tópico dispõe sobre padrões de divulgação sobre governança tributária,

⁷ <https://www.globalreporting.org/about-gri/>



controle e gerenciamento de risco. O padrão estabelece que as organizações devem divulgar sua estrutura de governança e controle, incluindo os responsáveis pelo cumprimento da estratégia tributária, a forma como a abordagem em relação aos tributos está integrada na organização, a visão da empresa com relação ao risco tributário e sua forma de identificação, administração e monitoramento; também estabelece que as empresas devem divulgar a forma como a conformidade entre suas práticas e estrutura de governança e controle é avaliada. Ainda neste tópico determina que as organizações devem descrever os mecanismos de divulgação de suas preocupações sobre comportamentos antiéticos e ilegais, bem como o programa integridade tributária. Por fim, estabelece um compromisso de divulgação de informações sobre impostos e, se aplicável, acesso a relatórios, declaração ou opinião produzidas.

O tópico seguinte da GRI 207 estabelece que a organização deve divulgar uma descrição de sua abordagem do engajamento das partes interessadas e gerenciamento das preocupações delas com a tributação, isto inclui sua visão sobre o relacionamento com autoridades tributárias, seu envolvimento com lobby em matéria tributária e o processo de consulta às partes interessadas a respeito da tributação.

Finalmente, o quarto e último tópico estabelece o compromisso da empresa em divulgar o domicílio fiscal de todas as entidades a ela vinculadas para fins de auditoria e para cada uma destas jurisdições o compromisso de informar o nome das entidades, suas atividades principais, o número de empregados, as receitas de operações com terceiros, as receitas de operações com entidades vinculadas, o resultado operacional antes da tributação, os ativos tangíveis, os tributos pagos, a proporção entre a tributação e o lucro, as razões para eventuais discrepâncias entre os tributos recolhidos e a aplicação da alíquota fixada em lei ao resultado operacional antes dos tributos.

Como visto, os padrões estabelecidos pelo GRI 207 se destinam a auxiliar as organizações na divulgação de informações sobre seus impactos na economia. São destinados aos contribuintes, portanto, mas são de adoção facultativa. Sua força cogente não deriva do poder estatal de ameaçar com sanções pelo seu descumprimento, mas do ganho ou custo reputacional em ambientes no quais comportamentos éticos são valorizados economicamente.

De acordo com Bivi (2022), comportamentos sustentáveis, entre os quais o justo recolhimento de tributos nos países em que atuam, além de convergirem com os objetivos do desenvolvimento sustentável 1 e 10 declarados pela ONU, estão associados a comportamentos éticos que quando desrespeitados podem levar à diminuição da reputação das organizações



diante das partes interessadas e da sociedade em geral, um risco que deve ser administrado, a fim de garantir os benefícios econômicos desejados pelos acionistas. A mestranda da universidade de Veneza registra, porém, que a pressão pela maximização dos lucros atua em sentido contrário à adoção de comportamentos sustentáveis. Além disso, os custos relacionados a divulgação de informações nos padrões propostos pela GRI podem exceder à materialização econômica dos benefícios reputacionais da transparência. Tanto assim que, de acordo com seu estudo, apenas vinte de sessenta empresas listadas pela Fortune Global haviam adotado o padrão 207 e o nível de comprometimento com ele entre as que o adotaram era de 71%. Nada obstante, o estudo indicou uma relação favorável (negativa) entre um índice de escândalos em matéria de ESG e a adoção do padrão 207.

4. PROPOSTA PARA A ADOÇÃO DE UM PROJETO DE LEI SUAVE PARA ESTIMULAR A ADOÇÃO DE PADRÕES DE INTEGRIDADE

Apesar das dificuldades, a administração tributária também pode se beneficiar do emprego de padrões semelhantes aos propostos na GRI 207 pela generalidade dos contribuintes. Por exemplo, os padrões contidos nos tópicos 1 e 2 podem auxiliar na interpretação dos fatos geradores à luz do propósito comercial das empresas, bem como delimitar as responsabilidades por desconformidades, enquanto aos tópicos 3 e 4 podem ser de grande valia no aperfeiçoamento da política tributária e na negociação de tratados internacionais.

Contudo, a imposição de tais padrões por meio de lei parece desaconselhável. Em primeiro lugar, haveria o risco de ineficácia, integrando o extenso conjunto de leis que “não pegam”, dado o fato de que a fluidez de seus conceitos poderia levar a um cumprimento meramente formal. De outro lado, poderia acentuar a percepção dos contribuintes da complexidade do sistema tributário nacional e dos altos custos envolvidos na manutenção da regularidade tributária. Por fim, uma lei neste sentido enfrentaria a desconfiança dos contribuintes em divulgar aspectos de suas operações que pudessem ser utilizados pela administração com objetivos meramente arrecadatórios.

Por esta razão, parece mais adequada a adoção de uma lei suave, dotada de prescrições de adoção facultativa que estabeleçam padrões de transparência tributária, ao lado de garantias de respeito à boa-fé e incentivos (sanções premiaias) para os que aderissem ao modelo.

A lei poderia estabelecer padrões de integridade tributária para os diferentes portes de empresas com base na sua disposição em cumprir voluntária, tempestiva e consensualmente



suas obrigações, no seu compromisso em induzir comportamentos íntegros nas partes com quem se relaciona e no grau de transparência de sua estratégia tributária. Por exemplo, em vez de obrigar os contribuintes a exigirem de seus parceiros econômicos determinados a regularidade fiscal sob pena de multa, uma lei suave poderia estabelecer um modelo de comunicação desta virtude ao mercado, proporcionando benefícios reputacionais aos aderentes, ou mesmo conceder benefícios aos que assim fizessem. No lado das sanções premiais, a lei poderia criar procedimentos desburocratizados, lastrados na presunção de boa-fé, para aqueles que voluntariamente adotassem padrões mais transparentes de comunicação tributária.

Proposta semelhante foi adotada pelo governo do estado de São Paulo por meio da Lei Complementar Paulista nº 1.320/2018. De acordo, o governo de São Paulo⁸, o programa teria gerado um aumento de mais de cinco bilhões de reais na arrecadação até setembro de 2022, sem que a carga tributária tivesse sido expandida, resultado que em parte poderia ser atribuído à mudança de comportamento dos contribuintes, induzida pela lei. Fábio Pereira da Silva (2019), aponta que a legislação paulista teria promovido uma mudança do “paradigma do crime” para o “paradigma do serviço” na relação fisco-contribuinte e que este novo paradigma, em parte semelhante ao conceito aqui utilizado de *soft law*. Segundo o autor, o paradigma do crime pressupõe um comportamento utilitarista pelos contribuintes que demandaria o uso da coerção para ser modificado, ao passo que o “paradigma do serviço” assumiria um comportamento influenciado por outros fatores, como a questão reputacional aqui analisada.

Um modelo de comunicação transparente como esse, à medida em que fosse sendo adotado, contribuiria para a construção de uma cultura de valorização de empresas que evitam lides tributárias com intuito simplesmente protelatório, ou que sistematicamente deixam de recolher tributos para incluí-los em programas de parcelamento favorecido.

Outros incentivos à adoção dos padrões legais, além da boa fama, podem ser instituídos, por exemplo, condições favorecidas para concessão de moratória e parcelamento, e celebração de transação e negócios jurídicos processuais. É possível ainda criar canais de atendimento preferencial e personalizado pelos órgãos da administração tributária; adotar a arbitragem como meio de solução de conflitos em matéria tributária; facilitar a produção de provas em processos administrativos e, até mesmo, conceder anistia ou redução favorecida de multas. Dentro da tradição jurídica brasileira é possível também exigir níveis de conformidade para a contratação

⁸ <https://portal.fazenda.sp.gov.br/servicos/nosconformes/Paginas/Resultados-Programa.aspx>



com o poder público ou para a fruição de benefícios fiscais.

Adicionalmente, a lei poderia regular o planejamento tributário, criando incentivos para sua divulgação e estabelecendo limites para avaliação de sua agressividade. Neste sentido, a lei poderia ainda levar em consideração o grau de comprometimento com a integridade tributária no estabelecimento de um procedimento para descon sideração da forma jurídica utilizada pelos contribuintes com o fim de reduzir sua carga tributária.

Deveras, um dos aspectos mais controvertidos na discussão sobre planejamento tributário se refere à aplicação do disposto no parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, segundo o qual:

A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

A disposição, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em 2022, por ocasião do julgamento da ADI nº 2.446, havia sido incluída pela Lei Complementar 104, de 2001. De acordo com o tribunal, a lei não autoriza a tributação por analogia, como sustentavam os contribuintes, mas apenas que se desconsiderem viciados pela simulação.

À primeira vista, o tribunal parece ter rechaçado a aplicação da teoria do propósito negocial, deixando de fora as situações que, conquanto abusivas, não configurem simulação, esta ilícita e, portanto, caracterizadora da evasão (Nogueira. E., 2019). No entanto, a expressão “dissimular a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária” parece suficientemente aberta para ensejar discussões para além do referencial do direito civil, abrangendo ao menos aquilo que o autor denomina elusão ou elisão artificiosa. Sendo assim, uma legislação como a que aqui propomos se beneficiaria da convencionalidade para promover a inibição de condutas causadores de erosão artificial da base de cálculo e transferência de lucros – BEPS (Rathke, 2020), e criar expectativas de segurança quanto à aplicação da norma do artigo 116.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo procuramos discutir a utilidade da adoção de um modelo de legislação suave (*soft law*) para a promoção de comportamentos íntegros em matéria tributária, em oposição ao modelo de lei impositiva e coercitiva (*hard law*).

Identificamos, com base em lições filosóficas, que a imposição de comportamentos éticos sob pena de sanção jurídica transfigura o problema em uma questão de conformidade com a lei e não de integridade. Em oposição, buscamos evidências na pesquisa de outros autores no sentido do emprego com sucesso de uma legislação suave – fluída, mole e doce – para orientar expectativas e comportamentos. Entre estes estudos destacamos o de Bivi (2022) que sugere que a adoção espontânea do referencial GRI 207: Tax pelos contribuintes listados na Fortune Global 500 teria relação com uma menor ocorrência de escândalos corporativos, portanto, com a construção de uma reputação social sólida que traria benefícios econômicos para estas empresas.

Em seguida, analisamos de que forma uma lei suave, composta por normas de adoção facultativa e sanções premiais, poderia auxiliar a administração tributária a induzir comportamentos íntegros nos contribuintes, mitigando problemas relacionados à litigância e à inadimplência contumazes e facilitando a aplicação da norma geral antielisão do artigo 116 do Código Tributário Nacional para combater a erosão de base de cálculo e transferência de lucros decorrentes de planejamento tributário agressivo ou abusivo.

No apêndice que acompanha este texto, apresentamos um anteprojeto de Lei de Estímulo à Integridade Fiscal, nos moldes discutidos no seu decorrer, a fim de contribuir com o debate legislativo.

6. REFERÊNCIAS

ANSARI, Sas; SOSSIN, Lorne. *Legitimate Expectations in Canada: Soft Law and Tax Administration*. 2017.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



BIVI, Rosita. *Is the adoption of the GRI 207 a mean to protect reputation and to avoid scandals?*. 2022.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UNB, 1999.

CALDERON, Jose. *OECD Transfer Pricing Guidelines as a Source of Tax Law: Is Globalization Reaching the Tax Law*, The. *Intertax*, v. 35, p. 4, 2007.

CHAOUCHE, Fatima. *Legitimate expectations in Luxembourg tax law: The case of administrative circulars and tax rulings*. Éditions Larcier, 2019.

CNBC. *How companies like Amazon, Nike and FedEx avoid paying federal taxes*. Disponível em: <<https://www.cnn.com/2022/04/14/how-companies-like-amazon-nike-and-fedex-avoid-paying-federal-taxes-.html>>. Acesso em: 04 fev. 2023.

COLLINS ENGLISH DICTIONARY. *Definition of tax loophole*. Disponível em: <<https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/tax-loophole>>. Acesso em: 04 fev. 2023.

DA SILVA, Fabio Pereira. Programa “Nos Conformes”: uma avaliação sob a perspectiva do “paradigma do serviço”. In: *Revista Direito Tributário Atual*, n. 43, p. 123-150, 2019.

GARDNER, M. et al. 55 Corporations Paid \$0 in Federal Taxes on 2020 Profits. In: *ITEP Report April*, 2021. Disponível em: <<https://itep.org/55-profitable-corporations-zero-corporate-tax/>>. Acesso em: 04 fev. 2023.

GAZETA DO POVO. <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/a-protagonista/o-brasil-demanda-integridade-idealismo-e-patriotismo-entrevista-exclusiva-com-ministro-barroso-stf/>

GRI Standards (2020), “GRI 207: Tax 2019”.

GRIBNAU, Hans. Soft law and taxation: The case of the Netherlands. *Legisprudence*, v. 1, n. 3, p. 291-326, 2007.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENEZES, Pedro. *Ética Aristotélica*. Disponível em <<https://www.todamateria.com.br/etica-aristotelica>>. Acesso em: 03 fev. 2023.

MOREIRA, André Mendes. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*, vol. 21, Belo Horizonte, mar.-abr. 2003, p. 11-17.



MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Parte introdutória. Parte geral. Parte especial. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NOGUEIRA, Carolina. A Aplicação De Soft Law no Direito Internacional: a adoção de parâmetros voluntários no direito ambiental e em ESG. In: *Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica*, v. 9, n. 9, p. 50-64, 2022.

NOGUEIRA, Eliseu Sampaio. Planejamento tributário abusivo. In: *Revista Diálogos Acadêmicos*, v. 7, n. 2, 2019.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A importância do soft law na construção do direito internacional ambiental. In: *XIX Congresso Nacional do CONPEDI*, 2010, Florianópolis. Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010.

PACTO DE INTEGRIDADE E COMPLIANCE SUSTENTÁVEL. Disponível em <<https://pactocompliance.com.br/>>. Acesso em: 03 fev. 2023.

PIANTAVIGNA, Paolo. Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD are Establishing a Unifying Conceptual Framework. In: *International Tax Law, Despite Linguistic Discrepancies* (January 3, 2017). In: *World tax journal*. - Amsterdam. - Vol. 9 (2017), no. 1, p. 37-98.

RATHKE, Alex. A. T. Profit shifting no Brasil e o impacto dos paraísos fiscais. In: *Revista Contabilidade & Finanças*, 32(85), 2020, 95-108.

THIBIERGE, Catherine. *Le droit souple: réflexion sur les textures du droit*. RTD Civ., 2003, p. 9.

APÊNDICE

PROJETO DE LEI N° _____, de __ de _____ de 2021.

Lei de Estímulo à Integridade Fiscal.

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

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei estabelece a estratégia nacional de combate à elisão fiscal por pessoa natural ou jurídica, voltada ao monitorar as atividades de planejamento tributário lícito, estimular a



adoção de boas práticas em matéria tributária, bem como estabelecer procedimentos para que a autoridade administrativa possa desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

Art. 2º São objetivos desta lei:

- I – Estimular o compromisso voluntário dos contribuintes com a Integridade Tributária;
- II – Combater a concorrência desleal praticada por meio da supressão ou redução de tributos;
- III – Monitorar a efetividade do Ordenamento Tributário e aperfeiçoá-lo garantindo a previsibilidade da arrecadação;
- IV – Garantir segurança jurídica nos procedimentos administrativos de destinados a desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

Art. 3º Esta lei será interpretada e aplicada observando-se os seguintes princípios:

- I – Livre Iniciativa;
- II - Função social da propriedade e dos contratos;
- III – Boa-fé;
- IV – Eticidade;
- V – Capacidade Contributiva;

CAPÍTULO II

DA PROMOÇÃO DA INTEGRIDADE FISCAL

Art. 4º Considera-se integridade fiscal o comportamento social e empresarialmente ético do contribuinte no sentido de declarar e adimplir suas obrigações tributárias conforme a realidade das relações econômicas de que seja titular e sua capacidade contributiva em relação aos demais.

Art. 5º A Integridade Fiscal será incentivada pelo Poder Público mediante políticas de:

- I – Educação Fiscal;
- II – Transparência Tributária;
- III – Divulgação de Estratégia de Planejamento Tributário;
- IV - Criação de Padrões de Integridade Fiscal;
- IV – Tratamento Favorecido para contribuintes que adotem padrões de integridade fiscal.

Art. 5º - A educação fiscal, abrangendo a compreensão do dever social de contribuição, dos meios e objetivos da política tributária e da gestão de recursos públicos e sua fiscalização pela população será promovida em todos os níveis e esferas de ensino.



§1º - A frequência obrigatória em cursos de educação fiscal será imposta como restrição de direito àqueles condenados por crime contra a ordem tributária.

§2º - A participação em curso de educação fiscal poderá ser estabelecida como condição para transação tributária e aproveitamento de benefícios fiscais pelos contribuintes.

§3º - O poder público poderá firmar convênio com organizações da sociedade civil que desenvolvam iniciativas de educação fiscal voltadas aos cidadãos e empresários.

Art. 6º - A transparência tributária envolverá a divulgação de informações relativas à carga tributária incidente sobre produtos e serviços, bem como a divulgação de informações quanto ao nível de arrecadação, contestação e endividamento tributário das empresas, relativamente às demais, resguardada a privacidade dos cidadãos e o sigilo comercial.

Art. 7º - A divulgação das estratégias de planejamento tributário das empresas será estimulada conforme o tipo, o porte e o regime tributário das empresas.

Art. 8º - O Poder Público fixará padrões de Integridade Fiscal em caráter facultativo considerando:

I – O tipo, porte e regime tributário das empresas.

II – O nível de conformidade tributária da atividade econômica ou localização geográfica.

III – A conduta pretérita da empresa.

Art. 9º - A adoção facultativa de padrões de integridade fiscal e de divulgação de estratégias de planejamento tributário pelas empresas garantirá a elas:

I – Condições favorecidas na celebração de parcelamento, moratória e transação com a Administração Tributária e de negócios jurídicos processuais com seus órgãos de representação judicial.

II – Atendimento preferencial e personalizado pelos órgãos da Administração Tributária.

III – Opção pela arbitragem de conflitos administrativos em matéria tributária.

IV – Opção por substituir a comprovação documental de fatos de interesse da tributação, em procedimentos administrativos de seu interesse por declaração, exceto aquelas estabelecidas em lei, sem prejuízo da incidência de sanções, inclusive penais, em caso de falsidade.

V – Anistia ou redução favorecida da multa de ofício quando não decorrer de conduta fraudulenta.

CAPÍTULO III

DOS PADRÕES DE INTEGRIDADE TRIBUTÁRIA

Art. 10. Para fins desta lei, considera-se íntegro o comportamento do contribuinte que, cumulativamente:

I - Apura, declara e adimple tempestivamente suas obrigações tributárias nos termos e conforme o espírito socialmente aceito e declarado da lei;



II – Cumpre seus deveres de forma voluntária ou cooperativa com as autoridades, movido pelo compromisso sincero de contribuir, de acordo com suas possibilidades para o financiamento coletivo;

III - Demonstra firme propósito de fomentar semelhante comportamento naqueles com os quais se relaciona.

Art. 11. O nível de integridade tributária das empresas será avaliado como alto, médio ou baixo conforme sua disposição em:

I - Dar publicidade às suas estratégias de planejamento tributário.

II - Assegurar que os reais controladores das empresas sejam aqueles informados nos atos constitutivos ou documentos públicos.

III - Identificar os beneficiários finais dos resultados da empresa na hipótese controle indireto ou transnacional.

IV - Só realizar operações mediante transações bancárias rastreáveis e em nome das partes envolvidas.

V - Não utilizar classificações contábeis ou fiscais em desconformidade com as práticas usuais do mercado com o fim de reduzir a incidência tributária.

VI - Não utilizar mão de obra artificialmente terceirizada com o propósito exclusivo de evitar a incidência de tributo.

VII - Velar pelo integral cumprimento de tais obrigações trabalhistas e previdenciárias pelos fornecedores e prestadores de serviços que contratar.

VIII - Não realizar negócios intragrupo em condições injustificadamente distintas dos realizados com terceiros com objetivo de alterar artificialmente os fatos de interesse para a arrecadação tributária.

IX - Não realizar operações em nome ou a conta de pessoa diversa da declarada.

X - Não realizar operações estranhas ao objeto social com o fim de encobrir proveito aos controladores.

XI - Não colocar bens ou direitos decorrentes da execução do objeto social em nome de terceiros com o propósito de subtraí-los à responsabilidade patrimonial tributária.

XII - Não alterar artificialmente o local dos fatos geradores ou domicílio fiscal a fim de reduzir a incidência de tributos.

XIII - Não fracionar ou transferir artificialmente o objeto social a fim de reduzir a carga tributária a que obrigado.

XIV - Exigir de seus fornecedores os mesmos ou mais elevados padrões de integridade tributária com os quais estiver comprometida.



XV - Comunicar as autoridades o cometimento ou suspeita de fraudes tributárias ou ocultação de bens praticadas por terceiros com o fim de frustrar a arrecadação tributária.

XVI - Avaliar e registrar o valor das cooperações prestadas por e para partes relacionadas.

XVII - Adotar mecanismos de escrituração eletrônica contábil e fiscal, emissão eletrônica de documentos fiscais.

XVIII - Comportar-se em processos judiciais de natureza tributária observando os princípios da lealdade processual e colaboração, evitando lides temerárias e expedientes protelatórios.

CAPÍTULO IV

DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

Art. 12. Considera-se planejamento tributário a atividade consciente de conformação material, subjetiva ou temporal dos fatos geradores de tributos com o fim de reduzir a carga tributária sobre eles, modificar o tempo e local de pagamento ou a respectiva sujeição passiva, que não configure infração à lei.

Art. 13. O planejamento tributário, enquanto estratégia lícita de maximização de resultados mediante redução da carga tributária será monitorado pelo Poder Público em razão dos riscos que representa, em seu conjunto, para a previsibilidade das receitas públicas, a concorrência, a eficiência produtiva e a justiça fiscal.

Art. 14. O planejamento tributário agressivo será desestimulado por meio de políticas de integridade fiscal e aperfeiçoamento da legislação tributária.

Parágrafo Único. Considera-se agressivo o planejamento tributário que:

I – Transfira para jurisdição com tributação mais favorecida parcela significativa dos resultados econômicos da empresa, por meio de operações isentas ou não tributáveis;

II – Reduza em mais de 30% a incidência de qualquer tributo a que estejam sujeitas as demais empresas do mesmo porte, tipo e atividade em condições equivalentes;

III – Reduza em mais de 80% a carga tributária total a que estejam sujeitas as demais empresas do mesmo porte, tipo e atividade em condições equivalentes;

IV – Adie o pagamento de tributos com o fim de obter benefício econômico mediante investimentos financeiros, conjugados ou não com programas de regularização favorecida de dívidas;

V – Adie o pagamento de tributos mediante instauração de litígios fundados em tese jurídica rechaçada por Tribunais Superiores;

VI – Majore de forma significativa os resultados distribuídos pela empresa aos seus controladores mediante incorporação de créditos ou dedução de despesas particularmente significativos, incomuns ou desnecessários conforme os padrões do mercado em que operem.

Art. 15. A estratégia de planejamento tributário das empresas será divulgada às autoridades e ao público em geral:



I – Pelos empresários individuais, microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas:

- a) A existência de uma estratégia de planejamento tributário na empresa e os responsáveis por elaborar esta estratégia;
- b) Os responsáveis pela governança tributária;
- c) O impacto decorrente do planejamento tributário em relação à carga tributária estimada para as operações que realiza.

II – Pelas demais sociedades sujeitas à tributação pelo lucro presumido, além das informações acima:

- a) A atitude da empresa com relação ao cumprimento da legislação tributária em seu conteúdo e intenções;
- b) A avaliação dos riscos fiscais assumidos com o planejamento para a continuidade do negócio;
- c) A estratégia da empresa para gerenciamento dos riscos fiscais decorrentes de seu planejamento.

III – Pelas demais sociedades fechadas tributadas pelo lucro real, adicionalmente às informações dos incisos anteriores:

- a) O total da remuneração, vantagens e participações auferidas pelos controladores e o montante de tributos suportados, descontados e recolhidos sobre tais verbas;
- b) O total de receitas de vendas a terceiros e tributos por eles retidos ou em seus nomes recolhidos em decorrência das operações;
- c) O total de receitas de operações intragrupo e o impacto destas operações no resultado operacional;
- d) A declaração de domicílios fiscais de todas as entidades e partes interessadas da estrutura organizacional e o volume das transações com elas realizadas;
- e) O impacto da eleição do domicílio entre os estabelecimentos da empresa no nível de tributação suportado.

IV – Pelas sociedades anônimas de capital aberto:

- a) A ligação entre sua estratégia de planejamento fiscal e suas estratégias de negócio e de desenvolvimento sustentável;
- b) A estratégia de acompanhamento da integridade fiscal da empresa;
- c) Os mecanismos de comunicação de preocupações ilegais ou antiéticas com relação à tributação;
- d) Os mecanismos de envolvimento de partes interessadas com estratégia de planejamento tributário da empresa, incluindo cooperação com autoridades, atividade de lobby tributário;
- e) Declaração das atividades principais em cada jurisdição;
- f) O número de empregados em cada jurisdição, incluindo remuneração total paga e tributação sobre salários;
- g) Lucros e prejuízos antes dos tributos;
- h) Ativos tangíveis;



- i) Tributação efetivamente suportada sobre a produção;
- j) Tributação efetivamente suportada sobre faturamento;
- k) Tributação efetivamente suportada sobre o lucro;
- l) Justificativa para a divergência entre tributação estimada com base no lucro antes dos tributos e a efetiva;
- m) Justificativa para a divergência entre a tributação estimada sobre o conjunto das operações que realiza e a efetiva;
- n) Justificativa para a divergência entre a tributação estimada sobre a totalidade das receitas que aufera e a efetiva;
- o) Justificativa para a divergência entre a tributação estimada sobre a totalidade das remunerações pagas direta ou indiretamente e a efetiva.

Art. 16. O poder público criará uma Autoridade de Acompanhamento dos Impactos do Planejamento Fiscal, independente dos órgãos de arrecadação tributária com função de receber, anonimizar e armazenar dados relativos ao planejamento tributário dos contribuintes, avaliando seu impacto sobre as receitas estatais e propondo aperfeiçoamento da legislação tributária.

Art. 17. As informações previstas no artigo anterior serão divulgadas pelas empresas em suas comunicações ao público e, para gozo de benefícios junto a administração, deverão ser arquivadas perante a autoridade referida no artigo anterior e atualizadas a cada 2 anos.

CAPÍTULO V

DO PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO E DESCONSIDERAÇÃO DE ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS

Seção I

Art. 18. Quando a administração tributária discordar da classificação jurídica ou contábil atribuída pelo contribuinte às situações por ele integradas ou aos atos e negócios jurídicos por ele praticados, suspeitando que as tenha adotado com exclusivo propósito de suprimir ou reduzir tributo ordinariamente incidente sobre situações, atos e negócios análogos realizados pelos demais contribuintes, contrariando os usos sociais e o espírito da lei, deverá instaurar procedimento administrativo a fim de declará-los nulos nos termos do artigo 167 da Lei 10.406/2002 – Código Civil Brasileiro.

§1º. O procedimento estabelecido no *caput* poderá ser instaurado a qualquer tempo, mas os efeitos tributários da declaração de simulação observarão o prazo decadencial estabelecido no Código Tributário Nacional.

§2º. A pendência do procedimento destinado a declarar a simulação não será óbice à notificação de lançamento do tributo a fim de resguardar o direito da Fazenda Pública, mas a constituição definitiva do crédito não se aperfeiçoará enquanto não concluído.

Seção II – Contribuintes com nível de integridade tributária alto



Art. 19. Procedimento será instaurado previamente ao lançamento, salvo se já transcorridos quatro quintos do prazo decadencial, por ato da autoridade fiscal que notificará o contribuinte para que justifique preliminarmente a classificação por ele adotada.

Parágrafo Único. A notificação será encaminhada ao domicílio tributário do contribuinte e pessoalmente ao responsável por seu planejamento fiscal.

Art. 20. Apresentada a defesa preliminar, a autoridade apontará as razões de sua discordância, fundada em critérios jurídicos e nos usos e costumes públicos e privados.

Art. 21. O contribuinte poderá:

I – Concordar com a classificação da administração e se comprometer a ajustar sua conduta, ficando dispensado do pagamento de multa de ofício e de mora;

II – Requerer a celebração de convenção arbitral sobre a controvérsia, ficando isento do pagamento de multa de ofício na hipótese de decisão desfavorável;

III – Impugnar a classificação da administração, à autoridade superior, ficando anistiada a qualificadora da multa de ofício e 50% (cinquenta por cento) da multa de mora no caso de pagamento voluntário ao final, se confirmada a classificação fixada pela autoridade.

Art. 22. A decisão arbitral será proferida por um juízo composto por 2 árbitros indicados pelas partes que indicarão um terceiro em comum acordo, com base nos usos e costumes.

Art. 23. Os honorários dos árbitros serão adiantados pelo requerente e distribuídos entre as partes conforme o benefício colhido por elas, e poderão ser:

I – Deduzidos do valor do crédito tributário decorrente da decisão;

II – Restituídos ou compensados administrativamente;

III – Requisitados judicialmente.

Art. 24. O juízo arbitral poderá ouvir pessoas e analisar documentos indicados pelas partes, preservando-lhes o sigilo.

Seção III – Contribuintes com nível de integridade tributária médio

Art. 25. Procedimento será instaurado previamente ao lançamento, salvo se já transcorrida metade do prazo decadencial, por ato da autoridade fiscal que notificará o contribuinte da divergência de classificação.

Parágrafo Único. A notificação será encaminhada ao domicílio tributário do contribuinte e pessoalmente ao responsável por seu planejamento fiscal.

Art. 26. O contribuinte poderá:

I – Concordar com a classificação da administração e se comprometer a ajustar sua conduta, ficando anistiada a qualificadora da multa de ofício e a multa de mora;



II – Impugnar a classificação da administração, à autoridade superior, ficando anistiada a qualificadora da multa de ofício no caso de pagamento voluntário ao final, se confirmada a classificação fixada pela autoridade.

Seção IV – Contribuintes com nível de integridade tributária baixo

Art. 27. A notificação será encaminhada ao domicílio tributário do contribuinte com nível de integridade tributária baixo.

Art. 28. O contribuinte com nível de integridade tributária baixo poderá:

I – Concordar com a classificação da administração e se comprometer a ajustar sua conduta, fazendo jus a desconto de 30% das multas no caso de pagamento voluntário;

II – Impugnar a classificação da administração, à autoridade superior.

Seção V – Do julgamento da impugnação

Art. 29. Em caso de impugnação, a autoridade superior concederá prazo para manifestação de terceiros relacionados à situação, ato ou negócio discutido e poderá solicitar parecer do órgão consultivo ou de especialistas vinculados ou não à administração.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, poderão ser celebrados convênios com instituições de ensino e pesquisa, entidades de regulação profissional ou de normatização técnica.

Art. 30. A decisão da autoridade superior considerará a boa-fé dos contribuintes conforme seu nível de integridade tributária, os usos e costumes sociais e administrativos.

CAPÍTULO VI

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 31. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 32. O incidente de descon sideração previsto no capítulo IV se aplica aos processos administrativos em curso e aos que se instaurarem com relação a fatos anteriores à publicação desta lei, se ainda não superados três quintos do prazo decadencial.

Art. 33. Revogam-se as disposições em contrário.

Sobre o autor:

Daniel Telles de Menezes | E-mail: danieltmenezes@gmail.com

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (2002), Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes (2009) e Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do ABC (2016). Atualmente é Procurador da Fazenda Nacional em Santo André, São Paulo.



Lavratura de Termo Circunstanciado de ocorrência por policiais militares: hermenêutica jurídica e interpretação extensiva de normas restritivas de direitos fundamentais

Drawing up of circumstances of occurrence by military policemen: legal hermeneutics and extensive interpretation of restrictive rules of fundamental rights

*Patrícia Alves Silva*¹

Centro Universitário UNI-FG. Bacharel em Direito. Guanambi (MG). Brasil

*Eujecio Coutrim Lima Filho*²

Professor da ACADEPOL (PCMG). Espinosa (MG). Brasil

RESUMO

O presente estudo versa sobre a esfera do Direito Processual Penal. Trata-se de uma averiguação do que concerne à possibilidade da lavratura de Termo Circunstanciado de Ocorrência pela Polícia Militar à luz das interpretações dadas aos artigos de lei que versam sobre as atribuições das polícias investigativas e ostensivas. O artigo 144 da Constituição da República Federativa de 1988 trata sobre a segurança pública, ao passo que define as funções dos órgãos policiais como, por exemplo, as polícias civis e militares, objetos do presente estudo. O §4º do artigo supramencionado incube o status de Polícia Judiciária à Polícia Civil, enquanto à Polícia Militar foi entregue a atribuição de polícia ostensiva. A Lei 12.830 de 2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, em seu artigo 2º, reafirma as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado, além de tratar da investigação criminal, requisição de perícias, entre outros. Busca-se analisar a hermenêutica e harmonização dos artigos mencionados, tendo em vista a intenção do legislador e as normas supralegais. No estado de Minas Gerais, tem-se uma atuação prática da Polícia Militar na lavratura dos Termos Circunstanciados, cuja base legislativa é a

ABSTRACT

The present study deals with the sphere of Criminal Procedural Law. This is an investigation concerning the possibility of drawing up a Detailed Term of Occurrence by the Military Police in the light of the interpretations given to the articles of law that deal with the attributions of the investigative and ostensive police. Article 144 of the Constitution of the Federative Republic of 1988 deals with public security, while defining the functions of police agencies, such as civil and military police, objects of this study. Paragraph 4 of the aforementioned article grants the status of Judiciary Police to the Civil Police, while the Military Police was given the attribution of ostensible police. Law 12,830 of 2013, which provides for the criminal investigation conducted by the police chief, in its article 2, reaffirms the functions of the judicial police and the investigation of criminal offenses carried out by the chief, in addition to dealing with criminal investigation, request for expertise, between others. It seeks to analyze the hermeneutics and harmonization of the mentioned articles, in view of the intention of the legislator and the supralegal norms. In the state of Minas Gerais, there is a practical role of the Military Police in the drafting of the Circumstantiated Terms, whose legislative basis is Law MG 22,257 of 2016, which was

¹ Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8626470134458578>

² Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5762784236640565>



Lei MG 22.257 de 2016, que foi alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.637.

the target of the Direct Action of Unconstitutionality 5.637.

PALAVRAS-CHAVE:

Termo Circunstanciado de Ocorrência; Polícia Militar; Utilitarismo; Políticas Públicas; Desvio de função.

KEYWORDS:

Detailed Term of Occurrence; Military police; Utilitarianism; Public policy; Function desviation.



1. INTRODUÇÃO

O CPP (Código de Processo Penal) de 1941, em seu artigo 4º, versou sobre o exercício da polícia judiciária brasileira, restando determinado que seria realizada por policiais com a finalidade de apurar infrações penais, bem como as autorias delitivas.¹¹ Entende-se que a Polícia Judiciária possui caráter repressivo, ou seja, sua atuação dá-se após a prática da infração penal, buscando assim a elucidação do ato criminoso a fim de possibilitar instauração de ação penal. Na atualidade o STF (Supremo Tribunal Federal) e o STJ (Superior Tribunal de Justiça) têm compartilhado o entendimento de que há distinção entre Polícia Judiciária e Polícia Investigativa, aquela trataria do auxílio ao poder judiciário enquanto essa colheria provas dos delitos cometidos (Avena, 2022).

Como procedimentos investigatórios a serem exercidos pela polícia (judiciária ou investigativa, conforme melhor entendimento) tem-se o IP (Inquérito Policial), conforme disposto no CPP de 1941, e o TCO (Termo Circunstanciado de Ocorrência), previsto na Lei 9.099 de 1995, conhecida como Lei dos Juizados Especiais. Cabe mencionar, também, a existência da VPI (Verificação Preliminar de Informações), que é o procedimento investigatório que eventualmente antecede o IP, podendo até o dispensar (BRASIL, 2022a). O IP possui maior complexibilidade de seus atos, enquanto o TCO trata de um procedimento simplificado para atos de menor potencial ofensivo, conforme dispõe o art. 69¹² da Lei 9.099 de 1995, deverá a “autoridade policial” que tomar conhecimento da ocorrência lavrar o termo e o encaminhar ao JECRIM (Juizado Especial Criminal).

A CRFB (Constituição da República Federativa do Brasil) de 1988, em seu art. 144, organizou os órgãos da Segurança Pública. Para a PC (Polícia Civil) foram atribuídas a atividade de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais, exceto quando tratar de militares. À PF (Polícia Federal) também foi conferida a função investigativa. Quanto à PM

¹¹ Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

¹² Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários. Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

(Polícia Militar), foram entregues a função de policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública, além da atribuição de investigar, processar e julgar crimes militares.

O TCO é lavrado para tratar de crimes de menor potencial ofensivo, de modo que sua atribuição, de acordo a doutrina majoritária, era, tão somente, da PC. Ocorre que na atualidade tem-se visto uma discussão na legitimidade da lavratura do TCO, tendo em vista a realização deste pela PM. A lavratura dos TCO's Militares tem causado discussões sobre sua legalidade/possibilidade, de forma que, para melhor análise, faz-se necessário um estudo hermenêutico do disposto no art. 144 da CRFB de 1988, art. 2º da lei 12.830 de 2013 e art. 69 da lei 9.099 de 1995.

À luz da CRFB de 1988, foram incorporados no ordenamento jurídico brasileiro novos institutos despenalizadores, pautados no Direito Penal mínimo. Neste contexto, o legislador insere uma classificação no que concerne à gravidade dos delitos: hediondos, infrações comuns e de menor potencial ofensivo (Brito; Fabretti; Lima, 2019). Este último encontra-se disposto no art. 98, inciso I da CRFB de 1988¹³, que trata dos crimes de menor potencial ofensivo como sendo de competência do JECRIM.

O Termo Circunstanciado surge para substituir o IP nas investigações criminais de delitos de menor potencial ofensivo, ou seja, infrações cuja pena máxima não ultrapasse 02 (dois) anos e para as contravenções penais (Nucci, 2022).

Em caso de concurso formal ou de crime continuado, de acordo a doutrina de Brito, Fabretti e Lima (2019), os delitos deveriam ser analisados de maneira isolada para que fosse classificado o menor potencial ofensivo (com pena máxima de dois anos), ainda que suas somas ultrapassem o tempo supramencionado. Em contraponto, o entendimento majoritário do STF e do STJ é de que havendo concurso material as penas devem ser somadas, de modo que sendo constatada a superioridade dos 02 (dois) anos não se trataria mais de delitos/contravenções de menor potencial ofensivo. A doutrina mencionada acompanha autores como Tourinho Filho que compreende que a lei buscou:

“[...] adjetivar de menor potencial ofensivo os delitos de reduzida lesividade, e não pelo somatório das penas que deverão ser impostas. E fundamenta seu posicionamento alegando que

¹³ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;



nos casos de prescrição, o cômputo do prazo será efetuado por cada crime, isoladamente [...].” (Brito; Fabretti; Lima, 2019, p. 74).

Pode ocorrer a instauração de IP para apuração de infrações de menor potencial ofensivo na medida em que a apuração exija maior complexibilidade ou dificuldade ao angariar provas, conforme depreende-se do art. 77, § 1º da Lei 9.099 de 1995¹⁴.

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DO JUIZADO ESPECIAL (JESP) – LEI 9.099 de 1995

Os princípios podem ser compreendidos como enunciados que tornam possível a compreensão do Direito, como um conjunto de sentidos, podendo propor soluções para impasses jurídicos (Atienza; Manero, 2017). Sumaríssimo é o procedimento regido pela simplicidade e redução dos atos na escala procedimental (Marcão, 2021). Nos termos do que dispõem os arts. 2º e 62 da Lei 9.099 de 1995, tratando-se de ação que tramita perante o JESP, orientando-se os atos pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, com o objetivo de reparar os danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena diversa da privativa de liberdade.

Por princípio da oralidade compreende-se a predominância da palavra proferida oralmente sobre a expressão escrita, atribuindo agilidade aos atos, contudo devem os atos ser reduzidos a termo. O presente princípio possui como uma de suas linhas mestras a predominância da fala, de forma que deve o juiz estar atento para não deixar se esvaír dados importantes para o deslinde processual (Tourinho Neto, 2018).

No JESP, os atos são regidos por maior simplicidade que, conforme a doutrina majoritária, nada mais é do que um desdobramento dos princípios da informalidade, economia processual e instrumentalidade. A simplicidade aduz que o desenvolvimento dos atos do JESP

¹⁴ Art. 77. Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis. § 1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

deve ser simples, de forma que as partes possam bem compreender. Busca-se a aproximação da população junto aos órgãos jurisdicionais que exercem atividade judicial (Rocha, 2021).

Quanto ao princípio da informalidade, compreende-se como sendo o desaparego das formalidades processuais rígidas e burocráticas, dessa maneira busca-se evitar formalismos inibidores da expressão de vontade das partes. Os atos não devem ser tratados com intimidade, devendo respeitar a base cerimonial que proporcione um meio-termo (Tourinho Neto, 2018).

A economia processual aduz redução dos atos, atribuindo celeridade e economia de tempo e custos ao processo, para que se tenha o máximo de resultados no menor tempo, buscando a racionalidade das atividades processuais (Rocha, 2021).

Por fim, ao princípio da celeridade interliga-se a duração razoável do processo na medida que busca maior agilidade dos atos, mas sempre em respeito aos princípios constitucionais que embalam o acusado (Tourinho Neto, 2018).

À luz dos princípios elencados, os procedimentos de investigação prévia do JESP Criminal visam evitar a instauração de processos em desfavor de investigados tidos como autores do fato sem indícios mínimos que respaldem a acusação. Em regra, os procedimentos investigatórios são dispensáveis, mas, a depender de sua complexibilidade/circunstância, faz-se necessária a adoção da lavratura de apurações, como é o caso dos Termos Circunstanciados de Ocorrência (Demercian, 2008, p. 48).

Importante dizer que o procedimento regido por tais princípios não pode violar direitos fundamentais, uma vez que no processo penal denota garantia. A exemplo, pode-se dizer que um procedimento célere, com economia processual, não pode ensejar uma “rapidez” que viole direitos fundamentais, sob pena de violação do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa.

3. BREVES APONTAMENTOS SOBRE POLÍCIA JUDICIÁRIA E ADMINISTRATIVA

O poder de polícia do Estado se apresenta por meio das polícias administrativa e judicial. À polícia administrativa incumbe atividades como de fiscalização, vigilância sanitária, prevenção de criminalidade, dentre outras. Por sua vez, a polícia judicial ostenta função essencial à justiça que, por meio das polícias civis e federal realizam o poder-dever de investigação. Com o advento da CRFB de 1988, o legislador, pós-período de ditadura militar,



trata das funções policiais e suas atribuições de maneira explícita. Insta salientar que os direitos e deveres previstos constitucionalmente devem ser norteadores da hermenêutica infraconstitucional, em especial no Direito Penal e Processo Penal. Compreende-se que, com a visão neoconstitucional, o previsto no art. 144 deve ser garantido pelo Estado. Neste sentido, a investigação guiada nos termos constitucionais enseja a efetividade do garantismo constitucional (Lima Filho, 2020).

Em consequência ao supramencionado, qualquer transgressão à divisão das funções enseja violação a direitos fundamentais e/ou inconstitucionalidade. A atuação da PM na lavratura do TCO enseja “desvio” na função, ao passo que o procedimento é investigatório. Não há que se negar que em oitiva do(a) autor(a) do fato, testemunhas e vítima, tem-se uma investigação, ainda que simplificada.

A respeito da diferenciação da polícia judiciária e investigativa:

Na atualidade, porém, outra concepção tem vigorado – inclusive referendada pelo STF e pelo STJ – [...] reclassificou o que antes consubstanciava apenas a polícia judiciária em polícia judiciária e polícia investigativa, compreendendo-se, na primeira, as atividades de auxílio ao Poder Judiciário no cumprimento de suas ordens (por exemplo, a execução de mandados de busca, o cumprimento de ordens de prisão e a condução de testemunhas) e, na segunda, a atribuição relacionada à colheita de provas da infração penal em todos os seus aspectos (autoria, materialidade, ilicitude etc.). [...] na atual concepção – agasalhada, inclusive, pelo STJ, com esteio nos artigos citados da CF e da Lei 12.830/2013 –, as funções exclusivas das polícias federal e civil são, unicamente, as de polícia judiciária, mas não as de investigação criminal, que podem ser realizadas, também, por outros órgãos que tenham atribuições constitucionais e legalmente previstas para tanto [...] (Avena, 2022, p. 151)

O constituinte de 1988 ramificou a segurança pública em preventiva e repressiva. Aquela refere-se à polícia administrativa, ou seja, a ostensiva. A repressiva é atribuída à polícia judiciária atuando na elucidação de atos criminosos (Lima Filho, 2020).

Os atos da polícia administrativa são cumpridos pelos órgãos ou instituições da administração pública que possuem caráter de fiscalização, a exemplo tem-se algumas atuações da PM quanto ao seu policiamento ostensivo, conforme art. 144, § 5º da CRFB/1988 (Avena, 2022). Em suma:

[...] cabe aos órgãos constituídos das polícias federal e civil conduzir as investigações necessárias, colhendo provas pré-constituídas para formar o inquérito, que servirá de base de sustentação a uma futura ação penal. O nome polícia judiciária tem sentido na medida em que não se cuida de uma atividade policial ostensiva (típica da Polícia Militar para a garantia da segurança nas ruas), mas investigatória, cuja função se volta a colher provas para o órgão acusatório e, na essência, para o Judiciário avaliar no futuro. (Nucci, 2022)



O STF, no julgamento do RE 702.617, deixou claro que a Polícia Militar não possui atribuição para apurar infrações penais comuns. Na mesma linha, no julgamento da ADI 3.614, destacou-se o desvio de função na celebração de atos investigativos e de Polícia Judiciária por policial militar fora da autorização constitucional. De igual modo, no julgamento da ADI 3.441, restou registrado que o art. 144, §5º, da CRFB de 1988, confere às polícias militares as tarefas de realizar o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública, não confundidos com as funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais que são atribuições das polícias civis. Identicamente, citando precedentes dos Tribunais Superiores, o TJRS, no julgamento do HC 70047333448/RS, fixou que “a polícia militar não possui atribuição para investigar infrações criminais, inserindo-se nessa ausência de funcionalidade, o cumprimento de mandado de busca e apreensão, em atividade investigatória de infração criminal de competência da Justiça Comum”. Por tais razões, no julgamento do Processo 1.0702.09.585753-9/001, magistrado vinculado ao TJMG, ao receber procedimento investigatório oriundo da Polícia Militar, determinou remessa dos autos à Polícia Civil, nos seguintes termos: “a investigação das infrações penais incumbe à Polícia Civil, por isto, havendo indícios de prática delitiva, deverá o relatório da Polícia Militar ser encaminhado à primeira, para, após apuração dos fatos, e em se verificando a existência de prova idônea, requerer a medida cautelar de busca e apreensão”. O entendimento foi mantido pelo TJMG.

Na concepção contemporânea, as funções das polícias civil e federal são unicamente as de polícia judiciária, de forma que as investigações criminais poderiam ser realizadas por órgãos que possuam atribuições constitucionais e legais para atuação, conforme autoriza o art. 4º, parágrafo único, do CPP de 1941 (Avena, 2022). Com base em tal entendimento pode-se vislumbrar a atuação da PM na lavratura dos TCO's, pois, como se verá adiante, ao deliberar sobre o assunto o Supremo Tribunal Federal abriu caminho para a lavratura dos termos pela PM.

4. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA: PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO SIMPLIFICADO

Com o advento da lei 9.099 de 1995 surgiu a discussão sobre a legitimidade da lavratura do TCO. De acordo a doutrina mais antiga de Demercian (2008), não parece ser possível a elaboração do TCO por policiais militares, pautado no argumento de que o artigo 144, § 4º da



CRFB de 1988, estabelece como competência da PC as funções de polícia judiciária, bem como a apuração de infrações penais, exceto militares. Conforme o entendimento do autor supradito, a CRFB não permite divergências no entendimento de que somente o delegado de polícia pode exercer a presidência dos inquéritos que apuram infrações, bem como as de menor potencial ofensivo. Em outras palavras, os policiais militares não poderiam exercer atividade de polícia judiciária, e consequentemente são impossibilitados de elaborar os TCO's.

Em suma, a qualidade de bacharel em direito é requisito essencial para o bom desempenho da atividade da polícia judiciária, que deve aplicar os conhecimentos técnicos específicos, não só para melhor elucidar esta ou aquela modalidade de infração penal, como também para decidir, ainda que provisoriamente, sobre a prisão ou liberdade (decorrentes da lavratura ou não do flagrante). A situação não se mostra diferente nas infrações sujeitas à competência dos Juizados Especiais Criminais. Ninguém melhor do que o Delegado de Polícia – que tem conhecimentos jurídicos específicos e já submetidos à aferição por meio de provas no concurso público – para decidir (ainda que de maneira provisória) se determinada conduta pode ou não ser considerada de menor potencial ofensivo. [...] Outras tantas situações poderiam ser aventadas para se concluir não só pela impossibilidade como também pelo risco de se permitir que o policial militar – sem o exigível preparo jurídico específico – decida se esta ou aquela conduta deve ou não ser encaminhada ao Juizado Especial (Demercian, 2008, p. 52).

Conclui-se que o autor partilha do entendimento da impossibilidade de a PM exercer atividade de polícia judiciária. O autor conclui dizendo que se o legislador tivesse a intenção de proporcionar que outras autoridades lavrassem os TCO's, na redação final da lei dos Juizados Especiais Criminais tal possibilidade não foi acolhida.

Segundo Greco Filho (2015), o TCO seria um ato administrativo que possui como elementos essenciais o objeto lícito, a forma legal, a competência da autoridade, o motivo e a finalidade. Com a lavratura do termo, a autoridade assume a coação processual, de forma que a única autoridade que o poderia fazer é o delegado de polícia, conforme dispõe o art. 144, §4º da CRFB de 1988. Este entendimento não decorre, tão somente, da interpretação da lei, mas também da garantia do devido processo legal e da ampla defesa.

Noutra interface doutrinária, de Brito, Fabretti e Ferreira Lima (2019), foi definida como autoridade policial o delegado de polícia e por Autoridade Judiciária o Juiz de Direito, estas funções podem ser identificadas como por exemplo do que dispõem os arts. 18 e 265 § 6º do CPP de 1941. A lei 9.099 de 1995 inaugurou a discussão a respeito da expressão “autoridade policial”. Estados, como o de São Paulo, passaram a atribuir funções tidas como privativas do delegado de polícia para demais agentes, de maneira que se permitiu que as varas aceitassem TCO elaborado pelos PM, o que foi normalizado pela Secretaria de Segurança Pública, via



resolução. Ainda que pautados em boa vontade transparente, não há justificativa para que haja atuação *contra legem*, em afronta ao que dispõe o art. 37, *caput*, da CRFB de 1988. O princípio base das funções administrativas é o da estrita legalidade, de forma que os atos devem ser praticados em conformidade legislativa, ensejando vedação aos atos proibidos e não previstos. No julgamento da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 3.614-9/PR (2007), foi declarada a competência exclusiva da Polícia Judiciária – Civil ou Federal - para lavratura dos termos circunstanciados. A questão teria sido resolvida de forma definitiva com o advento do art. 2º, § 1º da Lei 12.830 de 2013:

Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

Norberto Avena (2022), ao tratar sobre o assunto, dispõe que competente é a autoridade policial a quem a ocorrência infracional tenha sido comunicada. Com o disposto no art. 2º, § 1º da lei 12.830 de 2013, o entendimento a respeito da legitimidade da PC dos Estados e da polícia federal para lavratura dos TCO's era majoritário. Para além das controvérsias que pairavam sobre a legitimidade da PM, o plenário do STF, em 2020, ao julgar a ADI 3.807, deliberou que o TCO não configura atividade investigativa e, conseqüentemente, não é função privativa da polícia judiciária. Com este entendimento, o STF abriu margem para lavratura dos termos circunstanciados por outras instituições policiais como PM. A tese fixada rompe o paradigma de que é atribuição privativa das polícias civil e federal a lavratura do TCO (p. 211).

Para Nucci (2019), em harmonia com o sistema constitucional brasileiro (art. 144, §4º, CRFB de 1988), a função investigatória é atribuição precípua da Polícia Civil. Contudo, ressalta que, na ausência de policiais civis, de forma excepcional, no interesse da justiça, é possível a efetivação de mandados de busca por militares. Entretanto, tal visão reitera a justificativa da confusão de funções em razão da falta de políticas públicas relacionadas à segurança pelo Estado.

O IP é, em regra, dispensável, contudo, a materialidade da prova e os indícios de autoria são imprescindíveis. A denúncia oferecida pelo Ministério Público poderá ser pautada com base no termo de ocorrência elaborado pela autoridade policial, que deverá ser circunstanciado, contendo a oitiva das eventuais testemunhas, conforme arts. 69 e 77 §§ 1º e 2º da lei 9.099 de 1995. Ademais:



Deverá, da mesma forma, descrever detalhadamente as condições de tempo, modo e lugar em que se desenvolveu o fato em tese típico, com a referência, ainda que sucinta, dos relatos apresentados pelas pessoas acima aludidas e a explicitação daquilo que predominou, neste ou naquele sentido, nas suas narrativas. Caso contrário, outro caminho não restará à acusação, senão o encaminhamento das peças existentes ao “Juízo comum”, para a adoção de rito previsto em lei, conforme dispõe o art. 77, § 2o, da Lei Especial (Demercian, 2008, p. 49).

A elaboração adequada do TCO pelo delegado de polícia permite que se possa designar a audiência preliminar nos termos do disposto no art. 72 da Lei supramencionada¹⁵. Para tal designação, é necessário que haja identificação típica do fato e seu provável autor. Havendo a elaboração mal redigida do termo, e o Promotor de Justiça vislumbrando indícios de autoria, deverão ser supridas as deficiências da peça, ou seja:

[...] quando as informações constantes do termo circunstanciado forem insuficientes e confusas, é de bom alvitre que esta falha seja suprida pelo dominus litis, até porque, como se depreende do texto Constitucional (CF, art. 129, inciso VII), da Lei Federal no 8.625/94 (art. 43, III) e da Lei Complementar 734/93 (art. 169, VII) é dever funcional dos membros do Ministério Público indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais (Demercian, 2008, p. 50).

Conforme o mencionado, pode-se compreender que, na esfera do JECRIM, o TCO é orientado por simplicidade dos atos, afastado o rigor que existe nos inquéritos policiais. No entanto, ainda que regido por tal princípio norteador, tem-se a realização de atos que ensejam diligências, como requisição e encaminhamento de laudos toxicológicos preliminares e definitivos, perícia de danos causados, intimação e oitiva de vítimas, testemunhas e/ou autores dos fatos, destinação de bens apreendidos, entre outros. Esta pontuação é importante para afastar a ideia de que os TCO's são, tão somente, um Boletim de Ocorrência, pois ainda que o procedimento seja simplificado é necessária atuação da autoridade na realização de atos como os acima mencionados.

5. MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO APLICÁVEIS À LEGITIMIDADE DA LAVRATURA DOS TCO'S

Segundo Nader (2022), a interpretação “é o ato de explicar o sentido de alguma coisa; é revelar o significado de uma expressão verbal, artística ou constituída por um objeto, atitude ou gesto”. Consiste numa busca pelo verdadeiro sentido, utilizando-se de variáveis recursos.

¹⁵ Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.



Ao passo que o autor codifica o escrito, cabe ao intérprete decodificá-lo, ou seja, percorre o caminho inverso. A interpretação é fator indispensável, pois todo conhecimento enseja interpretação, trata-se de um ato de “inteligência, cultura e sensibilidade”, não bastando assim a capacidade de raciocínio (p. 281).

A hermenêutica jurídica é o ramo do direito que busca traduzir linguagens e lhes atribuir certo sentido. Na modernidade, é entendida como “arte ou técnica (método)” direcionada à lei humana, tendo em vista a tensão que paira sobre o texto e o sentido que sua aplicação alcança nos casos em concreto, ou seja, tem-se a tensão entre texto e sentido atribuído (Streck, 2020).

A interpretação literal leva em consideração o texto da norma, ou seja, o conteúdo semântico das palavras que a formam. Aqui são empregadas regras gramaticais com foco na pontuação e na sintaxe, a fim de conseguir o sentido verdadeiro, ou seja, o significado de cada vocábulo utilizado na norma. Bastos (2002) adverte que:

[...] o intérprete não deve fixar sua interpretação única e exclusivamente no texto da norma sob pena de comprometer a sua real significação, posto que este, na grande maioria das vezes, não acompanha a evolução da sociedade. A exegese decorrente da leitura meramente gramatical da norma, não pode ser considerada como atividade interpretativa de calibre suficiente a fazer prevalecer e excluir outro tipo de argumentação (p. 58).

A interpretação literal do art. 144 da CRFB de 1988, consubstanciado ao entendimento de que o TCO é um ato investigativo simplificado, não abre margem que legitime a atuação da PM.

Noutro ponto, tem-se a interpretação teleológica, ou finalística da lei, pela qual a interpretação busca destacar a finalidade da lei (*mens legis*), afinal, por ser tratar de algo desenvolvido por obra humana, notoriamente esse ato visa almejar um fim. A interpretação teleológica investiga as finalidades que a lei busca atingir, pois ao criar uma lei o legislador parte da ideia da finalidade. Busca-se ainda relacionar os termos da lei de molde a fim de conseguir a compatibilidade, ou seja, a conexão perfeita através do raciocínio lógico. Esse elemento teleológico se revela mediante os diferentes elementos de interpretação (Mazotti, 2010). Aqui, a atuação da PM seria permitida, tendo em vista que a Lei 9.099 de 1995 orienta-se pelos princípios acima elencados, em especial a informalidade e a celeridade do JESP. Compreende-se que o legislador buscou justamente traçar um meio alternativo para os crimes de menor potencial ofensivo, desta forma, tendo em vista a “menor complexibilidade dos atos” e a redução dos atos mediante maior efetividade, a atuação da PM poderia ser feita.



Tem-se ainda a interpretação realizada quanto ao resultado ou extensão da norma, que pode ser restritiva ou extensiva. Na interpretação restritiva, o legislador diz mais do que queria dizer, de forma que cabe ao intérprete restringir a extensão da norma. Já na interpretação extensiva, o legislador diz menos do que deveria, cabendo ao intérprete estender a incidência normativa (Nader, 2022). Ao que parece, a corrente que apoia a atuação da PM tem realizado uma interpretação extensiva, considerando que o termo “autoridade policial” é uma expressão aberta. Contudo, a Lei 12.830 de 2013 teria sanado o impasse ao dispor em seu art. 2º, § 1º que “ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal”, sendo por meio de inquérito ou procedimento investigatório diverso previsto em lei.

6. HARMONIZAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 69 DA LEI 9.099 DE 1995 E 2º DA LEI 12.830 DE 2013

Conforme disposto, a Lei 9.099 de 1995 trouxe inovação ao dispor sobre a possibilidade de instauração do Termo Circunstanciado para tratar de crimes de menor potencial ofensivo. Desta forma, foi preceituado no art. 69 da mencionada legislação:

A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

O termo “autoridade policial” passou a ser discutido, pois tratava-se de uma terminologia aberta, podendo referir-se a qualquer uma das instituições policiais. De acordo com Brito, Fabretti e Ferreira Lima (2019), o termo mencionado dirigia-se a figura do delegado de polícia, de forma que restava afastada a possibilidade da lavratura do TCO pela PM no âmbito estadual. Com o advento da Lei 12.830 de 2013, o impasse teria sido findado, ao dispor que a autoridade policial seria o delegado de polícia.

Pode-se notar que o art. 69 pode ser compreendido como uma norma com amplo sentido, pois o legislador não foi pontual em mencionar quem seria a autoridade competente. Dessa forma, numa interpretação extensiva, poderia a PM realizar a lavratura do termo. Contudo, normas que restringem direitos devem ser interpretadas de maneira restritiva, como menciona Ferraz Junior (2003):



Assim, por exemplo, recomenda-se que toda norma que restrinja os direitos e garantias fundamentais reconhecidos e estabelecidos constitucionalmente deva ser interpretada restritivamente. O mesmo se diga para as normas excepcionais: uma exceção deve sofrer interpretação restritiva (p. 289).

O TCO, ainda que para crimes de menor potencial ofensivo, é um ato investigatório diverso do inquérito ou do VPI, pois quando lavrado tem-se o Boletim de Ocorrência, oitiva de vítima, autor do fato (ora investigado), testemunhas, perícias e outros. Quando uma eventual testemunha é chamada em sede policial para prestar depoimento tem-se um ato investigativo, de forma que ela pode ser decisiva, por exemplo, em crimes como o de difamação. Nesse sentido, é nítido que os direitos fundamentais do investigado podem ser violados ao decorrer da investigação, como sua honra, pois vizinhos e familiares podem tomar conhecimento da apuração, na medida em que as testemunhas são mencionadas e ouvidas.

Por decorrência lógica: sendo o TCO ato que investiga crimes com pena máxima em abstrato de até 02 (dois) anos, podendo haver restrições de direitos fundamentais, a legitimidade de sua lavratura não pode ser estendida à autoridade policial que não a PC, na figura do delegado de polícia, no âmbito estadual, considerando sua função de polícia judiciária e investigativa.

O Decreto 678 de 1992 promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica de 1969, que dispôs, em seu art. 7º, os direitos à liberdade pessoal, de forma que restou decidido que:

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. - (Grifo nosso)

Portanto, o artigo 7.5 do citado documento internacional sobre Direitos Humanos, ao tratar do direito à liberdade pessoal, expressa que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida sem demora à presença do juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais. No caso brasileiro, considerando a organização legal das duas fases da persecução penal (administrativa e judicial), essa autoridade é o delegado de polícia (integrante do Poder Executivo) no exercício de funções judiciais. Assim, para corroborar a possibilidade de uma autoridade administrativa (delegado de polícia) exercer função judicial, o item 6, do mesmo dispositivo internacional analisado, infere que a decisão da primeira autoridade de garantia poderá ser revista por recurso dirigido a um juiz (Poder Judiciário), ou seja, a autoridade judicial poderá revisar o ato da autoridade administrativa no exercício de função



judicial. Nos países em que essa primeira análise de legalidade da prisão é realizada por um juiz, a Convenção prevê a possibilidade de recurso a um tribunal. Destarte, no sistema processual penal brasileiro, é direito da pessoa presa ser apresentada imediatamente a um delegado de polícia previamente constituído para o ato.

Se incumbe à PC a função de polícia judiciária não pode a PM deter/reter e encaminhar civil até o quartel para lavratura de TCO, sob pena de violação ao tratado, ainda que ele seja posteriormente liberado. Cabe mencionar que, ainda de acordo a Convenção de Direitos Humanos, ao tratar das garantias:

ARTIGO 27 - 1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

A atuação da PM poderia ser legitimada em caso de guerra, perigo público ou outra emergência, no entanto, no Brasil não se ostenta nenhuma destas situações. Quanto ao Pacto São José da Costa Rica:

Todo Estado quando subscreve um tratado assume uma dupla obrigação: internacional (para o caso de violação) e interna (tudo deve fazer para que os direitos sejam observados, não podendo invocar nenhuma norma doméstica para se escusar do cumprimento das suas responsabilidades internacionais). (Gomes, 2008, p. 199)

Ao consignar o tratado, cabe ao Brasil fazer com que aquele seja efetivado, tendo em vista que versa sobre Direitos Humanos, sendo sua responsabilidade internacional respeitar todo o disposto.

7. BREVE SINTESE E ANÁLISE DO TEMA DE ACORDO AS ADI's ENFRENTADAS PELO STF

A ADI 3.614-9, proposta pelo Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil do Paraná, tinha como objeto o Decreto 1.557 de 2003, que autorizava a atuação do Sargentos e Subtenentes da PM no atendimento nas Delegacias de Polícia para os municípios em que não houvesse servidores de carreira para exercício do cargo de delegado de polícia. Assim, era lícito aos PM's a elaboração do TCO, devendo encaminhá-lo à Delegacia da Comarca do município com todos os documentos informativos. O Decreto estaria em desacordo



com o que dispõe o art. 144 da CRFB de 1988 ao dispor sobre as funções de cada polícia. O Ministro Gilmar Mendes argumentou pela constitucionalidade do Decreto, tendo em vista que o TCO seria um “simples registro de notícias sobre o crime”, pois caberia à PC a investigação de fato, ao receber os documentos enviados pela PM. A Ministra Cármen Lúcia se manifestou pela procedência da ação, pois, ao que parecia, se trataria de transferência das funções. Em acórdão publicado, a ação direta foi julgada procedente.

Em 2006, a ADEPOL (Associação dos Delegados de Polícia do Brasil) ajuizou a ADI 3.807 cujo alvo foi o § 3º do art. 48 da Lei 11.343 de 2006¹⁶. O referido artigo dispôs que, tratando-se de apreensão de agente com droga para consumo, conforme art. 28, não será lavrado Auto de Prisão em Flagrante Delito (APFD), deverá o autor ser encaminhado ao Juízo competente ou assumir o compromisso de a ele comparecer. Nestes casos, deverá ser lavrado TCO e providências para requisição de exames periciais que forem necessários. A compreensão pré-estabelecida era a de que a PM poderia lavrar o TCO. O § 3º dispunha que, se ausente a “Autoridade Judicial”, aqui compreendido como o delegado de polícia Civil, as providências deverão ser tomadas de imediato pela “autoridade policial”, também compreendida como sendo da PC. A ADEPOL sustenta que teriam sido afetados o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, bem como as competências constitucionais elencadas no art. 144, §§ 1º e 4º, da CRFB de 1988. A Ministra Cármen Lúcia trabalha duas interpretações para o referido artigo: primeiramente, trabalha a ideia de que se houver autoridade judicial a ela caberia a adoção do procedimento do § 2º, em especial a lavratura do termo; noutra interpretação, as providências

¹⁶ Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

§ 3º Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente. (Vide ADIN 3807)

§ 4º Concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado.

§ 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.



deveriam ser adotadas sempre pela autoridade policial, não pela autoridade judicial, sendo vedado em ambos os casos a detenção/retenção do autor. A ministra se filia à interpretação de que o autor deveria ser encaminhado à autoridade policial a qual deveria lavrar o termo e requisitar as perícias. Somente quando ausente tal autoridade seria competente a policial. A Ministra finaliza seu voto sustentando que o TCO não configura ato investigativo, assim, a atribuição não seria privativa das Polícias Civil e Federal, em suas palavras:

Considerando-se que o termo circunstanciado não é procedimento investigativo, mas peça informativa com descrição detalhada do fato e as declarações do condutor do flagrante e do autor do fato, deve-se reconhecer que a possibilidade de sua lavratura pelo órgão judiciário não ofende os §§ 1º e 4º do art. 144 da Constituição, nem interfere na imparcialidade do julgador.

O Ministro Marco Aurélio foi voto vencido ao sustentar a inconstitucionalidade do artigo alvo da ADI. Nos termos do voto do Ministro, a atividade investigatória é privativa da PC, de maneira que, delegá-la a outra autoridade implicaria em violação à repartição das competências. A Lei 9.099 de 1995 introduziu novo procedimento investigatório, o Termo Circunstanciado de Ocorrência, que não se trata somente de um “mero registro de ocorrência”, cabendo à autoridade policial encaminhá-lo ao JESP, mediante requisições de exames periciais e outras providências. A feição de procedimento investigatório é unívoca, ao passo que, se ainda restasse dúvida na sua lavratura, teria sido afastada com o advento da Lei 12.830 de 2013. Marco Aurélio termina seu voto esclarecendo que a matéria não é nova no Supremo, sendo que no julgamento da ADI 3.614, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, cujo redatora foi a Ministra Cármen Lucia, foi assentada a inviabilidade da lavratura dos TCO’s pelos Policiais Militares, pois trata-se de ato típico da Polícia Judiciária, sendo atribuição privativa do delegado de polícia. De acordo Lima Filho (2020), ao tratar sobre a ADI 3.807:

O caráter retrógrado do debate perante o Supremo é patente, pois o próprio julgamento faz menção à ADI 3.614 em que o STF, considerando ato privativo dos delegados de carreira nos termos do art. 144, 4º, da CRFB, consolidou a incompatibilidade da lavratura do termo circunstanciado pelas polícias militares (p. 113).

Observa-se também a intenção das polícias militares, em dissonância com os mandamentos constitucionais, em realizarem procedimento investigativo contra cidadão civil. Neste terreno, surge o debate do ciclo completo que autorizaria a execução de todos os atos de polícia administrativa e de polícia judiciária por corporação militar (real intenção atrás da busca pelo TCO). O aparato militar utilizado para investigar crimes militares seria utilizado também na elucidação de crimes não militares. A legalização do TCO é um importante passo para essa



corrente. Apesar dessa usurpação de atribuição constitucional, especialmente referente a medidas limitadoras de direitos, expressar ruptura ao Estado Democrático de Direito, este não é o atual entendimento do STF, que no julgamento da ADI 5.637 (março de 2022), seguiu pelo entendimento de que o TCO não versa função investigatória ou atividade de polícia judiciária, sendo mero registro do fato, motivo pelo qual possível de ser lavrado pela polícia militar. O alvo da ADI 5.637 foi a Lei 22.257 de 2016, que autorizava a lavratura dos TCO's por integrantes dos órgãos de segurança pública. Conforme entendimento firmado, a atividade dos militares não se tratava de desvio de função, sendo fixado o entendimento que: a lavratura do termo não configura atividade investigativa; havendo competência concorrente, pode o Estado e o Distrito Federal ter competência para definir as autoridades legitimadas e que não há atribuição privativa do delegado de polícia ou da polícia judiciária para a lavratura do TCO. Igualmente, no julgamento das ADI's 6.245 e 6.264, entendeu pela possibilidade da lavratura do TCO pela Polícia Rodoviária Federal em casos de crime federal de menor potencial ofensivo. Fixou a tese de que o TCO não possui natureza investigativa, sendo apenas um registro de fato.

Uma perspectiva utilitarista, instrumental, representa recuo democrático, ao passo que tem-se a ilusória ideia de eficiência economicista com os fins justificando os meios, ou seja, as formas só devem ser obedecidas se não atentarem contra a midiática concepção “eficiente” punição (Casara, 2015). Exemplo desse utilitarismo, o STF (ADI 5.637), ciente da inconstitucionalidade de investigação de crime comum por militar (conforme exposto nas decisões referenciadas), entendeu o Termo Circunstanciado de Ocorrência (investigação criminal simplificada – crimes de menor potencial ofensivo e contravenções penais – art. 69 da Lei 9.099 de 1995 c/c art. 2º, §1º, da Lei 12.830 de 2013) como “mero registro de fato”, possível de ser lavrado pela Polícia Militar.

Igualmente, no julgamento das ADI's 6.245 e 6.264, o STF entendeu pela possibilidade da lavratura do TCO pela Polícia Rodoviária Federal em casos de crime federal de menor potencial ofensivo. Fixou a tese de que o TCO não possui natureza investigativa, sendo apenas um registro de fato, podendo ser lavrado por integrantes da polícia judiciária ou da polícia administrativa.

Trata-se de um retrocesso. O Termo Circunstanciado de Ocorrência tem por finalidade investigar autoria e materialidade de crime de menor potencial ofensivo (e contravenções penais). Dizer que isto não é investigação criminal, para legitimar quem não tem atribuição investigativa, leva à indagação do Lênio Streck (“O que é isto – decido conforme minha



consciência?") que propõe a Teoria da Decisão em um contexto democrático de legitimação, resguardando a atividade decisória. Essa teoria, complementando a teoria da interpretação, representa uma blindagem às discricionariedades e ativismos. “Há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como “adequada à Constituição” (...) A tese por mim defendida somente tem sentido na democracia e sob a égide de uma Constituição compromissória” (Streck, 2013, p. 95).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após enfrentamento das questões que norteiam a seara do JECRIM, dos crimes de menor potencial ofensivo, das formas de interpretação, do entendimento da doutrina e do STF, compreende-se que: 1) a autoridade policial de que versa o art. 69 da Lei 9.099 de 1995 é o delegado de polícia, conforme menciona expressamente a Lei 12.830 de 2013; 2) por melhores que sejam as intenções utilitaristas expostas nos discursos contrários ao ora defendido, na persecução penal os fins não podem justificar os meios, não são autorizadores de interpretação extensiva da legitimidade da lavratura de procedimento investigatório (não há de se falar em mero registro de fato em procedimento que, ainda que simplificado, visa apurar autoria e materialidade delitiva), ainda que considerando os princípios norteadores do JESP, pois celeridade/economia não quer dizer rapidez, sendo necessária a observância do devido processo (procedimento) legal, consubstanciado a ações governais concretas que incluam investimentos financeiros, orçamentários, materiais e humanos na ampliação do quadro de vagas para concursos públicos da PC, ademais normas que restringem direitos fundamentais não podem ser ampliadas; 3) TCO constitui ato investigativo, caso se tratasse de “mero registro de ocorrência” bastaria o Boletim de Ocorrência, e, como se mencionou, é preciso que haja lastro probatório da incidência criminal, consubstanciado ao indicativo de autoria, provas testemunhais, periciais e outros, para que haja designação de audiência e base à manifestação do Ministério Público; e 4) a atuação da PM fere o Pacto São José da Costa Rica, sendo direito de todo e qualquer cidadão detido ou retido ser apresentado, sem demora, ao juiz ou “autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais” (Brasil, 2022b). Como visto, no modelo de persecução penal brasileiro, o delegado de polícia exerce essa função.

Deste modo, tratando especificamente das prioridades a serem observadas na fase preliminar do processo penal, “a repartição das funções e atribuições entre os diversos agentes,



no âmbito criminal, é uma exigência constitucional (arts. 129, 144, CF). Os poderes políticos, ou não, devem ser delimitados e contidos, para que os direitos sejam protegidos” (Giacomolli, 2016, p. 175). Portanto, cumpre o encerramento do presente estudo com as lições de Zaffaroni (2014, p. 169) ao expor que “os Estados de direito não são nada além da contenção dos Estados de polícia, penosamente conseguida como resultado da experiência acumulada ao longo das lutas contra o poder absoluto”. É certo que todo Estado de Direito traz consigo o Estado de polícia. Abolir o Estado de polícia seria fazer cessar o poder punitivo. Não se defende a impunidade, pelo contrário. Defende-se o investimento (pelo Estado que queda omissivo) de pessoal e material em todos os órgãos de segurança pública para que exerçam seu mister constitucional, rechaçando qualquer visão instrumentalista e antidemocrática da persecução penal. É imperiosa a vigilância para que nenhum órgão de poder ultrapasse a sua atribuição na persecução penal, pois “o Estado de polícia que o Estado de direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca” (p. 170).

9. REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre Princípios e Regras. In: *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, BA, v. 4, n. 1, jan.-jun. 2017. Disponível em: <<http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/144/56>>. Acesso em: 20 maio 2022.
- AVENA, Norberto. *Processo penal*. 14. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Método, 2022.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Ed Celso Bastos, 2002.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa de 1988*. Brasília, Distrito Federal, Brasil.
- BRASIL. Tribunal de Justiça. *Processo n. 10405150004159001*. Relator Júlio César Lorens, Quinta Câmara Criminal. MG, 25 de janeiro de 2016. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 31 maio 2022.
- BRASIL. *Lei Federal 12.830 de 2013*. Brasília, Distrito Federal, Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso em: 30 maio 2022.
- BRASIL. *Lei Federal 678 de 1992*. Brasília, Distrito Federal, Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 30 maio 2022b.



BRASIL. *Lei Federal 9.099 de 1995*. Brasília, Distrito Federal, Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 30 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 614.446*. Relator: Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Brasília, 09 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<http://portal.stj.jus.br>>. Acesso em: 31 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.441*. Relator: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno. Brasília, 05 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 31 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 3.614-9*. Paraná/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495516>>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 3.807*. Brasília/DF. Relatora: Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343977078&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 6.201*. Piauí/CA. Relatora: Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15350624936&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n° 5.637*. Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno. Brasília, 19 de dezembro de 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 31 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 702.617*. Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma. Brasília, 26 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 31 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n° 14.434/ Rio de Janeiro - 2003/0071047-1-* Relator: Jorge Scartezzini. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/RHC_14434RJ.pdf>. Acesso em: 14 maio 2022a.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; FERREIRA LIMA, Marco Antônio. *Processo Penal Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de; GOMES, Nestor Castilho. *A teoria da interpretação jurídica de Hans Kelsen: uma crítica a partir da obra de Friedrich Müller*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 29, n. 57, 2010. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p95>>. Acesso em: 23 maio 2022.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Teoria e prática dos juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.



GOMES, Flávio Luiz. Direito dos Direitos Humanos e a Regra Interpretativa “Pro Homine”. In: *Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinop*, 2008. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/File/80/80>>. Acesso em: 28 maio 2022.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. *Funções da polícia judiciária no processo penal brasileiro: o papel do delegado de polícia na efetivação de direitos fundamentais*. Londrina, PR: Thoth, 2020.

MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MAZOTTI, Marcelo. *As escolas hermenêuticas e os métodos de interpretação da lei*. Barueri, SP: Minha Editora, 2010.

MINAS GERAIS. *Lei 22.257 de 2016*. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br>>. Acesso em: 31 maio 2022.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

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

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 70047333448*. Relator Nereu José Giacomolli, Terceira Câmara Criminal. RS, 15 de março de 2012. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 31 maio 2022.

ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

STRECK, Lênio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Coleção Lênio Streck de Dicionários Jurídicos: Letramento, Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. V. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais federais cíveis e criminais: comentários à Lei n. 10.259, de 12-7-2001*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.



Sobre os autores:

Patrícia Alves Silva | E-mail: silva.patriciaalves@outlook.com

Bacharela em Direito pela Universidade Faculdade Guanambi, UniFG. Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal pelo Instituto Elpídio Donizetti. Estagiou no Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE/MG), na Delegacia de Polícia Civil de Espinosa (PC/MG) e no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG). Integrou o Diretório Acadêmico de Direito "SerTão: Para Lutar e Mudar as Coisas", o grupo de pesquisa "Direitos Fundamentais e Persecução Penal (DiFP-P)". Possui formação complementar em Gestão Empresarial pela DataMinas e computação pela Carvalho Net Informática.

Eujecio Coutrim Lima Filho | E-mail: eujeciocoutrim@hotmail.com.br

Delegado de Polícia Civil no Estado de Minas Gerais. Pós-doutor em Direito pela Universidad Las Palmas (Espanha). Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA, RJ). Mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (UNESA, RJ). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Estado da Bahia (UFBA, BA). Graduado em Direito pelo IESUS (BA). Professor de Direito Processual Penal. Professor da ACADEPOL (PCMG). Professor em diversos cursos de pós-graduação. Autor de obras jurídicas.



Os programas de *compliance* e governança nas empresas conformidade entre políticas de segurança da informação e a LGPD

Compliance and governance programs in companies

Compliance between information security policies and LGPD

Liliana Bastos Pereira Santo de Azevedo Rodrigues¹⁷

Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professora. Advogada. Natal (RN). Brasil

Calígena Batista de Paiva Silva¹⁸

Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduanda em Direito. Natal (RN). Brasil

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto articular os requisitos de conformidade das organizações empresariais decorrentes da Lei Geral de Proteção de Dados com os benefícios de sua estruturação no âmbito de um Programa de *Compliance* e Governança Corporativa. Assim, o objetivo geral da pesquisa é apresentar como a LGPD, as Políticas de Segurança da Informação e os programas de *Compliance* e Governança podem interagir para proporcionar uma melhor adequação das empresas às regras estabelecidas pela legislação de proteção de dados. Trata-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa, onde foram consultadas bibliografias de referência. O artigo está estruturado com três seções de desenvolvimento, abordando os temas Lei Geral de Proteção de Dados, Políticas de Segurança da Informação e *Compliance* e Governança dentro da organização, tudo com o fim de demonstrar a importância do cumprimento das regras estabelecidas pela legislação externa e normativos internos quanto à segurança da informação.

ABSTRACT

The purpose of this work is to articulate the compliance requirements of business organizations arising from the General Data Protection Law with the benefits of structuring it within the scope of a Compliance and Corporate Governance Program. Thus, the general objective of the research is to present how the LGPD, the Information Security Policies and the Compliance and Governance programs can interact to provide a better adaptation of companies to the rules established by the data protection legislation. This is a research with a qualitative approach, where selected bibliographies were consulted. The article is structured with three development sections, addressing the General Data Protection Law, Information Security Policies and Compliance and Governance within the organization, all with the aim of demonstrating the importance of complying with the rules established by external legislation and internal regulations regarding information security.

¹⁷ Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3256952255730615>

¹⁸ Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1214596802953906>



PALAVRAS-CHAVE:

Compliance; Governança; Segurança da Informação; Lei Geral de Proteção de Dados; LGPD.

KEYWORDS:

Compliance; Governance; Information Security; General Data Protection Law; GDPL.



1. INTRODUÇÃO

No Brasil, em 14 de agosto de 2018, foi sancionada a Lei Federal nº 13.709, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, que entrou totalmente em vigor em agosto de 2020, após vinte e quatro meses de sua publicação. A LGPD, de acordo com seu primeiro artigo, dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (Brasil, 2018).

Desse modo, a Lei foi desenvolvida buscando a proteção dos direitos de liberdade e privacidade e, ainda, o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, aplicando-se a qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, que atue no direito público ou privado, realizando o tratamento de dados pessoais de pessoas naturais, para fins comerciais. A Lei é voltada para o titular dos dados pessoais, definido, em seu art. 5º, inciso V, como a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento (Brasil, 2018). Portanto, ela não se aplica aos dados de pessoas jurídicas e não confere proteção a eles.

Podemos enumerar algumas vantagens da legislação. Por parte dos titulares dos dados, uma maior segurança e emancipação sobre a coleta e o tratamento dos seus dados pessoais. Esse fato traz mais transparência com relação ao tratamento realizado com as informações, conferindo também mais conhecimento sobre o processo realizado pelas empresas que fazem a coleta dos dados para a execução dos seus objetivos comerciais.

Já para as empresas, o fato de o titular ter maior transparência sobre os processos realizados com seus dados, pode trazer uma responsabilidade ética maior na execução de seus processos de segurança, podendo levar a empresa a se destacar por seus níveis de segurança da informação e governança.

Assim, considera-se a existência de uma Política de Segurança da Informação - PSI, um documento que reúne regras, práticas, diretrizes e procedimentos acerca da segurança da informação na empresa e que tem como objetivo a minimização de riscos de violação ou perdas, protegendo as informações da empresa de possíveis causadores de danos, sejam eles intencionais ou não.

O presente trabalho tem como objetivo geral apresentar como a LGPD, as Políticas de Segurança da Informação e os programas de *Compliance* e Governança podem interagir para



proporcionar uma melhor adequação das empresas às regras estabelecidas pela legislação de proteção de dados.

Quanto aos objetivos específicos, a pesquisa busca: i) trazer informações sobre a Lei Geral de Proteção de Dados, quanto a sua relevância para a segurança de dados pessoais dos indivíduos; ii) expor a importância da implementação de Políticas de Segurança da Informação nas empresas para melhor gerenciamento de dados sensíveis, buscando evitar possíveis crimes digitais, prezando pela privacidade e segurança digital da pessoa natural titular dos dados; e, por fim, iii) indicar como o *Compliance* e a Governança podem auxiliar no cumprimento das normas e regras estabelecidas pela legislação e pela PSI.

A metodologia aplicada para elaboração do trabalho traz à tona uma pesquisa de abordagem qualitativa, onde foram consultadas bibliografias visando trazer conceitos e informações fundamentadas acerca dos temas a serem discutidos.

Com relação à estrutura, o trabalho foi dividido em três momentos. No primeiro, apresenta-se uma análise da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, onde se pontuam informações sobre a sua relevância e requisitos para o cumprimento de suas normas.

Partindo desse ponto, no segundo momento, é explicada a pertinência da elaboração e aplicação de Políticas de Segurança da Informação – PSI dentro das organizações, mostrando como elas podem servir no contexto empresarial, diante das normas trazidas pela LGPD.

E, por fim, no terceiro momento é levantada a importância da existência de um setor de *Compliance* e Governança dentro da organização, para que se possa estimular e regulamentar o cumprimento das regras estabelecidas pela legislação externa e normativas internas, tanto com relação à aplicação das regras, quanto pelo monitoramento das ações executadas.

2. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: ALGUNS ASPECTOS

A Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD foi sancionada no Brasil em 2018 e trouxe com ela diversas diretrizes a serem seguidas pelas empresas, para que estejam de acordo com os mandamentos constitucionais. Trata-se de um marco legal que confere proteção aos cidadãos, que são as pessoas naturais, contra o uso de seus dados ou informações de maneira irregular.



Tal norma foi inspirada na regulação europeia de proteção de dados, General Data Protection Regulation – GDPR, que entrou em debate na União Europeia - UE e foi aprovada em 2016. A GDPR tem como objetivo abordar a proteção da privacidade das pessoas físicas, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, para que seja conferida mais transparência, controle e segurança com relação aos dados armazenados pelas companhias.

Ao sancionar tal regulação, a UE fez com que outros países também tivessem a iniciativa de desenvolver uma legislação de mesmo nível. Isso ocorreu porque “o Estado que não possuísse lei de mesmo nível passaria a poder sofrer algum tipo de barreira econômica ou dificuldade de fazer negócios com os países da UE” (Pinheiro, 2020, p. 4).

Inicialmente, a LGPD teve um veto presidencial com relação à criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais – ANPD, que geraria o não reconhecimento da LGPD pela UE como legislação de mesmo nível, pois uma de suas exigências seria a existência de uma autoridade nacional de fiscalização independente. Tal veto, porém, foi alterado pela Medida Provisória nº 869 de 2018 e, com isso, foi criada a ANPD. A MP nº 869/2018 foi transformada em lei pela aprovação da Lei nº 13.853 de 2019, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais e cria a ANPD, proporcionando mais segurança e estabilidade para a LGPD.

A ANPD tem competências normativas, deliberativas, fiscalizadoras e sancionatórias, sendo a sua principal função “zelar pela proteção de dados pessoais, nos termos da legislação” (art. 55-J, I). Trata-se de um órgão da administração pública de autoridade nacional responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD em todo o território brasileiro.

Como dito anteriormente, a legislação de proteção de dados estabelece como titular apenas a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que serão objeto de tratamento. Assim, a lei visa proteger somente os dados de pessoas físicas, não conferindo proteção aos dados de pessoas jurídicas. Porém, o controlador ou o operador, que serão os responsáveis por decidir e realizar o tratamento dos dados pessoais, podem ser tanto pessoa natural quanto jurídica, de direito público ou privado.

Os dados pessoais são definidos como toda informação relacionada a uma pessoa identificada ou identificável, podendo alcançar inclusive localização, placas de automóveis, perfis de compras, números de Internet Protocol - IP, dados acadêmicos, entre outros, não se limitando apenas a informações como nome, sobrenome, endereço, etc. (Pinheiro, 2020).

Já o tratamento dos dados é definido pela LGPD, em seu art. 5º, X, como toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção,



classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

Para que seja realizado o tratamento dos Dados Pessoais, é estabelecido que deve haver o consentimento do titular, por meio de documento escrito ou de algum outro modo, desde que seja demonstrada a manifestação de vontade do titular. Além disso, em seu art. 6º, a lei dispõe que se deve ainda observar a boa-fé e princípios como:

- I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos [...];
- II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
- III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades [...];
- IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade [...];
- V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade [...];
- VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e [...] agentes [...];
- VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados [...];
- VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;
- IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;
- X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas. (Brasil, 2018)

Assim, entende-se que as organizações deverão utilizar os dados apenas para fins legítimos, adequando e limitando o tratamento dos dados de acordo com sua finalidade, não ultrapassando os limites necessários e garantindo aos titulares o livre acesso sobre a maneira e a duração da realização do tratamento.

Devem ser garantidas ainda aos titulares: exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, proporcionando-lhes informações claras, precisas e acessíveis sobre o procedimento e sobre quem (qual agente) irá realizá-lo; além disso, a segurança dos dados deve ser imprescindivelmente garantida através de medidas técnicas e administrativas, bem como a adoção de medidas para prevenir possíveis danos.

A Lei impõe ainda que não devem ser utilizados os dados pessoais dos indivíduos para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos; e também que deve haver a demonstração de que foram adotadas medidas eficazes e capazes de comprovar que as normas de proteção dos dados foram cumpridas.



São levantadas as hipóteses em que o tratamento de dados pode ser realizado de forma lícita e entre elas está o tratamento para fins de estudos e realização de pesquisa. Nesses casos, para que possam ser utilizados os dados, a LGPD aponta que, sempre que possível, deve ser realizada a sua anonimização, que, como definido por Pinheiro (2020), se trata da possibilidade de não identificação do titular. E, quando se tratar de um tratamento de dados de acesso público, deve ser considerada a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram a sua disponibilização.

Em caso de dados que sejam tornados públicos pelo titular deles, resguardados seus direitos de titular e os princípios citados anteriormente, se dispensa a exigência de consentimento para a realização de tratamento dos dados. Desse modo, os agentes que irão realizar o tratamento não se isentam das demais obrigações previstas pela LGPD que versam sobre a proteção dos direitos do titular e princípios gerais.

Com relação ao Tratamento de Dados Pessoais Sensíveis, que são os dados sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural, a Lei traz algumas restrições, como a necessidade de consentimento do titular ou seu responsável legal, de forma específica e destacada, apenas para determinadas finalidades.

Além disso, os Dados Pessoais Sensíveis podem ser tratados sem consentimento nos casos em que for indispensável a sua realização para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei de Arbitragem (nº 9.307/96); proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos (art. 11, II).

Regulamentação especial também é dada com relação ao tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes, que deve ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal (esse consentimento deve



ser verificado pelo controlador). Os dados poderão ser coletados sem o consentimento referido anteriormente, quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, devendo ser utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e não poderão ser repassados a terceiros, em hipótese alguma, sem o consentimento já tratado no trecho anterior.

Sobre as possibilidades de término do tratamento de dados pessoais, a LGPD traz as hipóteses de verificação de alcance da finalidade do uso dos dados, ou de que estes deixaram de ser necessários/pertinentes para alcançá-la; fim do período de tratamento; a revogação do consentimento expressa pelo titular; ou ainda por determinação da autoridade nacional, em caso de violação das disposições expressas na legislação em questão.

Os dados que estavam sendo utilizados para tratamento, após o seu término, deverão ser eliminados, exceto quando deva ser realizado:

- Art, 16 [...] - I - cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- II - estudo por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- III - transferência a terceiro, desde que respeitados os requisitos de tratamento de dados dispostos nesta Lei; ou
- IV - uso exclusivo do controlador, vedado seu acesso por terceiro, e desde que anonimizados os dados. (Brasil, 2018).

Violadas as normas estabelecidas, a legislação traz a responsabilização dos agentes, sejam eles órgãos públicos ou mesmo o controlador e o operador. Quando se tratar de órgão público, a autoridade nacional, como estabelecido no art. 31 da LGPD, poderá enviar informe contendo as medidas cabíveis para que a violação cesse, podendo também sugerir a adoção de padrões e de boas práticas para a execução dos tratamentos de dados pessoais pelo Poder Público.

Já com relação a violações da LGPD em razão do exercício da atividade de tratamento de dados, realizadas pelo controlador ou operador, caso estes venham a causar dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, serão obrigados a repará-lo.

Para isto, a Lei estabelece que (art. 42, §1º, I e II) o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, sendo a ele equiparado; e que os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento, do qual decorreram danos ao titular dos dados, respondem solidariamente.



Conforme o art. 43 da LGPD, a responsabilização dos agentes de tratamento deixa de ser aplicada somente se for provado que eles não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Considera-se irregular o tratamento que fuja ao padrão de segurança que o titular dos dados pode esperar e ao cumprimento do que diz a legislação. Pois é estabelecido que o controlador tem o dever de adotar medidas de segurança, técnicas e também administrativas, que sejam aptas a proteger os dados pessoais dos titulares de possíveis acessos não autorizados ou ainda situações acidentais ou ilícitas que causem destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

Caso alguma situação das citadas no parágrafo anterior venha a ocorrer, deve ser feita a comunicação, pelo controlador, à autoridade nacional e ao titular, descrevendo a situação, os dados e medidas cabíveis, além de mencionar os possíveis riscos relacionados ao incidente. E, além disso, a estrutura dos sistemas utilizados para realizar o tratamento dos dados deve atender todos os requisitos de segurança, padrões de boas práticas e de governança, bem como aos princípios previstos na LGPD e demais normas que tragam regulamentações.

As penalidades previstas com relação às infrações cometidas contra o estabelecido na LGPD foram adaptadas ao contexto e realidade social e econômica do Brasil. Assim, devem ser respeitados alguns requisitos como o da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção, critérios como a observação da gravidade e natureza das infrações, o impacto do incidente e quais dados ele afeta.

Além disso, deve ainda ser observado se existe boa-fé por parte da empresa no tratamento dos dados; o que motivou a empresa a tratar os dados/que vantagem era pretendida; o poder econômico da empresa; se há reincidência; qual o dano gerado; cooperação do infrator; o desenvolvimento e aplicação de medidas tecnológicas e organizacionais que auxiliem na prevenção/minimização do dano; bem como a adoção de políticas de boas práticas e governança e também de medidas corretivas.

As sanções previstas na LGPD variam entre advertência, com prazo para adoção de medidas corretivas; multa, limitada ao total de R\$ 50.000.000,00 por infração; multa diária, também limitada a esse valor; divulgação da infração ao público, após ser devidamente constatada a sua ocorrência; bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua



regularização; eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração (por até seis meses, prorrogável por igual período); suspensão temporária do tratamento de dados pessoais a que se refere a infração (por até seis meses, prorrogável por igual período); e proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

Assim, para uma melhor execução do tratamento de dados pessoais, a LGPD estabelece que os controladores e operadores poderão formular regras de boas práticas e governança com relação às condições de organização, o regime de funcionamento, as normas de segurança, as obrigações específicas para os envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e mitigação de riscos, entre outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

Daí a importância de elaborar uma PSI adequada e também da instauração de um Programa de *Compliance* e Governança, fazendo-se fundamentais para guiar e fomentar os procedimentos citados anteriormente.

3. POLÍTICAS DE SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO

No cenário atual, onde cada vez mais as tecnologias estão se desenvolvendo, vemos a busca das empresas por uma adequação aos recursos que podem facilitar seu crescimento. Desse modo, grande parte delas possui seus dados armazenados digitalmente, o que traz a necessidade de uma ferramenta para garantir a segurança desses dados/informações. Para isso, a implementação de uma Política de Segurança da Informação – PSI seria o mais adequado.

As Políticas de Segurança da Informação tratam-se de mecanismos preventivos de proteção de dados e processos importantes de uma organização que definem um padrão de segurança a ser seguido pelo corpo técnico e gerencial e pelos usuários, internos ou externos (Dias, 2000 apud Laureano, 2005, p. 56).

Assim, uma PSI busca garantir a proteção das informações corporativas contra possíveis ameaças que possam prejudicar a organização. Ela previne danos ao andamento do negócio e padroniza procedimentos. Isto porque a PSI deve estabelecer princípios institucionais de como a organização irá proteger, controlar e monitorar seus recursos computacionais e, conseqüentemente, as informações por eles manipuladas. É importante que a política estabeleça



ainda as responsabilidades das funções relacionadas com a segurança e discrimine as principais ameaças, riscos e impactos envolvidos (Dias, 2000, apud Laureano, 2005, p. 56).

Laureano (2005) destaca ainda que essas políticas devem ir além dos aspectos relacionados apenas com os sistemas de informação e recursos computacionais, devendo também estar integradas com as políticas institucionais, planejamento estratégico e metas da empresa.

Em um contexto nacional, há sempre legislações que devem ser seguidas para que o desenvolvimento do país se dê de modo a garantir o melhor para todos os indivíduos. Nesse mesmo padrão, as políticas de segurança vêm para definir os padrões que devem ser seguidos pelas empresas para que estas se desenvolvam plenamente.

A norma que serve como base para a criação das PSI é a ISO (International Organization for Standardization) 27002, que traz em sua estrutura medidas de segurança sobre controles organizacionais, controle de pessoas, controles físicos e controles tecnológicos.

De acordo com Fontes (2012, p. 23), esta norma “define um código de prática para gestão de segurança da informação e orienta quais elementos devem ser considerados para uma adequada proteção da informação”.

Para realizar a implementação de uma PSI, em primeiro lugar, é necessário fazer um diagnóstico sobre as informações da empresa, para que se possa saber quais dados devem ser protegidos. Desse modo, poderão ser identificadas também as principais ameaças e fragilidades com relação à organização, o que vai garantir uma PSI com mais efetividade.

Assim, é normatizado que as informações utilizadas nas organizações devem ser protegidas seguindo alguns requisitos/princípios, são eles: confidencialidade, integridade e disponibilidade (Fontes, 2012, p. 04).

A confidencialidade garante que apenas pessoas previamente autorizadas poderão acessar as informações guardadas; a integridade busca manter a legitimidade da informação, garantindo que ela não seja modificada ou eliminada sem autorização; e a disponibilidade garante que os dados e sistemas estejam disponíveis para pessoas autorizadas no momento em que se tornar necessário (Lento; Silva; Lung, 2006).

Qualquer falha nesses princípios pode acarretar impactos negativos para a organização, pois eles certificam que todos os aspectos importantes sejam observados atentamente, portanto é necessário garantir na PSI que todos estes requisitos sejam efetivamente cumpridos.



Além do diagnóstico da empresa, para a implementação da PSI, são necessários mecanismos de segurança que possibilitem a adoção de controles. Tais mecanismos são responsáveis pela concretização das políticas de segurança nos sistemas computacionais. Dessa forma, as políticas de segurança, cujos comportamentos que recomendam são expressos por meio de modelos de segurança, são implantadas por mecanismos de segurança da informação. Tais mecanismos exercem os controles (físicos e/ou lógicos) necessários para garantir que as propriedades de segurança (confidencialidade, integridade e disponibilidade) sejam mantidas em conformidade com as necessidades do negócio (Lento; Silva; Lung, 2006, apud Hummes, 2017).

Assim, os mecanismos de segurança trazem os controles que irão nortear e manter a aplicação dos três princípios da segurança da informação citados anteriormente (confidencialidade, integridade e disponibilidade). A segurança da informação traz em seu rol a avaliação de riscos à infraestrutura da tecnologia da informação da empresa, visando protegê-la de possíveis ataques que objetivem roubar dados privados e ainda contra outras ameaças digitais, como vírus.

Com isso em vista, a PSI oficializa as diretrizes que irão guiar os procedimentos a serem seguidos para garantir o bom funcionamento da segurança da informação, assegurando que sejam seguidos ao longo do tempo, protegendo e assegurando a integridade dos dados.

O diagnóstico realizado na empresa abre espaço para o planejamento da PSI, onde se recomenda que haja o máximo de representação na equipe responsável por sua elaboração, visto que essa política irá afetar todos os setores da empresa. Desse modo, frisa-se que devem ser considerados os aspectos de todas as áreas possíveis nesse desenvolvimento, para que as normas não deixem de ser seguidas em algum momento, por não estarem de acordo com as atividades realizadas em determinado setor.

Após o diagnóstico da empresa, o planejamento e elaboração da PSI, deve ser realizada a sua implementação. Porém, isto não quer dizer que o processo esteja finalizado. Pois, para que a PSI seja efetiva, precisa ser revisada, com o propósito de realizar o acompanhamento de suas contribuições, analisando também suas falhas, adequando-as aos padrões da LGPD.

Portanto, é essencial que cada colaborador esteja a par dos riscos e consequências que podem ser acarretados se a proteção dos dados for negligenciada, pois novas ameaças surgem diariamente e, por isso, a segurança nunca deve ser vista como algo finalizado. Assim, mesmo seguindo todos os princípios das PSI, faz-se necessário o seu monitoramento.



O monitoramento da efetividade da PSI pode ser feito através de um programa de *Compliance* e Governança que, como será exposto a seguir, se faz responsável pelo cumprimento de normas, pela supervisão e controle das empresas, entre outras atribuições.

4. COMO O *COMPLIANCE* E A GOVERNANÇA AUXILIAM AS EMPRESAS NA IMPLEMENTAÇÃO DAS PSI CONFORME A LGPD

É importante destacar que para uma empresa estar em conformidade com as normas por ela estabelecidas e também com a PSI desenvolvida, a orientação proporcionada pelos programas de *Compliance* e Governança faz-se instrumento primordial.

Isso porque o *Compliance* visa o cumprimento das normas legais e regulamentares das empresas, bem como suas políticas e diretrizes, para evitar, identificar e também solucionar as situações de inconformidade que possam ocorrer, tratando-se de uma estratégia utilizada para alcançar os fins institucionais das organizações. Já a Governança, de acordo com Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), “é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”.

A existência de um setor de *Compliance* e Governança dentro das empresas é fundamental, independente da necessidade do monitoramento da implementação de Políticas de Segurança da Informação. Pois os programas de *Compliance* “estão inseridos em um contexto de reestruturação estratégica, organizacional e tecnológica, na construção de uma imagem empresarial forte perante clientes e fornecedores, visando a proteção dos valores e da reputação corporativas” (Abbi, 2004, apud Santos, 2018).

Desse modo, no ambiente corporativo, os programas de *Compliance* e Governança irão prezar pela conformidade e integridade da organização, a fim de manter o compromisso com as regras institucionais, dirigindo, monitorando e incentivando os processos que são realizados na empresa, identificando e solucionando situações de inconformidade.

Santos (2018) aponta que quanto maior o volume de recursos envolvidos em projetos e negócios, maior é a probabilidade de práticas de corrupção. Daí a importância de elaborar boas políticas e diretrizes empresariais e sempre prezar pelo seu cumprimento, principalmente



com relação ao tratamento de dados sensíveis, como destacado pela Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD.

A proteção dos direitos de liberdade e privacidade promovidos pela LGPD, onde a segurança sobre a coleta e tratamento dos dados dos titulares é trazida com maior transparência sobre os processos realizados, traz a exigência de uma maior ética por parte das empresas com relação aos seus processos de segurança. Consequentemente, faz-se necessária a elaboração de uma PSI, objetivando a minimização de riscos de perdas, violação e possíveis danos às informações.

Com a formulação da PSI, como exposto no decorrer deste trabalho, as empresas terão um documento próprio e elaborado para atender especificamente suas necessidades, onde estarão presentes as regras, práticas, diretrizes e procedimentos sobre como deve ser tratada a segurança da informação no ambiente corporativo.

Deste modo, promovendo a implementação de programas de *Compliance* e Governança as empresas estarão respaldadas, para que encontrem mais segurança em sua atuação no mercado, seguindo sua PSI adequadamente e, em caso de surgimento de riscos que possam trazer danos ao objetivo da organização, possam gerenciar os riscos de forma eficaz, buscando a melhor solução para eles, visto que há monitoramento constante.

Essa atuação irá proporcionar ainda a proteção à imagem da empresa, resguardando-a de exposições desnecessárias a riscos que podem ser evitados e controlados, prevenindo prejuízos dentro e fora da instituição. Conforme destacado por Santos (2018, p. 268), um dos benefícios da implementação desses sistemas é justamente o impacto positivo na imagem da empresa perante a sociedade que “advém da boa reputação frente à opinião pública e aos meios de comunicação pelo simples fato de existir um sistema formal de combate à corrupção na empresa”.

Portanto, há benefícios variados para as empresas ao estarem em conformidade com a LGPD. Estes benefícios podem ser tanto com relação ao bom funcionamento da empresa, relações interpessoais, com funcionários e clientes, como de natureza econômica, visto que a imagem da empresa em geral reflete em suas ações no mercado e perante o atual cenário de desenvolvimento financeiro.



5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dados são utilizados das mais diversas formas. Alguns dados são de carácter público, outros, contêm informações sensíveis e por esse motivo deverão ser protegidos. As empresas necessitam desses dados para exercer as suas funções. Significa dizer, que a sociedade fica vulnerável em relação às informações de carácter sensível que deverão ser protegidas e guardadas em carácter sigiloso.

A LGPD é de fundamental importância para os titulares dos dados que são tratados pelas empresas, buscando sua proteção e ainda trazendo a responsabilização dos agentes em caso de violação das normas. Não basta apenas proteger o titular dos dados, mas ainda informar como esses dados deverão ser trabalhados: desde a sua coleta, à forma de armazenamento, ao seu compartilhamento e tratamento de uma forma geral. Por fim, caso esses procedimentos não sejam verificados, a Lei aplica as consequências jurídicas.

A implementação de PSI nas empresas traz a possibilidade de realizar um melhor tratamento e gerenciamento de dados, em especial os dados sensíveis, para evitar crimes e trazer segurança digital para a pessoa natural titular dos dados.

Assim, espera-se com as informações expostas no decorrer do trabalho, fazer compreender a importância da relação entre estar em conformidade com a LGPD e a implementação da PSI e os Programas de *Compliance* e Governança, visto que eles estão intimamente ligados. O bom funcionamento de uma PSI pode ser feito através dos Programas de *Compliance* e Governança, que irão auxiliar no cumprimento das normas e regras estabelecidas na LGPD e na PSI da instituição, conforme apontado nas informações aqui apresentadas.

6. REFERÊNCIAS

ABNT. NBR ISO/IEC 27002:2005: Tecnologia da Informação – Técnicas de segurança – Código de prática para a gestão da segurança da informação. Rio de Janeiro, 2005.

BRASIL, *Lei Federal n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 7 mar 2023.



DIAS, Cláudia. *Segurança e Auditoria da Tecnologia da Informação*. Axcel Books. Rio de Janeiro, 2000.

FONTES, Edison. *Políticas e Normas para segurança da informação*. Como desenvolver, implantar e manter regulamentos para a proteção da informação nas organizações. Rio de Janeiro: Brasport, 2012.

IBGC. *Governança Corporativa*. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>. Acesso em: 3 abr 2023.

LAUREANO, Marcos Aurelio Pchek. *Gestão de Segurança da Informação*. 2005. Disponível em: www.mlaureano.org/aulas_material/gst/apostila_versao_20.pdf. Acesso em: 22 fev 2023.

LENTO, Luiz Otávio Botelho; DA SILVA FRAGA, Joni; LUNG, Lau Cheuk. A nova geração de modelos de controle de acesso em sistemas computacionais. *Sociedade Brasileira de Computação*, 2006.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018-LGPD*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SANTOS, Diogo de Almeida Viana dos. Compliance e Legislação Anti-corrupção: Uma perspectiva comparada. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, Salvador, v. 4, ed. 1, p. 260-281, 2018.

Sobre as autoras:

Liliana Bastos Pereira Santo de Azevedo Rodrigues | E-mail: lisanto@hotmail.com

Consultora e Mentora em Compliance, Presidente e Fundadora da Educompliance, Professora Universitária e Advogada (Brasil-OAB/RN 12.777 e Portugal 52.461P). Associada no escritório Melo e Araújo Sociedade de Advogados, responsável pelos serviços de assessoria, consultoria e certificação em compliance. Bolsista de Pesquisa e Inovação da FAPERN no Instituto de Gestão de Águas do Estado do Rio Grande do Norte - IGARN. Aluna especial do Doutorado em Educação na Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Profissional de Compliance, com sete certificações nacionais e internacionais: i) Certificação Internacional em Compliance e Prevenção à Lavagem de Dinheiro (Barclays Bank); ii) Certificação em Compliance Anticorrupção CPC-A (LCB e FGV); iii) Formação executiva e certificação em Compliance na Administração Pública (Cedin); iv) Formação executiva em Compliance e Governança na Administração Pública (Insper); v) Certificação em Auditor Líder e Implementador de Sistemas de Gestão Antissuborno e Compliance ISO 37001 e ISO 19600 (Tradius); vi) Atualização da certificação Auditor Líder e Implementador de Sistemas de Gestão Antissuborno e Compliance ISO 37001 e ISO 19600 (Tradius); vii) certificação em Compliance na Saúde (Hospital Israelita Albert Einstein). Fundadora da Comissão de Compliance da OAB/RN e da ABA/RN. Possui graduação e mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique (2010), títulos revalidados, no Brasil, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Frequentou o Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Avaliadora do INEP/MEC para o Ensino Superior. Investigadora do Instituto



Jurídico da Potucalense. Membro da Rede Governança Brasil (RGB). Foi Professora de Graduação em Ciências Contábeis, Administração e Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e Professora da Escola do Direito na Universidade Potiguar (UnP). Professora convidada de Pós-Graduação do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UniRN), da Universidade Potiguar (UnP) e do Centro Universitário Facex (UniFacex). Autora dos livros "Lavagem de Dinheiro e Crime Organizado" (2016), "Introdução ao Compliance (livro digital)" (2020), "Legislação Aplicada ao Compliance (livro digital)" (2020), "7 Passos para Implementar um Programa de Compliance (livro digital)" (2020) e "Compliance Bancário (livro digital)" (2020). Tem experiência na área de Compliance, Direito do Consumidor, Direito Bancário, Direito Empresarial, Direito Administrativo e Direito Penal. Atleta amadora de Jiu-Jitsu (Fx. Marron).

Calígena Batista de Paiva Silva | E-mail: caligenabpaiva@gmail.com

Aluna-pesquisadora no Grupo de Pesquisa em Compliance e Governança do Educompliance. Licenciada em Matemática (2018) pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte - IFRN campus Santa Cruz. Pós-graduada em Ens. de Ciências Naturais e Matemática (2020), pelo IFRN campus Parnamirim. Atualmente cursando Bacharelado em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN.



Formas de implementação do direito à alimentação adequada e segurança alimentar no sistema carcerário

Ways of implementing the right to adequate food and food security in the prison system

*Gilsilene Passon Picoretti Francischetto*¹

Faculdade de Direito de Vitória. Professora. Vitória (ES).. Brasil

*Gabriel Almeida Santos*²

Faculdade de Direito de Vitória. Graduando. Vitória.(ES) Brasil

RESUMO

A pesquisa debruça-se sobre as formas de implementação do direito à alimentação adequada e segurança alimentar para apenados. Para tanto, analisa-se o conceito de invisibilidade social e o processo de estigmatização que caracterizam a humilhação social sofrida pela população carcerária. Propõe-se o desenvolvimento do presente estudo por meio de uma pesquisa teórico-bibliográfica, isto é, a partir do exame dos referenciais teóricos, diante da descrição e a compreensão do fenômeno analisado, ampliando-se a perspectiva acerca do mesmo, e utilizando-se do método dedutivo para o desenvolvimento das ideias expostas. Assim, o presente trabalho busca questionar: De que formas o Estado pode efetivar o acesso à alimentação adequada e garantir a segurança alimentar dos apenados? Ao final, conclui-se que apesar de o Estado prever expressamente o direito à alimentação no plano normativo constitucional e infraconstitucional, ainda segue violando diariamente o direito dos encarcerados. Sendo assim, é imperioso que seja rompida a naturalização das condições desumanas encontradas no sistema carcerário trazendo a lume as situações enfrentadas diariamente por essa população a fim de deslegitimar o descaso estatal e trazer mais transparência ao processo de alimentação da população

ABSTRACT

The research focuses on the ways of implementing the right to adequate food and food security for inmates. To this end, the concept of social invisibility and the process of stigmatization that characterizes the social humiliation suffered by the prison population is analyzed. Thus, the present work seeks to question: In what ways can the State provide access to adequate food and ensure food security for prisoners? In this way, the development of this study is proposed by means of a theoretical-bibliographical research, that is, from the examination of the theoretical references, before the description and the understanding of the analyzed phenomenon, broadening the perspective about it, and using the deductive method for the development of the exposed ideas. At the end, it is concluded that despite the State expressly providing the right to food in the constitutional and infra-constitutional normative plan, it still continues violating the right of prisoners on a daily basis. Thus, it is imperative that the naturalization of inhumane conditions found in the prison system be broken by bringing to light the situations faced daily by this population in order to delegitimize the state neglect and bring more transparency to the process of feeding the prison population in order to reduce the negligence practiced by it.

¹ Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5515-5881>

² Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2356894051603958>



carcerária com intuito de diminuir as negligências por ele praticadas.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito Fundamental; Invisibilidade Social; Sistema Prisional; Políticas Públicas; Segurança Alimentar; Alimentação Adequada.

KEYWORDS:

Fundamental Right; Social Invisibility; Prison System; Public Policy; Food Security; Adequate Food.



1. INTRODUÇÃO

Diante de um cenário carcerário majoritariamente ocupado pela população negra, inserida num contexto histórico escravocrata, que herdou o preconceito étnico racial da estrutura colonial que se instaurou no Brasil a partir do Séc. XVI. Esses traços negativos se refletem nos dias atuais de modo a produzir o fenômeno da invisibilidade social e estigmatização sobre a população carcerária.

Além disso, o descaso estatal em relação à população carcerária é legitimado, mesmo que de forma tácita, pela sociedade. Isso ocorre pelo fato de o poder do Estado ser uma representação da vontade popular, como será demonstrado.

Com o advento do neoconstitucionalismo, a constituição passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico, dessa forma, o Direito passa a ser interpretado a partir dos Direitos Fundamentais. No direito brasileiro, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, essa, espelhada na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, trouxe um extenso rol de Direitos Fundamentais subdivididos em capítulos de Direitos individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos e relacionados à existência. Ainda trouxe a previsão de diversas garantias para as pessoas em cumprimento de pena restritiva de liberdade, entretanto, falha ao garantir esses direitos.

Para além do âmbito constitucional o Estado também trouxe previsões no âmbito infraconstitucional, com a Lei de Execuções Penais, que conta com um extenso rol de direitos e garantias destinados às pessoas em cumprimento de penas. Destaca-se a importante previsão presente no Art. 41, inc. I que discorre sobre a alimentação suficiente.

No dia 15 de setembro de 2006, foi promulgada a Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (Lei 11.346/2006), que deu início a um processo que buscou garantir maior organização e estrutura à estrutura estatal na busca da Segurança Alimentar Nacional.

Posteriormente, no ano de 2010, surge a Emenda Constitucional n. 64, que inseriu a alimentação no rol das normas constitucionais dando nova redação ao Art. 6º da Constituição Federal de 1988. No que tange à punição, é indubitável ressaltar que o fato de o Estado cercear a liberdade do indivíduo devido a uma punição diante da violação normativa, de forma alguma, poderá cercear qualquer outro Direito Fundamental previsto na Carta Magna, por mais reprovável que seja a conduta do apenado, visto que, este ainda é detentor de seus direitos.

Portanto, o preso conserva todos os seus direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral, sendo garantido pela Constituição Federal em seu Art. 5º, inc. XLIX.

Por meio de uma pesquisa teórico-bibliográfica, examinando os referenciais teóricos, propondo-se a descrição e a compreensão do fenômeno analisado, ampliando-se a perspectiva acerca do mesmo, e para isso, utilizou-se o método dedutivo que consiste na necessidade de explicação da relação entre as premissas e a conclusão (que acarretam); não sendo necessário que o princípio geral aduzido seja uma lei causal, ou seja, a explicação de por que algo deve ser como é não está limitada a esse algo ser efeito de certas causas (Marconi, 2022, p. 61).

Ante o exposto, busca-se na presente pesquisa a análise das garantias dos detentos sob a ótica dos direitos humanos, a partir do seguinte questionamento: quais as formas de implementação do direito à alimentação adequada e segurança alimentar, no sistema carcerário brasileiro?

Para tanto, inicia-se a presente pesquisa analisando no primeiro capítulo a invisibilidade social das pessoas em cumprimento de pena privativa de liberdade. Já no segundo capítulo, a pesquisa se volta para a análise dos direitos fundamentais e garantias dos presos perpassando pelas garantias constitucionais dos presos e as proteções previstas na Lei de Execuções Penais. Por fim, no terceiro capítulo, o artigo busca expor o direito fundamental à alimentação adequada e segurança alimentar dos presos, indicando as importantes mudanças de política pública ocorridas com a Lei 11.346/2006 e indicando as formas de garantir o direito fundamental à alimentação adequada e a segurança alimentar dos presos.

2. A INVISIBILIDADE SOCIAL DAS PESSOAS EM CUMPRIMENTO DE PENA

No cenário carcerário brasileiro, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública divulgados no ano de 2022, 815.165 pessoas estão inseridas no sistema carcerário e os negros representam 67,5% desse total (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022, p. 381-388). É evidente que isso decorre de uma estrutura social escravocrata que existiu por quase 400 anos, dos cerca de 520 anos desde nossa “descoberta”, o racismo e a discriminação racial produzem como efeitos concretos e dimensionáveis, entre tantos outros, a preterição do negro

no acesso a bens, serviços públicos, mercado de trabalho, renda, representação parlamentar e cargos públicos.

Essa estrutura se mantém presente até os dias atuais, gerando reflexos também no cenário carcerário, de modo que em um curto período houve um crescimento entre os anos de 2017 a 2021 de 58.279 da população prisional negra (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022, p. 388).

Entende-se por invisibilidade social o fenômeno onde indivíduos ou grupos são ignorados ou vilipendiados diante do corpo social, o que culmina na falta de reconhecimento de sua existência, necessidades e direitos. Tal invisibilidade pode decorrer de diversos fatores, neste caso em específico, como supracitado, decorre de uma estrutura social escravocrata mantida por quase 400 anos.

Em consonância com a discriminação soma-se o fato da invisibilidade social dos detentos, que, por muitas vezes, antes mesmo de ingressarem no sistema carcerário já são invisíveis perante a sociedade. Após o ingresso, a sua identidade é substituída pelo estereótipo de “bandido”, sem ao menos analisar o contexto que o levou à condição de encarcerado, excluindo toda e qualquer singularidade daquele indivíduo.

É possível levantar uma reflexão sobre a legitimação do descaso estatal para com os detentos diante da invisibilidade social na sociedade, visto que, Antônio Álvares da Silva vai dizer que “a lei não é a vontade do aplicador, mas a vontade geral manifestada pelas mãos do aplicador” (1991, p. 180), se todo poder emana do povo e o Estado espelha as suas vontades através do poder que o povo lhe atribui, o descaso do Estado com a população carcerária é nada mais do que o reflexo de uma sociedade apática quanto às condições em que vivem os integrantes do sistema carcerário.

Nessa linha de pensamento, o ingresso no sistema prisional é como uma forma de dissociar o detento do corpo social, tornando-o totalmente invisível perante a sociedade. José Moura Gonçalves Filho, ao analisar o conto de Machado de Assis, em contribuição para o Prefácio da obra “Homens Invisíveis: relatos de uma humilhação social”, de Fernando Braga da Costa, traz uma importante observação quanto ao jogo de luz realizado por Machado de Assis:

A distribuição da luz e das sombras sobre objetos, ambiente e corpos, não é coisa que deveríamos tomar meramente como coisa física, o corriqueiro espetáculo de como o sol ou a lâmpada faz figurar certos lados, deixando outros sob penumbra, arquitetando o que vai brilhar e o que ficará escuro. A iluminação é coisa também social. O que vemos e o que deixamos de ver, o regime de

nossa atenção, é decidido segundo o modo também como nos colocamos e como eventualmente nos recolocamos em companhia. [...] A escravinha obscura veio para a clareira, apareceu, riu, tossiu, suplicou. Quando devolvida à escuridão dos escravos, que leitor tão tapado poderá esquecê-la e não enxergá-la mais? (Costa, 2004, p. 18-19).

Assim como Machado de Assis trouxe luz à Lucrecia no “conto da vara”, de certo modo, através deste artigo será trazida luz à realidade dos apenados em cumprimento de penas restritivas de liberdade, para que não possamos esquecer e para não deixarmos de enxergar as condições em que se encontram inseridos.

2.1 AS CARACTERÍSTICAS DA INVISIBILIDADE SOCIAL

É importante destacar que o processo de invisibilidade social da população negra tem uma história marcada pela dissolução das identidades desses grupos, sendo que no Brasil esse processo se inicia no período colonial (Séc. XVI a XVIII), quando africanos e povos nativos foram escravizados. Desde então, essa invisibilidade foi agravada e tem sido perpetuada ao longo da história, tornando esses grupos, em especial a população marginalizada, "invisíveis" para a sociedade em geral. Para Fernando Braga da Costa, a invisibilidade pública é decorrente do desaparecimento intersubjetivo de um homem no meio de outros homens, expressão pontiaguda de dois fenômenos psicossociais que assumem caráter crônico nas sociedades capitalistas: humilhação social e reificação (2004, p. 63). O processo histórico que culminou nessa invisibilidade tem consequências graves para a vida desses grupos, afetando sua saúde mental e física, além de limitar sua participação plena e igualitária na sociedade.

A humilhação social é um fenômeno histórico, construído e reconstruído ao longo do tempo, e determinante principalmente do cotidiano dos indivíduos pertencentes às classes pobres. Trata-se de uma expressão da desigualdade política, que indica a exclusão de uma classe inteira de homens do âmbito público, essa exclusão política é capaz de fabricar sintomas, que infestam o afeto, o raciocínio, a ação e o corpo do homem humilhado (Costa, 2004, p. 63). Tendo caráter extremamente prejudicial, de modo que, ao mesmo tempo em que molda a subjetividade dos indivíduos pobres, caracterizando-os, muitas vezes, como seres que não podem criar, mas que devem repetir, esvazia-os das condições que lhes possibilitariam transcender uma compreensão imediata e estática da realidade (Costa, 2004, p. 63).

Já a reificação diz respeito à transformação de uma ideia abstrata em algo concreto, material ou tangível. Portanto, atribuir valor ou significado a algo que antes era apenas uma ideia ou conceito. Entretanto, quando utilizada para transformar pessoas ou grupos em objetos ou coisas, fulminando toda e qualquer subjetividade do ser, acarreta inúmeras consequências, levando à desumanização de grupos, exploração e opressão de indivíduos ou grupos inteiros, como acontece com a população carcerária.

Fernando Braga da Costa faz uma análise da reificação por meio da ótica mercantil na qual as sociedades modernas fundaram seus alicerces, em que os mecanismos mercantis se tornaram, entre as sociedades, destacados e homogêneos. De modo que:

Destacados: emanciparam-se de todas as esferas da vida social, concretas e qualitativas – a esfera política, a esfera cultural, as esferas estética, ética e religiosa. Hegemônicos: isolados, passaram a regular extrinsecamente todas essas esferas. Desse modo, a reificação configura-se como processo pelo qual, nas sociedades industriais, o valor (do que quer que seja: pessoas, relações inter-humanas, objetos, instituições) vem apresentar-se à consciência dos homens como valor sobretudo econômico, valor de troca: tudo passa a contar, primariamente, como mercadoria. (Costa, 2004, p. 63-64)

Nesse sentido, o homem reificado, ou melhor, o homem encarcerado que passou por este processo, não aparece por suas qualidades, subjetividades, identidade própria. Assim como o trabalhador reificado proposto pela pesquisa de Fernando Braga da Costa, o encarcerado fica apagado e é mantido à sombra, ficando, a todo o tempo, prejudicada a consciência de que a relação entre mercadorias (entre encarcerados, ou até mesmo sujeitos que já cumpriram as suas penas e sociedade) é, liminarmente, uma relação fundada entre seres humanos, entretanto, essa consciência é totalmente fulminada através do estigma carregado por quem passa pelo sistema prisional como encarcerado.

Além disso, é importante ressaltar que se trata também de um processo de violência, visto que a violência sempre anula o outro, transforma o homem em coisa, em objeto (Carvalho, 2014, p. 68). Muller vai dizer que, sob a ótica do reconhecimento intersubjetivo, o ato de violentar é o ato de fazer sofrer, e este sofrimento pode ser mais temível que a própria morte (1995, p. 31).

A violência atinge sempre o rosto que deforma pelo efeito do sofrimento; toda violência é uma desfiguração (Carvalho, 2014, p. 69). Assim, como discorrido anteriormente sobre a perda de identidade do indivíduo reificado, Saavedra indica que a reificação promovida pela

violência pode ser compreendida como uma forma perversa e perniciosa do esquecimento do reconhecimento (2009, p. 16).

Priscila Tinelli Pinheiro vai dizer que a expressão “invisibilidade pública” nos remete a uma ideia de “cegueira social”, a qual envolve toda a sociedade frente a um contexto de exclusão e desigualdade social típico das camadas mais pobres (2015, p. 40). Diante dessa afirmação, e ao analisar o contexto social e histórico brasileiro, é possível dizer que, além de enraizado, o processo de invisibilidade social foi naturalizado, de forma que determinadas situações se tornam comuns a essa parcela da sociedade.

2.2 O ESTIGMA SOCIAL EM FACE DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2016), 57% da população brasileira aprovou a frase “bandido bom é bandido morto”, segundo pesquisa do Datafolha que foi apresentada no anuário. Diante desses dados, levanta-se uma reflexão, a qual “bandido” a sociedade se refere ao concordar com essa frase? A todo e qualquer infrator do código penal ou se refere apenas ao preto e pobre?

Essa parcela da sociedade constitui-se como a população majoritária no sistema carcerário, e carrega consigo o estigma decorrente do processo de reificação. Erving Goffman estabelece que o termo “estigma” foi criado pelos gregos para se referirem a sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre o status moral de quem o apresentava, sinais estes que eram feitos com cortes ou fogo no corpo, e indicavam que o portador dessas marcas era um escravo, um criminoso ou traidor, dessa forma, uma pessoa que era ritualmente marcada passava a ser estigmatizada como poluída e que devia ser evitada, principalmente em lugares públicos (1891, p. 5).

Apesar de hodiernamente esses sinais não serem realizados fisicamente, o ex-detento carrega consigo através de sua ficha criminal o registro de que integrou o sistema carcerário.

Acerca da reflexão que foi levantada, Erving Goffman descreve o momento de contato entre sociedade e indivíduo estigmatizado:

Enquanto o estranho está à nossa frente, podem surgir evidências de que ele tem um atributo que o torna diferente de outros que se encontram numa categoria em que pudesse ser - incluído, sendo, até, de uma espécie menos desejável - num caso extremo, uma pessoa completamente má, perigosa ou fraca. Assim, deixamos de considerá-lo criatura comum e total, reduzindo-o a uma

pessoa estragada e diminuída. Tal característica é um estigma, especialmente quando o seu efeito de descrédito é muito grande - algumas vezes ele também é considerado um defeito, uma fraqueza, uma desvantagem - e constitui uma discrepância específica entre a identidade social virtual e a identidade social real. (1891, p. 6)

Nesse sentido, Sell vai dizer que o crime não emerge naturalmente a partir de uma conduta proibida praticada por um agente imputável (que se trataria do modelo dogmático), tão pouco resulta de uma conduta diretamente proibida praticada por um ser antissocial, mas sim que se trata do resultado e uma interpretação sobre que aquela conduta, realizada por aquele determinado indivíduo estigmatizado, que merece ser classificada como crime. Tal afirmação se justifica mediante os números em que mostram que diante do Sistema Penitenciário Brasileiro conforme supracitado.

Priscila Tinelli Pinheiro observa que os estigmatizados, em decorrência do seu traço diferencial são excluídos da sociedade civil, seja de forma física – por meio da proibição de ingresso a determinados locais – ou mesmo de maneira simbólica – quando são impedidos de ter acesso a determinados bens, direitos e garantias que somente pertencem ao grupo dos “normais”, os quais se encontram intimamente integrados à sociedade (2015, p. 24). No caso dos encarcerados, são excluídos tanto de forma física ao ingressarem no sistema prisional, quanto de forma simbólica, ao deixarem o sistema prisional, momento em que passam a carregar consigo o estigma perante a sociedade.

Afetados pela exclusão social e, portanto, dissociados da sociedade, passam a ser considerados subalternos em relação aos “normais”, indicando clara falha estatal, isso porque, o que deveria ser um processo de ressocialização – apenas reforça o processo de estigmatização desses indivíduos, pelo fato de que,

[...] na medida em que a democracia não consegue cumprir suas promessas através de políticas sociais gerais, termina por acirrar desigualdades e exclusões, abrindo o caminho para que os grupos que detêm o poder econômico (ou de outra espécie) se sobreponham aos demais. Daí nos deparamos com sociedades que são politicamente democráticas e socialmente fascistas (Francischetto, 2007, p. 9)

Ademais, vale ressaltar que o estigma perpassa a condição de encarcerado, estendendo-se também para o momento posterior ao cumprimento de pena, para isso Cifali e Azevedo indicam que, depois de cumprir uma pena, dificilmente a pessoa poderá livrar-se dos estigmas projetados pela sociedade sobre um ex-recluso, encontrando ainda mais obstáculos para conseguir um emprego e chances de desenvolver seu potencial, para além de todos os tormentos psicológicos impostos pelo confinamento (2016, p. 50). Além disso, apesar da Carta Magna

prever em seu diploma que a pena não passará da pessoa do condenado conforme o Art. 5º, XLV, a realidade é totalmente diferente, ao observar que os familiares dos detentos também são atingidos pelos efeitos negativos da pena, vivenciando humilhações e situações vexatórias ao passarem pelas revistas dos presídios.

É importante levantar neste ponto que os direitos e garantias fundamentais dos presos são asseguradas pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação infraconstitucional. Apesar disso, no plano material, o que se observa é a não correspondência prevista no plano formal, de modo que o tratamento dado aos presos muitas vezes viola os seus direitos fundamentais, por meio de práticas de tortura e tratamento cruel, desumano e degradante. Nesse contexto, ressalta-se que a punição imposta aos presos deve ter como objetivo a ressocialização, ou seja, prepará-los para o retorno à sociedade. No entanto, a estigmatização dos ex-reclusos e a falta de oportunidades após o cumprimento da pena, dificultam a reinserção na sociedade, acarretando a perpetuação do ciclo de violência e marginalização destes indivíduos.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS DOS PRESOS

Apesar dos termos “direitos humanos”, “direitos fundamentais” e “garantias fundamentais” serem frequentemente utilizados de forma intercambiável, é necessário distingui-los conceitualmente.

Primeiramente é importante destacar que os direitos humanos são direitos considerados inerentes a todos os seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, raça, gênero, religião ou qualquer outra distinção. São considerados universais, indivisíveis e interdependentes, e tiveram os seus princípios consagrados em instrumentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Já os Direitos Fundamentais referem-se aos direitos reconhecidos pela Constituição de um país e são pilares dentro do contexto jurídico estatal, essenciais para a liberdade e o desenvolvimento da população submetida a essa Constituição. As garantias fundamentais são responsáveis por assegurar o respeito e a proteção a esses direitos fundamentais através de mecanismos legais e institucionais.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram estabelecidas várias disposições que se alinham com os princípios consagrados na Declaração Universal dos

Direitos Humanos. No entanto, para alcançar essas conquistas, a humanidade atravessou períodos nebulosos.

Foucault (2014, p. 36-37) discorre sobre o “suplício”, que era uma técnica capaz de causar uma dor inexprimível, indescritível, inefável, pior que a morte. O limiar de determinação do sofrimento era de acordo com a gravidade do delito, devendo ser marcante, algo que o supliciado, caso sobrevivesse, nunca mais se esqueça tais como: a perda de um membro ou uma cicatriz profunda. Ademais, tal prática também servia como forma de impressionar aqueles que viam, devendo lembrá-los para sempre o que os esperaria caso fossem condenados também.

Com o avanço da concepção da dignidade da pessoa humana como valor supremo que abrange todos os direitos fundamentais do homem exige-se uma densificação valorativa em seu sentido normativo-constitucional. Não se pode reduzir a dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais ou usá-la seletivamente para teorias individuais, ignorando sua importância na garantia das bases da existência humana (Silva, 2013 p. 107).

A partir do século XX, onde as constituições passam a ter força normativa e rigidez, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político (Silva, 2013, p. 47). Isso significa que a constituição passa a se colocar no vértice do sistema jurídico do país, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, portanto, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos, bem como as normas fundamentais. E só nisso é notável sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.

Nesse contexto, em que a Constituição é vista como a lei Suprema do Estado, a transgressão de algum artigo do Código Penal resulta no devido processo legal, conforme estabelecido na norma fundamental do Art. 5º, inciso LIV. Esse inciso indica que ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem passar pelo devido processo legal. Após a condenação do indivíduo, o Estado restringe apenas sua liberdade, conforme previsto no Art. 5º, inc. XLVI, "a", e essa pena deve ser regulada por lei, não podendo ser cruel, como expressamente disposto no inciso seguinte. A afirmação dos direitos fundamentais no Direito Constitucional positivo é de importância transcendental. No entanto, não é suficiente que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garantir sua proteção, uma vez que haverá ocasiões em que ele será discutido e violado (Hauriou, 1927, p. 120).

Diante do exposto, é imperioso ressaltar que frente aos direitos fundamentais conquistados ao longo da humanidade é impensável qualquer tipo de cenário cruel que contenha violações repugnantes que se equiparem, ainda que minimamente, ao suplício supracitado. Dessa forma, além das previsões constitucionais, se faz necessário que o Estado efetive de fato os direitos previstos na Carta Magna, atuando veementemente na repressão de todo e qualquer ato de punição que extravase as condutas permitidas em lei.

Ainda assim, o cenário carcerário brasileiro há anos lida com violações diárias de direitos dos presos. Um grande exemplo dessas violações foi o marcante caso ocorrido no estado do Espírito Santo que ficou conhecido como “as masmorras de Hartung”. Desde o início do mandato do ex-governador Paulo Hartung (2003-2010) o sistema prisional capixaba vinha sofrendo um grande inchaço, e a medida tomada pelo governo estadual foi a instalação de “celas metálicas”, que se tratava de contêineres adaptados como carceragem (Ribeiro Júnior, 2012, p. 41).

Em inspeção realizada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, constatou-se um cenário com inúmeras violações aos direitos e garantias fundamentais dos presos:

[...] Também encontramos vários presos denunciando torturas. [...] No dia seguinte, conversando com advogados na sede da OAB/ES, verificamos que as denúncias de tortura eram recorrentes. Sob as celas encontramos um rio de esgoto (a manilha estava quebrada há semanas). Na água preta e fétida encontravam-se insetos, larvas, roedores, garrafas de refrigerantes, restos de marmitas, restos de comida, sujeira de todos os tipos. A profundidade daquele rio de fezes e dejetos chegava a quarenta centímetros, aproximadamente. O cheiro era de causar náuseas. Todos nós chegamos à conclusão que nunca havíamos visto tão alto grau de degradação. Poucas vezes na história, seres humanos foram submetidos a tanto desrespeito. (Ribeiro Júnior, 2012, p. 43-44)

Diante da análise realizada, fica evidente que, embora a Constituição ocupe o mais alto nível hierárquico normativo no Estado, ainda assim não é capaz de alterar a estrutura histórica construída com base na desigualdade racial. Essa estrutura persiste e é reforçada de forma a normalizar situações que, na realidade, são características de uma sociedade fundamentada na exclusão, perpetuando assim essa estrutura.

3.1 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DAS PESSOAS EM CUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE

Apesar de o Estado ter a função de principal garantidor desses direitos, paradoxalmente, ele acaba se tornando o maior opressor do detento e, muitas vezes, legitimado tacitamente pela sociedade em geral. Diante desse cenário, é imprescindível adotar uma postura contrária aos processos de humilhação e estigmatização e reconhecer os detentos como sujeitos que possuem direitos e garantias constitucionais.

Ademais, um dos pressupostos da legitimidade do processo penal encontra-se na sua capacidade de impor limites ao poder de punir do Estado, papel a ser desempenhado pelas garantias constitucionais inerentes à forma processual, admitida a premissa de que “no processo penal, a forma é garantida” (Lopes Júnior, 2016, p. 14).

O uso do caráter punitivo do Direito Penal por parte do Estado, principalmente em relação aos detentos, demonstra incoerência com seus limites de atuação, que são vinculados à Constituição Federal, como dispõe o Art. 38 da CRFB/88 prevendo que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. Soma-se ao fato, como ficou demonstrado, que o Estado emprega este instituto para o encarceramento de determinadas pessoas, e não de fatos, em total discrepância com os princípios postulados que regem o Processo Penal.

Boldt diz que, aparentemente, o sistema de justiça criminal brasileiro ainda não foi iluminado pelo projeto emancipatório esclarecido e os princípios que inspiravam a política criminal liberal (como, por exemplo, humanidade e legalidade) continuam obscurecidos pela concepção patológica do crime oriunda da escola positiva (2022, p. 98). Isso se confirma e torna um tanto quanto complexo acreditar que há de fato o respeito às garantias fundamentais para os presos, quando no estado de São Paulo 85% das unidades prisionais praticam o racionamento de água devido a superlotação carcerária (Câmara dos Deputados, 2021). Essa possibilidade se torna ainda mais obscura ao se deparar com dados que indicam superlotação em 95% das unidades prisionais carcerárias (Câmara dos Deputados, 2021). Essas indagações são poucos exemplos do que é hodierno em todo o país, e é mantido à sombra e às margens da sociedade.

Vale ressaltar que o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no entanto, parece desconsiderar o disposto em seu Art. 5º, que prevê que ninguém será

submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. A Comissão de Direitos Humanos da Câmara, no ano de 2021 se reuniu em audiência pública, onde o Advogado Everaldo Patriota que é integrante do conselho, explicitou a situação de crise enfrentada pelo Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, relatando que o Brasil é signatário do protocolo facultativo (Protocolo Opcional para a Convenção contra a Tortura), então, tem que seguir o protocolo. Há questões de superlotação, insalubridade, promiscuidade e tortura. Não é uma tortura de pau de arara, mas a rotina prisional brasileira hoje é uma tortura.

Assim como disposto na DUDH, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso III prevê que: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, entretanto, tais declarações escancaram uma realidade totalmente oposta às garantias previstas na constituição. Ademais, a previsão de respeito à integridade física e moral se faz presente não só no âmbito infraconstitucional, mas também se encontra positivada na Constituição no inciso XLIX do art. 5º.

André Callegari e Nereu Giacomolli discorrem ainda nesse sentido que: “A supressão e a relativização das garantias constitucionais despersonalizam o ser humano, fomentando a metodologia do terror, repressiva de idéias, de certo grupo de autores, e não de fatos.” (2005, p. 18). Diante dessa afirmativa é indubitável que o estado esteja alinhado aos limites previstos na Constituição Federal, haja vista que a pena, além do caráter punitivo, tem como objetivo a ressocialização e posteriormente a reinserção do indivíduo na sociedade.

Ademais, vale ressaltar a Constituição Federal em seu Art. 1º:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III – a dignidade da pessoa humana (Brasil, 1988).

Não há lógica em acreditar que o encarceramento degradante e produtor de estigmas será capaz de ressocializar o ser após submetê-lo a tratamentos desumanos, esse raciocínio contrário à reintegração eficiente gera maior probabilidade de que o indivíduo volte a delinquir ao adquirir a liberdade.

3.2 AS PROTEÇÕES PREVISTAS NA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

No ano de 1980 foi instalado o Conselho Nacional de Política Penitenciária (CNPP) e a partir de sua criação iniciou-se o movimento que instruiria a reforma no âmbito de atuação penal, visto que ainda não existia previsão normativa acerca da execução das penas. No ano de 1984, com a Lei n. 7.210, surge a Lei de Execuções Penais, colocando fim à lacuna legislativa até então existente.

Como dito antes, conforme previsão constitucional, a individualização da pena será prevista em lei, devendo seguir uma série de requisitos e parte dessas previsões estão expressas na Lei 7.210 de 1984 (Lei de Execução Penal). Seu Art. 1º traz como objetivo a efetivação das disposições da sentença ou da decisão criminal bem como proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado. Devendo respeitá-la, tanto para condenados quanto para presos provisórios, mantendo-se - todos os direitos - não atingidos pela sentença ou pela lei.

A LEP também traz como previsão em seu Art. 40 a imposição de que todas as autoridades respeitem tanto a integridade física quanto moral, não podendo ser admitida qualquer tipo de coação moral ou psicológica, tampouco coações físicas de qualquer tipo, sejam agressões mais gravosas, tapas ou qualquer tipo de ação que seja capaz de violar a integridade do preso.

Em hipótese alguma as autoridades que estejam no exercício de sua função devem usar de violência sem que haja um motivo justificável para determinada ação e ocorrendo a transgressão injustificada poderão ser penalizadas por abuso de autoridade que, de acordo com a Lei 13.869/2019, os crimes previstos em seu diploma se trata de crimes cuja ação pública é incondicionada, ou seja, independe da vítima prestar queixa. Um ponto positivo, pois, dessa forma o Ministério Público pode agir independente de queixa prestada pela vítima, superando a possibilidade de as vítimas serem silenciadas através de coação por medo de retaliação caso a ação fosse condicionada.

Em sequência, nos incisos presentes no Art. 41 do referido diploma é elencada uma série de direitos dos presos:

I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII -

assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

O referido artigo conta com grande riqueza legislativa com previsões de extrema relevância para os detentos e para a sociedade como um todo, em destaque o inciso II, visto que o trabalho, além de proporcionar ocupação aos detentos, possibilita a aquisição de habilidades profissionais e a remuneração mediante o trabalho realizado, contribui para a autoestima dos detentos, haja vista que contribui para a capacidade de arcar com as despesas pessoais. Para além do referido artigo Cezar Roberto Bitencourt destaca outras previsões contidas na LEP acerca do trabalho dos presos:

O trabalho prisional é a melhor forma de ocupar o tempo ocioso do condenado e diminuir os efeitos criminosos da prisão e, a despeito de ser obrigatório, hoje é um direito-dever do apenado e será sempre remunerado (art. 29 da LEP). A jornada normal de trabalho não pode ser inferior a 6 nem superior a 8 horas diárias, com repouso aos domingos e feriados (art. 33 da LEP). Não poderá ter remuneração inferior a três quartos do salário mínimo e estão assegurados ao detento as garantias e todos os benefícios da previdência social, inclusive a aposentadoria, apesar de não ser regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho (art. 28, § 2º, da LEP). (2022, p. 674)

Ademais, o pecúlio previsto no inciso IV proporciona uma espécie de poupança durante o cumprimento da pena que o detento terá acesso ao término da execução penal, dessa forma, ao deixar o sistema prisional, terá suporte financeiro para recomeçar a vida.

Há também a previsão de assistência à saúde do preso de caráter preventivo e curativo que compreende atendimento médico, farmacêutico e odontológico conforme prevê o Art. 14 da LEP. Devendo haver em todos os estabelecimentos prisionais serviço médico eficiente e adequado às necessidades cotidianas da população carcerária, caso não seja possível, há a possibilidade de encaminhar o preso a outro local, desde que haja autorização de autoridade judiciária ou da direção do próprio presídio.

Além da assistência à saúde, resalto a importância da previsão da assistência material ao preso, que se trata da assistência responsável por elementos necessários para a sobrevivência do preso. No que tange à assistência material, discorre de maneira aprofundada sobre a alimentação prevista no Art. 12 da LEP pelo fato de ser basilar da vida humana.

Ademais, a Lei de Execuções Penais versa que todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei são assegurados, sendo vedada toda e qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

De fato, no campo formal são vastas as previsões para os indivíduos em cumprimento de pena, entretanto, o Estado descumpre inúmeras previsões como ficou demonstrado, de modo a retroalimentar uma estrutura que gera ainda mais violência e nada contribui com os índices de criminalidade.

Os danos resultantes à sociedade como um todo são apenas reflexo de um mal que o próprio Estado produziu no momento em que viola a Dignidade Humana dos presos, retirando a personalidade dessa população, permitindo a ocorrência de casos de torturas físicas e psicológicas, submetendo-os a condições insalubres e fornecendo alimentação de péssima qualidade.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E SEGURANÇA ALIMENTAR DOS PRESOS

O direito fundamental à alimentação adquire materialidade historicamente após a Segunda Guerra Mundial (Século XX), diante do quadro de fome e subnutrição atingiu grande parte do mundo. No ano de 1948 surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos que traz expressamente em seu art. 25 que “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação [...]” (DUDH, 1948).

A dignidade da pessoa humana é um princípio jurídico fundamental positivado na Constituição Federal de 1988 em seu Art. 1º, inc. III. O direito fundamental à saúde, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, compreende diversos aspectos relacionados ao bem-estar físico, mental e social. Segundo a Organização Mundial de Saúde, o conceito de saúde não se consiste apenas na ausência de enfermidade, se trata de um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e desfrutar do melhor estado de saúde constitui um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, credo político, de condição econômica e social (OMS, 1946).

Extraí-se, portanto, que a alimentação é um corolário da dignidade da pessoa humana indispensável para as condições mínimas de existência e sobrevivência. Ainda que a Declaração Universal dos Direitos Humanos trouxesse expressa previsão acerca da importância da alimentação como direito inerente à vida da pessoa humana, no Brasil tal direito apenas adquire status de direito fundamental no ano de 2010 com a Emenda Constitucional n. 64.

É imperioso destacar a ação tardia do legislador em inserir a alimentação ao rol das normas constitucionais dando nova redação ao Art. 6º da Constituição Federal de 1988, lendo-se: “São direitos sociais a educação, a saúde, a **alimentação**, [...]” (Brasil, 1988, grifo nosso). Haja vista que o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos desde 1948, e foi um dos 48 países que votaram a favor durante a Assembleia Geral das Nações Unidas, entretanto, apenas 62 anos após a DUDH o país torna a alimentação um direito fundamental.

Da escrita de Sarlet emerge, de maneira clara a importância da alimentação como direito fundamental:

[...] No tocante à perspectiva da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais, não restam dúvidas a respeito da impossibilidade de o indivíduo desfrutar dos seus direitos fundamentais (civis, políticos, sociais e culturais) sem o acesso à alimentação adequada na sua jornada de vida cotidiana. [...] Por tal razão, o acesso à alimentação adequada – como direito do indivíduo e da coletividade e dever do Estado – conforma, de modo bastante expressivo, a ideia em torno da interdependência e indivisibilidade dos direitos fundamentais – e humanos –, sendo pré-requisito para o desfrute de uma vida digna e saudável. (2022, p. 305)

Conforme é mencionado neste artigo, a condição de encarcerado não diminui a dignidade do indivíduo nem impede o seu direito de usufruir de outros direitos que não sejam afetados pela sentença penal condenatória. Mesmo com a restrição de liberdade imposta pelo Estado, ele mantém todos os outros direitos intactos.

Dito isso, ressalva-se que o direito à alimentação não diz respeito apenas ao ato de alimentar-se, tal direito abrange também o consumo de alimentos em quantidade e qualidade nutricional adequadas, de modo que supra as necessidades fisiológicas do ser humano.

Nesse sentido, foi esboçado o que inicialmente adotou-se pelo Brasil como conceito de segurança alimentar através da sua participação na Cúpula Mundial de Alimentação adequada, sendo afirmado que:

Existe segurança alimentar quando as pessoas têm, a todo momento, acesso físico e económico a alimentos seguros, nutritivos e suficientes para satisfazer as suas necessidades dietéticas e preferências alimentares, a fim de levarem uma vida activa e sã. (World Food Summit, 1996)

Tal afirmativa ratificou a busca pela segurança alimentar que o Brasil havia iniciado no ano de 1993 com a criação do Conselho Nacional de Segurança Alimentar (CONSEA) por meio do decreto n. 807/93, extinto em 1995. Embora extinto no ano de 1995, o Conselho foi reimplantado no ano de 2003 aliado à estratégia governamental Fome Zero.

A estratégia adotada pelo programa Fome Zero consistia em quatro eixos: acesso aos alimentos; fortalecimento da agricultura familiar; geração de renda; articulação mobilização e controle social para que – todos os brasileiros – pudessem se alimentar com dignidade (Aranha, 2010, p. 11). É importante dar ênfase que essas políticas, previsões constitucionais e infraconstitucionais são destinadas a todo e qualquer cidadão brasileiro, deixando claro com intuito de desconstruir o estigma de que a população carcerária seja dissociada da sociedade.

Essas iniciativas surgem em um contexto de combate à desigualdade e à pobreza a fim de alcançar a segurança alimentar. Esse cenário foi relatado por Ricardo Henriques em pesquisa desenvolvida para o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), na qual constatou-se que os negros representavam 70% dos 10% mais pobres da população (2001, p. 17).

Com base no exposto, fica evidente que todas as iniciativas realizadas antes da inclusão da alimentação no texto constitucional são de suma importância, destacando-se a criação da Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional nº 11.346 de 2006 (LOSAN), que foi determinante para a inclusão da alimentação no texto constitucional e por gerar uma nova postura do Estado na busca da segurança alimentar.

4.1 AS MUDANÇAS OCORRIDAS COM A LEI 11.346/2006

Fruto de uma série de desdobramentos governamentais a fim de garantir a segurança alimentar a todos os brasileiros, no dia 15 de setembro de 2006, foi promulgada a Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional – LOSAN. A partir dela o governo intensificou ainda mais as ações e estratégias iniciadas na década de 90 com destaque à criação do Consea (Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional) e a realização da I Conferência Nacional de Segurança Alimentar.

É importante dizer que a LOSAN iniciou um processo que buscou garantir maior organização e estrutura à crescente iniciativa de segurança alimentar promovida pelo Estado,

estabelecendo deveres de respeito, proteção, promoção, provimento e fiscalização da alimentação adequada. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet destaca que:

Tal dispositivo, em sintonia com o regime jurídico-constitucional dispensado aos direitos fundamentais em geral, mais especialmente na perspectiva dos direitos sociais, aponta para o imperativo estatal de promover *políticas públicas* suficientes em matéria alimentar, de modo a assegurar o desfrute do direito em questão, erradicando a fome e garantindo o acesso de todos a alimentos adequados ao seu desenvolvimento saudável e bem-estar. (2022, p. 306)

Destaca-se também a previsão no texto legal de participação da sociedade civil na formulação e implementação das políticas, planos, programas e ações com intuito de assegurar o direito humano à alimentação adequada conforme Art. 1º da LOSAN. Ademais, trata-se de uma abordagem multissetorial que deverá levar em conta as dimensões ambientais, culturais, econômicas, regionais e sociais.

Nesse sentido, Ney Rodrigo Lima Ribeiro afirma que:

que o direito humano à alimentação adequada não consiste simplesmente em um direito a uma ração mínima de calorias, proteínas e outros elementos nutritivos concretos, mas se trata de um direito inclusivo, porquanto deve conter todos os elementos nutritivos que uma pessoa reclama para viver uma vida saudável e ativa, tal como os meios para ter acesso. (2013, p. 38)

A abrangência da LOSAN em relação à segurança alimentar e nutricional perpassa por diversos setores e fatores bem como: o setor de produção principalmente com foco na agricultura tradicional e familiar, o processamento dos alimentos, a industrialização e comercialização, a inclusão efetiva dos acordos internacionais, a geração de emprego e a redistribuição de renda.

Ademais, prevê a necessidade da promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade social. Neste ponto, faz-se necessário trazer luz à população carcerária que também deve ser beneficiada por essas medidas, haja vista que, o encarceramento atinge majoritariamente jovens de até 29 anos de idade (55%), negros (64%), com baixo grau de escolaridade, uma vez que 75% sequer acessaram o ensino médio (INFOPEN, 2017).

Observa-se que a LOSAN traz importantes mudanças na forma em que o Estado se relaciona com as questões ligadas à segurança alimentar, visto que, como citado neste artigo, o legislador por um longo lapso temporal não abordou essa questão em seu texto legal, e neste

momento passa a realizar uma série de inovações e ações que visam à garantia e efetivação do direito fundamental à alimentação.

Ainda trouxe como previsão em seu texto a criação do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, que se trata de um sistema extremamente completo tanto no plano formal quanto no material. De forma que, através dele serão apontadas as diretrizes para a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional através das Conferências Nacionais de Segurança Alimentar e Nutricional a cada quatro anos.

Ademais, a PNSAN deverá ser monitorada pela Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional – CAISAN que se trata de um colegiado de natureza consultiva encarregado pela coordenação da execução da Política e do Plano de Segurança Alimentar Nacional.

Além da atuação no âmbito Federal, o SISAN possibilita que Estados, Distrito Federal e Municípios possam aderir através de termo de adesão, desde que respeitem os princípios e diretrizes do Sistema estabelecidos na LOSAN. A formalização da adesão deverá ser efetuada através da Secretaria Executiva da Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional.

A implementação do SISAN também promove a articulação entre diferentes atores, como instituições de ensino e pesquisa, organizações da sociedade civil e setor privado. Essa parceria é essencial para o desenvolvimento de estudos e pesquisas que contribuam para a construção de políticas mais efetivas de segurança alimentar e nutricional. Além disso, a troca de conhecimentos e experiências entre esses atores fortalece a capacidade de planejamento e aprimoramento das ações voltadas para a alimentação adequada.

Outro ponto relevante é a articulação do SISAN com outros sistemas e políticas públicas, como o Sistema Único de Saúde - SUS e o Programa Nacional de Alimentação Escolar -PNAE. Essa integração entre diferentes políticas contribui para a promoção de ações conjuntas, potencializando os resultados e fortalecendo a efetividade das políticas voltadas para a segurança alimentar e nutricional.

Em suma, o SISAN é uma ferramenta abrangente e estratégica para enfrentar os desafios da segurança alimentar e nutricional no Brasil, pois além de estabelecer diretrizes e promover a participação da sociedade, o sistema valoriza a produção regional, fortalece a educação

alimentar e nutricional, e articula diferentes políticas e atores em prol de uma alimentação adequada e saudável para todos os brasileiros.

Nesse sentido, Maryelle de Abreu Lacerda e Alcemi Almeida de Barros indicam que devido à participação progressiva da sociedade civil nos processos de planejamento, execução e avaliação das políticas de SAN, cada vez mais o Estado tem rompido o ciclo intergeracional da miséria, ponderando gradativamente os índices de pobreza e de extrema pobreza constatados nos últimos anos (2016, p. 14-15).

Apesar desses avanços Henrique Salles Pinto destaca que:

ainda existem famílias brasileiras em situação de insegurança alimentar e nutricional atualmente. Ademais, constatam-se transformações demográficas, econômicas e institucionais que podem representar desafios para a gestão das políticas de SAN ao longo dos próximos anos, motivo por que será necessário adaptar o Estado logístico nacional a essas transformações. (2014, p. 39)

Diante da afirmativa é imperioso que as medidas em prol de alcançar a alimentação adequada no Brasil se intensifiquem cada vez mais, visto que, ainda que o Estado tenha lidado com as questões relacionadas à segurança alimentar de forma morosa, é inegável que tem surtido efeitos positivos no plano material, mas que ainda há muito esforço a ser empenhado.

4.2 AS FORMAS DE GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E A SEGURANÇA ALIMENTAR DOS PRESOS

É importante ressaltar que garantir o direito fundamental à alimentação adequada e a segurança alimentar dos presos representa um desafio significativo. Como já evidenciado, o estigma associado a essa parcela da sociedade dificulta ainda mais a implementação de ações que visem assegurar seus direitos. De fato, a legitimidade implícita da sociedade em relação às violações contra os presos, conforme abordado anteriormente, contribui para essa complexidade.

Entretanto, desvencilhando de qualquer estigma e usando critérios racionais e humanísticos é possível discorrer sobre medidas que possam contribuir para o alcance da efetivação desses objetivos. Nesse sentido, Carlos Eduardo Ribeiro Lemos indica que:

seria mais econômico para o Estado se investisse na saúde, dignidade de tratamento e alimentação dos presos, pois o gasto em depredações oriundas de rebeliões são astronômicos. Um investimento em qualificação de pessoal e profissionalização da gestão penitenciária seria mais barato, mais humano, mais inteligente e mais eficaz para o preso e para toda a sociedade,

que paga caro e não vê o retorno do sistema prisional, que só recrudescer e potencializa tudo de ruim que cada cidadão encarcerado tem dentro de si. (2006, p. 66)

Uma das medidas a serem realizadas é a elaboração de diretrizes específicas de modo a desenvolver normas para os presos levando em consideração suas necessidades nutricionais, condições de saúde e particularidades. Ademais, é importante que haja a garantia de um planejamento alimentar adequado, considerando a quantidade e qualidade dos alimentos fornecidos, sendo essencial estabelecer mecanismos eficientes de supervisão e controle para verificar a qualidade e a adequação da alimentação nas unidades prisionais.

Apesar de existirem nutricionistas e outros profissionais da saúde capacitados nas equipes multidisciplinares das unidades prisionais e a presença desses profissionais ser de suma importância para o monitoramento da qualidade dos alimentos, para o fornecimento de orientações nutricionais aos presos e promoverem a educação alimentar no ambiente carcerário. Ainda assim, não é suficiente para evitar episódios como os citados através do relatório do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no capítulo 3 do presente artigo, haja vista que, pelo fato de na grande maioria dos presídios a alimentação ser terceirizada, o controle e a influência desses profissionais no processo de produção desses alimentos diminuí significativamente.

É possível atribuir a péssima qualidade dos alimentos à falta de fiscalização estatal das empresas terceirizadas responsáveis pelo fornecimento dos alimentos, nessa linha de pensamento Carlos Eduardo Ribeiro Lemos em análise à situação alimentar dos presídios capixabas relatou que:

a qualidade da alimentação fornecida é de péssima qualidade, apesar das promessas iniciais das empresas em elaborar um cardápio balanceado por profissionais de nutrição etc. Na verdade, o que vimos nestes anos à frente da Vara de Execuções foi uma prestação de serviço de baixa qualidade, obviamente com o objetivo de se aumentarem os lucros. Uma refeição que é fornecida com arroz, duas batatas cozidas e duas salsichas, conforme constatamos na inspeção realizada no mês de março de 2006, com os Conselheiros do CNPCP, no Presídio de Segurança Máxima de Viana, demonstra a falta de controle estatal sobre o cumprimento do contrato, e mesmo após um relatório informando sobre o episódio, nenhum tipo de sanção estatal foi aplicada à empresa contratada. (2006, p. 120-121)

Ainda que se indague que a referida tese é datada do ano de 2006, hodiernamente a situação observada nos presídios capixabas ainda enfrenta problemas, haja vista que, no ano de 2022, após greve de fome realizada por Detentos da Penitenciária Estadual de Vila Velha 3, foram realizadas denúncias por familiares dos presos sobre as marmitas fornecidas, afirmando

que se encontravam estragadas e quando estavam aptas para o consumo eram de má qualidade e disponível em pouca quantidade (A Gazeta, 2022).

Diante disso, como alternativa ao processo de terceirização, é necessário também o incentivo de políticas públicas e a destinação de verbas para que haja a produção local de alimentos, destinadas à criação de hortas e programas de agricultura familiar nas unidades prisionais, estimulando a produção de alimentos frescos e saudáveis pelos próprios detentos. Tal medida não contribui apenas com a segurança alimentar, mas também se trata de uma atividade capaz de contribuir com a humanização dos presos.

A norma de procedimentos SEJUS n. 002 de Assistência Alimentar traz uma série de procedimentos a serem observados quando as unidades prisionais recebem as marmitas da empresa contratada, estabelecendo o seguinte procedimento a ser realizado pelo “Fiscal In Loco”:

- a) Com as marmitex ainda fechadas, verifica a temperatura das 03 (três) amostras de marmitex e realiza os registros fotográficos das temperaturas verificadas;
- b) Confere a composição das marmitex entregues com o cardápio previamente estabelecido;
- c) Verifica a gramagem total de cada uma das 03 (três) amostras (marmitex + salada) e realiza os registros fotográficos;
- d) Verifica a gramagem de cada uma das 03 (três) amostras de salada e realiza os registros fotográficos;
- e) Verifica a gramagem de cada uma das 03 (três) amostras de prato proteico e realiza os registros fotográficos;
- f) Realiza análise sensorial das 03 (três) amostras de marmitex, saladas e sobremesa; Verifica se as dietas especiais fornecidas estão de acordo com o solicitado. Quando verificadas alterações sensoriais que indiquem suspeita de alimentação imprópria, proceda para etapa T11; caso contrário, proceder para etapa T21. (SEJUS, 2022)

Apesar do procedimento estabelecido pela SEJUS, ainda assim habitualmente ocorrem casos de comida estragada como relatado, diante disso, a fim de garantir maior transparência e mais rigor ao processo seria o uso obrigatório de câmeras corporais como já implantado pelo Governo do Estado (Governo ES, 2023).

O estabelecimento de parcerias com organizações da sociedade civil, instituições de ensino, empresas e outros atores externos a fim de promover programas de capacitação e assistência técnica.

Pelo fato de o Brasil ser um país extremamente populoso e com tamanha diversidade cultural, devem também ser consideradas as especificidades culturais e religiosas dos detentos na oferta dos alimentos, garantindo fornecimento que atenda às restrições alimentares e práticas

religiosas dos indivíduos. Resgatando ainda que minimamente a identidade e a individualidade dos detentos que foram submetidos ao processo de humilhação social.

Nesse sentido Tauã Lima Verdán Rangel salienta que:

O ato de alimentação requer a presença de alimentos em qualidade, em quantidade e regularmente. A reunião dos três pilares materializa o ideário de segurança alimentar e nutricional (SAN) e o direito humano à alimentação adequada (DHAA). A qualidade dos alimentos consumidos preconiza que a população não esteja à mercê de qualquer risco de contaminação, problemas de apodrecimento ou outros decorrentes de prazos de validade vencidos. Trata-se da possibilidade de consumir um conjunto de alimentos de maneira digna, sendo que a extensão de dignidade assume a feição de um ambiente limpo, com talheres e seguindo as normas costumeiras de higiene e as particularidades caracterizadoras de cada etnia ou região. (2016, p.40)

Para além da alimentação adequada, é fundamental garantir o acesso a serviços de saúde dentro das unidades prisionais, incluindo atendimento médico, odontológico e psicológico, pois a saúde integral dos presos está intrinsecamente ligada à sua segurança alimentar, haja vista que tais garantias são constantemente violadas conforme Humberto Júnior constatou por meio de relatórios realizados pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária: “o estado de higiene é de causar nojo. Colônias de moscas, mosquitos, insetos e ratos são visualizáveis por quaisquer visitantes [...] **Atendimento médico inexistente**. Flagramos presos com doenças de pele.” (2012, p. 43, grifo nosso).

Por fim, o estabelecimento de mecanismos de fiscalização e controle efetivos para garantir a aplicação das diretrizes e normas, bem como a transparência na gestão dos recursos destinados às formas de implementação do direito à alimentação adequada e segurança alimentar no sistema carcerário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou analisar o conturbado cenário carcerário brasileiro valendo-se de dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública e demonstrar o processo de humilhação social decorrente da invisibilidade social e o estigma projetado sob a população carcerária.

Para tanto, inicialmente foi constatado que a população carcerária é majoritariamente negra, correspondendo a uma parcela de 67,5%, de acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, e posteriormente conceituou-se o fenômeno da invisibilidade social e indicou-se um dos fatores preponderantes para tal fenômeno, que é a influência da

discriminação étnico-racial e como o fato de essa população ser invisibilizada pela sociedade influencia negativamente nas ações estatais.

Depois, foram analisadas as características da invisibilidade social indicando que o processo de invisibilidade da população negra se iniciou no período colonial (Séc. XVI a XVIII) marcado pela dissolução da identidade dessa população e que tal processo se agravou ao longo da história.

Após a análise inicial do histórico da invisibilidade social e estigmatização que incidem sobre a população carcerária, buscou-se verificar um breve histórico sobre o surgimento dos direitos humanos com foco na dignidade humana e no direito à alimentação, e em seguida, descrever os aspectos gerais e características destes direitos tanto no plano constitucional quanto no plano infraconstitucional.

Em seguida, constatou-se que pelo fato de a Constituição Federal ocupar o vértice do sistema jurídico do país sendo superior em relação às demais normas jurídicas e vedar penas cruéis se torna imperioso que o Estado garanta a efetivação dos direitos por ele positivados, reprimindo todo e qualquer ato punitivo que extravase as punições previstas em seu texto normativo.

Ademais, foi verificado que, apesar de o Estado dever ser o maior garantidor dos direitos e garantias fundamentais dos presos, se torna algoz ao permitir que cenas de tortura, insalubridade e desrespeito à dignidade humana como narrado aconteçam dentro das unidades prisionais. Evidenciando que a displicência estatal em permitir o encarceramento degradante e produtor de estigmas é incapaz de ressocializar o indivíduo e gera maior probabilidade de reincidência do indivíduo que adquire a liberdade.

Além disso, foi analisado que a Lei de Execuções Penais deve ser pautada na efetivação das disposições da sentença ou da decisão criminal bem como proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, o que não ocorre de maneira efetiva no plano material.

Ainda se discutiu o contexto de surgimento do direito fundamental à alimentação adequada como corolário da dignidade humana, que apenas no ano de 2010 adquiriu status constitucional com a Emenda Constitucional n. 64. Nesse ponto, foi destacada a morosidade do legislador, tendo em vista que o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos

Humanos desde o ano de 1948 e apenas 62 anos após a DUDH tornou a alimentação um direito fundamental.

Posteriormente foram levantados os impactos positivos trazidos pela Lei Orgânica de Segurança Alimentar que deu início ao processo que buscou garantir maior organização e estrutura à iniciativa de segurança alimentar promovida pelo Estado. Trouxe em seu texto legal a previsão de participação da sociedade civil na formulação e implementação das políticas, planos, programas e ações a fim de assegurar o direito humano à alimentação adequada.

Com a criação da LOSAN, foi implementado o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN que por meio dele são apontadas as diretrizes para a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional através das Conferências Nacionais de Segurança Alimentar e Nutricional a cada quatro anos.

Em seguida discutiu-se as formas de garantir o direito à alimentação adequada e a segurança alimentar dos presos, destacando que o estigma associado a essa parcela da sociedade dificulta ainda mais a implementação de ações que visem assegurar seus direitos.

Foi apontado que o investimento na saúde, dignidade de tratamento e alimentação dos presos, geraria muito mais economia ao Estado, tendo em vista que o gasto em reparação das depredações oriundas de rebeliões é astronômico. Ademais, propõe-se a necessidade de se garantir o planejamento alimentar adequado, e que se leve em consideração a quantidade e qualidade dos alimentos fornecidos, sendo essencial o estabelecimento de mecanismos eficientes de supervisão e controle nas unidades prisionais.

Ainda sob essa análise foi apontado que ainda que existam profissionais da saúde nas equipes multidisciplinares das unidades prisionais, não é suficiente para evitar episódios como os citados através do relatório do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária no capítulo 3 da presente pesquisa, sendo justificado pela política de terceirização da alimentação dos presídios que reduz significativamente o controle e a influência desses profissionais no processo de produção desses alimentos.

Como alternativa, foi levantada a hipótese de políticas públicas que visem incentivar a produção de local de alimentos, a criação de hortas e programas de agricultura familiar nas unidades prisionais, estimulando a produção de alimentos frescos e saudáveis pelos próprios detentos.

Ainda diante da política de terceirização, buscou-se explorar os mecanismos de inovação para fiscalização da norma de procedimentos SEJUS n. 002 com o uso das câmeras corporais pelos fiscais responsáveis por receber os alimentos das empresas terceirizadas.

Foi ressaltado que para além da alimentação adequada é fundamental que seja garantido o acesso a serviços de saúde dentro das unidades prisionais como atendimento médico, odontológico e psicológico, visto que, a saúde integral dos presos está intrinsecamente ligada à sua segurança alimentar.

Pelo exposto, podemos concluir que apesar de o Estado dispor de extenso e exaustivo rol legislativo acerca do tema, infere-se que os processos de humilhação social legitimam o descaso estatal dificultando ações voltadas para a população carcerária, entretanto, como se discutiu, o fato de estar encarcerado não torna o indivíduo menos digno. Portanto, é imperioso que seja rompida a naturalização das condições desumanas encontradas no sistema carcerário trazendo a lume as situações enfrentadas diariamente por essa população a fim de deslegitimar o descaso estatal e trazer mais transparência ao processo de alimentação da população carcerária com intuito de diminuir as negligências por ele praticadas.

6. REFERÊNCIAS

A GAZETA. *Após greve de fome de presos em Xuri, Sejus vai apurar queixas sobre comida ruim*. Vila Velha, 2022. Disponível em: < https://www.agazeta.com.br/es/cotidiano/apos-greve-de-fome-de-presos-em-xuri-sejus-vai-apurar-queixas-sobre-comida-ruim-0322?utm_medium=redacao&utm_source=facebook&fbclid=IwAR3hDxohSOLybstPPA5H7mzPI_PDgMDqHhrzbr3-vw2LsxnKAKv105Y6o0>. Acesso em: 21 jun. 2023.

ARANHA, Veiga Adriana. Apresentação. In: ARANHA, Veiga Adriana (org.). *Fome Zero: Uma História Brasileira*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; Assessoria Fome Zero, v.2, 2010, p. 11. Disponível em: <<https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/Fome%20Zero%20Vol2.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte geral - arts. 1º a 120* (vol. 1). [S.l.]: Editora Saraiva, 2022, p. 674. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597172/>. Acesso em: 20 jun. 2023.

BOLDT, Raphael. *Processo penal e catástrofe: entre as ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 98.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2018.

CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. Prólogo III. In: JAKOBS, Gunther; MELIA, Manuel Câncio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 18.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *ONU vê tortura em presídios como “problema estrutural do Brasil”*. [S.l.: s.n], 2021. Disponível em: <[CARVALHO, Thiago Fabres de. *Criminologia, \(in\)visibilidade, reconhecimento: o controle penal da subcidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 68.](https://www.camara.leg.br/noticias/809067-onu-ve-tortura-em-presidios-como-problema-estrutural-do-brasil/#:~:text=O%20Depen%2C%20C3%B3rg%C3%A3o%20do%20Minist%C3%A9rio,vagas%20em%20apenas%20363%20pris%C3%B5es.>>. Acesso em: 27 abr. 2023.</p></div><div data-bbox=)

CIFALI, Ana Claudia; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Medo, descaso e violência no Brasil: como romper esse ciclo? In: MARQUES, J.; RIGON, B. S.; SILVEIRA, LAZZARI, F. D. (org). *Cárcere em Imagem e Texto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 50.

COSTA, Fernando Braga da. *Homens invisíveis: relatos de uma humilhação social*. São Paulo: Globo, 2004, p. 63-64.

DUDH. *Universal Declaration of Human Rights - Portuguese*. [S.l.: s. n.], 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>>. Acesso em: 8 jun. 2023.



FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública*. [S.l], 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública*. [S.l], 2016.

FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 36-37.

FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti. Prefácio. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Poderá ser o direito emancipatório?* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 9.

GOFFMAN, Erving. *Estigma – notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Tradução de: Mathias Lambert. 4 ed. [S. l]: LTC. 1891, p. 5-6.

GONÇALVES FILHO, José Moura. Prefácio. In: COSTA, Fernando Braga da. *Homens invisíveis: relatos de uma humilhação social*. São Paulo: Globo, 2004, p. 18-19.

GOVERNO DO ESPÍRITO SANTO. *Governo do Estado regulamenta uso de câmeras corporais no sistema prisional*. [S.l.: s.n], 2023. Disponível em: <<https://www.es.gov.br/Noticia/governo-do-estado-regulamenta-uso-de-cameras-corporais-no-sistema-prisional>>. Acesso em: 10 jun. 2023.

HAURIUO, Maurice. *Derecho público y constitucional*. Tradução de Carlos Ruiz del Castillo. 2. ed. Madrid: Reus, 1927, p. 120.

HENRIQUES, Ricardo. *Texto para discussão n°807 desigualdade racial no Brasil: evolução das condições de vida na década de 90*. Rio de Janeiro: [s.n.], 2001, p. 17. Disponível em: <https://portalantigo.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0807.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2023.

INFOPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização, junho de 2017*. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

87 p. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2023.

LACERDA, Maryelle de Abreu; BARROS, Alcemi Almeida de. Direito humano à alimentação adequada no Brasil e no Espírito Santo: principais avanços e perspectivas. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (coord.). *Livros do Conibdh: direitos humanos fundamentais I* – Vitória: FDV Publicações, 2016, p. 14-15.

LEMONS, Carlos Eduardo Ribeiro. *A dignidade humana e as prisões capixabas*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, 2006, p. 66; 120-121

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 14.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia Científica*. [S.l.]: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559770670. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770670/>. Acesso em: 19 jun. 2023.

MULLER, Jean-Marie. *O princípio de não violência*. Trad. de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

OMS. *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. [S.l.: s. n.], 1946. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5733496/mod_resource/content/0/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20%28WHO%29%20-%201946%20-%20OMS.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2023.

PINHEIRO, Priscila Tinelli. *Estas vidas, por que não ir escutá-las lá de onde falam por si próprias?* Diálogos com os membros das associações de catadores de materiais de Vitória-ES. 2015. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, 2015, p. 24 e 40. Disponível em: <http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/148>. Acesso em: 8 jun. 2023.



PINTO, Henrique Salles. *A Segurança Alimentar e Nutricional no Brasil (Parte 1): A Modernização do Estado e os Avanços na Superação da Fome*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, agosto/2014 (Texto para Discussão nº 150). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-150-a-seguranca-alimentar-e-nutricional-no-brasil-parte-1-a-modernizacao-do-estado-e-os-avancos-na-superacao-da-fome>. Acesso em: 20 jun. 2023.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. O direito humano à alimentação adequada em uma ótica regionalizada: uma reflexão sobre a universalização da alimentação partir de uma perspectiva da bioética. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (coord.). *Livros do Conibdh: direitos humanos fundamentais I* – Vitória: FDV Publicações, 2016, p. 40.

RIBEIRO JÚNIOR, Humberto. *Encarceramento em massa e criminalização da pobreza no Espírito Santo*. Vitória: Cousa, 2012, p. 41 e 43-44.

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. *Direito fundamental social à alimentação adequada: análise com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Violência e reificação: linhas fundamentais da criminologia do reconhecimento. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 17, n. 198, p. 16–17, maio, 2009.

SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. [S.l.]: Editora Saraiva, 2022. p. 305-306.

SEJUS. *Norma de procedimentos SEJUS nº 002*. [S.l.], 2020.

SELL, Sandro. A etiqueta do crime: considerações sobre o "labelling approach". *Jus Navigandi*, Teresina, 17 ago 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10290/a-etiqueta-do-crime>>. Acesso em: 12 maio 2023.



SILVA, Antônio Tavares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991, p.180.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 47 e 107.

WORLD FOOD SUMMIT. *Declaração de Roma Sobre a Segurança Alimentar Mundial e Plano de Acção da Cimeira Mundial da Alimentação*. Fao.org. Disponível em: <<https://www.fao.org/3/w3613p/w3613p00.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2023.

Sobre os autores:

Gilsilene Passon Picoretti Francischetto | E-mail: gilsilenepasson@uol.com.br Possui Pós-doutorado em Ciências Sociais pela Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (2007). Possui Pós-doutorado em Direito do Trabalho pela PUC Minas Gerais. Doutorado em Direito e Economia pela Universidade Gama Filho (2005). Mestrado em Instituições Jurídico-políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001). Pós-Graduação em Justitia Constitucional e Derechos Humanos pela Universidade Castilla La-Mancha-Espanha(2006). Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes(1999). Pós-graduação em Docência do Ensino Superior pela Universidade Norte do Paraná(2015). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1998), graduação em Pedagogia pela Universidade Norte do Paraná (2013) e graduação em Sociologia pelo Centro Universitário Cidade Verde. É professora do Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Professora da graduação e coordenadora por 15 anos da Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade de Direito de Vitória (2006 a 2021). Coordena o grupo de Pesquisa "Invisibilidade Social e energias emancipatórias em Direitos Humanos". Membro do Núcleo docente Estruturante-NDE da Faculdade de Direito de Vitória-FDV. Desenvolve pesquisas e atividades em torno dos seguintes temas: Direito do Trabalho, Sociologia Jurídica, Educação Jurídica, Movimentos Sociais, Grupos sociais invisibilizados (mulheres, negros, comunidades tradicionais, etc). Professora da Academia de Polícia Militar do Espírito Santo.

Gabriel Almeida Santos | E-mail: gabrielalmeida102@gmail.com
Possui ensino-médio-segundo-grau pelo União de Professores(2019). Tem experiência na área de Direito.

A necessidade de reestruturação do modelo jurídico de financiamento das políticas públicas de esporte e lazer

The need for restructuring the legal model for financing public sport and leisure policies

André Rubião¹

Faculdade de Direito Milton Campos. Professor. Nova Lima (MG).Brasil

Rubens Macedo Gomes²

Faculdade de Direito Milton Campos. Mestrando. Nova Lima (MG).Brasil.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a efetividade das normas orientadoras da política pública de financiamento da atividade de esporte e lazer no Brasil, sobretudo a partir do novo paradigma esportivo, trazido pela Constituição de 1988, que catapultou a atividade esportiva à condição de direito do cidadão e dever do Estado. Neste sentido, o trabalho busca verificar a efetividade das legislações que foram criadas para atender às demandas sociais, estruturais e as oriundas dos avanços tecnológicos, advogando pela necessidade da reestruturação e uniformização da legislação pertinente, com fins de diminuir a tensão existente entre o mandamento constitucional e a omissão regulatória obrigacional das normas jurídicas que pautam o tema. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, com base no método indutivo, uma vez que, através do estudo da legislação que compreende a política de financiamento da atividade de esporte e lazer, buscará propor uma reestruturação normativa, para melhorar a efetivação das políticas públicas pretendidas e aumentar o arcabouço de programas e projetos que atendam aos interesses sociais.

PALAVRAS-CHAVE:

Financiamento, Políticas Públicas, Esporte e Lazer, Desporto de Participação.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the effectiveness of the guiding norms of the public policy for financing sport and leisure activity in Brazil, especially from the new sports paradigm, brought by the 1988 Constitution, which catapulted sports activity to the condition of right of the citizen and duty of the State. In this sense, the work seeks to verify the effectiveness of the laws that were created to meet the social, structural demands and those arising from technological advances, advocating the need for restructuring and standardization of the relevant legislation, in order to reduce the tension between the constitutional commandment and the obligatory regulatory omission of the legal norms that guide the subject. This is a bibliographical research, based on the inductive method, since, through the study of the legislation that comprises the financing policy of the sport and leisure activity, it will seek to propose a normative restructuring, to improve the effectiveness of the intended public policies and increase the framework of programs and projects that meet social interests.

KEYWORDS:

Financing. Public Policies. Sport and Leisure. Participation Sport.

¹ Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0070-3641>

² Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9199157837614262>



1. INTRODUÇÃO

O entendimento costumeiro do que vem a ser a atividade esportiva mudou. Seja como conceito acadêmico, seja como política pública, a capacidade multifacetária de aderência à atividade esportiva nos diferentes contextos sociais, ampliou o seu espectro de atuação. Diante disto, de acordo com Proni (1998, p. 75), “uma mesma modalidade pode ser desfrutada como prática recreativa, ser ensinada como atividade pedagógica ou ser comercializada como espetáculo de massa.”

Entendendo a amplitude do esporte como política pública, assim dispõe Silva (2022, n. p.):

As políticas públicas do esporte estão relacionadas com a saúde, combate ao sedentarismo, lazer e respaldo aos atletas profissionais. Além de incentivar hábitos mais saudáveis na população, e consequentemente aliviar o sistema público de saúde, as ações contribuem para a percepção de bom uso dos impostos.

Hábitos físicos saudáveis, praticados com regularidade, melhoram a percepção social e contribuem com a saúde mental do praticante, ademais dos benefícios fisiológicos. Estudo publicado por Hernandez e Voser (2019), onde foram avaliados 160 idosos, sendo 84 ativos praticantes de diferentes modalidades e 76 sedentários, apresentou resultado em que a média de indicativos de sintomas cognitivos da depressão no grupo de idosos ativos foi significativamente menor do que no grupo de idosos sedentários. De acordo com tal estudo, os dados obtidos apontaram para a importância da atividade física como fator que pode interferir ativa e positivamente na promoção da saúde mental das pessoas e, nesse caso, a população de pessoas idosas.

Ou seja, qualquer que seja a modalidade esportiva praticada, de acordo com Bourdieu (1990), esta dirá respeito às razões e valores transmitidos e, neste sentido, são derivações das condições sociais, culturais e históricas daqueles que estiverem envolvidos, e estas condições exercerão influência sobre a concepção da atividade, levando em consideração o seu ambiente e sentido.

Ainda neste aspecto, estas modalidades, de acordo com Gomes (2007), podem ser denominadas, em razão das suas derivações, de esporte oficial e de esporte ordinário.

Importante também a explicação de Marques (2012, p. 1) para quem:

Ambas as formas se apresentam como possíveis sentidos para a prática esportiva. Seja como esporte oficial, visando à superação do adversário e derivado de regras e normas estipuladas por órgãos reguladores, criados no ambiente de alto rendimento e transpostos para a escola e lazer, ou esporte ordinário, uma re-significação das formas regulamentadas, com objetivos distintos.



A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 217, elevou a atividade esportiva à condição de direito social, transformando-a, portanto, em um dever do Estado: “É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: [...]” (BRASIL, 1988). É importante destacar que foi a partir desse dispositivo que se consagrou um novo espectro de atuação da atividade esportiva denominado esporte de lazer. De acordo com Stigger (2002) O Esporte de Lazer traz em si a busca pelo prazer, socialização, compensação, recuperação, manutenção da saúde, equilíbrio psicofísico, restauração e relaxamento como características preponderantes, ademais da marca do não-profissionalismo.

Entretanto, muito embora estejam bem assentados os nossos conceitos acerca do momento histórico que vivemos, sobretudo com a orientação constitucional direcionada à proposta de uma política pública esportiva mais ampla, comunitária e coletivista, na prática ainda temos um grande gargalo normativo que precisa ser resolvido, afim de que haja segurança jurídica que garanta o financiamento e a efetiva execução das políticas públicas nos espaços e moldes delineados.

O direito esportivo tem sua importância atrelada a esta dinâmica multifacetária, de acordo com Rosignoli e Rodrigues (2017, p. 21):

consiste o Direito Desportivo em instrumento fundamental para o desenvolvimento e manutenção do desporto em suas diversas manifestações e, portanto, essencial à sua constante evolução para a manutenção do esporte organizado.

A nossa Carta Magna de 88, muito embora tenha elevado a atividade de esporte e lazer à condição de política social e dever do Estado, não definiu os critérios, os meios e as formas de financiamento das políticas públicas que deveriam ser implementadas.

Também deixou de prever sanções, para em caso de descumprimento do mandamento constitucional, por parte do gestor do ente federado que não quisesse fazer investimentos nas atividades de esporte e lazer.

Afinal, somos desafiados a fazer opções civilizatórias e, para além do esculpido no texto legislativo, a efetivação dos direitos e suas garantias demandam dedicação, regulamentação e conseqüente institucionalização. Nesse sentido, Seznick (2010. p. 121) afirma:

O direito posto deve ser um direito democraticamente institucionalizado – com tentativa de redução da interferência no poder por parte de grupos lobistas para que reflita, em seus institutos,

essa efetividade da norma jurídica e da proposta legislativa para o cidadão. Isso significa que a lei deve ser, em um Estado Democrático de Direito, responsável por suas consequências sociais, especialmente aquelas que não eram pretendidas pela sociedade.

A lacuna institucional normativa que não pune o gestor que deixa de executar tais políticas, ocasiona o descompromisso com o financiamento público das atividades de esporte e lazer. Ou seja, como o financiamento destas políticas não é perene, as execuções também não são constantes, ao contrário do que ocorre nos programas voltados para a saúde e para a educação, que possuem modelos de financiamento muito bem definidos nas legislações constitucional e infraconstitucional.

Conforme relatório, disponibilizado pelo Portal da Transparência, no site da Controladoria Geral da União, que traz as informações acerca do total de despesas executadas para as áreas de atuação do governo federal nos exercícios que vão do ano de 2019 até o ano de 2022, nos últimos anos o governo federal investiu um total de R\$ 562,49 bilhões na política pública de saúde. Também investiu, no mesmo período, um total de R\$ 388,22 bilhões nas políticas públicas de educação em detrimento de um total de R\$ 833,04 milhões nas políticas públicas de esporte e lazer. (BRASIL, 2023).

Ou seja, há uma diferença gritante no total de despesas executadas para os programas de saúde e educação em relação às despesas executadas para os programas de atividade esportiva.

Em que pese ser de vital importância que os investimentos em saúde e educação se deem ao tempo e modo estipulados pela legislação, a grande diferença, confirmada pelo valor total de despesas executadas para o período, é uma radiografia do olhar do gestor público e do pouco comprometimento no que concerne à efetiva execução da política de esporte e lazer.

O que nos leva à conclusão de que para além do discurso da necessidade e importância do esporte como política multifacetária e estratégica, tendo em vista sua importância para a educação, saúde, segurança pública, assistência social e proteção ao meio ambiente, a mesma não recebe a atenção compatível com o protagonismo que a função demanda.

Quando há financiamento e obrigatoriedade de execução, caso das políticas públicas de saúde e educação, os programas de execução podem ser pensados a longo prazo. Não dependem da boa vontade de determinada gestão e, tendo em vista os parâmetros próprios de avaliação, se convertem de políticas de governo para políticas de Estado. Significa dizer que, independentemente da alternância a que está sujeita a equipe gestora do ente público, a política

pública vai continuar. Sobretudo porque, diante do contexto posto, possuirá uma linha de financiamento própria, distinta e obrigatória.

A legislação pertinente ainda está muito aquém das necessidades que as políticas demandam. Na verdade, oferecem pouca proteção quando definem as linhas de financiamento e as fontes de receita financeira. Algumas legislações, como as leis de incentivo ao esporte, muito embora bem-intencionadas, ainda são precárias, tendo em vista a necessidade que o ente público ou a organização da sociedade civil têm de sair em busca da captação do recurso após a aprovação do projeto proposto para execução. Razão pela qual urge a necessidade de aprimoramento normativo do arcabouço jurídico esportivo nacional, com fins de melhorar o modelo de financiamento das políticas públicas de esporte e lazer.

Diante desse cenário, o artigo buscará responder a seguinte pergunta: a estrutura normativa contemporânea é suficiente para atender às demandas de financiamento das atividades de esporte e lazer, nas suas três manifestações estruturais, quais sejam, o desporto de rendimento, desporto educacional e, sobretudo, o desporto de participação?

A partir da hipótese de que a norma positivada é o instrumento que vai permitir a melhoria na aplicação das políticas públicas de esporte e lazer, este trabalho vem propor a necessidade de reestruturação legislativa, com fins de aumentar a proteção estatal normativa sobre as políticas públicas esportivas e garantir a sua efetiva execução.

Este texto percorre o caminho metodológico da descrição teórica acerca de quais são as políticas públicas de esporte e lazer na contemporaneidade e de quais são as legislações que atentam para o financiamento compulsório de tais atividades, sendo que para tanto foram realizadas pesquisas bibliográficas a partir da revisão da literatura pertinente.

No primeiro momento, o artigo irá abordar os benefícios do esporte e lazer na vida das pessoas, além de conceituar tal atividade, a partir do novo paradigma trazido pela constituição de 1988. Fora isso, ele abordará a forma como se deu a construção da estrutura normativa brasileira de financiamento das atividades de esporte e lazer e avançará sobre o entendimento das características do direito desportivo e sua incapacidade de dar respostas jurídicas sólidas frente às demandas das políticas públicas nesse segmento.

Em seguida, o artigo passará à análise das legislações que tratam do financiamento da atividade esportiva apontando razões como a insegurança jurídica causada por uma legislação

ainda tímida e ineficaz e a necessidade de reestruturação das mesmas afim de garantir a execução de políticas públicas que tenham perenidade e que cumpram o seu papel social.

2. CONSTRUÇÃO DA ESTRUTURA NORMATIVA DE FINANCIAMENTO DA ATIVIDADE DE ESPORTE E LAZER

A construção da nossa estrutura normativa de financiamento da atividade de esporte e lazer está profundamente atrelada ao nosso entendimento do que é o direito desportivo e às demandas oriundas do novo paradigma da atividade de esporte e lazer insculpidas na Constituição de 88 e referendadas pela lei Pelé.

Assim temos que a justiça desportiva é regida pelos mesmos princípios que comumente são reservados aos demais ramos do direito. Os princípios da soberania, celeridade, autonomia, segurança, transparência e da economia processual. Os processos desportivos devem ser ágeis, publicizados, dinâmicos e céleres. Cabe ressaltar, por exemplo, que a própria Constituição determina um prazo de 60 dias para que a justiça desportiva tenha uma decisão final e definitiva. Ou seja, o direito desportivo está inserido, conforme Belmonte (2013, p. 34), num “conjunto de normas e princípios reguladores da organização e prática do desporto”.

Além de trazer um novo paradigma ou manifestação da atividade de esporte e lazer, a Constituição de 88 também apontou o Norte para a construção das novas políticas públicas esportivas que deveriam assumir contornos mais democráticos, participativos e em consonância com as políticas sociais. Nas palavras de Carvalho (2013, p. vii):

A partir do momento em que o esporte foi instituído no Brasil como direito de todos, ações governamentais incidiram no setor esportivo com o objetivo de prover a democratização, a autonomia e a liberdade. Fato que favoreceu para a superação da tradicional política de esporte corporativista existente nos contextos políticos passados. O contexto democrático do Brasil possibilitou à política de esporte a conformação de um novo padrão de formulação de políticas públicas de esporte. Desse modo, nosso estudo parte do pressuposto que a alternância do regime político possibilitou significativas mudanças do padrão de formulação de políticas públicas de esporte.

Percebe-se que o modelo normativo apontado pela CF/88 é um contraponto ao modelo inicial da construção de nossa legislação esportiva, que, motivada pelo regime político administrativo dominador da época, na sua institucionalização, foi marcada por um forte intervencionismo.

Nesse sentido, o Decreto nº 3.199/1941 foi a primeira lei orgânica do desporto nacional. Ele estabeleceu, pela primeira vez, as bases de organização dos desportos em todo o país, ademais de orientar, fiscalizar e incentivar a prática da atividade esportiva. Também por intermédio desse decreto foram criados os conselhos nacionais e regionais de esporte e atribuiu-se a competência privativa à União para legislar sobre o tema. Ou seja, o estado continuaria monitorando, controlando e garantindo o seu modelo administrativo, utilizando-se da legislação esportiva.

É em razão destas diferentes nuances histórico-políticas, ideológicas e administrativas que se faz necessário o entendimento, ainda que resumidamente, do contexto em que se dá a concepção dos eixos que orientam as políticas públicas de esporte e lazer na contemporaneidade, atentando para as razões históricas, políticas e sociais que referendaram a sua criação bem como da legislação pertinente.

De forma geral, o esporte e lazer, dentro da dimensão das políticas públicas, obedece a três manifestações sociais ao longo do tempo, sendo elas: Esporte de Rendimento, Esporte Educacional e Esporte de Participação.

Este entendimento é corroborado pela lei nº 9.615 de 1998, também conhecida como lei Pelé que, muito embora ainda tímida com relação à função social e comunitária da atividade de esporte e lazer, reconheceu em seu artigo 3º que a atividade esportiva se subdivide nas seguintes manifestações essenciais:

Art. 3º O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações:

I - desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer;

II - desporto de participação, de modo voluntário, compreendendo as modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e educação e na preservação do meio ambiente;

III - desporto de rendimento, praticado segundo normas gerais desta Lei e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações. (BRASIL, 1998)

Por isso analisaremos cada manifestação de forma separada.

2.1 DESPORTO DE RENDIMENTO



Com fins de fomento do esporte de alto rendimento, foi promulgado o Decreto-Lei nº 3.199 de 14/04/1941 (BRASIL, 1941), considerado o marco inicial, do ponto de vista normativo, da construção do arcabouço jurídico das políticas públicas de esporte e lazer.

Muito embora essa legislação se propusesse a estabelecer as bases de organização dos desportos, ademais de orientar, fiscalizar e incentivar a prática esportiva em todo o país, na verdade, tratava-se de uma legislação criada para atender uma política pública que tinha como escopo o fortalecimento do Estado, pois trazia em si a ideia da concepção de nação e de um nacionalismo fortemente arraigado aos objetivos políticos e ideológicos do governo Vargas, naquele momento, em linha com os governos autocráticos e totalitários ao redor do mundo. Nesse sentido, cabe a observação de Carvalho (2013, p. 27):

O governo burocratizou e hierarquizou as estruturas do setor esportivo com a intenção de implementar organização e disciplina. O nacionalismo se manifestou no desporto como elemento de unificação e construção de uma cultura cívica capaz de sobrepor a nação à pluralidade dos interesses e das diferenças regionais. Por outro lado, o esporte era a atividade corporal em pleno crescimento nos países desenvolvidos, por isso, era visto como símbolo ligado à modernidade e às sociedades industrializadas, então, cabia ao Brasil adotá-lo também como parte de suas metas de modernização sustentadas pela racionalidade e pela eficiência.

Aliás, recorde-se que estávamos em plena efervescência da Segunda Guerra Mundial, sendo uma guerra também pautada pelo debate da hegemonia racial e étnica, frutos do pensamento Nazifacista, validada a partir da demonstração da superioridade física de uma raça em detrimento da outra.

Uma das características do nazifascismo é o seu nacionalismo exacerbado e a ideologia de dominação sobre os demais povos. Assim, o nazismo propagado por Hitler defendia que a raça ariana, branca e pura, deveria prevalecer sobre as demais. Além disso, qualquer grupo opositor ao regime nazista deveria ser também exterminado. (OKA, 2023, n. p.)

A ideia, que serviria de inspiração neste contexto histórico, era a do atleta inspirando o soldado, como retrato de uma sociedade hegemônica, forte e superior, capaz de produzir heróis através das políticas públicas voltadas para o apoio ao esporte de alto rendimento. Afinal, eram os atletas, praticantes das atividades de alto rendimento, quem efetivamente representavam suas nações nos diferentes eventos desportivos internacionais, sendo o mais importante deles os jogos olímpicos.

Nesta seara, o atleta vencedor, atleta fruto do interesse estatal defendido por cada nação, serviria como vitrine que referendaria a justificação da propagação do discurso ideológico em debate naquele momento.

2.2 DESPORTO EDUCACIONAL OU ESCOLAR

Este eixo da manifestação da atividade de esporte e lazer no Brasil surgiu em meados da década de 70, em pleno Governo Militar, em consonância com uma crescente demanda da população pela democratização das ferramentas que permitiriam aos propensos atletas, nas mais heterogêneas regiões do país, acessar ao esporte de alto rendimento ou pelo menos sonhar com o glamour que este proporcionaria.

Destinado a crianças e adolescentes dentro e fora das escolas (por exemplo, comunidades em estado de carência), ele tinha como princípios a inclusão, a participação, a cooperação, a coeducação e a corresponsabilidade.

De acordo com Carvalho (2013) a origem desta manifestação esportiva está atrelada ao diagnóstico da Educação Física e dos Desportos no Brasil que foi elaborado, de forma conjunta, no ano de 1969 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), pelo Ministério do Planejamento, pela coordenação geral e a Divisão de Educação Física (DAF) do Ministério da Educação e Cultura, onde, como consequência, tivemos o surgimento de uma nova legislação esportiva. Assim, conseqüentemente, ocorreu a revogação do Decreto Lei nº 3.199/34 por parte dos militares que se propuseram a sancionar um novo regimento para o sistema esportivo, sem abrir mão do caráter disciplinador, hierárquico e centralizador. Surgiu então, a lei nº 6.251 de 8 de outubro de 1975, que seria um marco na legislação esportiva, trazendo novas condições institucionais para a formulação de políticas públicas de esporte.

Tendo o futebol como carro chefe, o esporte de educação teve como pano de fundo, no momento de sua concepção, a ideia da doutrinação ideológica insculpida nos valores atrelados à prática esportiva, tal como disciplina, obediência, coletivismo e busca pelo aperfeiçoamento constante.

2.3 DESPORTO DE PARTICIPAÇÃO



Este novo e contemporâneo paradigma tem como marco principal a Constituição Federal de 1988 e os direitos sociais por ela compreendidos, uma vez que em seu artigo 217 o texto constitucional vai elevar a atividade esportiva à condição de direito do cidadão e, portanto, um dever do Estado.

A partir desta manifestação desportiva, o Estado passa a ter a responsabilidade de ressignificar a identidade esportiva da nação, abrindo seus horizontes e entendendo a transversalidade desta política pública que assume a condição social pela possibilidade de alcance democrático, comunitário, libertário, equânime, qualificador, geracional e igualitário. Ainda, para Carvalho (2013): O desporto de participação ou de lazer, também conhecido como esporte popular, esporte comunitário, esporte-ócio ou esporte do tempo livre, refere-se à participação dos indivíduos em atividades tidas como esportivas, com características formais ou informais, pela população em geral, sem o compromisso da competição e limitada ao aspecto lúdico. Essa categoria está relacionada ao uso do tempo livre e ao conceito de bem-estar físico e psicológico, sendo defendido por várias categorias de profissionais da saúde como importante componente para a saúde pública. Tem, portanto, como objetivo a diversão, o relaxamento, a descontração, a inclusão e interação social e, mais recentemente, a interação com a natureza, despertando a consciência ecológica na população.

Como visto, o desporto de participação é aquela atividade esportiva praticada de forma descompromissada com o resultado, em qualquer de suas esferas, pois não possui regras oficiais a serem seguidas, conferindo liberdade de execução às pessoas. O desporto de participação elevou a prática esportiva à condição de atividade fim, situação em que a simples prática esportiva já é o resultado. Um bom exemplo são as brincadeiras das crianças, as caminhadas matinais em espaços públicos, as atividades de dança voltadas para jovens e idosos, entre tantas outras.

Sua finalidade é contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, e neste sentido poderá, em seus desdobramentos, promover a saúde, ofertando ganhos consideráveis ao rendimento educacional e, inclusive, contribuir com a preservação do meio ambiente.

Em razão da importância e abrangência trazida por este novo paradigma, nos debruçaremos, a seguir, sobre as razões de sua concepção, suas vantagens e dificuldades.

3. O NOVO MODELO CONSTITUCIONAL PARA A ATIVIDADE DE ESPORTE E LAZER TRAZIDO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988 consolida o término do período em que o Brasil foi administrado pela ditadura militar. Sob o título de cidadã, porta em seu bojo referências que garantem direitos e deveres a todos os cidadãos brasileiros de forma indistinta, além de devolver à nação brasileira preceitos democráticos e de justiça social, como a inviolabilidade de direitos e liberdades básicas.

Elaborada por uma Assembleia Constituinte de 559 parlamentares, com variedade de crenças políticas, ela garantiu a igualdade de gêneros e direitos sociais, que devem ser efetivados como políticas públicas.

Nesse sentido, o artigo 217 elevou a atividade de esporte e lazer à condição de direito do cidadão e, portanto, um dever do Estado.

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

Entretanto, tal artigo deixou de impor a execução obrigatória das políticas esportivas, bem como não estabeleceu a forma como se daria o seu financiamento, uma vez que não determinou as fontes de receita para efetiva execução de tais políticas e, menos ainda, não estabeleceu sanções para o caso de descumprimento do preceito constitucional.

Em razão dessas lacunas normativas, algumas legislações têm sido criadas com a finalidade de saciar os diferentes interesses localizados para a atividade esportiva, além de consolidar a mesma como política pública de caráter estratégico no arcabouço de obrigações do poder público.

De acordo com Canan, Milani e Starepravo (2018, p. 86):

estes modelos/justificativas “ideias” não são necessariamente levados em conta quando do “fomento” ao esporte no Brasil, de forma que investimento e financiamento acabam, devido a brechas/lacunas abertas pela própria CF/legislação, sobrepondo-se em torno de ações mais voltadas ao cunho político do que social e/ou ao esporte de rendimento e alto rendimento, dificultando a efetivação de uma política esportiva mais ampla e democrática.

Em consonância com o entendimento referido e, a fim de alcançar respostas à totalidade das demandas apresentadas pela coletividade de usuários, algumas legislações, muito embora esparsas e tímidas, foram criadas.

3.1 A LEI PELÉ

A Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998 - Lei Pelé, instituiu normas gerais sobre desporto e deu outras providências.

Na atual redação, a Lei traz, entre outras diretrizes, os princípios fundamentais do esporte (Capítulo II), o funcionamento do Sistema Brasileiro do Desporto (Capítulo IV), aborda com especial atenção a prática desportiva profissional (Capítulo V) e disciplina o controle de dopagem, ou doping (Capítulo VI-A), e a Justiça Desportiva. (TISI, 2022, n. p)

O art. 26 da Lei Pelé prevê que qualquer modalidade esportiva poderá ser profissional, desde que observados os requisitos legais de ser disputada por atletas profissionais e ter propósito financeiro:

Art. 26. Atletas e entidades de prática desportiva são livres para organizar a atividade profissional, qualquer que seja sua modalidade, respeitados os termos desta Lei. Parágrafo único. Considera-se competição profissional para os efeitos desta Lei aquela promovida para obter renda e disputada por atletas profissionais cuja remuneração decorra de contrato de trabalho desportivo. (BRASIL, 1998)

Já o conceito de atleta profissional está vinculado à prática de atividade mediante remuneração e subordinação:

À vista disso, pode-se conceituar o atleta profissional como “pessoa física que pratica modalidade de desporto profissional por meio de entidade de prática desportiva, a quem fica subordinado e por quem é remunerado mediante contrato formal de trabalho” (BELMONTE, 2013, p. 39).

A lei Pelé, em linha com a Constituição Federal de 88, também vai consolidar, em seu artigo 3º, as três dimensões legais para manifestação esportiva, quais sejam, o desporto de rendimento, o desporto de participação e o desporto educacional, que em comum portam

benefícios não apenas para quem pratica tais atividades, mas para toda a coletividade envolvida nessa cadeia esportiva.

Art. 3º O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações:

I - desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer;

II - desporto de participação, de modo voluntário, compreendendo as modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e educação e na preservação do meio ambiente;

III - desporto de rendimento, praticado segundo normas gerais desta Lei e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações. (BRASIL, 1998)

3.2 A LEI DAS LOTERIAS – LEI Nº 13.756 DE 12 DE DEZEMBRO DE 2018

A Lei 13.756, também conhecida como Lei das Loterias, dispôs sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), a destinação do produto da arrecadação das loterias e sobre a promoção comercial e a modalidade lotérica denominada aposta de quota fixa.

De acordo com esta lei, cerca de 1,7% do valor apostado em todas as loterias federais do país devem ser destinados ao Comitê Olímpico do Brasil (COB).

Art. 16. O produto da arrecadação da loteria de prognósticos numéricos será destinado da seguinte forma:

I - a partir da data de publicação desta Lei até 31 de dezembro de 2018:

f) 1,73% (um inteiro e setenta e três centésimos por cento) para o COB;

[...] (BRASIL, 2018)

No entanto, a Lei 13.756 é um nítido exemplo do que acontece quando uma norma é sancionada, mas não é regulamentada. Senão vejamos.

Esta lei deu permissão para que as apostas esportivas pudessem vigorar no Brasil, a partir de sua sanção, em dezembro de 2018. Ocorre que ela previa também a regulamentação da legislação no prazo de dois anos a contar da data da sua publicação, com a possibilidade de prorrogação pelo mesmo prazo, ou seja, regulamentação da atividade em um prazo de até quatro anos a partir da data da sua publicação.

Tal regulamentação se faz necessária em razão do modelo de funcionamento das casas de apostas que, via de regra, possuem a sua sede no exterior.

Entretanto, esse prazo se expirou sem a necessária regulamentação efetiva, gerando a possibilidade de que tal atividade permaneça sendo explorada por lacunas legislativas que, em última instância, permitem que operadores com sede em outras praças internacionais ofereçam apostas aos brasileiros, inclusive a despeito da segurança jurídica, gerada pela correta fiscalização, bem como do não pagamento dos encargos fiscais, o que ocasiona prejuízo aos cofres públicos.

Na prática, sem a regulamentação, essas empresas operam com CNPJs de fora do país, a maioria em offshores. Portanto, a atividade não é fiscalizada por órgãos brasileiros, na qual eventuais problemas judiciais não podem ser resolvidos via justiça brasileira. (COCETRONE, 2022, n. p)

Importante também destacar o Decreto nº 7.984, de 8 de abril de 2013, que

regulamentou tanto a Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto, quanto a Lei nº 13.756, de 12 de dezembro de 2018, bem como a destinação de recursos de loterias às entidades desportivas conforme redação dada pelo Decreto nº 11.010, de 28 de março de 2022. (BRASIL, 2013)

Este decreto buscou, entre outras regulamentações, destinar recursos oriundos de loterias federais para a prática das atividades esportivas, mas não se tratou da modalidade lotérica denominada aposta de quota fixa.

De acordo com o site do Ministério do Esporte, no ano de 2022, R\$ 165 milhões de reais deveriam ser repassados às confederações, sendo tal valor cerca de 10% maior do que o repassado no ano de 2021. (Brasil, 2021)

O dado interessante apontado nesta informação é o de que, mediante a certeza do financiamento das atividades esportivas por meio dos recursos financeiros advindos das loterias, o COB poderia investir no esporte olímpico de forma perene e expansiva.

3.3. A LEI DE INCENTIVO AO ESPORTE - LIE

A Lei nº 11.438, de 29 de dezembro de 2006 – Lei Federal de Incentivo ao Esporte (LIE), “dispôs sobre os incentivos e benefícios para fomentar as atividades de caráter desportivo e deu outras providências.” (BRASIL, 2006)

Ela permite que recursos provenientes de renúncia fiscal sejam aplicados em projetos das diversas manifestações desportivas e paradesportivas distribuídos por todo o território

nacional. Por meio de doações e patrocínios, os projetos executados via Lei de Incentivo ao Esporte atendem crianças, adolescentes, jovens, adultos, pessoas com deficiência e idosos.

Mais do que um instrumento jurídico, trata-se de uma inovação e um avanço na consolidação do paradigma do esporte como um meio de inclusão social.

Através desta lei, pessoas jurídicas que são tributadas com base no lucro real podem direcionar até 4% de seu Imposto de Renda devido a projetos desportivos e paradesportivos. Os projetos devem ser aprovados pelo Ministério dos Esportes e podem beneficiar toda a população, seja para lazer, para contribuir para a formação cidadã ou para incentivar atletas e potenciais atletas brasileiros.

Pessoas físicas, que optem pelo modelo de declaração completa de seu Imposto de Renda, também podem patrocinar projetos desportivos e paradesportivos, sendo permitido alocar até 7% de seu Imposto de Renda a essas iniciativas.

Em 2022 foi sancionada a prorrogação da Lei de Incentivo ao Esporte, que se deu através da lei nº 14.439, de 24 de agosto de 2022, que alterou a Lei nº 11.438, para aumentar os limites de dedução dos valores destinados a projetos desportivos e paradesportivos do imposto de renda que ficará em vigor até o ano de 2027.

4 DA EFETIVIDADE DA NORMA

A segurança jurídica está contemplada como princípio constitucional, tendo em vista o disposto no inciso XXXVI do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;” (BRASIL, 1988)

Trata-se de um ato normativo que nos dá a garantia da estabilidade, da previsibilidade e da confiança nas relações jurídicas, ademais da perspectiva da proteção consubstanciado no cumprimento da lei e o respeito aos direitos adquiridos, aos atos jurídicos perfeitos e à coisa julgada.

Entretanto, o ato jurídico para que tenha legitimidade precisa alcançar de forma plena o objetivo insculpido em seu texto de modo a efetivar o interesse definido. Cabe aqui a lição do ministro Roberto Barroso ao dizer que “a eficácia dos atos jurídicos se constitui na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias.” (BARROSO, 1994, p. 35)

De acordo com Costa e Silveira (2021, n. p.):

Ao falarmos sobre a relevância do princípio da segurança jurídica, podemos citar essencialmente dois pontos: a garantia da estabilidade das relações jurídicas (entre pessoas e negócios) e a importância para a manutenção da democracia. Isso porque a segurança jurídica representa proteção das decisões que já foram tomadas e dos direitos que já foram conquistados.

A iniciativa privada precisa de segurança normativa para aportar valores às atividades esportivas e ter a certeza do retorno, quer seja na negociação da atividade como produto, caso da compra e venda de atletas e direitos de competições, quer seja na exploração econômica da propaganda e marketing oriundos da imagem saudável gerada pela ideia da prática constante das atividades esportivas.

Uma legislação mais atenta ao dinamismo requerido pelo universo desportivo, sobretudo com a chegada das novas atividades esportivas, torna-se essencial para evitar percalços típicos das relações jurídicas estabelecidas em condições normativas ainda precárias.

E, em se tratando da atividade pública, é imperioso que esta tenha uma legislação que também aponte sanções que penalizem aqueles que descumprirem o mandamento constitucional, evitando desta forma o desvio da sua finalidade e garantindo a sua eficácia social. Nas palavras do professor Carlos Barbosa:

De acordo com o princípio da finalidade, a Administração Pública deve buscar sempre o interesse público e, sobretudo, a finalidade determinada pela lei. É um elemento sempre vinculado. Assim, o elemento pode ser considerado em seu sentido amplo (qualquer atividade que busca o interesse público) ou restrito (resultado específico de determinada atividade previsto na lei). O vício no elemento finalidade gera o desvio de finalidade, que é uma modalidade de abuso de poder. (BARBOSA, 2023, n. p.)

Ou seja, a eficácia da norma em discussão se dará na medida em que a mesma for executada, sem desvio de finalidade, continuamente, com perenidade e adesão espacial comunitária. Aqui também vale ressaltar o entendimento do ministro Barroso:

Cabe distinguir-se da eficácia jurídica o que muitos autores denominam de eficácia social da norma, que se refere, como assinala Miguel Reale, ao cumprimento efetivo do direito por parte de uma sociedade. ao "reconhecimento" (Anerkennung) do direito pela comunidade ou, mais particularizadamente, os efeitos que uma regra suscita através do seu cumprimento. Em tal acepção, eficácia social é a concretização do comando normativo, a sua força operativa no mundo dos fatos. (BARROSO, 1994, p. 35).

Por óbvio, quando há efetivação da norma, há maior segurança jurídica, e maior confiança para planejar e tomar decisões, seja no setor público ou na iniciativa privada.

No caso da atividade esportiva e o entendimento desta como política pública central, consubstanciado pelo art. 217 da Constituição Federal, torna-se necessário que a mesma seja cada vez mais acessível ao cidadão enquanto direito e que não seja negligenciada pelo estado enquanto dever, afim de garantir que o ideal normativo se dê em um ambiente que viabilize a paz social. Afinal, como bem dito pelo ministro Barroso (1994, p. 34), “a função social do direito é dar valores a estas situações, interesses e bens e regular-lhes a distribuição entre os homens.”

Daí a necessidade da adequação e, caso necessário, reestruturação legislativa afim de que o horizonte financista da atividade de esporte e lazer seja menos etéreo e gere segurança jurídica, obrigando gestores e garantido a execução das atividades que consistem no direito do cidadão.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvida de que outras legislações irão tratar, de alguma forma, do modelo de financiamento da atividade esportiva. Seja através da iniciativa privada ou em atenção à necessidade de implementação de políticas públicas.

Logo, a proteção do direito do cidadão à política pública de esporte e lazer é diretamente proporcional ao cumprimento obrigacional, estatal, da norma posta.

Ela passa pelo entendimento do novo paradigma trazido pela Constituição Federal de 88 e pela reestruturação jurídica dos instrumentos que assegurarão a implementação e execução dessa nova cultura esportiva.

Mas a relevância deste trabalho se concentra no entendimento de que estas legislações, que versam acerca do financiamento das atividades esportivas, sobretudo no que tange à responsabilidade dos entes federativos, serem ainda muito tímidas no que diz respeito à execução de tais políticas, ao não definirem um percentual mínimo obrigatório de investimento e tão pouco a fonte orçamentária. Isso sem contar o fato da liberdade de inexecução da política pública que não penaliza o ente ou o seu gestor, eleitoralmente legitimado, em caso de descumprimento do mandamento constitucional.

É bem verdade que a norma precisa atender a sua finalidade, não sendo viável que a mesma apenas conste do texto normativo constitucional e que não produza efeito fático no mundo real. Afinal, ainda lembrando as lições do Ministro Barroso (1994, p. 34):

As regras de direito, portanto, consistem na atribuição de efeitos jurídicos aos fatos da vida, dando-lhes um peculiar modo de ser. A incidência de uma norma legal sobre determinado suporte fático torna jurídicos os bens da vida. Há de identificar-se, por conseguinte, como realidades próprias e diversas, o mundo dos fatos e o mundo jurídico.

Advogar pela reestruturação e conseqüente melhoria das normas que versam acerca do financiamento e da obrigatoriedade da implementação das políticas públicas de esporte e lazer consiste em um ato de militância, não apenas em defesa da atividade esportiva, enquanto direito social com suas experiências e possibilidades, mas também da sobriedade, eficácia e soberania de nossa Carta Magna.

6. REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Carlos. *Atos administrativos Parte 1 – STF*. Disponível em: https://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaTvJustica/portaTvJusticaNoticia/anexo/Carlos_Barbosa_Atos_administrativos_Parte_1.pdf. Acesso em: 15 maio. 2023
- BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 197, p. 30–60, 1994. DOI: 10.12660/rda.v197.1994.46330. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46330>. Acesso em: 13 maio. 2023.
- BELMONTE, Alexandre Agra. Direito Desportivo, Justiça Desportiva e principais aspectos jurídico-trabalhistas da relação de trabalho do atleta profissional. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*, n. 47, 2010.
- BOURDIEU, Pierre. *Programa para uma sociologia do esporte*. In: BORDIEU, Pierre. *Coisas ditas*. São Paulo: Brasiliense, 1990, pp. 207-220.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 nov. 2022.

BRASIL. Controladoria-Geral da União - CGU. *Portal da Transparência do Governo Federal*, funções, Brasília, 2023. Disponível em: <https://portaldatransparencia.gov.br/funcoes>. Acesso em 18 abr 2023.

BRASIL. Decreto nº 7.984, de 8 de abril de 2013. *Regulamenta a Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto, e a Lei nº 13.756, de 12 de dezembro de 2018, quanto à destinação de recursos de loterias às entidades desportivas*. Diário Oficial da União - Seção 1, Brasília, DF, 9 abr. 2013. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2013/decreto-7984-8-abril-2013-775702-publicacaooriginal-139449-pe.html>. Acesso em: 15 de maio de 2023.

BRASIL. Lei 11.438, de 29 de dezembro de 2006. *Dispõe sobre incentivos e benefícios para fomentar as atividades de caráter desportivo e dá outras providências*. Brasília: Presidência da República, 29 dez. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111438.htm. Acesso em: 15 maio. 2023

BRASIL. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. *Institui normas gerais sobre o desporto e dá outras providências*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 mar. 1998.

BRASIL. Lei nº 13.756, de 12 de dezembro de 2018. *Dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), sobre a destinação do produto da arrecadação das loterias e sobre a promoção comercial e a modalidade lotérica denominada apostas de quota fixa*. Diário Oficial da União, 13 dez. 2018.

BRASIL. Ministério dos Esportes. *Lei das Loterias garante valor recorde de recursos ao Comitê Olímpico do Brasil*. [Brasília]: Ministério do Esporte, 22 nov. 2021. Disponível em:

https://www.gov.br/cidadania/pt-br/noticias-e-conteudos/esporte/noticias_esporte/lei-das-loterias-garante-valor-recorde-de-recursos-aos-comite-olimpico-do-brasil#:~:text=Os%20recursos%20assegurados%20por%20meio,rela%C3%A7%C3%A3o%20aos%20valores%20de%202021 . Acesso em: 15 maio. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.199, de 14 de abril de 1941. *Estabelece as bases de organização dos desportos em todo o país*. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3199-14-abril-1941-413238-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Estabelece%20as%20bases%20de%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20desportos%20em%20todo%20o%20pa%C3%ADs.&text=REGIONAIS%20DE%20DESPORTOS-,Art.,desportos%20em%20todo%20o%20pa%C3%ADs> . Acesso em: 21 abr. 2023.

BUENO, Luciano. *Políticas públicas do esporte no Brasil: razões para o predomínio do alto rendimento*. 2008. 296 f. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2008.

CANAN, Felipe; MILANI, Fernanda Gimenez; STAREPRAVO, Fernando Augusto. Considerações sobre o "fomento" ao esporte no Brasil. *Revista da ALESDE*, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 74-88, abr. 2018. ISSN 2238-0000. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/alesde/article/view/49682> . Acesso em: 30 abr. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/jlasss.v8i1.49682>.

CARVALHO, César Machado. *Esporte como política pública: um estudo sobre o processo de formulação da política de esporte no Brasil*. 2013.

COCETRONE, Gabriel. Prazo para regulamentação de sites de aposta chega ao fim. E agora? *Uol, Lei Em Campo*, 15 dez. 2022. Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/colunas/lei-em-campo/2022/12/15/prazo-para-regulamentacao-de-sites-de-aposta-chega-ao-fim-e-agora.htm?cmpid=copiaecola> . Acesso em: 15 maio. 2023.

COSTA, Laura Lambert da; SILVEIRA, Matheus. Inciso xxxvi – princípio da segurança jurídica: Princípio da segurança jurídica: uma garantia fundamental. [S. l.]: *Instituto viva direitos*, 2 set. 2021. Disponível em: <https://portal.vivadireitos.org.br/principio-da-seguranca-juridica/> . Acesso em: 3 maio 2023.

GOMES, Antonio Carlos. *Curso de pós-graduação em treinamento desportivo*. Universidade Federal do Estado de São Paulo - UNIFESP. (Impresso). Abril de 2007.

GOMES, Christianne Luce; DEBORTOLI, José Alfredo Oliveira; DA SILVA, Luciano Pereira. *Lazer, práticas sociais e mediação cultural*. 2019.

HERNANDEZ, José Augusto Evangelho; VOSER, Rogério da Cunha. *Exercício físico regular e depressão em idosos*. Estudos e pesquisas em psicologia, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 718-734, set. 2019. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812019000300010&lng=pt&nrm=iso . Acesso em 28 maio 2023.

LINHALES, Meily Assbú. *A trajetória política do esporte no Brasil: interesses envolvidos e setores excluídos*. 1996. 242 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1996.

MANHÃES, Eduardo Dias. *Política de esporte no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra S/A, 1986.

MARQUES, Renato Francisco Rodrigues. Re-significação do esporte em espaços de lazer: propostas de procedimentos pedagógicos com base em grupos de modalidades esportivas. *EFDeportes.com, Revista Digital*. Buenos Aires, Año 16, N° 165, Febrero de 2012. Disponível em: [https://www.efdeportes.com/efd165/re-significacao-do-esporte-em-espacos-de-lazer.htm#:~:text=O%20esporte%20de%20lazer%20se,relaxamento%20\(STIGGER%2C%202002\)](https://www.efdeportes.com/efd165/re-significacao-do-esporte-em-espacos-de-lazer.htm#:~:text=O%20esporte%20de%20lazer%20se,relaxamento%20(STIGGER%2C%202002).) . Acesso em 26 maio. 2023.



MELLO, Luiz Philippe Vieira; BASTOS, Guilherme Augusto Caputo (Orgs.). *Direito do trabalho desportivo: os aspectos jurídicos da Lei Pelé frente às alterações da lei n. 12.395/2011*. São Paulo: LTr, 2013. p. 33- 66.

OKA, Mateus. Nazifascismo. *Todo Estudo*. Disponível em: <https://www.todoestudo.com.br/sociologia/nazifascismo> . Acesso em: 28 de mai de 2023.

PRONI, Marcelo Weischaup. *Esporte-espetáculo e futebol-empresa*. Tese de doutorado. Faculdade de Educação Física, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1998.

ROSIGNOLI, Mariana; Rodrigues, Sergio Santos. (2017). *Manual de Direito Desportivo*. LTr. 978-85-361- 9386-1. 2. ed. São Paulo:2017.

SELZNICK, Philip; NONET, Philippe. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

SILVA, Matheus. Políticas Públicas para o Esporte: entenda a importância. *Politize*, 2022. Disponível em: <https://www.politize.com.br/esporte-nas-politicas-publicas/> . Acesso em: 03 jun. 2023.

STIGGER, Marco Paulo. *Esporte, lazer e estilos de vida: um estudo etnográfico*. Campinas: Autores Associados, 2002.

TISI, André. Lei Pelé: principais artigos, aspectos e implicações jurídicas. *Aurum portal*, 2022. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/lei-pele/#:~:text=A%20Lei%209615%2F98%2C%20tamb%C3%A9m,maior%20influ%C3%Aancia%20no%20Direito%20Desportivo> . Acesso em: 12 abr. 2023.

TUBINO. Manoel José Gomes. *Estudos brasileiros sobre o esporte: ênfase no esporte educação*. Maringá: Eduem, 2010.

VEIGA, Mauricio Figueiredo Correa. *Manual de direito do trabalho desportivo*. São Paulo: LTr, 2016.

Sobre os autores:

André Rubião | E-mail: rubiao.andre@gmail.com

Doutor em Ciência Política (Universidade Paris 8), Mestre em Filosofia do Direito (Universidade Paris 2), Bacharel em Direito (Milton Campos), é professor e coordenador do mestrado em Direito nas Relações Econômicas e Sociais na Milton Campos e professor na SKEMA Business School. Foi diretor-fundador do Centro de Estudos Sociais da América Latina (CES-AL/UFGM), pesquisador ligado à Association Française de Science Politique (AFSP), professor na Escola de Negócios IBS/FGV e na Faculdade de Políticas Públicas da Universidade do Estado de Minas Gerais, além coordenador de Políticas Públicas de Juventude da Prefeitura de BH e membro fundador do Conselho Municipal de Cultura. Tem experiência na área de Ciência Política, atuando nos temas Democracia Participativa/Deliberativa; na área de Direito, atuando nos temas Direitos Humanos; na área de Educação, atuando no tema Ensino Superior; na área de Gestão, atuando nos temas Cultura, Ética e Responsabilidade Social. Foi vencedor do Prêmio Jovens Cientistas Sociais de Língua Portuguesa (Universidade de Coimbra). É diretor de Cultura do Minas Tênis Clube e colaborador da Conceito Editorial e da Vivas Cultura.

Rubens Macedo Gomes | E-mail: rubensmacedo.jus@gmail.com

Advogado e professor radicado na cidade de Contagem/MG. Mestrando em Direito das Relações Econômicas e Sociais, Estado Democrático de Direito e Políticas Públicas - Faculdade Milton Campos. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2010). Pós Graduado em Direito Público pela Universidade FUMEC (2013). Presidente do Diretório Central dos Estudantes da PUC MINAS gestão (2006 a 2007) Presidente do Diretório Acadêmico de Direito da PUC MINAS gestão (2007 a 2008). Presidente do Diretório Acadêmico de Direito da PUC MINAS gestão (2008 a 2009). Presidente do Diretório Central dos Estudantes da PUC MINAS gestão (2009 a 2010). Gerente de Atendimento do Procon Contagem gestão (2005 até 2011). Superintendente de Atenção à Saúde da Secretaria Municipal de Saúde de Contagem gestão (2013 à 2016). Presidente do Conselho Municipal de Saúde de Contagem gestão (2015 à 2016). Presidente do Conselho Municipal do Esporte de Contagem/MG (2022) Diretor de Relações Institucionais da OAB/MG (Atualmente) Grande experiência de atuação em entidades do Terceiro Setor na condição de Advogado e Professor. Secretário Municipal de Esporte, Lazer e Juventude do Município de Contagem/MG

Estudo de caso: Termo de Ajustamento de Conduta da Fazenda Santa Eufrásia como instrumentador de políticas públicas?

Case study: Santa Eufrásia's Conduct Adjustment Term as an effective instrument of public policies?

Eduardo Gonçalves Blondet¹

Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito. Rio de Janeiro (RJ). Brasil

RESUMO

O trabalho analisa o compromisso de ajustamento de conduta celebrado por órgãos públicos com a gestora da fazenda Santa Eufrásia, localizada no Vale do Café, estado do Rio de Janeiro, com base em violações a direitos transindividuais da população negra. O objetivo é analisar se o referido instrumento de ajuste, fundamentado com referências a políticas públicas, cumpre a função de efetivá-las. Utilizou-se pesquisa documental e bibliográfica. Conclui-se que não se apresentou como instrumento efetivador das políticas públicas indicadas.

PALAVRAS-CHAVE:

Termo de Ajustamento de Conduta; Fazenda Santa Eufrásia; políticas públicas; racismo; igualdade racial.

ABSTRACT

The paper analyzes the conduct adjustment term entered into by public bodies with the manager of the Santa Eufrásia farm, located in Vale do Café, state of Rio de Janeiro, based on violations of transindividual rights of the black people. The objective is to analyze if adjustment instrument, based on references to public policies, fulfills the function of putting them into effect. Documentary and bibliographical research was used. It's concluded that it did not present itself as an effective instrument for the indicated public policies.

KEYWORDS:

Conduct Adjustment Term; Santa Eufrásia Farm; public policy; racism; racial equality.

¹ Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9426264356867220>



1. INTRODUÇÃO

A noção de acesso à justiça vem sofrendo transformações nas últimas décadas (WATANABE, 2017). De um lado a incapacidade do Poder Judiciário em atender o crescente ajuizamento de ações e, de outro, a busca por meios mais adequados de solução de conflitos, levaram a um movimento de estímulo à autocomposição e à desjudicialização. Nesse sentido, observa-se a Resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que inaugura verdadeira política pública de fomento de soluções consensuais, como a mediação e a conciliação, com alteração inclusive da organização administrativa dos tribunais. Outro fortalecimento dessa tendência se deu com a vigência do novo Código de Processo Civil de 2015 que apostou em métodos consensuais.

Dentre as diversas ferramentas e métodos desenvolvidos encontra-se o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), objeto de nosso estudo, entendido como instrumento de autocomposição híbrido, pois tanto pode ser pactuado a nível extrajudicial, quanto no curso do processo judicial.

A pesquisa visa analisar o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) assinado pela fazenda Santa Eufrásia em maio de 2017 com vistas a reparar danos a direitos das populações negras. Ele foi resultado da investigação levada a cabo através do inquérito civil instaurado pelo Ministério Público Federal (MPF), com base em reportagem publicada pelo *The Intercept Brasil*, na qual se acusou de racista a atividade turística exercida na propriedade (OLIVEIRA, 2016). A fazenda foi construída por volta de 1830 e está localizada em Vassouras, município do Estado do Rio de Janeiro; a região integra o Vale do Café, palco de intenso trabalho escravo e elevada produção do grão durante o século XIX. O MPF propôs a celebração de compromisso de ajustamento de conduta previsto na Lei 7347/85 ao entender que a encenação organizada pela proprietária, com intuito de simular as relações oitocentistas, resultara em naturalização do racismo e da escravidão (BRASIL, 2017).

No curso de inquérito civil público, instaurado para apurar possível violação de direitos fundamentais na programação turística da fazenda, foi celebrado o compromisso de ajustamento de conduta em que a gestora da propriedade se obrigou a cessar as encenações em referência ao período imperial bem como a diversas ações para reparar os direitos transindividuais potencialmente lesados (BRASIL, 2017).

Na justificação e fundamentação do Termo observa-se que o *Parquet* elencou uma série de direitos e garantias, tomadas como verdadeiros guias para a atuação estatal. Assim, ao



que parece, o TAC foi firmado com a intenção de efetivar políticas públicas. O presente trabalho tem por objetivo analisar o compromisso pactuado e responder ao questionamento: foi adequado, sob ponto de vista legal, celebrar o compromisso de ajustamento com a representante da fazenda visando ao implemento de políticas públicas?

2. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC)

Previsto no §6º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, o compromisso de ajustamento de conduta permite aos órgãos públicos legitimados firmar acordo com os interessados em adequar sua conduta às exigências legais, mediante cominações. Como a lei objetiva a correção da conduta desviante, as obrigações pactuadas devem primordialmente buscar tal fim, servindo as cominações como meio de estimular e coagir o infrator a cumpri-las.

O TAC tem eficácia de título executivo extrajudicial e, dessa maneira, insere-se como um meio adequado de solução de conflito, no sentido de possibilitar a resolução de um problema sem prestação jurisdicional. No seio dos estudos que apontam para a perspectiva de que o problema do acesso à justiça não se reduz ao direito de acesso ao Poder Judiciário, o TAC é caracterizado como instrumento capaz de solucionar uma demanda de forma célere, justa, eficiente e econômica (RODRIGUES, 2011). Pactuado entre o órgão público legitimado e o (possível) infrator, não precisa ser submetido ao crivo do Estado-juiz, tendo seu conteúdo os meios pelos quais será retificada a conduta ilícita, bem como reparado o dano praticado.

Ao nosso estudo interessa ressaltar a necessidade de um comando jurídico e uma conduta diversa, ou seja, que se desvia da norma - em caráter preventivo, pode-se considerar, ainda, um comportamento potencialmente desviante. Presentes tais elementos, tanto o órgão público legitimado, quanto o infrator pode propor a celebração do ajuste, instrumento pelo qual o (possível) infrator assume o compromisso de se adequar às exigências do ordenamento jurídico, interrompendo o dano (ou prevenindo-o) e de reparar as violações já cometidas.

3. O INQUÉRITO CIVIL

O inquérito civil público é um procedimento administrativo presidido pelo Ministério Público para apurar responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados, conforme art. 1º da Lei 73747/85, I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística; VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e VIII – ao patrimônio público e social. O objetivo do inquérito é recolher elementos de convicção suficientes para instruir o processo decisório sobre a proposição de “ação civil pública, ação coletiva, ou ação de improbidade, expedir recomendação, celebrar termo de ajustamento de conduta ou propor o arquivamento do inquérito civil” (RODRIGUES, 2011, p.78).

No caso, o inquérito foi instaurado de ofício pelo procurador da república após tomar conhecimento de matéria jornalística de autoria do grupo *The Intercept Brasil*, em que se denunciou a prática discriminatória e racista produzida no âmbito das atividades turísticas da fazenda. De acordo com o veículo de comunicação, Elisabeth Dolson, herdeira e gestora da fazenda, veste-se de sinhá, acompanhada de trabalhadoras, estas vestidas de mucamas, para receber visitantes, o que seria a naturalização do racismo e da escravidão (OLIVEIRA, 2016).

De acordo com a reportagem (OLIVEIRA, 2016) a herdeira da fazenda recebe os turistas com a seguinte frase: “Geralmente eu tenho uma mucama, mas ela fugiu. Ela foi pro mato. Já mandei o capitão do mato atrás dela, mas ela não voltou (...) Quando eu quero pegar um vestido, eu digo: ‘duas mucamas, por favor!’. Porque ninguém alcança lá em cima.” Ainda é afirmado que, quando confrontada com a acusação de que seu teatro seria racista, disse o seguinte: “Racismo? Por causa de quê? Por que eu me visto de sinhá e tenho mucamas que se vestem de mucamas? Que isso! Não! Não faço nada racista aqui. Qual é o problema de ter... não!”.

Em depoimento ao MPF Dolson assume ter dito a primeira frase algumas vezes (infere-se da leitura do depoimento que tal fala se deu durante encenação teatral). Quanto à segunda frase, não há registro durante o inquérito que confirme se de fato ocorreu (BRASIL, 2017).

Faz-se importante mencionar as datas dos principais atos praticados no inquérito a fim de se verificar com maior clareza o caminho percorrido: a reportagem foi ao ar dia 6 de dezembro de 2016; o inquérito instaurado a 19 do mesmo mês; em 1º de fevereiro de 2017 foi

colhido depoimento da proprietária Elizabeth Dolson; o TAC foi apresentado a 24 de fevereiro e aceito pela senhora Dolson, acompanhada de seu advogado, em 29 de março de 2017. De janeiro de 2017 até março de 2019 inúmeros eventos (reuniões, audiência públicas, debates etc) foram realizados, além da expedição de recomendações dirigidas ao Poder Público e a proprietários de fazenda da região. A 14 de junho de 2019 o inquérito foi arquivado por ordem de outra procuradora da república sob observação de não ter vislumbrado qualquer ilegalidade ou conduta a ser ajustada por parte da administradora da Fazenda Santa Eufrásia (BRASIL, 2017).

Malgrado nosso entendimento de que o TAC foi proposto com base em elementos superficiais e em frágil material probatório (a compromissária Dolson, a despeito de ter assinado o termo, parece não ter sido convencida de que seu comportamento afrontava a lei), é de se destacar que foram realizadas muitas atividades durante o inquérito. Nossa crítica não está em apontar inércia do órgão ministerial. Criticamos o caráter bastante genérico das ações praticadas em detrimento da investigação específica que, a nosso ver, deveria ter lugar para a devida caracterização da conduta de Dolson e o descortinamento de medidas de reparação.

A nosso sentir, o MPF se desviou do objetivo investigativo do inquérito justamente quando se deparou com uma realidade muito mais ampla do que a descrita na reportagem: o fato de que encenações relativas ao império e à escravidão aconteciam em todas as fazendas de turismo da região. Os primeiros atos do inquérito, ordenados na portaria de instauração, foram as solicitações de informações ao IPHAN (considerando-se que a propriedade foi tombada em 1970) e a Dolson, tendo em vista o conteúdo ventilado pela reportagem. O primeiro, em ofício datado de 4/1/2017 diz “esclarecemos que encenações, para fins turísticos e/ou histórico-culturais, ocorrem em todo Brasil” (BRASIL, 2017, p.2).; e Dolson, em depoimento de primeiro de fevereiro, afirma “que muitas outras fazendas fazem a mesma encenação” (BRASIL, 2017, p.88), indicando, inclusive, o nome delas.

Parece-nos que tal dimensão, não indicada pela reportagem e, por conseguinte, provavelmente não esperada pelo órgão ministerial, causou verdadeira inflexão no curso do inquérito. Suscitamos a hipótese de que esta revelação factual, mais do que redimensionar numericamente os possíveis infratores, indicou ao MPF mudança qualitativa do problema. Não se tratava mais de um teatro realizado por uma senhora em uma fazenda, mas sim de uma prática comum e largamente realizada e que, no entender do órgão, violava direitos da população negra.

Para além de ser reproduzida em larga escala - talvez em todo o país, como afirmou o IPHAN - é de se registrar sua aceitação social, materializada na ausência de denúncias e na própria sobrevivência desse tipo de turismo que, evidentemente não se sustentaria com observadores/consumidores insatisfeitos.

Tal fato, revelado logo no início do inquérito, guiou o MPF por uma seara muito mais abrangente, a nosso ver, transcendendo de um caso particular para uma realidade macro em que se descortinou a ausência do Poder Público na regulamentação de atividade tão sensível aos interesses da sociedade. Daí a explicação do exitoso envolvimento, no curso do inquérito, da sociedade civil, dos Poderes Executivo e Legislativo Municipal. Foram realizadas muitas reuniões, debates e audiências públicas sobre a questão, envolvendo variedade significativa de participantes: movimentos populares, associações, institutos, quilombos, universidades, proprietários de fazenda, entidades culturais, OAB, prefeito, vereadores, secretários municipais etc. (BRASIL, 2017).

A hipótese, que desde já podemos apresentar, é que a ausência de regulamentação desse tipo de atividade turística criou verdadeira lacuna e dificuldades à realização do direito à memória e à efetivação de políticas públicas de reparação e igualdade racial.

Desse modo, o procedimento administrativo pretendeu, de um lado, solucionar o problema encontrado através de compromisso de ajustamento com a fazenda Santa Eufrásia, e, de outro lado, seguiu tarefa mais ampla de promover medidas de reparação e de igualdade racial em âmbito regional: sob esse enfoque, pode-se citar, a constituição de grupo de trabalho para subsidiar o MPF na elaboração de recomendação sobre o turismo no Vale do Café, cuja primeira reunião se deu em 6/06/2018. Nessa reunião se percebe a preocupação do MPF em tratar de questões amplas ao referir-se a três grupos de atuação, sendo (i) Legislativo, onde indica a aprovação de datas e semanas comemorativas; a aprovação de premiação e cadastros positivos para fazendas que valorizam o povo negro; além da mudança de nomes de rua e logradouros e colocação de placas informativas. (II) Executivo, âmbito em que são aventadas a possibilidade de criação de centros de memória e museus do movimento negro, além de preocupação com a capacitação dos profissionais que lidam com o turismo e (iii) Fazendas, local de recepção de turistas onde seria interessante a orientação do que fazer e do que não fazer, enaltecendo os materiais de cunho informativo (BRASIL, 2017).

Enfim, o inquérito administrativo deu origem ao TAC firmado com a fazenda Santa Eufrásia, objeto deste estudo, e prosseguiu com realização de debates, reuniões, audiências públicas e expedições de recomendações cujo conteúdo remontam a efetivação de políticas públicas, sobretudo relacionadas à igualdade racial e ao direito à memória.

4. AS POLÍTICAS PÚBLICAS ELECADAS NO TAC

De início cumpre-nos falar do conceito de políticas públicas, sobretudo pela vasta divergência doutrinária. Considerando que “qualquer definição de política pública é arbitrária” (SECCHI, 2013, p.2) e que, este trabalho prescinde de discussão mais profunda acerca do conceito em si, registramos apenas os dois elementos fundamentais que compõem a política pública, nas palavras de Secchi: “intencionalidade pública e resposta a um problema público; em outras palavras a razão para o estabelecimento de uma política pública é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante” (2013, p. 2).

Através da análise dos “considerandos” que principiam o Termo de Ajustamento de Conduta em exame observa-se a indicação de um rol de elementos a fundamentar e justificar o compromisso pactuado. Dentre as quarenta e sete considerações, verificam-se várias com as características citadas pertinentes às políticas públicas; são textos que em geral fazem referências jurídicas, delineando um problema público e o tratamento almejado em face dele. Em seguida vamos destacar as políticas apresentadas no TAC, sob a forma de “considerandos”, com os respectivos fundamentos jurídicos, seguidos do número do considerando entre parêntesis, considerando-se uma numeração de um a quarenta e sete, conforme a ordem em que aparecem no Termo:

- a dignidade da pessoa humana e o objetivo fundamental da república de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, nos termos do art. 3º, inciso IV da Constituição Federal. (7)
- “o princípio da igualdade que obriga o Estado a adotar medidas de reparação da injustiça cultural ou simbólica...”, nos termos do art. 5º, caput, da CF. (8)

- “vedação de tratamento desumano ou degradante”(art. 5º, III, CF) e proteção ‘da intimidade, da vida privada, honra e imagem das pessoas’ (art. 5º, X, CF). (9)
- promoção da igualdade racial, deduzida do repúdio ao racismo expresso no art. 4º, VIII da CF. (10)
- proteção das manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras (art. 215, §1º, CF) (11)
- proteção e promoção do patrimônio cultural brasileiro (art. 16, §1º, CF) (13)
- a promoção do respeito aos direitos e liberdades de toda pessoa, sem qualquer tipo de discriminação, conforme obrigação prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. (15)
- repúdio à discriminação racial, conforme Convenção Internacional sobre todas as formas de Discriminação Racial de 1965, Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas conexas de Intolerância. (16, 17 e 24)
- promoção do direito à memória, conforme decorrência de princípios constitucionais e do direito à verdade, estabelecido pela Assembleia Geral da ONU de 2010 (18, 19, 20 e 21)
- promoção do respeito à diversidade cultural e à criatividade humana, conforme Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial de 2003; (22 e 23)
- garantia à população negra da efetivação de igualdade de oportunidades, da defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos, nos termos do Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010)

É interessante notar a presença de direitos fundamentais e de objetivos políticos e sociais delineados. Vale citar as palavras de Ingo Sarlet, sobre a distinção entre políticas públicas e direitos sociais como direitos fundamentais (2012, p.219):

Políticas públicas não se confundem com direitos fundamentais, designadamente como direitos subjetivos (individuais e ou coletivos) que são veiculados por meio de políticas públicas, o que não afasta a possibilidade de um direito a que o Estado atue mediante políticas públicas, precisamente como forma de assegurar a efetividade de direitos fundamentais.

Ainda sobre características das políticas públicas, esclarecedoras são as palavras de Leonardo Secchi (2013, p. 108):

Em países em que vigora o sistema de Common Law (sistema anglo-saxão), como Inglaterra e Estados Unidos, grande parte dos problemas de implementação de políticas públicas é decidida nos tribunais. Nesse sistema existe, tradicionalmente, menor detalhamento da norma legal (papel do Poder Legislativo) e uma ênfase maior no processo de interpretação da aplicação de cada caso, de acordo com a norma legal (papel do Poder Judiciário). Já em países em que vigora o Civil Law (sistema românico-germânico), como Brasil, Itália e Espanha, há uma ênfase maior no detalhamento da legislação com o intuito de diminuir a necessidade de interpretação da aplicação da lei. É sabido que mesmo em contextos jurídicos de Civil Law, como no Brasil, há uma tendência para a resolução de vácuos legais por meio de interpretação jurídica, o que valoriza o papel dos juízes no estabelecimento da política pública.

Tomando como reflexão as palavras dos dois autores temos que fazer uma distinção clara entre as políticas públicas e os direitos protegidos por elas. Sem dúvida cabe às relações particulares a obrigação de respeito aos direitos positivados. A doutrina constitucionalista chama este dever de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Disso não resulta, frise-se, que o particular está obrigado a implementar uma política pública. Tal obrigação, imperiosamente cabe ao Estado. Inúmeros exemplos poderiam ser fornecidos para essa afirmação. Tomemos, ilustrativamente, a política de proteção às crianças. O cidadão, ainda que em sua vida particular, não está à margem dela. Diante do enunciado no art. 5º da Lei 8069/90 (“Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão...”) cabe ao particular abster-se de qualquer conduta que cause tais danos. Também o cidadão está obrigado a condutas positivas quando a mesma lei diz em seu art. 33 sobre a obrigação de prestação de assistência material, moral ou educacional àqueles que detêm guarda de crianças ou adolescentes (BRASIL, 1990). Por outro lado, isso não significa dizer que está o particular responsável por construir escolas ou hospitais públicos, contratar pediatras etc. Tais fazeres, constituem deveres do Estado, implementados através de políticas públicas que visam ao atendimento dos direitos das crianças e adolescentes.

Com este exemplo queremos apenas consignar que há responsabilidades diversas na implementação de políticas públicas e que, precipuamente, tal ônus recai sobre o Estado, responsável maior pela efetividade das políticas públicas. Pois ainda que se delegue ao particular determinadas condutas, quer positivas, quer negativas (como visto acima), tal atribuição deve ser feita por lei, ou seja, pelo Estado. Afirmamos isso com base no inciso II do

art. 5º da Carta da República - “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Tal compreensão se mostra importante na medida em que o TAC aqui examinado foi firmado com a gestora de uma fazenda ainda que, conforme afirmado, o inquérito também tenha abarcado diversas outras atividades do MPF.

5. AS OBRIGAÇÕES FIXADAS NO TAC

O documento contém quatro obrigações de não fazer e onze obrigações de fazer, estipuladas, conforme já afirmado, após os “considerandos” iniciais, que lhes servem de justificativa e fundamentação. As duas primeiras cláusulas também indicam de forma direta a finalidade das obrigações pactuadas. Afirma-se que a finalidade do ajuste é “reparar as violações aos direitos da população negra” e “assegurar o reconhecimento da história e cultura negra e o combate ao silenciamento dos efeitos da escravização” (BRASIL, 2017, p.113).

A primeira obrigação negativa constitui-se na proibição de “encenação ou a utilização de vestimentas por pessoas negras ou brancas que as caracterizem como ‘mucamas’” (BRASIL, 2017, p.113). Por todo o contexto do TAC é notório que tal previsão tem como alvo a não depreciação da pessoa negra, a memória das pessoas que serviram como mucamas, enfim, a não naturalização da escravidão, para usar as palavras do próprio documento. Ocorre, contudo, que tal proibição está a impedir o exercício livre de manifestação artística. Não se quer advogar pela liberdade de, em nome da arte, divulgar ou defender o racismo. A questão é: por que motivo personagens com roupas de mucamas estariam necessariamente a desvalorizar o negro ou a naturalizar a escravidão? Que dizer do sem-número de produções (com essa característica) divulgadas no cinema, em casas de teatro, televisão, locais públicos etc?

A segunda obrigação de não fazer proíbe “a utilização da palavra escravo, de forma escrita ou oral, devendo ser sempre trocada pela expressão “pessoa escravizada”, com o fim de contribuir para a superação da associação da imagem do negro ao “escravo” (BRASIL, 2017, p.114). Percebe-se igualmente uma exagerada abrangência na proibição. Será lícito proibir uso de palavra oficial do idioma nacional através de um TAC?

A cláusula quinta apresenta a proibição de apresentar “apenas a versão da história dos barões do café” e uma conduta positiva, consubstanciada na menção ao “crime da escravidão e

o papel que africanos e seus descendentes desempenharam na construção de toda a riqueza da região” (BRASIL, 2017, p.114). Não encontramos normas jurídicas que amparem tal obrigação de forma direta. Todavia, pode-se indiretamente citar o art. 11, §1º e 43 da Lei 12288/2010 e o art. 26-A, §1º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Não obstante, tais normas se referirem ao ensino formal e aos meios de comunicação, traduzem, de maneira geral, o entendimento do legislador sobre a matéria, além de serem compatíveis com a política pública de igualdade racial.

A quarta e última obrigação negativa convencionada proíbe “qualquer descrição histórica que implique menção pejorativa aos negros escravizados ou que banalize a história da escravização de pessoas” (BRASIL, 2017, p.114). Evidentemente tal imposição decorre de nosso ordenamento jurídico e está de acordo com o princípio da não repetição, com os direitos à igualdade e à memória e, sobretudo, com o fundamento maior que é a dignidade da pessoa humana. O problema, a nosso ver, está no exemplo de tal conduta, trazido na própria cláusula sexta, que cita a frase de Dolson, notoriamente dita em encenação. Conforme já tratado anteriormente, não parece crível censurar a manifestação artística, ainda que em nome de direitos e garantias cruciais ao Direito. A fala, já transcrita (“Geralmente eu tenho uma mucama...”), deve causar ao público - considerando-se nosso tempo e espaço - verdadeira repulsa e indignação, pois demonstra a crueldade com que as sinhás tratavam as escravas. Proibir tais menções dentro de manifestações artísticas nos parece desproporcional e desnecessário.

A iniciar as obrigações de fazer está o custeamento e instalação de duas grandes placas com texto cujo teor pode ser sintetizado no repúdio a escravização e em engrandecimento da resistência dos escravos. A segunda placa informa que em 1880 viviam 162 escravizados naquela fazenda e em homenagem a eles traz o nome de cada um, conforme encontrado no inventário do antigo proprietário. Percebe-se caráter reparador desta obrigação.

Em seguida temos a obrigação de a gestora e demais responsáveis da fazenda realizarem curso de capacitação ministrado por lideranças negras. Ao que parece a intenção foi de possibilitar melhor formação aos funcionários da fazenda sobre a história dos negros e escravos. Foi prevista ainda a obrigação de a compromissária Dolson repassar tais conhecimentos aos futuros contratados da fazenda.

A décima cláusula estabelece que os representantes da fazenda apresentarão um pedido de desculpas público à comunidade negra. Percebe-se o objetivo de reparação simbólica, já que entendido que a conduta realizada na fazenda maculou direitos.

Em sequência, estabelece-se a obrigação de a fazenda incluir em sua programação a apresentação de um texto elaborado pelas comunidades negras sobre pessoas e famílias importantes e também “a exibição de pequenos filmes, de até 5 minutos, previamente editados pelas comunidades” (BRASIL, 2017, p.115). Vê-se, uma vez mais, o cunho reparatório pretendido, além do alinhamento com políticas públicas de valorização da história e da memória das populações negras.

A cláusula décima segunda prevê a afixação de cartazes na propriedade indicando a possibilidade de se denunciar a prática de racismo ao MPF. Vemos um conteúdo informacional que pode ter efeito inibidor de condutas ilícitas (BRASIL, 2017).

A sétima obrigação positiva estipula a cessão de parte da propriedade, uma vez por mais, para que comunidades negras possam realizar atividades culturais e comercializar seus produtos. O fundamento para tanto parece estar na ideia de compensação do dano. Considerou-se que houve uma violação e, como forma compensatória, determinou-se tal cessão (BRASIL, 2017).

Em seguida tem-se a determinação de custeamento, por parte da fazenda, de 500 folhetos com texto similar ao das placas, valendo-se, portanto, os mesmos comentários. Também se previu a impressão e distribuição de 500 cartilhas informativas sobre o crime de racismo produzidas pela defensoria. De teor educativo, tais cartilhas cumprem função de prevenção ao crime de racismo (BRASIL, 2017).

A penúltima obrigação determina que a fazenda será responsável por vender, durante as visitas, os produtos da comunidade negra, repassando os recursos obtidos aos representantes das comunidades. Também esta obrigação não parece estar alinhada a política pública ou dever legal, mas tão-somente a ideia de compensar as comunidades negras (BRASIL, 2017).

Por derradeiro a cláusula décima quinta impõe o custeamento de “300 cópias dos seguintes DVDs: “Conta um Ponto” (sobre o jongo de Pinheiral), “Memórias do Cativo” (Quilombo São José da Serra) e “Jongos, Calangos e Folias” (sobre a música negra na região)” (BRASIL, 2017, p. 115). Pelos títulos das produções percebe-se que a divulgação de tais

conteúdos cumpre a finalidade de exaltar a história dos negros e sua importância na construção da cultura nacional.

6. EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ELECADAS

É imprescindível retomar o propósito legal do TAC, confirmado pela doutrina e jurisprudência, de ajustar a conduta do (possível) infrator às normas jurídicas e reparar os danos advindos do comportamento ilícito.

Tal questão basilar nos traz o questionamento de qual norma estaria sendo descumprida com a encenação feita na Santa Eufrásia (e em todo o país, segundo o IPHAN). À evidência o problema não está em fazer encenações com personagens vestidas de mucamas ou em empregar o vocábulo escravo, questões inegavelmente permitidas pelo ordenamento jurídico. O problema, ao que parece vislumbrado pelo próprio *Parquet* no curso do inquérito, está no vácuo legal (expressão também utilizada por Leonardo Secchi, em citação anterior) com que se deparou. É dizer, não há dúvidas quanto ao compromisso formal do Estado em promover a igualdade racial, em combater formas de intolerância e discriminação, em garantir a não repetição de violações a direitos humanos etc. mas parece haver nítida lacuna desses comandos gerais quando não se visualiza sequer uma regulamentação para atividade exercida por um particular, em localidade com assombrosa história de escravidão, explorando a temática da própria escravidão.

Afirmamos que o MPF se deparou com realidade muito mais complexa do que a violação de direitos no âmbito de relação particular, justamente pela fundamentação que expôs no termo e pelo conteúdo que se pactuou nele sob forma das obrigações de fazer e não fazer. A conceber o problema apenas restrito ao âmbito da fazenda Santa Eufrásia, poderia o órgão ter atuado no sentido de cessar a violação e obter a reparação que, por se tratar de bem extrapatrimonial, deveria ter sido o pagamento em dinheiro destinado ao fundo previsto no art. 13, §2º da Lei 7347/85. O que vimos, contudo, foi o tratamento superficial dado à investigação da violação denunciada pela reportagem - o procurador não foi ao local assistir à encenação, tampouco colheu depoimento de pessoas que trabalharam nela ou de visitantes que foram espectadores do teatro - e intensa atividade com pessoas e instituições com nenhuma relação com o que fora praticado na fazenda Santa Eufrásia. Exemplo maior disso é a reunião, cuja

memória está nas folhas 443/454 do inquérito, em que se fala em projetos de leis regulando o turismo, propostas de avaliação das fazendas, capacitação dos profissionais do turismo, criação de centros de memória (BRASIL, 2017). Ou seja, questões que materializam o comando geral das leis e princípios de Direito em ações concretas levadas a cabo pelo Poder Público.

Vejamos as próprias medidas de cunho reparatório dispostas no instrumento de ajuste como a distribuição de folhetos e a instalação de placas com conteúdo textual em reverência a luta dos escravos pela liberdade e em patrocínio de sua memória. Acaso tais fazeres não soam estranhos, haja vista que do fim da escravidão já contamos mais de um século? É razoável pensar que em um país civilizado, signatário de diversos pactos internacionais de combate à escravidão, à discriminação e ao racismo, e com o ordenamento jurídico interno como o nosso, as propriedades remanescentes do século XIX, até hoje não contem com um regramento próprio para garantia da memória dos que ali viveram e sofreram violações?

Parece-nos que tal realidade impôs ao MPF uma missão muito maior do que a inicialmente prevista. E, a despeito de ter prosseguido o inquérito, reunindo Poder Executivo, Legislativo e sociedade civil, acabou por tratar individualmente o problema, por meio de TAC, com uma única fazenda dentre várias com condutas iguais ou semelhantes. Tratando sobre a estratégia de pulverização das ações judiciais coletivas, situação diferente daqui, em que a solução foi extrajudicial, Vanice Regina Lírio do Valle traz interessante reflexão (2018, p. 194):

A prática revela um percurso de caminho inverso ao pretendido com a criação da via de ação coletiva, com uma intencional abdicação dos benefícios do enfrentamento na matriz macro do problema submetido ao crivo judicial. (...)

Recorta-se a discussão para, em tese, diminuir a sua complexidade (e aumentar a probabilidade de êxito). O problema está em que a redução da complexidade pode conduzir a um desvio de perspectiva de análise. Problemas complexos (como o são no mais das vezes os que exigem políticas públicas específicas) não comportam soluções simples - esse é o dilema que vive diuturnamente o administrador.

Malgrado a diferença citada podemos aproveitar o pensamento da autora para refletir sobre a via eleita pelo MPF ao propor o TAC com a Santa Eufrásia. O que justifica a celebração de TAC com uma única fazenda, sendo que inúmeras praticam a mesma atividade, ao que

parece, com aceitação social, e, inclusive com patrocínio do Governo do Estado e sua Secretaria de Cultura²⁴ (BRASIL, 2017, p.126-127)?

A nosso ver tal via acabou por reduzir a dimensão do problema e desprezar a complexidade que lhe é inerente. O resultado foi a celebração de um compromisso que não se adequou aos ditames da lei e, provavelmente, a não transformação do turismo nas fazendas, que, se realmente violador de direitos transindividuais, urge por mudanças e medidas de proteção social.

O vácuo legislativo, especificamente direcionado a esse tipo de atividade turística, também coloca a apreciação subjetiva dos envolvidos em primeiro plano, quando o que se deseja é exatamente o contrário. Assim como se delineou o currículo a ser ministrado nas escolas por que não estipular, via processo legislativo, o adequado tratamento do turismo relacionado à memória dos escravos e à história da escravidão?

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como reflexão na esteira de conclusão do presente estudo pode-se trazer a ideia de que não obstante a vasta fundamentação genérica declinada nas considerações iniciais, a elencar direitos e políticas públicas, percebe-se ausência de programas de ação especificamente no que toca ao turismo nas fazendas com referências à escravidão. Parece-nos confirmada a hipótese inicialmente indicada, qual seja, de que a ausência de regulamentação desse tipo de atividade turística criou verdadeira lacuna e dificuldades à realização do direito à memória e à efetivação de políticas públicas de reparação e igualdade racial.

No que tange a atuação do *Parquet*, conclui-se que seu equívoco se deu no instante em que tentou corrigir tal lacuna através de ajuste de conduta de um particular, em vez de atuar junto ao Estado na elaboração de diretrizes para esse trabalho. Como já abordado, o inquérito demonstrou ao MPF a ausência de políticas públicas pertinentes ao tema (BRASIL, 2017). Ressaltamos que esta omissão, para fins de compreensão integral do problema, não deve ser

²⁴ O advogado de Dolson juntou folheto da Fazenda São Luiz da Boa Sorte que anuncia encenação com personagens da época, intitulado "Viagem ao Tempo dos Barões e Escravos – Inclusão social através da Educação e da Cultura" com patrocínio do Governo do Estado e da Secretaria de Cultura"

vista como autônoma, à parte, enfim, estranha ao turismo na região. cremos que, de alguma maneira, a atuação positiva do Estado para efetivação dos direitos fundamentais em discussão (direito à igualdade racial, direito à memória etc) contribuiria para inibir um turismo racista. Se o Estado conseguisse através de projetos ou ações elevar a compreensão sobre a igualdade racial, bem como destinar justa homenagem àqueles que foram vítimas da escravidão naquela região, certamente teríamos um estado de coisas em defesa destes direitos, o que ajuda a inibir ou constringer o desrespeito aos direitos da população negra e a servir como guia para uma justa atividade turística. Referências expressas do procurador ao tema das políticas públicas comprovam que o MPF percebeu essa necessidade (BRASIL, 2017).

A investigação do MPF demonstrou que o próprio setor turístico, explorador de temas afeitos à história local (escravidão, império...), não tem regulamentação de modo a aproveitar a atividade turística como meio de concretização de direitos (como os direitos à igualdade racial e à memória da escravidão). A história da região e sua vocação para o turismo (cuja importância social, política e econômica se reveste de grandes proporções), faz com que este setor necessariamente chame para si a atenção do Poder Público, pois não é possível que o Estado concretize os direitos mencionados se o conteúdo das atividades turísticas ficar ao alvedrio individual de seus promotores. A peculiaridade histórica e a importância que o turismo tem para a região impõem isso.

8. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2018.

BRASIL. *Lei nº 7347 de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública. Brasília, DF: Senado Federal, 1985.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no



âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em 13 jan. 2022.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.

BRASIL. *Inquérito Civil Público nº1.30.010.000001/2017-05*. Procuradoria da República no Município de Volta Redonda – RJ, 2017.

OLIVEIRA, Cecília. TURISTAS PODEM SER ESCRAVOCRATAS POR UM DIA EM FAZENDA ‘SEM RACISMO’. *The Intercept Brasil*. Rio de Janeiro, 6 dez. 2016. Disponível em <<https://theintercept.com/2016/12/06/turistas-podem-ser-escravocratas-por-um-dia-em-fazenda-sem-racismo/>> Acesso em 20 fev. 2023.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A RESSIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA À LUZ DO ART. 3.º DO CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, Vol 254/2016, p. 17-44, abr. 2016.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas e ações civis públicas: judicialização da política*; in *Direito em Movimento*, Rio de Janeiro, v. 16 – n. 2, p. 182-202, 2º sem. 2018.

WATANABE, Kazuo. *Depoimento*. FGV PROJETOS. Solução de conflitos, Rio de Janeiro, ano 12, nº 30, p. 22-29, 2017. Disponível em < <https://mediacao.fgv.br/wp->

content/uploads/2017/04/CadernosFGVProjetos_30_solucaodeconflitos.pdf> Acesso em 20 mar. 2023.

Sobre o autor:

Eduardo Gonçalves Blondet | E-mail: eduardoblondet@gmail.com

Possui graduação em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2016) e mestrado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2021). Atualmente é assistente em administração da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. É advogado. Tem experiência na área de Direito e de Educação.



Análise das políticas públicas de expansão do direito penal brasileiro para fins preventivos

Analysis of public policies for the expansion of brazilian criminal law for preventive purposes

Fillipe Azevedo Rodrigues¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor. Caicó (RN). Brasil

Carlos Francisco do Nascimento²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor. Caicó. (RN). Brasil

Tácio dos Santos Medeiros³

Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduando. Caicó. (RN). Brasil

RESUMO

A expansão do direito penal brasileiro está ocorrendo como uma tentativa de frear a expansão da criminalidade. Essa prática, para tal objetivo, é altamente controversa, visto que, além de não estar surtindo efeito, pode estar agravando a situação da segurança pública em determinadas localidades do país. Este estudo, primeiramente, partirá de uma abordagem teórica sobre o crime, buscando a relação da pena com o seu cometimento e, em um momento posterior, fará uma análise prática de algumas leis expansivas penais, a fim de verificar sua eficácia para efeitos de redução do tipo penal ao qual foram propostas. Para prosseguir com os estudos, foi utilizado o método hipotético-dedutivo para entender as teorias de alguns autores e o método quantitativo-qualitativo para poder observar os impactos legislativos no contexto brasileiro através de dados estatísticos dos crimes ocorridos. Por fim, percebe-se uma clara ineficácia das legislações estudadas como função preventiva, sendo possível ainda perceber um quadro de piora em alguns cenários regionais do país.

ABSTRACT

The expansion of Brazilian criminal law is taking place unbridled as an attempt to stop the expansion of criminality. This practice, for this purpose, becomes controversial since, in addition to not having an effect, it may also be harming certain places. This study, firstly, will start from a theoretical approach to crime, seeking the relationship between the penalty and its commission and, at a later time, a practical analysis of some expansive penal laws will be carried out, in order to verify their effectiveness for the purposes of reduction of the criminal type to which they were proposed. To proceed with the studies, the hypothetical-deductive method was used to understand the theories of some authors and the quantitative-qualitative method to be able to observe the legislative impacts in the Brazilian context through statistical data of the crimes that occurred. Finally, a clear ineffectiveness of the laws studied as a preventive function is perceived, and it is still possible to perceive a worsening picture in some regional scenarios of the country.

¹ Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8397-5094>

² Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9206947061947088>

³ Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5532964422252555>



PALAVRAS-CHAVE:

Eficácia da pena; expansão penal; efeito preventivo da lei penal.

KEYWORDS:

Penalty effectiveness; penal expansion; preventive effect of criminal law.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil, nos últimos anos, vem passando por diversas modificações legislativas de expansão do direito penal. Tais alterações objetivam desacelerar a incidência de crimes em todo o território nacional e, ao longo dos anos, é perceptível o vasto número de oscilações.

Nesse contexto, abordar-se-á se esses dois fatores possuem correlação e se a expansão das penas é, de fato, uma solução ou um futuro problema. Esse estudo visa analisar se a política de legislação penal está surtindo efeito no Brasil ou se está apenas postergando um problema para o futuro, o qual virá como uma bola de neve que trará consequências para a ordem social, econômica e jurídica do país.

Um obstáculo claro para a realização dos estudos propostos foi a dificuldade em obter dados estatísticos específicos sobre determinados tipos de crimes, o que impede a formulação de conclusões precipitadas e a condução de análises precisas. Além disso, não é possível emitir um veredito definitivo sobre a eficácia de certas legislações a longo prazo devido ao curto período de sua aplicação, deixando apenas espaço para especulações até que resultados concretos possam ser observados na sociedade.

Cabe destacar que a tendência de expandir a pena de tipos penais já existentes ou criar outros é dominante em todos os sistemas normativos (Silva Sánchez, 2013). Essa medida de adotar codificações robustas e abrangentes é uma tendência a ser adotada em sociedades mais complexas. Com a inevitável expansão social e o desenvolvimento dos meios de comunicação, que deram uma sensação de insegurança ainda maior e diminuem as distâncias entre onde o fato ocorreu e onde estamos, há a maior necessidade de uma proteção punitiva maior do estado, mesmo que apenas visualmente. (ROXIN, 2006). Isso se deve ao fato da insatisfação que a sensação de impunidade causa na sociedade mina a confiança nas instituições e abala os fundamentos da justiça.

Quando crimes são cometidos e os culpados não são responsabilizados, cria-se um sentimento de desamparo e injustiça entre os cidadãos. A impunidade não apenas encoraja a repetição de delitos, mas também corrói a fé no sistema legal.

A partir disso, para analisar as leis que expandiram penas e criaram delitos nas duas últimas décadas no Brasil, é interessante conhecer quais teorias fundamentam essa expansão punitiva do estado frente aos referidos tipos penais e entender como eles se relacionam com uma possível diminuição da criminalidade em seu território de abrangência.



2. TEORIAS DO COMPORTAMENTO DO CRIME

2.1 ROBERT KING MERTON

Para Robert King Merton, a sociedade em que um determinado indivíduo está inserido é responsável por dispor de um consciente coletivo de metas. Ou seja, um conjunto de valores entendidos como essenciais, visados por todos. Para alcançar tais metas, surgem os meios institucionalizados, que seriam as formas legais e socialmente aceitas de se fazer isso. Assim sendo, a partir do momento que um indivíduo quer atingir as metas culturais e não consegue, a própria sociedade irá pressioná-lo a isso, o que fará ele buscar meios alternativos para as alcançar, porém, sem a observância dos meios institucionalizados, caracterizando o que ele chama de estado de anomia social (OLIVEIRA; CAMARGO, 2021).

Seguindo adiante na teoria de Merton, a sociedade se divide em cinco categorias de adaptação, sendo cada uma delas uma observância se as metas e os meios institucionalizados vão ser aceitos ou não: Conformidade quando os indivíduos aceitam tanto os objetivos culturais quanto os meios legítimos para alcançá-los; Inovação quando os objetivos culturais são aceitos, mas recorrem a meios ilegítimos para alcançá-los. Este é o caminho que muitos criminosos tomam, buscando sucesso material através de atividades ilegais; Ritualismo é a fase em que indivíduos abandonam os objetivos culturais elevados, mas continuam a aderir aos meios legítimos. Eles seguem as regras e rotinas sem esperar alcançar os objetivos sociais mais altos; a fase de Evasão se caracteriza com o abandono total tanto dos objetivos culturais quanto dos meios legítimos para alcançá-los. Eles renunciam os meios e as metas da sociedade e adotam uma postura de desilusão e, por fim, a Rebelião, onde os indivíduos rejeitam tanto os objetivos culturais quanto os meios legítimos e buscam substituí-los por novos objetivos e meios, muitas vezes desafiando o status quo e procurando alterar a estrutura da sociedade.

Um esquema em tabela sobre essas cinco características pode ser visto na tabela 1.

Tabela 1 – Categorias de adaptação social.

CATEGORIA	METAS CULTURAIS	MEIOS INSTITUCIONALIZADOS
CONFORMIDADE	ACEITA	ACEITA
INOVAÇÃO	ACEITA	NÃO ACEITA
RITUALISMO	NÃO ACEITA	ACEITA
EVASÃO	RENÚNCIA	RENÚNCIA
REBELIÃO	NÃO ACEITA	NÃO ACEITA

Fonte: elaborado pelo autor

Dessa forma, a teoria de Merton enfatiza a importância das condições sociais na determinação do comportamento criminoso. Ela destaca como a desigualdade de oportunidades e a pressão para alcançar metas culturalmente valorizadas podem levar ao desvio e à criminalidade. A teoria de Merton continua a ser uma lente valiosa para entender a relação entre estrutura social e comportamento criminoso em sociedades modernas.

Conclui-se, pela teoria de Merton, que a tipificação penal é utilizada para reprimir as atividades da categoria da inovação e da rebelião, os quais não aceitam os meios institucionalizados da sociedade e precisam ter o comportamento reprimido. Portanto, esses fatores têm um impacto limitado na correlação entre a gravidade da pena e os crimes cometidos, conforme sugerido por essa teoria. Isso ocorre porque, independentemente da gravidade da punição, o indivíduo não reconhece essa restrição institucionalizada como um obstáculo significativo para alcançar seus objetivos.

2.2 RICHARD CLOWARD E LLOYD OHLIN

A teoria de Richard Cloward e Lloyd Ohlin se assemelha à teoria de Merton. Dessa forma, para cada subcultura em que o indivíduo está inserido, seu limiar de aceitação para determinado meio ilegítimo será variado. Conclui-se, sobre essa teoria, que ao inserir um indivíduo mais jovem em uma subcultura com outros mais experientes e com atividades ilegítimas mais amplas, o recém inserido será socializado com eles e passará a desenvolver também essa disposição para novos atos ilegítimos. (MAGALHÃES, s.d.).

Nessa perspectiva, de modo análogo à teoria de Merton, também se supõe que, para a teoria de Richard e Ohlin, o agravamento da pena teria pouco impacto, visto que a subcultura do grupo que induz qual o limiar aceitável para tal pessoa aceitar ou não a regra. Ademais, em uma interpretação mais ampla, pode-se ainda apontar uma relação negativa nesse sentido, visto que, ao apenar alguém por mais tempo, seu convívio com subgrupos mais delitivos seria maior, reduzindo sua ressocialização com outras categorias da sociedade.

Como afirmou Rodrigues: “A condição social, portanto, tem papel considerável na dimensão de utilidade decorrente da prática do delito – isso porque, quanto mais se tem, mais receio se tem de perder e menos necessidade se tem de arriscar”. Nessa perspectiva, concatenando essa teoria à de Richard Cloward e Lloyd Ohlin, pode-se deduzir que, ao aumentar a pena em determinado nível, somente iria desestimular os mais abastados, pois eles teriam mais receio de sofrer o estímulo negativo que é a pena, fazendo com que os meios ilegítimos, que também são escassos, ficassem mais à disposição de outros indivíduos, selecionando apenas a camada mais pobre para tais delitos, já que esses teriam um limiar de aceitação do risco maior por ter menos a perder.

2.3 JEREMY BENTHAM

A teoria do crime de Jeremy Bentham é fundamentada na sua filosofia utilitarista e em sua visão sobre o comportamento humano. Bentham acreditava que os indivíduos são motivados pelo desejo de maximizar o prazer e minimizar a dor. Portanto, sua abordagem para entender o crime se baseia nesse princípio.

Em suma, a teoria do crime de Jeremy Bentham se baseia na crença de que os indivíduos são movidos por considerações de prazer e dor, e que o crime ocorre quando as pessoas percebem que cometer um ato criminoso resultará em mais prazer do que dor. Ele via a punição como uma forma de dissuadir o crime e buscava um sistema legal que promovesse o maior bem-estar para a sociedade como um todo.

Ao contrário das teorias anteriores, aqui se pode observar uma clara influência do nível da pena no cometimento ou não do tipo penal. Jeremy Bentham afirmou que, para cometer o delito, o indivíduo sofre um estímulo positivo do que irá obter com ela e, de modo contrário, estímulo negativo, que seria a punição e o risco ao cometer o crime (RODRIGUES, 2016).

Logo, entende-se que, para essa teoria, o simples aumento de pena de determinado delito resultaria em um estímulo negativo maior e, conseqüentemente, iria reduzir a quantidade daquele delito praticado.

3. LEIS EXPANSIONISTAS DE DIREITO PENAL NO SÉCULO XXI E SEUS IMPACTOS A LONGO PRAZO

A partir deste momento, serão discutidas algumas leis de aumento de pena implementadas nas últimas duas décadas no âmbito do direito penal brasileiro. Em seguida, será realizada uma análise quantitativa do número de crimes ocorridos após a entrada em vigor dessas leis, com o objetivo de avaliar sua eficácia.

3.1 LEI 11.343/2006 – LEI DE TÓXICOS

Também conhecida como Lei Antidrogas, essa legislação buscou a idealização de políticas para o combate ao tráfico de drogas no Brasil. Dentre suas várias alterações, ela acrescentou em 2 anos a pena dos crimes de penas dos delitos de tráfico de drogas, passando de 4 para 6 anos. Além disso, também impôs medidas de internação involuntária, dentre outras medidas mais rigorosas para o tráfico. (BRASIL, 2006)

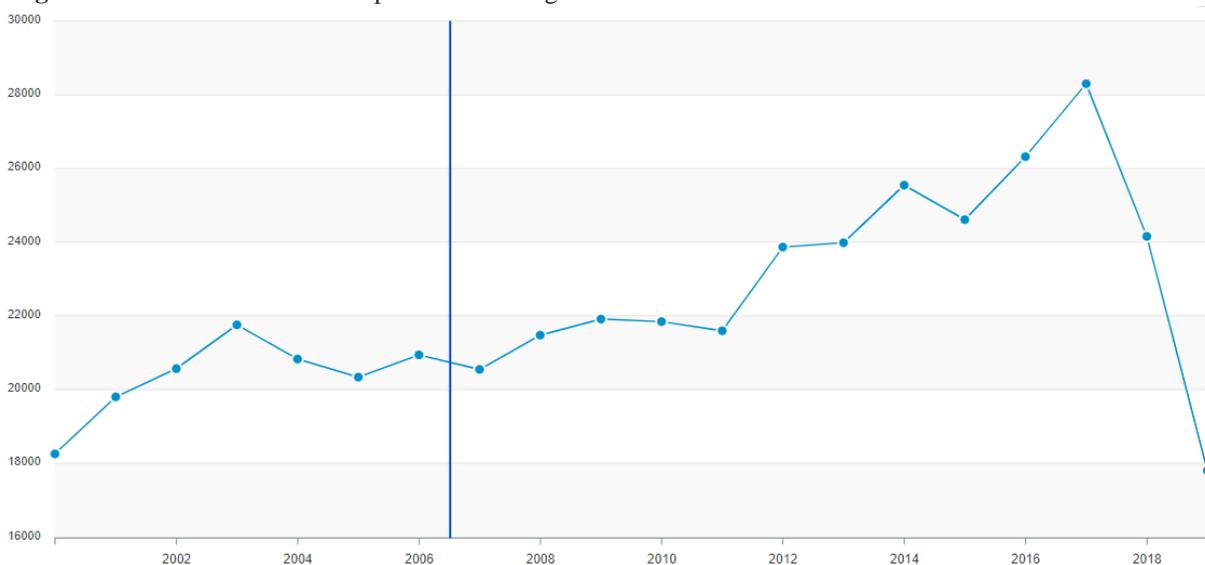
Essa lei foi idealizada em 2002 pelo Senado Federal, o país passava por um contexto de aumento de criminalidade e surgia a necessidade de se estudar e evitar o contínuo crescimento. Para isso, foi criada a Comissão Mista de Segurança Pública, com o objetivo de identificar e diagnosticar as causas da violência crescente da época. Ao final, foram propostos e aprovados diversos projetos e emendas à constituição e, no mesmo ano, a criação de uma proposta de uma nova política nacional antidrogas, a qual buscava diferenciar traficantes de usuários. Sendo promulgada 4 anos depois, essa lei tinha objetivo de enrijecer o tratamento penal para os condenados por tráfico de drogas. (BARBOSA, 2017).

Primeiro, para verificar se a nova rigidez trazida pela lei antidrogas à época foi funcional, seria necessário analisar seus efeitos antes e depois da sua vigência. Um dos objetivos da referida legislação seria, obviamente, diminuir o consumo de substâncias proibidas em

território nacional. Entretanto, o consumo de algumas dessas drogas fora multiplicado depois de alguns anos, como por exemplo o da maconha, passando a ser consumida por 8,8% dos brasileiros com idade entre 16 e 64 anos, número que é mais de 3 vezes maior que os 2,6% da população consumidora da droga em 2005, um ano antes da promulgação da lei (ALEXANDRE, 2013). E, na mesma pesquisa, ainda se encontrou que o consumo de cocaína foi de 0,7% para 1.75% da população, no mesmo período.

Além do consumo, buscava-se reduzir também a taxa correlata de crimes cometidos envolvendo o tráfico de drogas, como o homicídio. Segundo um estudo realizado no Rio de Janeiro em 2004, estimava-se que 90% dos homicídios da população entre 19 e 24 anos da cidade envolvia tráfico de drogas (MEIRELLES; GOMEZ, 2009), o que torna correto implicar que os indicadores de homicídio do Brasil, principalmente de jovens, estão intimamente ligados aos entorpecentes traficados. Com isso, é possível visualizar uma parte da eficácia desta norma ao analisar um gráfico contendo os números de homicídios ocorridos por ano no Brasil, antes e depois da vigência da lei.

Figura 1 - Homicídios de Jovens por Arma de Fogo.

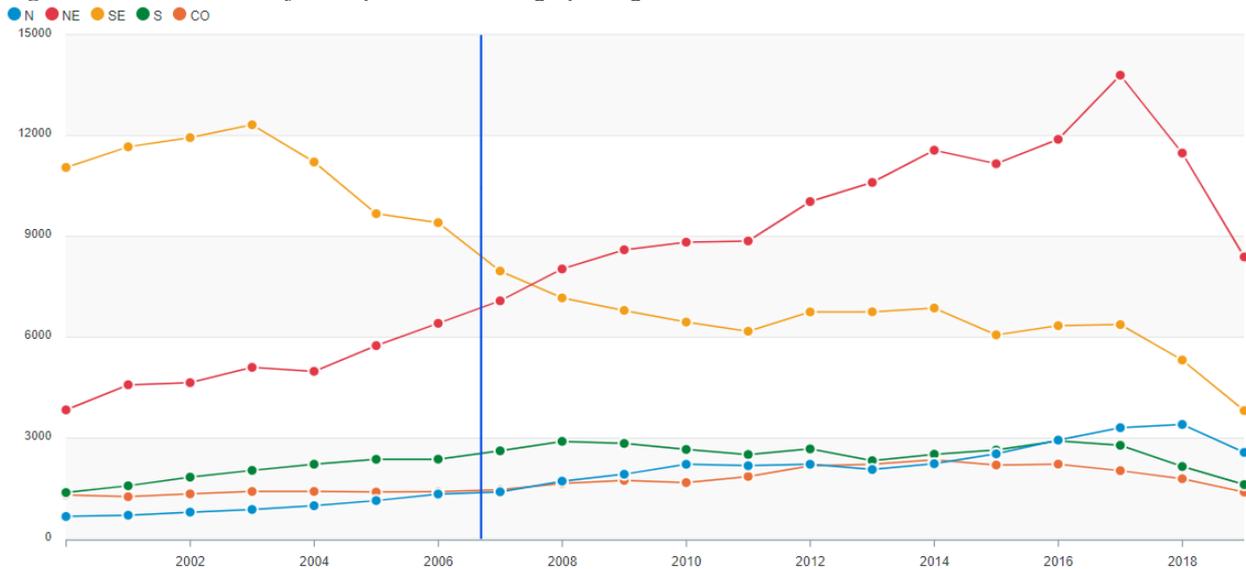


Fonte: IPEA, 2022.

Observa-se no gráfico os Homicídio de Jovens por Armas de Fogo de 2000 até 2019. A linha azul na vertical é o momento da promulgação da lei citada anteriormente. Em uma primeira análise, percebe-se que ela não alterou os padrões do gráfico, após uma pequena queda, os números voltaram a subir em um ritmo moderado. Fazendo um filtro desses homicídios por

região, ainda não é possível ver uma alteração nos padrões, pois se observa que esse número no Nordeste vinha crescendo e no Sudeste diminuindo, continuando assim mesmo após a vigência da lei, nos mesmos ritmos, como é possível visualizar no gráfico abaixo.

Figura 2 - Homicídios de jovens por Arma de Fogo por região.



Fonte: IPEA, 2022.

Após examinar os dois gráficos, torna-se evidente a ineficácia da Lei nº 11.343 de 2006 nesse contexto, pois ela se mostra irrelevante em um dos aspectos fundamentais da segurança pública, que deveria ser uma de suas principais áreas de atuação.

Nota-se que, no esforço de combater o tráfico, houve uma valorização no preço da droga, pois há um investimento na força policial de combate a sua circulação, de forma que o delinquente que se arrisca diante da forte repressão do estado passa a considerar tal cenário como um custo adicional à produção ou ao tráfico de drogas, percebendo que a lei destinada a combater o tráfico acabou por permitir que traficantes anteriores a 2006 se tornassem proeminentes empresários do crime, mais difíceis de capturar devido ao aumento do número de agentes envolvidos em suas organizações criminosas, gerando um efeito totalmente oposto ao desejado. Nesse mesmo sentido, grandes lucros econômicos obtidos por facções criminosas como o PCC são uma externalidade da escolha pública incorporada a ela. Por exemplo, se o tabaco fosse criminalizado, seria mais um alvo para grandes traficantes do mercado ilícito. Isso não significa que o contrabando de cigarros não exista, mas não gera o mesmo efeito de

violência secundária, pois os infratores ainda competem com o mercado legal. (SOUZA; RODRIGUES, 2018).

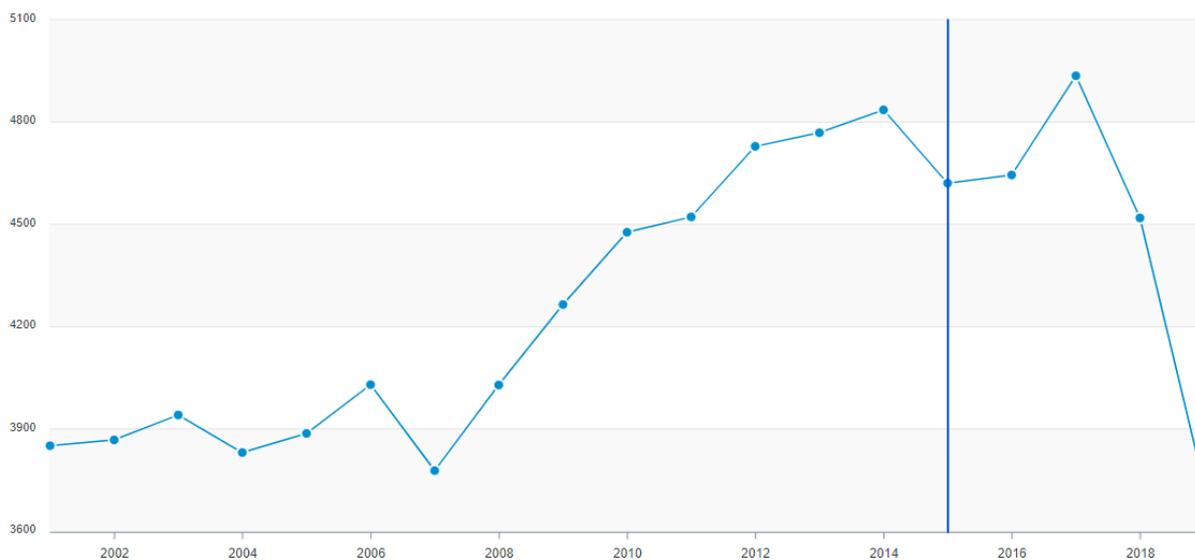
3.2 LEI 13.104/2015 - FEMINICÍDIO

A lei 13.104 de 2015 acrescentou ao artigo 121 do Código Penal, dentre outras coisas, a qualificadora do feminicídio. O inciso VI diz: “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”, passando a pena de 6 a 20 anos, do caput, para 12 a 30 anos. Considerou ainda, no § 2-Aº, que envolve razões de condição do sexo feminino quando:” I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher”. (BRASIL, 2015).

A lei do feminicídio foi fruto de uma intensa pressão social da sociedade e de órgãos internacionais frente às omissões do Estado brasileiro em relação aos crimes de homicídios praticados contra mulheres que ocorriam no país sem nenhum tipo de medida para os evitar. A existência da qualificadora e sua passagem ao rol dos crimes hediondos foi um marco importante, afinal, descobrir e apontar o problema é o primeiro passo para uma resolução. Porém não é a única medida, é necessário entender as causas e fatores contributivos para o agravo desse quadro, com fim de preveni-los. (DOSSIÊ FEMINICÍDIO, 2022).

Entende-se que os fundados objetivos para essa legislação foi a diminuição da violência contra a mulher no âmbito de suas relações pessoais, que constantemente são mortas, agredidas ou desprezadas pela condição de ser mulher. Diante disso, a próxima verificação será referente aos números dessa qualificadora, para buscar se seus objetivos foram alcançados ou se tornou apenas mais uma medida ineficaz.

Não foi possível encontrar o número exato de homicídio de mulheres classificados como feminicídio ocorridos em múltiplos períodos diferentes no país, porém, em 2020, cerca de 34,5% dos assassinatos contra mulheres ocorridos, foram qualificados como feminicídios (BUENO et al, 2020). Partindo de um pressuposto que essa fração é um valor aproximadamente constante desde o ano de sua instauração, é possível se fazer uso de mais um gráfico do Atlas da Violência do IPEA. Desta vez, do quantitativo feminino nos crimes de homicídio, sem discriminação de idade.

Figura 3 - Homicídios de mulheres.

. Fonte: IPEA, 2022.

O gráfico acima se assemelha muito ao gráfico de homicídios de jovens por arma de fogo, apresentando picos e vales nos mesmos anos, como os momentos de elevação em 2003, 2006, 2014 e um grande pico em 2017, que será abordado posteriormente. Porém, o que importa no gráfico é a análise a partir de 2015, data da entrada em vigor da qualificadora feminicídio.

No seguinte ano após sua vigência ocorreu uma elevação moderada no número de casos e seguiu até 2017, entretanto, para o índice de homicídios masculinos, no mesmo período, os números cresceram bruscamente, ou seja, nos anos seguintes da promulgação da lei, houve o crescimento desacelerado para homicídios femininos se comparados aos masculinos. Tais fatores não são conclusivos para uma possível eficácia nesse sentido da legislação, mesmo que mínima, visto que, apesar de desacelerado quando comparado ao índice masculino, o total de casos continuou crescendo ano após ano.

3.3 LEI 10.826 – ESTATUTO DO DESARMAMENTO

Como mais uma medida para tentar contornar a violência que assolava o país, em 2003 o Estado elaborou uma nova legislação, que ficou conhecida como Estatuto do Desarmamento. Essa famosa lei focaliza principalmente nas regras para o uso de armas de fogo, seus acessórios e munições dentro do território nacional. Também diferencia porte e posse de arma de fogo e

reserva o uso de armas de fogo estritamente a agentes de segurança, condicionando a indivíduos considerados aptos em avaliações físicas e psicológicas.

Sabendo que a maioria dos crimes cometidos está de alguma forma ligada ao uso de armas de fogo, há uma interligação direta ou indireta entre a criminalidade e o porte de armas, o que tornava lógico reduzir aquela, por meio desta. (BERTOLIN, 2016).

Dentre os principais tipos penais previstos, estão: posse irregular de arma de fogo; posse ilegal de arma de fogo; omissão de cautela; disparo de arma de fogo; comércio ilegal de arma de fogo; tráfico internacional de arma de fogo.

A análise da eficácia desta lei é constantemente alvo de discussões de grupos opostos: enquanto alguns defendem sua eficiência e importância, outros argumentam contra e defendem uma maior liberdade para o porte e posse de armas de fogo no Brasil.

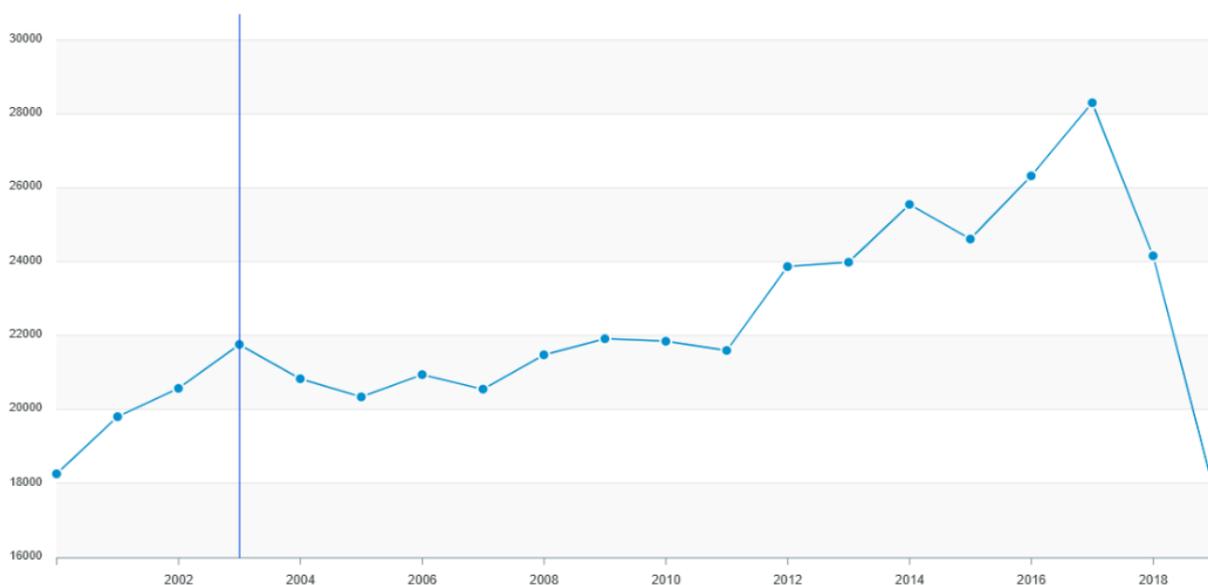
Parte da população é contra o desarmamento devido ao sentimento de insegurança causado pela ineficiência do poder público em sua proteção e, segundo ela, a possibilidade de estar armada seria benéfico para a sociedade. (GARCIA, 2020).

O IPEA se posiciona a favor da legislação, o instituto concluiu que o estatuto do desarmamento, a partir de 2003, fez com o número de homicídios por armas de fogo diminuísse. Ainda de acordo com o instituto, 133.987 vidas foram salvas na década base, de 2004 a 2014.

Observando o gráfico a seguir, é visível uma diminuição ao longo de alguns anos após sua promulgação (linha azul na vertical), porém, não se manteve constante por muito tempo, e logo voltou a subir.

Figura 3 - Homicídios de jovens por arma de fogo..





Fonte: IPEA, 2022.

Outros efeitos diretos, também de acordo com o IPEA, foram a estabilização do percentual total de mortes causadas por arma de fogo, que vinha aumentando desde 36,8% para 70,7% entre os anos de 1983 e 2004, permanecendo estáveis desde então, e a redução das mortes causadas por motivos torpes, como por exemplo, em brigas de trânsito.

Apesar de apresentar certa eficácia, o estatuto do desarmamento ainda não foi suficiente para tornar os índices criminológicos do Brasil aceitáveis ou mantê-los em queda. Após um tempo, nota-se o retorno do aumento da criminalidade e a necessidade de novas estratégias neste âmbito.

4. HIPÓTESES PARA ALGUMAS VARIAÇÕES APRESENTADAS NOS GRÁFICOS

Feito os estudos das leis propostas, agora a abordagem se dará em cima de dois pontos em comum observáveis nos gráficos supracitados. Isso ajudará a entender os motivos que levam às grandes variações e como elas estão relacionadas com as leis analisadas aqui ou alguma outra do direito penal.

O primeiro ponto a ser falado é no pico de violência em 2017. Em todos os gráficos apresentados até agora, esse ano domina o ranking de mortes, isso se deve às violentas rebeliões que ocorreram nos presídios brasileiros, que foram causadas por conflitos entre duas das maiores facções criminosas do país, ocorrendo diversos massacres em diferentes institutos

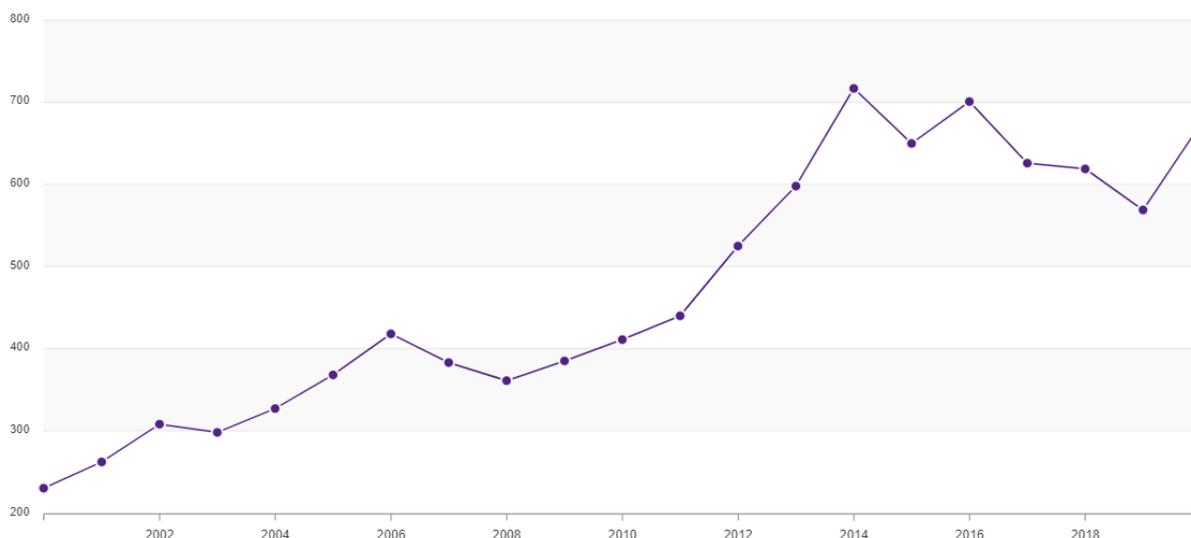
prisionais. Tais conflitos se espalharam também pelas ruas, deixando um saldo de milhares de mortos ao final.

Por outro lado, chama a atenção os anos decorridos pós os massacres de 2017, as taxas de homicídio estão em queda em quase todos os estados do país, chegando em 2019 com os números mais baixos em duas décadas. Apesar de parecer uma vitória do poder público ao controlar os indicadores de violência, não é bem assim. Pesquisadores da NEV-USP e da Rede de Observatórios de Segurança Pública identificaram uma mudança na forma das ações das facções criminosas no Brasil.

O que ocorreu foi a diminuição das guerras entre as gangues criminosas desde os incidentes de 2017, bem como uma mudança na estrutura dos negócios das grandes facções. Agora, para os líderes, o homicídio chama uma atenção desnecessária e facilita a ação da polícia, que em certos casos chegam a alguns chefes das organizações e desmantelam o crime organizado em determinada subárea.

O aumento do risco torna essa medida evitada, principalmente nas grandes cidades onde o policiamento e o aparato tecnológico de apoio logístico são maiores. Por outro lado, cidades e estados menos policiados passaram a ser novas disputas de território, como é o caso do Piauí, que possui algumas localizações estratégicas para o escoamento para o mercado internacional (MANSO, 2022). O gráfico abaixo mostra o índice de homicídios ocorridos nas últimas duas décadas no Piauí.

Figura 4 - Homicídios por arma de fogo no Piauí.



Fonte: IPEA, 2022.

Como visto no gráfico acima, no que pese a diminuição após 2017, no Piauí não houve a continuação da tendência que ocorre em grandes centros urbanos, locais de onde estão se afastando os conflitos entre facções criminosas. O estado apresentava um dos índices mais baixos do país, mas há anos vem sofrendo com o aumento de conflitos mortais, juntamente com outros estados do nordeste e do norte. Essas transformações explicam o porquê do nordeste, conforme o segundo gráfico apresentado neste trabalho, apresentar um crescimento assustador nos primeiros anos do século 21 e persistir. A criminalidade, que antes era concentrada no Sudeste, parece ter migrado para regiões com um controle menor sobre os grupos criminosos. Esse também foi um fato ocorrido no Rio Grande do Norte, principalmente na capital Natal, que viu os índices de criminalidade crescendo em um ritmo sem precedentes na história (RODRIGUES, 2019).

Por fim, cabe ainda mencionar um novo exemplo de enrijecimento da norma penal no Brasil: o pacote anticrime. Tal legislação foi essencialmente processual, mas o motivo de sua citação aqui se deve ao fato que ela aumenta o limite máximo das penas privativas de liberdade de 30 para 40 anos, respondendo a um anseio da sociedade em meio ao sentimento de impunidade. Nesse caso em específico não será possível entender de fato sua eficácia na prática, visto que a lei foi promulgada em 2019 e, até então, não decorreu um período suficiente para estudar seus impactos a longo prazo. O declínio já falado pós 2017 pode ser entendido como outro fator impeditivo da visualização do impacto do pacote anticrime no âmbito do combate

aos crimes violentos, pois impede a visualização dos efeitos de uma forma um pouco mais pura e o real impacto desse aumento de 10 anos na pena máxima.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos fatos apresentados, é evidente o fracasso dos tipos penais abordados em retardar os delitos aos quais foram dirigidos. É possível também afirmar que as penas no Brasil apresentam apenas um papel de reprovar a conduta do agente, o que não seria um problema se fosse combinado a um efeito preventivo e ressocializador, visto que o papel de castigo e coação da ação criminosa também é muito importante no convívio em sociedade. Entretanto não é o que ocorre, enquanto o papel de coação da pena cresce, o preventivo e ressocializador não.

Cabe ainda dizer que a intenção do trabalho não é afirmar que não se deve aumentar nenhuma pena ou criar outras, o ponto é que, ao fazer isso sem maiores estudos aprofundados nas causas e teorias, a expansão do direito penal pode vir a ter um efeito contrário ao qual se objetivava, exemplo disso é a migração da criminalidade do Sudeste para o Nordeste.

Fato é que enquanto menor a pena, maior a sensação de insegurança popular, o que torna seu agravo muito atraente para os governantes, que ganharão o respeito popular em uma falsa luta contra o crime (GOMES, 2015). Apesar das leis abordadas ao longo dos textos terem trazido também aspectos positivos, ainda não foi possível cumprirem seus objetivos. Medidas preventivas parecem ter mais efeitos que a mera expansão penal, como o policiamento e as investigações técnicas mais bem estruturadas. Conclui-se que, para evitar que os indicadores criminais sejam determinados apenas pela vontade dos criminosos, as ações penais devem ser pensadas e planejadas para, de fato, extinguir o problema, e não apenas mandá-lo para outro lugar.

A questão do aumento das penas como uma medida eficaz para diminuir a incidência de crimes é complexa e controversa. Enquanto a abordagem pode parecer intuitiva, muitos especialistas argumentam que simplesmente aumentar as penas não aborda as raízes subjacentes dos comportamentos criminosos. Fatores socioeconômicos, educação precária, falta de oportunidades, desigualdade social e questões de saúde mental desempenham papéis significativos na determinação do envolvimento criminal. Portanto, concentrar-se apenas no aumento das penas pode não abordar essas causas profundas. Além do abordado no presente

artigo, há a preocupação de que penas mais longas possam sobrecarregar ainda mais o sistema de justiça criminal e resultar em um maior custo para a sociedade. Em vez de focar exclusivamente nas punições mais rigorosas, muitos especialistas argumentam em favor de abordagens mais abrangentes, como a reabilitação, a prevenção e o investimento em programas que abordem as causas subjacentes do comportamento criminoso.

Nesse mesmo sentido, está a argumentação de Carvalho (1996) ao dizer que a despenalização emerge como uma alternativa crucial diante da ineficiência do sistema penal no Brasil. Ao invés de reforçar as leis penais, o Estado deveria concentrar seus esforços na erradicação da miséria e na criação de políticas sociais mais abrangentes. Ao atacar as causas subjacentes da criminalidade, como a pobreza e a falta de oportunidades, seria possível reduzir significativamente os índices de violência. A presença do direito penal deve ser limitada a áreas onde outras formas de regulação se mostraram inadequadas, evitando assim a hipertrofia do sistema penal. A multiplicação excessiva de tipos penais não apenas sobrecarrega o sistema judiciário, mas também mina sua eficácia ao desviar recursos e atenção de questões mais prementes. Dessa forma, a despenalização ou uma solução apenas administrativa não apenas racionaliza o sistema jurídico, mas também restaura a confiança da população no Estado ao abordar os problemas de forma mais eficiente e justa. (RODRIGUES, 2021).

6. REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ilo Aguiar Reginaldo. *Consumo de maconha no Brasil triplicou em seis anos; o de cocaína duplicou*. 2013. Disponível em: <https://iloaguiar.com/2013/06/28/consumo-de-maconha-no-brasil-triplicou-em-seis-anos-o-de-cocaina-duplicou/>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BARBOSA, Renan. *Lei de Drogas: a distinção entre usuário e traficante, o impacto nas prisões e o debate no país*. a distinção entre usuário e traficante, o impacto nas prisões e o debate no país. 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/explicado/2017/01/14/Lei-de-Drogas-a-distin%C3%A7%C3%A3o-entre-usu%C3%A1rio-e-trafficante-o-impacto-nas-pris%C3%B5es-e-o-debate-no-pa%C3%ADs#:~:text=EM%20QUE%20contexto%20a%20Lei%20de%20Drogas%20brasilei>

ra%20foi%20implementada,-

O%20projeto%20de&text=O%20projeto%20partiu%20da%20Comiss%C3%A3o,propostas%20de%20emenda%20%C3%A0%20Constitui%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 03 jul. 2022.

BERTOLIN, Herbert Campos. *O ESTATUTO DO DESARMAMENTO E SEUS IMPACTOS SOCIAIS*. 2016. Disponível em: <https://ri.unipac.br/repositorio/wp-content/uploads/tainacan-items/282/127027/HELBERTH-CAMPOS-BERTOLIN-O-ESTATUTO-DO-DESARMAMENTO-E-SEUS-IMPACTOS-SOCIAIS.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. *Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015*. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, 9 mar. 2009.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 29 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 11343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 23 ago. 2006.

BUENO, Samira et al. *A violência contra meninas e mulheres no ano pandêmico*. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/6-a-violencia-contra-meninas-e-mulheres-no-ano-pandemico.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2022.

CARVALHO, Ivan Lira. *O direito penal como instrumento inibidor da violência*.



Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 33 n. 131, p. 123-128, jul./set. 1996.

DOSSIÊ FEMINICÍDIO (Brasil). *Feminicídio no Código Penal brasileiro*. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/capitulos/o-que-e-feminicidio/#:~:text=No%20C%C3%B3digo%20Penal%20brasileiro%2C%20o,discrimina%C3%A7%C3%A3o%20C%C3%A0%20condi%C3%A7%C3%A3o%20de%20mulher..> Acesso em: 03 jul. 2022.

GARCIA, Tarcísio Duarte e LUZ, Marlon Souza. *A EFICIÊNCIA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE E HOMICÍDIOS POR ARMA DE FOGO*. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0673_0688.pdf. Acesso em: 25 fev. 2023.

GOMES, Luíz Flávio. *O castigo penal severo diminui a criminalidade?* 2015. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/207036404/o-castigo-penal-severo-diminui-a-criminalidade>. Acesso em: 28 jun. 2022.

HENRIQUE, Pedro. *Pacote anticrime: o aumento do limite temporal de cumprimento de pena privativa de liberdade*. 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/pacote-anticrime-o-aumento-do-limite-temporal-de-cumprimento-de-pena/>. Acesso em: 03 jul. 2022.

MAGALHÃES, Carlos. *Teorias da criminalidade: uma abordagem crítica*. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/dir-25-05-teorias-da-criminalidade-uma-abordagem-critica/#:~:text=O%20crime%20n%C3%A3o%20C%C3%A9%20produzido,de%20ocorr%C3%Aancia%20do%20comportamento%20criminoso>. Acesso em: 18 jun. 2022.

MANSO, Bruno Paes. *Breve história do crescimento e queda dos homicídios no Brasil*. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2022/02/21/breve-historia-do-crescimento-e-queda-dos-homicidios-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 26 jun. 2022.

MEIRELLES ZV, GOMEZ CM. *Rompendo com a criminalidade: saída de jovens do tráfico de drogas em favelas na cidade do Rio de Janeiro*. Cien Saude Colet 2009.



OLIVEIRA, Daniela Rezende de; CAMARGO, Alexandre Sandim. *Anomia e direito: Robert Merton e a teoria da anomia*. 2021. Disponível em: <https://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicao-atual/4443-anomia-e-direito-robert-merton-e-a-teoria-da-anomia/file#:~:text=De%20outro%20modo%2C%20a%20teoria,faz%20AA%20los%20atingir%20seus%20objetivos>. Acesso em: 17 jun. 2022.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *A “crise” da violência e suas causas ou soluções: leis de drogas e armas como vetores da violência homicida*. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0673_0688.pdf. Acesso em: 17 jun. 2022.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do Direito Penal*. 2. ed. Natal: Del Rey, 2021. 296 p.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Um convite à teoria econômica do crime (parte 1)*. 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/um-convite-a-teoria-economica-do-crime-parte-1>. Acesso em: 19 jun. 2022.

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Um convite à teoria econômica do crime (parte 2)*. 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/um-convite-a-teoria-economica-do-crime-parte-2>. Acesso em: 19 jun. 2022.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal / Claus Roxin; tradução de Luís Greco*— Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA, Thaisa Oliveira de Lima; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Mercados proibidos: a falha da intervenção penal no domínio econômico*. 2018. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_2809_2829.pdf. Acesso em 22 fev. 2023.

Sobre os autores:

Fillipe Azevedo Rodrigues | E-mail: rodrigues.cgern@gmail.com

Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) - Centro de Ensino Superior do Seridó (Ceres). Doutor em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Possui Graduação em Direito e Mestrado em Direito Constitucional, ambos pela UFRN. É Formador de Magistrados - para educação presencial e à distância - habilitado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Tem experiência nas áreas de Direito, Economia e Educação. Autor dos Livros O Juiz Professor (2022 - Dialética), Análise Econômica da Expansão do Direito Penal (2014 e 2021 - Del Rey) e Lavagem de Dinheiro e Crime Organizado (2016 - Del Rey).

Carlos Francisco do Nascimento | E-mail: carlos.nascimento@ufrn.edu.br

Graduação em Direito, Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba (1999), graduação em Geografia, Licenciado em Geografia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2001), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2009) e doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017). Atualmente é professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Atuação acadêmica na área do Direito do Trabalho e Ciências Sociais, mas especificamente, no estudo das relações de trabalho.

Tácio dos Santos Medeiros | E-mail: tacio884@gmail.com

Possui ensino fundamental pela Escola Estadual Zuza Januário (2006-2015); ensino médio e curso técnico profissionalizante em Informática pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte (2016-2019); Acadêmico de Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2020).

Desconstitucionalização das normas previdenciárias e a Emenda Constitucional 103

Deconstitutionalization of social security rules and Constitutional Amendment 103

Carlos Francisco do Nascimento¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor. Caicó. (RN). Brasil

Roberto Carlos Dantas dos Santos²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduando em Direito. Caicó. (RN). Brasil

RESUMO

O presente trabalho apresenta uma análise sobre a desconstitucionalização das normas previdenciárias em razão do advento da Emenda Constitucional 103 de 2019. Nessa perspectiva, é abordada uma concepção de “desconstitucionalização” e quais as consequências desse fenômeno jurídico na sociedade. A problematização surge a partir do momento em que parte das normas previdenciárias têm seu status alterado de constitucionais para infraconstitucionais. O objetivo geral é compreender essa alteração e quais as consequências da mudança. A metodologia utilizada é a hipotético dedutiva, elaborada a partir de revisão bibliográfica acerca da matéria e análise da legislação pátria. Por fim, conclui-se que a desconstitucionalização se apresenta prejudicial para os segurados da previdência social em virtude da insegurança jurídica que representa esse contexto.

PALAVRAS-CHAVE:

Desconstitucionalização; normas previdenciárias; insegurança jurídica.

ABSTRACT

This article presents an analysis of the deconstitutionalization of social security standards due to the advent of Constitutional Amendment 103 of 2019. From this perspective, a concept of “deconstitutionalization” is addressed and the consequences of this legal phenomenon in society. The problematization arises from the moment that part of the social security rules has their status changed from constitutional to infraconstitutional. The general objective is to understand this change and the consequences of the change. The methodology used is hypothetical deductive, drawn up based on a bibliographical review on the subject and analysis of national legislation. Finally, it is concluded that deconstitutionalization is harmful to social security policyholders due to the legal uncertainty that this context represents.

KEYWORDS:

Deconstitutionalization; social security standards; juridical insecurity

¹ Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9206947061947088>

² Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1148537304283311>



1. INTRODUÇÃO

Com a Emenda Constitucional (EC) 103 de 2019, normas previdenciárias de plano constitucional passaram a ser disciplinadas por meio de leis infraconstitucionais. Esse fenômeno é denominado de desconstitucionalização, podendo no contexto previdenciário ser bastante prejudicial aos segurados da previdência social.

Com o objetivo entender e avaliar as consequências desse fenômeno, e feita uma revisão bibliográfica acerca do tema e uma análise comparativa entre a legislação anterior à EC 103/2019 e a atual. Desse modo, são abordadas as principais alterações ocorridas no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), assim como, no Regime Próprio de Previdência Social no tocante ao status constitucional das normas que regem esses institutos.

Para uma melhor compreensão do leitor, o artigo foi dividido em tópicos. O primeiro refere-se a um breve histórico sobre a previdência social no Brasil e as mudanças que ocorram ao longo dos anos. Depois, é abordada a estrutura atual da Previdência Social. Em seguida é discutida a mudança na CF ocasionada pela EC 103/2019, assim como o fenômeno da desconstitucionalização.

2. HISTÓRICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

Para grande parte da doutrina previdenciária, o Decreto Legislativo n. 4.682, de 24.1.1923, conhecido também por “Lei Eloy Chaves”, é considerado o marco inicial da previdência social no Brasil. Antes dessa lei, já existiam algumas outras normas que tratavam de seguridade social, porém não a nível nacional. A Lei em questão instituiu Caixas de Aposentadoria e Pensões – CAPs para os trabalhadores das empresas de estrada de ferro e previa tríplice fonte de custeio: os próprios trabalhadores, as empresas e o Estado. A Lei Eloy Chaves abrangia aposentadoria e alguns outros benefícios para os trabalhadores e pensões para seus dependentes. (Castro e Lazzari, 2020, p. 99).

Fica evidenciado que a Lei Eloy Chaves não representou um sistema de seguridade para todos os trabalhadores, mas apenas para os que operavam em estradas de ferro.

Algumas leis posteriores foram alargando o rol de segurados, como no caso da Lei nº 5.109/1926 que estendeu as Caixas de Aposentadoria e Pensões aos trabalhadores marítimos e portuários, e a Lei n. 5.485/1928 que acrescentou os trabalhadores telegráficos e rádio telegráficos. (Castro e Lazzari, 2020).



A partir da década de 1930, com o início da Era Vargas, as CAPs, exclusivas à certas empresas, foram dando lugar aos Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAPs, passando a Previdência Social a ser organizada por categorias profissionais.

Para Hugo Gois (2018), “Os IAPs eram autarquias de nível nacional, centralizadas no governo federal, organizadas em torno de categorias profissionais.” Como se pode perceber, além da ampliação do rol de segurados, com a instituição dos IAPs, também se deu o início da estatização do sistema previdenciário brasileiro.

Outro marco da década de 1930 foi a previsão da tríplice fonte de custeio para o sistema previdenciário, verbalizada na Constituição Federal de 1934:

Art 121 – A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

[...]

assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, **mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado**, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; (Brasil, 1934, art. 121, grifo nosso).

A partir desse dispositivo constitucional, é possível observar o interesse e a preocupação estatal com previdência social, evidenciando que já era um assunto extremamente importante para a sociedade.

Já em 1946, o novo texto constitucional trouxe pela primeira vez no país a expressão “Previdência Social”. Um avanço muito importante que, para Difini (2019, p. 257), causou a sistematização da matéria previdenciária e a “consagração do regime em favor da maternidade e proteção ‘contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte’ (art. 157, XVI 14)”.

Mais adiante, como cada IAP tinha suas regras próprias, a legislação previdenciária se tornou um grande emaranhado de leis. Isso era visto como um problema pois dificultava a análise das dos benefícios e dos requisitos que os trabalhadores tinham que cumprir. Em 1960, com a Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, houve a unificação da legislação dos IAPs. Essa lei, de acordo com Castro e Lazzari (2020, p. 102), “criou normas uniformes para o amparo a segurados e dependentes dos vários Institutos existentes”. Dessa forma o sistema previdenciário ficou mais organizado.

Em 1966, com o Decreto-Lei nº 72, os IAPs são unificados para a formação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, com tal acontecimento a previdência passa a ter uma organização centralizada.

Já em 1977, foi criado o SINPAS – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social. O SINPAS tinha suas atribuições divididas em várias autarquias e um de seus principais objetivos era a estruturação e simplificação da previdência no Brasil. Castro e Lazzari (2020, p. 104) detalham os órgãos criados a partir do SINPAS:

Foram criados o **IAPAS** – Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (para arrecadação e fiscalização das contribuições) e o **INAMPS** – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (para atendimentos dos segurados e dependentes, na área de saúde), mantendo-se o **INPS** (para pagamento e manutenção dos benefícios previdenciários), a **LBA** (para o atendimento a idosos e gestantes carentes), a **FUNABEM** (para atendimento a menores carentes), a **CEME** (para a fabricação de medicamentos a baixo custo) e a **DATAPREV** (para o controle dos dados do sistema), todos fazendo parte do SINPAS (grifo nosso).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o retorno do regime democrático de direito, o texto constitucional apresentou direitos e garantias fundamentais que visam a efetivação da dignidade da pessoa humana, dentre esses direitos está a Seguridade Social.

De acordo com Agostinho (2020, p. 40):

Com o advento da referida Constituição, houve o nascimento de um Sistema Nacional de Seguridade Social, o qual possui a finalidade precípua de assegurar o bem-estar e a justiça social, para que, dessa forma, ninguém seja privado do mínimo existencial, ou seja, para que a todos os cidadãos seja assegurado o princípio da dignidade humana.

Diante disso, mais do que nunca a legislação nacional passou a implementar medidas que visam a efetivação dos direitos sociais dos cidadãos. Para Amado (2020, p. 137), as principais conquistas sociais com o advento do atual ordenamento constitucional foram:

- A saúde pública passou a ser gratuita a todos os brasileiros, pois não mais depende do pagamento de contribuições específicas;
- Garantia de um salário mínimo ao idoso ou deficiente carente no campo da assistência social;
- Os benefícios previdenciários que substituem a remuneração dos trabalhadores passaram a ser de, pelo menos, um salário mínimo, o que beneficiou os povos rurais;
- Os trabalhadores rurais, os garimpeiros e o pescador artesanal passaram a ter direito a uma redução de 05 anos na idade para gozar do benefício da aposentadoria por idade;

No ano de 1990, se deu a criação do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, uma das principais autarquias nacionais. O INSS substituiu o INPS e o IAPAS e passou a controlar a arrecadação e a análise dos benefícios dos segurados do RGPS.

Já no ano de 1991, foram publicadas duas importantes leis referentes à previdência social: a Lei nº 8.212/91, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, e a Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social (Castro e Lazzari, 2020).

É importante salientar que estas leis foram criadas para complementar a legislação sobre a seguridade, mas os parâmetros gerais norteadores e limitadores, que garantem ao cidadão os seus benefícios, continuaram assegurados na Constituição Federal de 1988.

Em 1998, dez anos após a promulgação da referida carta constitucional, foi elaborada a Emenda Constitucional nº 20, que modificou um pouco o sistema de previdência social.

Para Amado (2020, p. 146), as principais mudanças ocorridas foram:

- Exigência de idade mínima para a aposentadoria voluntária integral no serviço público (60 anos para os homens e 55 anos para as mulheres);
- Concessão do salário-família e do auxílio-reclusão apenas aos beneficiários de baixa renda;
- Vedação de percepção de duas aposentadorias pelo regime previdenciário dos servidores públicos, salvo na hipótese de acumulação de cargos autorizada constitucionalmente;
- Extinção do tempo de serviço e criação do tempo de contribuição;
- Proibição de contagem de tempo de contribuição fictício;
- Extinção da aposentadoria por tempo de contribuição proporcional no RGPS para os novos segurados;
- Instituição de novas fontes de custeio para a seguridade social;
- 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;
- Vedação de filiação ao Regime Geral de Previdência Social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência.

Essas mudanças tinham como objetivo principal a redução de custos com a previdência e a formação de um sistema protetivo mais justo e equivalente entre os contribuintes. Dessa forma, houve uma maior aproximação dos princípios constitucionais referentes à equidade na forma de participação no custeio, bem como da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, ambos presentes nos incisos V e III, respectivamente, do art. 194 da Constituição Federal de 1988.

Alguns anos depois, as Emendas Constitucionais nº 41 de 2003 e a nº 47 de 2005, também alteraram as regras da previdência. Para Castro e Lazzari (2020, p. 115), “as Emendas afetaram fundamentalmente os regimes próprios de agentes públicos da União, Estados, Distrito

Federal e Municípios, e apenas em aspectos pontuais, o regime que é administrado pelo INSS”. De acordo com Amado (2020, p. 138), os principais pontos de mudança com essas reformas foram as seguintes:

- Fim da paridade remuneratória entre ativos e inativos, prevendo regra de transição para os antigos servidores;
- Autorizou a cobrança de contribuições previdenciárias sobre aposentadorias e pensões pagas no serviço público, desde que em valor acima do teto dos benefícios pagos pelo INSS;
- Criação do abono de permanência no serviço público para os servidores que preencheram os requisitos para a aposentadoria voluntária com proventos integrais, mas optaram em permanecer na ativa, equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária;

Já recentemente, a reforma da previdência ocasionada pela Emenda Constitucional (EC) nº 103 de 2019, trouxe muitas alterações ao RGPS e ao RPPS. Dentre as principais alterações, podemos citar: I – Idade mínima para aposentadoria: a emenda estabeleceu uma idade mínima para aposentadoria de 62 anos para mulheres e 65 anos para homens, com tempo mínimo de contribuição de 15 anos para mulheres e 20 anos para homens. Antes da emenda, não havia uma idade mínima para aposentadoria no Brasil; II – Cálculo do benefício previdenciário: a emenda alterou a forma de cálculo do benefício previdenciário, que passou a ser calculado com base na média de todas as contribuições do trabalhador desde julho de 1994, e não mais nos 80% maiores salários de contribuição; III – Desconstitucionalização de regras previdenciárias: a emenda promoveu a “desconstitucionalização” de algumas regras previdenciárias, transferindo sua regulamentação para leis complementares e ordinárias.

Essa última alteração citada vem suscitando debate, no sentido da possibilidade de gerar insegurança jurídica nos próximos anos, em razão da maior facilidade de mais alterações por meio de processo legislativo, que não o de Emenda Constitucional. Desse modo, tendo em vista a sua relevância, a desconstitucionalização das normas previdenciárias merece uma análise mais detalhada.

3. SISTEMA PREVIDENCIÁRIO PÁTRIO

Inicialmente, é interessante entender um pouco sobre a previdência social no Brasil. Nessa perspectiva, o art. 194 abre o capítulo referente à Seguridade Social na Constituição Federal de 1988:

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. (Brasil, 1988, art. 194).

A partir do referido dispositivo, fica evidente que a Previdência Social faz parte da Seguridade Social, um sistema que também engloba a Assistência Social e a Saúde pública.

Diferente dos demais, a Previdência Social é um sistema de contribuição compulsória, ou seja, exige como requisito de filiação a contribuição do segurado para obtenção dos benefícios oferecidos por esta.

Infraconstitucionalmente, a Previdência Social é regulada pela Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e pelo Decreto nº 3.048/99, que aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. De acordo com a lei nº 8.213:

A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. (Brasil, 1991, art. 1º).

Nesse sentido, a previdência social é um sistema contributivo de proteção social que tem como objetivo a cobertura dos riscos sociais, que são os infortúnios que causam perda da capacidade para o trabalho e, conseqüentemente, a manutenção do sustento do trabalhador. São situações representadas por contingências como idade avançada, doença permanente ou temporárias, invalidez, parto, etc.

Para ter direito aos benefícios previdenciários, o trabalhador tem que contribuir para a previdência. Todo trabalhador que exercer atividade remunerada será enquadrado como contribuinte social, assim trata-se de sistema de filiação compulsória e contribuição obrigatória.

No Brasil, é adotado o “Regime de Repartição Simples”, uma espécie de “pacto” entre as gerações no qual o montante arrecadado dos contribuintes atuais é utilizado para pagar os benefícios daqueles que já estão aposentados e dos demais beneficiários (Câmara dos Deputados, 2019).

Dessa forma, um trabalhador terá direito não apenas àquele montante arrecadado por ele ao longo de sua vida, podendo receber mais do que arrecadou ou menos, ou nem chegar a usufruir de um benefício. Dependerá das contingências de sua vida.

Desse modo, é como se a sociedade fosse formada por uma grande rede de trabalhadores na qual quando um deles, jovem ou idoso, enquadrarem-se em uma das contingências amparada por benefício da previdência, e fosse amparado pelos demais.

A Previdência Social brasileira estrutura-se em Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que é um sistema de contribuição obrigatório para todos os trabalhadores que não estejam vinculados a um Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), que também é obrigatório, porém apenas para quem exerce atividade remunerada por ele abrangida.

De acordo com Castro e Lazzari, 2020, p. 106:

Ficaram excluídos do chamado Regime Geral de Previdência: **os servidores públicos civis, regidos por sistema próprio de previdência; os militares; os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público; e os membros do Tribunal de Contas da União**, todos por possuírem regime previdenciário próprio; e os que não contribuem para nenhum regime, por não estarem exercendo qualquer atividade. (grifo nosso).

De acordo com o art. 40 da Constituição Federal de 1988, os servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios possuem direito a Regime Próprio de Previdência Social.

A Emenda Constitucional nº 103 de 2019, que entrou em vigor em 13 de novembro de 2019, alterou o sistema de previdência, impossibilitou a criação de novos regimes próprios seja pela União, Estados ou Municípios, porém os que já existiam antes da reforma permaneceram. Essa reforma também foi responsável pela desconstitucionalização de importantes normas previdenciárias, possibilitando alterações mais repentinas e ocasionando preocupação aos contribuintes e beneficiários.

4. DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS NORMAS PREVIDENCIÁRIAS

Antes de adentrar na temática, é imprescindível entendermos um pouco sobre a hierarquia das normas no Brasil. Nessa perspectiva, no topo das normas do ordenamento jurídico brasileiro está a Constituição Federal de 1988, que assegura aos cidadãos brasileiros as garantias fundamentais e estabelece algumas normas de caráter geral a fim de estabelecer a harmonia e segurança jurídica na sociedade.

De acordo com Moraes (2020, p. 65), a Constituição brasileira é considerada rígida, ou seja, é um texto que para ser modificado precisa passar por um processo de aprovação bem rigoroso.

Para Felipe Balera (2020, p. 8):

A rigidez constitucional é fundamental para a garantia da segurança jurídica e da estabilidade do Estado, permitindo que o texto seja conhecido pela maioria da população e **impossibilitando mudanças repentinas na Carta Magna por maiorias ocasionais**. (grifo nosso).

Desse modo, a Constituição Federal garante a estabilidade de suas normas, proporcionando uma maior segurança jurídica para a população.

Com relação ao processo de modificação do texto constitucional, este se dá por meio das Emendas Constitucionais (EC). Cada alteração é originada a partir de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC), que precisa ser “discutida e votada em dois turnos, em cada Casa do Congresso, e será aprovada se obtiver, na Câmara e no Senado, três quintos dos votos dos deputados (308) e dos senadores (49)” (Senado Federal, 2023^a). Assim, para alterar as normas presentes no texto constitucional é necessário um processo bem rigoroso e burocrático.

Abaixo da Constituição, estão as Leis Complementares, que regulam assuntos diversos que não foram detalhadas na Constituição. O rito de aprovação de uma Lei Complementar é bem mais simples que o de uma Emenda Constitucional. De acordo com o sítio eletrônico do Senado Federal, é possível entender o processo para a aprovação de uma LC: “o quórum para aprovação de projeto de lei complementar é maioria absoluta das duas Casas do Congresso (41 senadores e 257 deputados). A votação no Senado é feita em turno único, mas na Câmara realiza-se em dois turnos.” (Senado Federal, 2023b).

Infraconstitucionalmente, ainda estão as Leis Ordinárias, que são as normas comuns. Essas, tratam de qualquer matéria que não seja reservada especificamente para ser regulada por uma Lei Complementar. São normas aprovadas pelo Congresso Nacional por maioria simples dos votos dos parlamentares presentes na sessão, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal. É interessante destacar que não se tem hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, elas estão em mesmo nível abaixo da Constituição, a diferença entre elas está no rito de aprovação. (Senado Federal, 2023c).

Em resumo, o procedimento para aprovação de uma Emenda Constitucional é bem mais rigoroso e exigente do que o de uma Lei Complementar ou Lei Ordinária, justamente por se

tratar de alterações na Constituição Federal, que é a norma máxima do ordenamento jurídico brasileiro.

Já com relação ao instituto da desconstitucionalização, em seu sentido original, refere-se ao fato ocorrido com o advento de uma nova constituição, no qual a antiga constituição não é totalmente revogada e assim parte do antigo texto constitucional assume natureza de lei infraconstitucional. Ou seja, há uma espécie de desqualificação da constituição anterior em face da vigente.

Para melhor entendimento, Moraes (2020, p. 1247) afirma que: “Desconstitucionalização é nome técnico que se dá à manutenção em vigor, perante uma nova ordem jurídica, da Constituição anterior, que porém perde sua hierarquia constitucional para operar como legislação comum”. Desse modo, a Constituição anterior não seria totalmente revogada, pois parte dela passaria a ter caráter infraconstitucional.

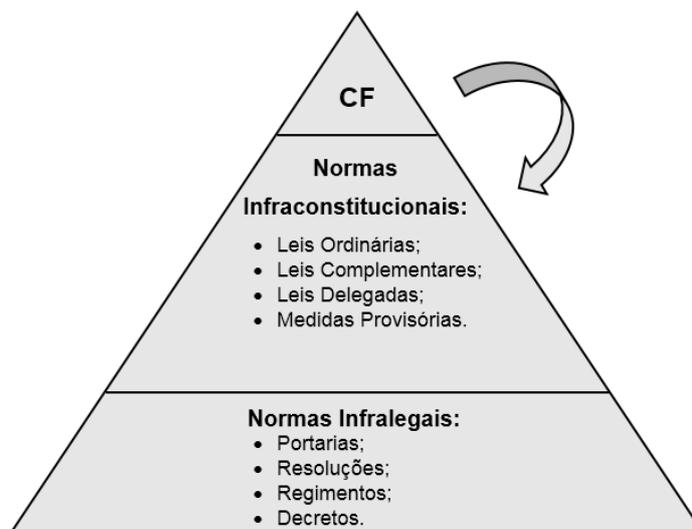
No entanto, atualmente o conceito de desconstitucionalização também é utilizado para descrever o processo em que normas constitucionais são “rebaixadas” para leis infraconstitucionais. Ou seja, o que era regulamentado pela Constituição Federal passa a ser regulamentado por leis inferiores a ela. É o que explica Oliveira (2020, p.5):

Tem-se utilizado o vocábulo desconstitucionalização também para se referir ao fenômeno jurídico-político de degradação (ou descongelamento) de uma classe normativa, originalmente disposta na Constituição, mas cujo regramento é transferido ao domínio infraconstitucional. Por essa perspectiva, há desconstitucionalização quando um tema constitucional, por meio de emenda à Constituição, passa a ser normatizado por lei.

É o caso ocorrido com o advento da Emenda Constitucional nº 103 de 2019, que rebaixou normas previdenciárias da Constituição para Leis Complementares e Leis Ordinárias.

Ao observar a hierarquia das normas brasileiras, representada abaixo em forma de pirâmide, fica mais fácil entender o que aconteceu. Na pirâmide, quanto mais no topo, mais difícil se torna o processo de alteração da norma. Nessa linha, as normas previdenciárias que anteriormente estavam inseridas na Constituição Federal (CF) e eram mais difíceis de serem alteradas, agora são disciplinadas por Normas Infraconstitucionais que têm um rito de alteração bem mais simples.

Pirâmide da hierarquia das normas brasileiras



Fonte: Moreno, 2021.

Felipe Balera (2020, p. 9), ao analisar as mudanças ocorridas no texto constitucional com o advento da EC 103/2019, explica que:

Com a intenção de flexibilizar as regras previdenciárias, facilitando futuras mudanças, a Emenda Constitucional nº. 103, de 2019, retirou da Constituição diversas normas previdenciárias, convocando lei complementar ou ordinária para tratar do assunto e, apenas transitoriamente, definindo requisitos.

Alterações como as implementadas nas normas da Previdência Social podem gerar bastante insegurança jurídica na sociedade, pois a legislação fica sujeita a constantes mudanças. Assim, naturais mudanças de governo e de entendimentos ideológicos e políticos poderão ocasionar constantes alterações nas normas previdenciárias, tendo em vista uma maior facilidade de alteração. De acordo com Silva (2022, p. 46):

Uma das maiores problemáticas, e um marco em insegurança jurídica, trazidas com a EC nº 103/2019 foi a desconstitucionalização de algumas regras de previdência. Tornar instáveis requisitos para aposentadoria, acumulação de benefícios, entre outros pontos, que agora podem ser alterados por lei ordinária e complementar, foi um ataque direto à segurança jurídica, mas também ao planejamento de vida de milhões de pessoas que viverão à mercê e medo dos desmandos do Governo, o qual poderá mudar critérios, como tempo de contribuição, alíquota e cálculos de pensão por morte, no decorrer da vida laboral do cidadão.

Foram muitas alterações advindas com a EC nº 103/2019, tanto ao RPPS como ao RGPS. Com o objetivo de facilitar a análise das normas desconstitucionalizadas é apresentado a seguir uma tabela comparativa das mudanças ocasionadas às normas previdenciárias do RPPS

e do RGPS. A tabela abaixo traz uma comparação de como era o texto constitucional e como ficou depois da EC nº 103/2019.

Tabela 1 – Análise comparativa

Análise comparativa – Regras desconstitucionalizadas	
Antes da EC 103/2019	Depois da EC 103/2019
<p>Art. 40. [...]</p> <p>§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: [...]</p> <p>III – voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.</p>	<p>Art. 40. [...]</p> <p>§ 1º O servidor abrangido por regime próprio de previdência social será aposentado: [...]</p> <p>III – no âmbito da União, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na idade mínima estabelecida mediante emenda às respectivas Constituições e Leis Orgânicas, observados o tempo de contribuição e os demais requisitos estabelecidos em lei complementar do respectivo ente federativo.</p>
<p>Art. 40. [...]</p> <p>§ 3.º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.</p>	<p>Art. 40. [...]</p> <p>§ 3.º As regras para cálculo de proventos de aposentadoria serão disciplinadas em lei do respectivo ente federativo.</p>

<p>Art. 40. [...]</p> <p>§ 4.º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I – portadores de deficiência; [...]</p>	<p>Art. 40. [...]</p> <p>§ 4.º-A Poderão ser estabelecidos por lei complementar do respectivo ente federativo idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores com deficiência, previamente submetidos à avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar.</p>
<p>Art. 40. [...]</p> <p>§ 5.º Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1.º, III, a, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.</p>	<p>Art. 40. [...]</p> <p>§ 5.º Os ocupantes do cargo de professor terão idade mínima reduzida em 5 (cinco) anos em relação às idades decorrentes da aplicação do disposto no inciso III do § 1.º, desde que comprovem tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio fixado em lei complementar do respectivo ente federativo.</p>
<p>Art. 40. [...]</p> <p>§ 7º: Lei disporá sobre a concessão do benefício de pensão por morte, que será igual: I – ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou II – ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito.</p>	<p>Art. 40. [...]</p> <p>§ 7º Observado o disposto no § 2º do art. 201, quando se tratar da única fonte de renda formal auferida pelo dependente, o benefício de pensão por morte será concedido nos termos de lei do respectivo ente federativo, a qual tratará de forma diferenciada a hipótese de morte dos servidores de que trata o § 4º-B decorrente de agressão sofrida no exercício ou em razão da função.</p>

<p>Art. 40. [...]</p> <p>§ 19 O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.</p>	<p>Art. 40. [...]</p> <p>§ 19 Observados critérios a serem estabelecidos em lei do respectivo ente federativo, o servidor titular de cargo efetivo que tenha completado as exigências para a aposentadoria voluntária e que opte por permanecer em atividade poderá fazer jus a um abono de permanência equivalente, no máximo, ao valor da sua contribuição previdenciária, até completar a idade para aposentadoria compulsória.</p>
<p>Art. 201. [...]</p> <p>§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:</p> <p>I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;</p>	<p>Art. 201. [...]</p> <p>§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:</p> <p>I – 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição;</p>

Fonte: Santos, 2023

Com a análise da tabela, fica evidente que além das inovações trazidas ao texto constitucional pela EC nº 103/201, essa também desconstitucionalizou normas dispostas nos arts. 40 e 201 da CF, passando a figurar uma delegação para que leis complementares e ordinárias fixem parâmetros de concessão de benefícios do RPPS e do RGPS.

Ao comparar as duas colunas da Tabela 1, torna-se perceptível o quanto o RPPS foi prejudicado. A EC nº 103/201 foi responsável por desconstitucionalizar várias regras desse regime que agora serão regulamentadas por leis infraconstitucionais. Como visto na Tabela 1, foram rebaixadas da CF regras sobre: tempo de contribuição e outros requisitos para aposentadoria (linha 1); valor dos proventos (linha 2); idade e tempo de contribuição para aposentadoria de servidores com deficiência (linha 3); idade mínima para aposentadoria de professores (linha 4); pensão por morte (linha 5); e critérios para abono de permanência (linha 6). Como visto, a emenda rebaixou muitas regras referentes ao RPPS, prejudicando bastante os segurados desse regime.

Com relação ao RGPS, a mudança ocorrida no inciso I do parágrafo sétimo do art. 201, mostrada na última linha da Tabela 1, tirou da Constituição Federal a regra que estabelecia o tempo de contribuição mínimo para a aposentadoria. Essa alteração, além de acabar com a aposentadoria por tempo de contribuição, desconstitucionalizou a regra que estabelece o tempo mínimo de contribuição para se ter direito ao benefício previdenciário.

Assim, a disposição transitória estabelecida no art. 19 da EC 103/2019 é que vai tratar sobre o tema. Com isso, o tempo mínimo de contribuição para se ter direito à aposentadoria pode ser alterado por meio de lei ordinária, que, como visto supra, possui um rito de aprovação bem mais simples do que o de uma Emenda Constitucional.

Nessa perspectiva, Silva (2022, p. 48) entende que:

Tornar volátil uma prestação tão importante para sociedade, como é a aposentadoria, passando uma ideia de insegurança, é um ataque ao custo social de uma família, ao planejamento individual e familiar de uma vida; o que acarreta a descrença no serviço de previdência social. (Silva, 2022, p. 48).

Como bem explicado por Silva (2022), diante dessas grandes mudanças ocorridas na previdência social com o advento da Emenda Constitucional 103/2019, a sociedade perde a credibilidade na previdência pública. É notório que um bom planejamento de previdência social é essencial para que os trabalhadores possam ter uma velhice estável e sossegada, porém, com o risco de repentinas mudanças no texto da lei, esses trabalhadores tendem a procurar outros meios além da previdência pública para garantir esse futuro desejado.

Assim, diante dessas mudanças, os segurados procuram outras formas de planejamento para o futuro, como, por exemplo, os investimentos particulares e a investidura em regimes de previdência privada. Nessa perspectiva, de acordo com a Federação Nacional de Previdência Privada e Vida (FenaPrevi), em um levantamento feito entre 2021 e 2022 foi constatado que o número de pessoas que começaram a investir em previdência privada no Brasil aumentou 11,2%. (Busca [...], 2022). Desse modo, é notório que a desconstitucionalização das normas previdenciárias contribuiu bastante para a perda da credibilidade no sistema público de previdência social.

Ademais, vale ressaltar que essa descredibilidade na previdência pública, corroborada pela EC/103 de 2019, pode contribuir para que muitos trabalhadores deixem de contribuir e passem a fazer investimentos e aplicações privadas por conta própria (principalmente os

contribuintes individuais, que são os próprios responsáveis por suas arrecadações). Esse fato, além de ser prejudicial para a previdência, que deixa de arrecadar, é bastante arriscado para esses trabalhadores, pois os investimentos feitos por esses podem facilmente serem retirados e empregados em coisas alheias à seguridade social. Por isso, as tentativas de se “auto-segurar” são bastante arriscadas e dificilmente surtem efeito. Assim, muitos desses trabalhadores poderão chegar à terceira-idade sem nenhuma perspectiva de aposentadoria.

Como visto, além da descrença do sistema previdenciário, a retirada dessas normas do texto constitucional gera insegurança jurídica e incertezas aos segurados em relação ao preenchimento dos requisitos para concessão dos benefícios. Desse modo, fica evidente os prejuízos causados à sociedade com desconstitucionalização de normas previdenciárias.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das análises e discussões (como falei anteriormente tem pouca análise e discussão) feitas ao longo deste artigo, nota-se que a desconstitucionalização das normas previdenciárias foi muito prejudicial aos segurados do RGPS e do RPPS. Tendo em vista que a desconstitucionalização tornou mais fácil alterar as regras da previdência social, deixando os contribuintes e segurados vulneráveis, o que gera insegurança jurídica depois da Emenda Constitucional nº 103 de 2019.

A EC 103 de 2019 tornou o sistema previdenciário brasileiro bastante vulnerável e inseguro para os segurados, pois o rito para alteração das normas ficou bem mais simples. Assim, naturais mudanças políticas, ideológicas e de Governo, podem ser suficientes para alterar novamente o texto normativo e dificultar mais ainda a vida do contribuinte. Os contribuintes podem até fazer o planejamento previdenciário, no entanto ficam sem a segurança jurídica necessária de que a norma será estável. Desse modo, com a desconstitucionalização das normas previdenciárias, os trabalhadores que contribuem para a previdência social de ambos os regimes ficam descrentes e inseguros com o sistema previdenciário.

6. REFERÊNCIAS



AGOSTINHO, Theodoro. *Manual de direito previdenciário*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. 12. Ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

BALERA, Felipe Penteado. Limites constitucionais ao poder de reforma. Possíveis inconstitucionalidades da emenda constitucional da reforma da previdência. In: GUELLER, Marta Maria R. Penteado; BERMAN, Vanessa Carla Vidutto. *O que muda com a Reforma da Previdência*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Capítulo 1, p. 6-28.

BRASIL. *Constituição (1934)*. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Brasília, DF: Planalto, 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/2013/positivo/constituicao34.htm. Acesso em: 05 mar. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/2013/positivo/2013/positivo213.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019*. Altera o sistema de previdência social e regras de transição e provisões transitórias. Brasília, DF: Planalto, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/2013/positivo/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 02 mar. 2023.

BUSCA por previdência privada aumenta 11,2% no Brasil. *OAB Prev SP*. São Paulo, 14 set. 2022. Disponível em: <https://www.oabprev-sp.org.br/busca-por-previdencia-privada-aumenta-112-no-brasil/>. Acesso em: 07 mar. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *A nova reforma da previdência: 20 anos de discussão sobre o tema*. [SI], 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/527623-a-nova-reforma-da-previdencia-20-anos-de-discussao-sobre-o-tema/>. Acesso em: 03 mar. 2023.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 23. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *CNJ Serviço: conheça a hierarquia das leis brasileiras*. [S.l.: s.n.], [s.d.]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-conheca-a-hierarquia-das-leis-brasileiras/>. Acesso em: 22 mar. 2023.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Reforma previdenciária: desconstitucionalização e tributação*. Revista da AJURIS-QUALIS A2, v. 46, n. 147, p. 251-276, 2019. Disponível em: <http://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/1042>. Acesso em: 08 mar. 2023.

GOES, Hugo. *Manual de direito previdenciário: teoria e questões*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 36. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORENO, Darlan Amós Fantinatti. *Ordem hierárquica das normas brasileiras*. Garcia e Moreno, 2021. Disponível em: http://www.garciaemoreno.com.br/artigo/14973/ordem_hierarquica_das_normas_brasileiras.html. Acesso em: 10 mar. 2023.

OLIVEIRA, Lucas Soares de. *Reforma da Previdência e desconstitucionalização*. REVISTA DA PGE-SP, v. 91, p. 3-16, 2020. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/69/59>. Acesso em: 08 mar. 2023.

SENADO FEDERAL. *Glossário Legislativo: Emenda Constitucional*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/215repositor-legislativo/emenda-constitucional>. Acesso em: 22 mar. 2023.

SENADO FEDERAL. *Glossário Legislativo: Lei Complementar*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/215repositor-legislativo/lei-complementar>. Acesso em: 22 mar. 2023.

SENADO FEDERAL. *Glossário Legislativo: Lei Ordinária*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/215repositor-legislativo/lei-ordinaria>. Acesso em: 22 mar. 2023.

SILVA, Marcos Lúcio Cardoso da. *A política pública brasileira de Previdência Social: uma análise jurídica sobre a austeridade adotada desde 2016 e suas consequências na proteção social*. 2022. 75f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/46041>. Acesso em: 8 mar. 2023.

Sobre os autores:



Carlos Francisco do Nascimento | E-mail: carlos.nascimento@ufrn.edu.br

Graduação em Direito, Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba (1999), graduação em Geografia, Licenciado em Geografia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2001), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2009) e doutorado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017). Atualmente é professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Atuação acadêmica na área do Direito do Trabalho e Ciências Sociais, mas especificamente, no estudo das relações de trabalho.

Roberto Carlos Dantas dos Santos | E-mail: robertocarlos132020@gmail.com

Tem experiência na área de Ciência da Computação, com ênfase em Sistemas de Computação, premiado quatro vezes na Olimpíada Brasileira de Matemática das Escolas Públicas - OBMEP, medalhista de bronze na 18ª Olimpíada Brasileira de Astronomia e Astronáutica, participante do Programa Miniempresa da Junior Achievement no ano de 2017.

Reviewing the situation in the aftermath of the 2019 Brazilian mystery oil spill

Reviewing the situation in the aftermath of the 2019 Brazilian mystery oil spill

Anuja Mishra¹

*Department of Law & Governance, Central University of South Bihar. Assistant Professor.
Gaya, India*

Ajay Kumar Barnwal²

*Faculty of Law, Banaras Hindu University. Assistant Professor.
Varanasi, India*

ABSTRACT

More people are becoming at risk of oil spill disasters as oil transportation is continuously rising day by day. Oil spills occur when petroleum oil is released into the ocean following accidents, such as vessels crashing or damage and problems with oil platforms and drilling. Oil spill can have devastating effects on the environment, affecting marine and coastal ecologies, and are not easy to remove. This research article aims at reviewing the in-place disaster management process with respect of oil spills. The same will be done through the lens of 2019 Brazilian mystery oil spill. It shall also analyze the existing international instruments including the Bunker Convention. The disaster management process shall cover starting from the very beginning the preparation to deal with such disasters, their detection, managing the same and will end at elaborating the provision of compensation including the prospects of ecological compensation. In the end, the researchers will attempt to bring out certain workable suggestions to deal with oil spills in such a manner so as to minimize the adverse effects of them on marine life, coastal ecologies and

RESUMO

Mais pessoas estão se tornando vulneráveis a desastres de derramamento de óleo à medida que o transporte de óleo continua aumentando dia após dia. Derramamentos de óleo ocorrem quando o petróleo é liberado no oceano após acidentes, como colisões de embarcações ou danos e problemas com plataformas e perfuração de petróleo. Derramamentos de óleo podem ter efeitos devastadores no meio ambiente, afetando as ecologias marinhas e costeiras, e não são fáceis de remover. Este artigo de pesquisa tem como objetivo revisar o processo de gestão de desastres em relação aos derramamentos de óleo. O mesmo será feito através da lente do derramamento misterioso de óleo no Brasil em 2019. Também analisará os instrumentos internacionais existentes, incluindo a Convenção Bunker. O processo de gestão de desastres abrangerá desde o início a preparação para lidar com tais desastres, sua detecção, gerenciamento dos mesmos e terminará elaborando a provisão de compensação, incluindo as perspectivas de compensação ecológica. No final, os pesquisadores tentarão apresentar sugestões viáveis para lidar com derramamentos de óleo de maneira a minimizar os efeitos

¹ Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9206947061947088>

² Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1148537304283311>



ultimately, the environment and ensure
reparation of the damage.

adversos sobre a vida marinha, ecologias
costeiras e, em última análise, o meio
ambiente, garantindo a reparação dos danos.

KEYWORDS:

Bunker convention; disaster management;
ecological compensation; oil spill;
reparation.

KEYWORDS:

Convenção Bunker; gestão de desastres;
compensação ecológica; derramamento de
óleo; reparação.

1. INTRODUCTION

One of the biggest crude oil spills occurred on the Brazilian coast in late August 2019. Through January 2020, more than 5300 tonnes of crude oil were collected in 11 Brazilian states, including Rio de Janeiro, Espírito Santo, and nine states in the northeast. Over 1000 settlements and 130 coastal municipalities were impacted along 4,400 kilometres (2700 miles)³² of Brazilian coastline. Numerous other communities that were impacted remain unaccounted for.³³ This oil spill was considered one of the most extensive environmental disaster ever.³⁴ Several Brazilian cities and states kept comprehensive records of the collecting of oil debris in the later years.³⁵ Due to the large spill's contamination of ocean waters and the continental coast with oil, which spread across beaches and estuaries, it was impossible to fish for crustaceans and other vertebrates that were used by communities in these areas for their subsistence. This had an impact on the entire marine ecosystem. Artisanal fishermen were one of the many groups impacted by the tragedy and it caused a direct impact on their lives because, in addition to depending almost entirely on the sea for their survival, they had previously endured social injustice and vulnerability in their region.³⁶ An investigation was carried out by federal police, the Brazilian Navy concluded that the oil spill was caused by a ship Bouboulina having Greek-flag. Tankers were owned by Delta tankers, which were counted as culprit for the spill. Though they did not admit it and said that their tankers arrived without any oil spills. There was neither any fuel loss nor any loss of any part of their cargo.³⁷ Despite that conclusion, it might be claimed that the result is debatable and calls for more investigation.

³²Ledur Julia, Black Tide 2019. <https://www.reuters.com/graphics/BRAZIL-OILSPILL/0100B4ST2L9/index.html> (accessed on- 30th July, 2023).

³³ Boletins Epidemiológicos. Ministério da Saúde (MS). Available online: <https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/epidemiologicos> (accessed on 28th June 2023).

³⁴ Disner Rodrigo Geonildo, Torres Mariana. Revista Brasileira de Gestão Ambiental e Sustentabilidade (2020): 7(15): 241-255. ISSN 2359-141.

³⁵ Após Três Anos, Praias do Nordeste Voltam a Relatar Manchas de óleo. Available online: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2022/09/07/apos-3-anos-praias-no-nordeste-voltam-a-relatar-manchas-de-oleo.htm> (accessed on 9th June 2023).

³⁶ Santos, M.O.S.; Santos, C.P.S.; Alves, M.J.C.F.; Gonçalves, J.E.; Gurgel, I.G.D. Oil in Northeast Brazil: Mapping conflicts and impacts of the largest disaster on the country's coast. AABC 2022, 94, e20220014. Available online: <https://www.scielo.br/j/aabc/a/3tqYWyBdfRj3HRsstJqnScc/?format=pdf&lang=en> (accessed on 9th June 2023).

³⁷ Ledur Julia, Black Tide 2019. <https://www.reuters.com/graphics/BRAZIL-OILSPILL/0100B4ST2L9/index.html> (accessed on- 30th July, 2023).

In addition to further inquiry and appropriate punishment of those involved, it is crucial to take into account alternative scientific hypotheses regarding the source of the oil.³⁸ As there may be an unknown amount of oil submerged in marine and estuary waters, this will allow reimbursement of public expenses, restoration activities, and to keep constant watch for the harm and hazards posed to health, the environment, and socioeconomics. These undiscovered oil reserves could become visible and pose a persistent danger to ecosystems and human life.³⁹ Due to its position, length, regular ship traffic on the route to Africa and Europe, and incentives for oil exploration and production, the Brazilian coastline is currently experiencing this issue. Brazil is one of the nation's most vulnerable to the economic and environmental effects of this energy matrix's pollution because of these factors.⁴⁰ In this tragedy, we saw inertia and a lack of governmental involvement in preventing the oil spill's harm; as a result, whose actions took 30 days to be initiated by the federal government, the socioeconomic effects of the spill were amplified and the likelihood of developing methods to deal with it was reduced.⁴¹ Through the deconstruction of public policies that establish systems for environmental protection and health, the Bolsonaro (non)government has established a backdrop for the formation of necro politics⁴². The absence of these policies has encouraged environmental racism and injustices against those impacted by the tragedy, particularly the artisanal fishing population, which is primarily made up of Black and North easterner people.⁴³ Conflicts and environmental injustices have been happening in these regions, and exploitation is becoming more prevalent. In addition to a lack of socio-health state infrastructure and a lack of political and organisational strength to respond

³⁸ Soares M.O., Teixeira R. A. e. a. Bezerra, S. Rossi, T. Tavares, and R.M. Cavalcante Brazil Oil spill response: Time for Coordination. Available online: <https://www.science.org/doi/10.1126/science.aaz9993> (accessed on 30th July, 2023).

³⁹ Barros, S.; Medeiros, A.; Gomes, E.G. Conflitos Socioambientais e Violações de Direitos Humanos em Comunidades Tradicionais Pesqueiras No Brasil: Relatório; CPP-Conselho Pastoral dos Pescadores: Olinda, Brasil, 2021; Available online: <http://www.cppnacional.org.br/publicacao/relat%C3%B3rio-dos-conflitos-socioambientais-e-viola%C3%A7%C3%B5es-de-direitos-humanos%20em%20comunidades> (accessed on 28 June 2023).

⁴⁰ Silva, D.A.; Schiavetti, A.; Malhado, A.C.M.; Ferreira, B.; Sousa, C.V.P.; Vieira, F.P.; Pinto, F.R.; Souza, G.B.G.; Olavo, G.; Santos, F.R.; et al. Oil Spill and Socioeconomic Vulnerability in Marine Protected Areas. *Front. Mar. Sci.* 2022, 9, 1–13.

⁴¹ Soares, M.O.; Teixeira, C.E.P.; Bezerra, L.E.A.; Rabelo, E.F.; Castro, I.B.; Cavalcante, R.M. The most extensive oil spill registered in tropical oceans (Brazil): The balance sheet of a disaster. *Environ. Sci. Pollut. Res.* 2020, 29, 19869–19877.

⁴² Mbembe, A. *Necropolítica: Biopoder, Soberania, Estado de Exceção, Política da Morte*; Faces da História: São Paulo, Brazil, 2018.

⁴³ Araújo, M.E.; Ramalho, C.W.N.; de Melo, P.W. Pescadores artesanais, consumidores e meio ambiente: Consequências imediatas do vazamento de petróleo no Estado de Pernambuco, Nordeste do Brasil. *Cad. Saúde Pública* 2020, 36, e00230319.

to the social metabolism of the globalised economy, protective regulatory measures for disadvantaged groups are becoming more flexible.⁴⁴ In the face of these territorial realignments, catastrophes, and environmental crimes, these communities find it challenging to get back on their feet on their own, increasing their vulnerability and provoking tensions. These conflicts, in turn, are identified by social groupings' divergent viewpoints on how to use territory and shared resources that are prompted by an intricate web of social and technical causes. These causes result from processes of social exclusion and the asymmetrical use of common resources like water and ecosystems (coast, mangroves, and countryside) that arise from the divergence of use of a given region and/or territory.⁴⁵ Therefore, it is essential to look into the specifics of how people and the environment intersect and how that affects how they live, especially in communities where there is an intrinsic connection to nature.

This research may assist in understanding the importance and need of prevention of such incidents in the first place and reparation in the aftermath of these type of incidents. The basic principle for respecting life and nature irrespective of existing economic and political model must be ensured at all times. This article analyses the probabilities which can be resorted to while ensuring reparation of damage done to environment and economy. Consequently, the article comes up with certain workable solutions with regard to damages.

2. LEGAL MATERIAL AND METHOD

The International Maritime Organization is the specialised agency of the United Nations tasked to oversee shipping safety and security as well as mitigating ship-related marine and atmospheric pollution. The activity of IMO aids the United Nations Sustainable Development Goals.⁴⁶ International Maritime Organization is an international body which sets standards for the safety, security, and environmental performance of international shipping and is a specialized agency of the United Nations. Its primary duty is to provide a just and efficient regulatory framework for the shipping sector that is widely embraced and put into effect. Its

⁴⁴ Junges, J.R.; Barbiani, R. Interfaces entre território, ambiente e saúde na atenção primária: Uma leitura bioética. *Rev. Bioét.* 2013, 21, 207–217.

⁴⁵ Acselrad, H.; Herculano, S.S.; Pádua, J.A. *Justiça Ambiental e Cidadania*; Relume Dumará: Rio de Janeiro, Brasil, 2019; p. 303.

⁴⁶ IMO “World Maritime Theme 2024: Navigating the Future: Safety First” 2023. Available online: <https://www.imo.org> (Accessed on 30th July, 2023).

purpose is to level the playing field so that ship operators cannot simply cut costs and compromise on safety, security, and environmental performance in order to solve their financial problems.

In addition to the IMO, there are other legal frameworks that concentrate on the harm caused by oil pollution. The pertinent international regulation pertaining to pollution from oil transporting ships is the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (CLC)⁴⁷; the Civil Liability Convention was created to make sure that those who experience oil pollution harm as a result of maritime accidents involving oil-carrying ships can receive adequate compensation. This convention imposes a strict liability on the ships carrying oil. The owner carries a duty to prove if there was any exception. However, they may limit culpability for any one occurrence unless the owner has been found to have genuine negligence.⁴⁸

The ships covered in this convention are required to have an insurance cover and financial securities which would be equal to the liability of the owner of the ship for one accident. It applies to all vessels carrying oil in actual but not to the warships and other state owned or operated ships used for non-commercial services.⁴⁹

The responsibility and jurisdiction provisions of the Convention, however, apply to ships owned by a State and operated for commercial purposes.⁵⁰ Such ships are merely exempt in that they are not required to carry insurance. Instead, they must carry a certificate confirming that the ship's obligation under the Convention is covered, which was given by the relevant authority of the State of their registry.⁵¹

Article 12 of the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1992 covers pollution damages brought on by recurrent oil spills that occur on a State Party's territory, including its territorial sea. It applies to vessels, typically loaded tankers, that carry

⁴⁷ Adoption: 29 November 1969; Entry into force: 19 June 1975; Being replaced by 1992 Protocol: Adoption: 27 November 1992; Entry into force: 30 May 1996

⁴⁸ IMO "International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (CLC) Article-VII: Available online: [https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-on-Civil-Liability-for-Oil-Pollution-Damage-\(CLC\).aspx](https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-on-Civil-Liability-for-Oil-Pollution-Damage-(CLC).aspx) (accessed on: 30th July, 2023).

⁴⁹ IMO "International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (CLC): Available online: [https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-on-Civil-Liability-for-Oil-Pollution-Damage-\(CLC\).aspx](https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-on-Civil-Liability-for-Oil-Pollution-Damage-(CLC).aspx) (accessed on: 30th July, 2023).

⁵⁰ International Oil Pollution Compensation Funds, Liability and Compensation for Oil Pollution and Damage 2018. Available online: https://iopcfunds.org/wp-content/uploads/2018/06/Text-of-Conventions_e.pdf (accessed on 30th July, 2023),

⁵¹ International Oil Pollution Compensation Funds, Liability and Compensation for Oil Pollution and Damage 2018. See Article XI of CLC. Available online: https://iopcfunds.org/wp-content/uploads/2018/06/Text-of-Conventions_e.pdf (accessed on 30th July, 2023),

oil in bulk as cargo. It is also not possible to recoup costs when preventive measures are so effective that no actual leak occurs for spills from tankers that are in their ballast or from other ships than tankers. If the incident happened as a result of the shipowner's personal negligence, the owner cannot minimise liability.⁵²

The exclusive economic zone (EEZ) or comparable area of a State Party, as defined by the 1992 protocol, is now included in the scope of the Convention. The Protocol continues to cover pollution harm, but the amount of compensation for environmental damage is now only restricted to the costs associated with taking reasonable steps to restore the contaminated environment. Additionally, it permits the reimbursement of costs for preventive actions even in the absence of an oil leak, provided that there was a grave and immediate threat of polluting damage.⁵³

The International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage (BUNKER) is another international instrument that covers such situations. This Convention was adopted by International Maritime Organization (IMO) in March, 2001. The Convention was created to make sure that those who suffer harm due to oil leaks when it is being used as fuel in ship bunkers can receive adequate, fast, and efficient compensation.⁵⁴ Damage that occurs on the territory, including the territorial sea, and in the exclusive economic zones of States Parties is covered by the Convention. The bunkers convention offers a standalone instrument that simply covers pollution harm. The following are included under the definition of "pollution damage": (a) loss or damage brought on by contamination outside the ship as a result of the escape or discharge of bunker oil from the ship, wherever such escape or discharge may occur; provided, however, that compensation for environmental damage other than a loss of profit resulting from such damage shall be limited to costs of reasonable measures of reinstatement actually undertaken or to be undertaken; and (b) costs of preventive measures and additional loss or damage. The International treaty on Civil Liability for Oil Pollution Damage,

⁵² IOPC Funds, The 1992 Civil Liability Convention, 2023. Available online: <https://iopcfunds.org/about-us/legal-framework/1992-civil-liability-convention/#> (Accessed on: 29th July, 2023).

⁵³ Admiralty and Maritime Law Guide: International Conventions, Available online: <http://www.admiraltylawguide.com/conven/protocivilpol1992.html> (Accessed on: 29th July, 2023).

⁵⁴ Zhu, L. (2007). International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage, 2001 — Liability and Insurance Aspects. In: Basedow, J., Magnus, U. (eds) Pollution of the Sea — Prevention and Compensation. Hamburg Studies on Maritime Affairs, vol 10. Springer, Berlin, Heidelberg. https://doi.org/10.1007/978-3-540-73396-6_13. Available online: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-540-73396-6_13#citeas (Accessed on: 31st July, 2023).

1969, served as the inspiration for this treaty. As with that convention, the bunkers convention places great emphasis on the registered owner of a vessel maintaining mandatory insurance coverage.⁵⁵

Another key provision is the requirement for direct action - this would allow a claim for compensation for pollution damage to be brought directly against an insurer. The Convention requires ships over 1,000 gross tonnage to maintain insurance or other financial security, such as the guarantee of a bank or similar financial institution, to cover the liability of the registered owner for pollution damage in an amount equal to the limits of liability under the applicable national or international limitation regime, but in all cases, not exceeding an amount calculated in accordance with the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976, as amended.⁵⁶ The International Convention Relating to the Limitation of the Liability of Owners of Seagoing Ships, which was signed in Brussels in 1957 and went into effect in 1968⁵⁷ was replaced by the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims (LLMC)⁵⁸. The limit of liability for claims covered by the 1976 Convention has been increased significantly, in some situations by up to 250–300%. There are limits for two categories of claims: property claims (such as harm to other ships, property, or port infrastructure), and claims for loss of life or bodily injury. The Convention establishes a system of liability limitation that is essentially impenetrable.⁵⁹ The liability of shipowners and salvors may be limited, unless "it is proved that the loss resulted from his personal act or omission, committed with the intent to cause such a loss, or recklessly and with knowledge that such loss would probably result" The Protocol establishes a "tacit acceptance" method for updating these values as well as an increase in the amount of compensation payable in the case of an occurrence.

This brings up the question of the damages' dollar value and whether any funds exist from which the money may be easily disbursed. An international fund has been established for

⁵⁵ Griggs P. 2001, International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage. Available online: <https://www.bmla.org.uk/> (accessed on: 31st July, 2023).

⁵⁶ TSO. Available online: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/235987/8489.pdf (Accessed on 31st July, 2023).

⁵⁷ IMO. 2001, Available online: [https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-on-Civil-Liability-for-Bunker-Oil-Pollution-Damage-\(BUNKER\).aspx](https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-on-Civil-Liability-for-Bunker-Oil-Pollution-Damage-(BUNKER).aspx) (Accessed on: 31st July, 2023).

⁵⁸ Adoption: 19 November 1976; Entry into force: 1 December 1986; Protocol of 1996: Adoption: 2 May 1996; Entry into force: 13 May 2004.

⁵⁹ Tsimplis, M. N. The Bunker Pollution Convention 2001: Completing and harmonizing the liability regime for oil pollution from ships? *Lloyd's Maritime & Commercial Law Quarterly*, pt-1, 83-100.

this purpose. The International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage (FUND)⁶⁰. Although the 1969 Civil Liability Convention established a good method for assuring the payment of compensation for oil pollution damage, it did not deal properly with all the legal, financial and other concerns presented during the Conference adopting the CLC Convention. The 1969 Brussels Conference considered a compromise proposal to establish an international fund, to be subscribed to by the cargo interests, which would be available for the dual purpose of, on the one hand, relieving the shipowner of the burden by the requirements of the new convention and, on the other hand, providing additional compensation to the victims of pollution damage in cases where compensation under the 1969 Civil Liability Convention was either inadequate or unobtainable.⁶¹

The aims of the Fund Convention are:

- To provide compensation for pollution harm to the extent that the protection offered by the 1969 Civil Liability Convention is inadequate.
- To grant relief to ship-owners in respect of the additional financial burden imposed on them by the 1969 Civil Liability Convention, such relief being subject to requirements designed to maintain compliance with safety at sea and other conventions.
- To give implementation to the associated purposes set out in the Convention.

The Fund Convention is under an obligation to pay compensation to States and people who suffer pollution damage, if such individuals are unable to get compensation from the owner of the ship from which the oil escaped or if the compensation due from such owner does not seem enough to cover the damage suffered. Under the Fund Convention, victims of oil pollution damage may be compensated beyond the level of the ship owner's obligation. However, the Fund's obligations are constrained. Where, however, there is no ship-owner liable or the ship-

⁶⁰ Adoption: 18 December 1971; Entry into force: 16 October 1978; superseded by 1992 Protocol: Adoption: 27 November 1992; Entry into force: 30 May 1996

⁶¹International Convention on Establishment of an International Fund For Compensation For Oil Pollution Damage (FUND), Available online: [https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-on-the-Establishment-of-an-International-Fund-for-Compensation-for-Oil-Pollution-Damage-\(FUND\).aspx](https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-on-the-Establishment-of-an-International-Fund-for-Compensation-for-Oil-Pollution-Damage-(FUND).aspx) (Accessed on 31st July, 2023).

owner liable is unable to meet their duty, the Fund will be compelled to pay the total sum of compensation owed. Under certain conditions, the Fund's maximum liability may grow.⁶²

Other than some exceptional circumstances FUND convention is obliged to compensate the victims of oil pollution damage. The Fund's obligation to pay compensation is confined to pollution damage sustained in the territories including the territorial sea of Contracting States. Additionally, the Fund is required to make restitution for actions committed by a Contracting State away from its borders. The Fund may also offer help to Contracting States that want to take action against pollution because they feel threatened by it or are already being impacted by it. This may take the shape of personnel, material, credit facilities or other aid. This convention is actually a supplementary to the civil liability convention. Civil liability convention and FUND conventions derived its impetus from the concern generated by Torrey Canyon disaster of 1967.⁶³

The Fund is required to indemnify the ship-owner or his insurer for a portion of the ship-owner's liabilities under the liabilities Convention as part of its second primary role. If the owner intentionally causes harm or if the accident was at least largely caused by the ship failing to adhere to specific international standards, the Fund is not required to compensate the owner. The Convention includes provisions on how claims are handled, as well as rights, obligations, and jurisdiction.⁶⁴

All individuals who obtain oil through sea in Contracting States, are required to make contributions to the Fund. A separate 1992 International Oil Pollution Compensation (IOPC) Fund, often known as the 1992 Fund, was created by the 1992 Protocol and is overseen by a Secretariat in London. At a diplomatic gathering held at the IMO Headquarters in London, the 2003 Protocol creating an International Oil Pollution Compensation Supplementary Fund was approved. The created Fund's goal is to provide a third level of compensation to the two levels of compensation already provided under the 1992 Civil Liability and Fund Conventions. All States Parties to the 1992 Fund Convention are eligible to participate in the Protocol, which is optional.

⁶² Jacobsson, M., & Trotz, N. (1986). The definition of pollution damages in the 1984 protocols to the 1969 civil liability convention and the 1971 fund convention. *Journal of Maritime Law and Commerce*, 17(4), 467-492.

⁶³ Kesterman, F., & Towle, E. L. (1973). Caribbean weighs impact of stepped-up oil industry activity. *Journal of Maritime Law and Commerce*, 4(3), 517-524.

⁶⁴ Bernard, S. R. (1997). The Civil Liability Convention and the International Compensation Fund Convention. *Ocean L. & Pol'y Series*, 1, 129.

Including the amount of compensation paid under the current CLC/Fund Convention, the total amount of compensation payable for any one occurrence will be capped at 750 million Special Drawing Rights (SDR). Damage in a Contracting State's territory, including its territorial sea, and in its exclusive economic zone will be covered by the extra fund. Any person who has received a total amount of oil exceeding 150,000 tonnes in any calendar year must make annual contributions to the Fund on behalf of each Contracting State. But for the purposes of the Protocol, each Contracting State must receive a minimum total of 1,000,000 tonnes of contributing oil.⁶⁵

On the basis of estimates of expenditure (including administrative costs and payments to be made under the Fund as a result of claims) and income (including surplus funds from prior years, annual contributions, and any other income), the Assembly of the Supplementary Fund will determine the level of contributions. A fee is levied on the oil received by the member states. The Fund collected through this fee is the basic source of finance for this fund. Therefore, Fund acts on the objectives of Article 235, Paragraph 2 and 3 of the UN Convention on the Law of the sea. The purpose is to ensure the availability of quick and adequate compensation to the victims of oil pollution.⁶⁶

The international instruments mentioned above forms the major legal instruments related to the oil spill disasters. The provisions seem to be in place exhaustively, but the problem arises when one tries to apply these to the fact-situation. The same has been done in the result and discussion section of this paper.

3. METHOD

This paper is primarily based on doctrinal method of research in which analysis of mainly the reparation of damages as a result of oil spill has been dealt with. The paper has referred to the relevant international instruments linked with the civil liability for oil pollution including the Bunker Convention. The legal instruments have been analysed through the lens

⁶⁵ Bergesen, H. O., Parmann, G., & Thommessen, Ø. B. (2018). International Oil Pollution Compensation Funds (IOPC Funds). In *Year Book of International Co-operation on Environment and Development* (pp. 214-214). Routledge.

⁶⁶ IOPC Fund. Available online:https://www.un.org/depts/los/general_assembly/contributions2004/IOPCFund2004.pdf (Accessed on 31st July, 2023).

of the 2019 Brazilian oil spill. The problems arising out of the 2019 incident have been highlighted and certain workable solutions are proposed to deal with the same. The paper has also referred the secondary data available on internet including various reports about this incident and newspaper articles related to it. This paper has advocated the idea that the basic principles of law should not be derogated in any circumstances irrespective of the hardships the application of the principles may cause.

4. RESULTS AND DISCUSSION

4.1. PREVENTION OF OIL SPILL INCIDENTS

In October 2013, Brazil's National Oil Spill Contingency Plan came into effect. This lays forth general guidelines for spill response, including organisational structure and duties, with the goal of creating a collaborative framework to shorten response times for accidents with major environmental implications. According to the Plan, it is the responsibility of a review and monitoring panel made up of officials from the Brazilian Navy, National Oil Agency, and Federal Environmental Agency (IBAMA) to determine whether an occurrence is of national significance, in which case the NCP would be activated.

The MRCC Brazil is the operational contact point in charge of receiving, transmitting, and processing urgent information on events involving dangerous chemicals, including oil from ships; the individual ports serve as backup contact points.⁶⁷

In the event of a leak, IBAMA often delegates the cleanup effort to the environmental agencies of the 18 coastal states or to Petrobras, the country's state-owned oil firm likewise it happened in 2019 spill incident. IBAMA felt the requirements to involve the other institutions to remove the oil in the beaches specially in the state of Rio Grande do Norte which were affected very badly. This oil spill was substantially greater than other previous records. The municipalities way of work showed their non-experience in the waste collection and management of oil waste in proper manner.⁶⁸

⁶⁷ Brazil. Available online: <https://www.itopf.org/knowledge-resources/countries-territories-regions/brazil/> (Accessed on- 31st July, 2023).

⁶⁸ Barbeiro, P. P., & Inojosa, F. C. (2022). Assessing the actions of the Brazilian Federal Government to respond to the 2019 mysterious oil spill: a perspective of the national environmental agency. *Anais da Academia Brasileira de Ciências*, 94, e20210320.

In the state of Rio de Janeiro clean-up falls to the local state environment agency: Fundacao Estadual de Engenharia do Meio Ambiente (FEEMA) while in the State of Sao Paulo this rests with the state agency; Companhia Estadual de Tecnologia de Saneamento Ambiental (CETESB). The other state departments are: Recife, CODEMA; Fortaleza, COMDEMA; Belo Horizonte, CETEC; Cuiba, CONDEMA; Sao Luiz, SERNAT; Maceio, CMA/SERPLAN; Salvador, CEPRAM; Curibata, SUREHMA; Florianopolis, FATMA; Brasilia, SEMA; Goiania, SEMAGO; Natal, CMA; Campo Grande, INAMB; Joao Pessoa, SUDEMA; Vitoria, DAASSEES; Amazonas, CODEAMA; Bahia, INEMA; and Porto Alegre, DMA. The area of jurisdiction of IBAMA and the coastal states extends to the 200-mile limit of Brazil's EEZ.⁶⁹

Government's role had not been quite satisfactory in this reference. During the 2019 oil spill happening poor coordination of Brazilian Federal government with the military, non-governmental organizations, civil society states and Brazilian municipalities was observed. This lack of coordination and transparent guidelines could not make effective responses towards the happening. The Federal government disbanded the executive and support committee responsible for oil spill accidents. Consequently, this lack of leadership and delayed the governmental response towards the oil spill.⁷⁰

4.2. APPLICATION OF LEGAL INSTRUMENTS TO THE PRESENT FACTS

"Thousands of barrels" of oil from the disaster has harmed Brazil, according to reports. Although the cause of the unusually large oil spill, which originated outside of Brazil, is still unknown, the Greek-flagged tanker NM Bouboulina, which is owned by Delta Tankers Ltd, is suspected.⁷¹ Chemical connections with Venezuelan oil were discovered during investigations by the Brazilian Navy and Petrobras, but Venezuela is not necessarily to blame.⁷² The state-run PDVSA, which is Venezuela's sole oil business, has not received any complaints of oil spills

⁶⁹ Brazil. Available online: <https://www.itopf.org/knowledge-resources/countries-territories-regions/brazil/> (Accessed on- 31st July, 2023).

⁷⁰ Soares, M. D. O., Teixeira, C. E. P., Bezerra, L. E. A., Rossi, S., Tavares, T., & Cavalcante, R. M. (2020). Brazil oil spill response: Time for coordination. *Science*, 367(6474), 155-155.

⁷¹ Santos, M.O.S.; Santos, C.P.S.; Alves, M.J.C.F.; Gonçalves, J.E.; Gurgel, I.G.D. Oil in Northeast Brazil: Mapping conflicts and impacts of the largest disaster on the country's coast. *AABC* 2022, 94, e20220014. Available online: <https://www.scielo.br/j/%20aabc/a/3tqYWvBdfRj3HRsstJqnScc/?lang=en> (accessed on 28th July 2023).

⁷² Combate ao Óleo. Marinha do Brasil. Available online: <https://www.marinha.mil.br/combate-ao-oleo> (accessed on 28 June 2023).

near Brazil, according to the government, which also rejected culpability for the catastrophe.⁷³ The results of the chemical analyses also showed that the oil came from a single source. On beaches, a number of barrels have washed ashore. The Navy had questioned 30 vessels passing by the Brazilian coast from ten different nations before testing to see whether there had been any oil spills.⁷⁴

The oil slicks have been difficult for the Brazilian government to map.⁷⁵ Because the oil is floating below the ocean's surface⁷⁶, it is impossible to detect and anticipate, and floating oil barriers have little to no impact. Shipping is a genuinely global sector, and it can only function efficiently if the rules and standards are also agreed upon, adopted, and put into practise globally. Any plan for long-term, sustainable economic growth must include shipping. The shipping industry, civil society, and the Organization's Member States are already cooperating through IMO to ensure a continuous and strengthened contribution to a green economy and growth that is sustainable. One of IMO's top priorities for the upcoming years is the promotion of sustainable shipping and marine development.⁷⁷

IMO is actively working towards the SDGs and the 2030 Agenda for Sustainable Development as a member of the United Nations family. In fact, the majority of the goals of the 2030 Agenda won't be achieved without a sustainable transport sector that supports international trade and advances the global economy. The Technical Cooperation Committee of the IMO has formally approved connections between the SDGs and the Organization's work providing technical support. While SDG 14—the objective for the oceans—is important to IMO, certain parts of the Organization's activities can be connected to each SDG separately.

⁷³ Navio Grego Foi Responsável por Derramamento de Óleo no Litoral Brasileiro, Diz PF. Available online: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/navio-grego-foi-responsavel-por-derramamento-de-oleo-no-litoral-brasileiro-diz-pf/> (accessed on 30th June 2023).

⁷⁴ Soares, M.O.; Teixeira, C.E.P.; Bezerra, L.E.A.; Rabelo, E.F.; Castro, I.B.; Cavalcante, R.M. The most extensive oil spill registered in tropical oceans (Brazil): The balance sheet of a disaster. *Environ. Sci. Pollut. Res.* 2020, 29, 19869–19877.

⁷⁵ Barros, S.; Medeiros, A.; Gomes, E.G. Conflitos Socioambientais e Violações de Direitos Humanos em Comunidades Tradicionais Pesqueiras No Brasil: Relatório; CPP-Conselho Pastoral dos Pescadores: Olinda, Brasil, 2021; Available online: <http://www.cppnacional.org.br/sites/default/files/publicacoes/Relat%C3%B3rio%20de%20Conflitos%20Socioambientais%20em%20Comunidades> (accessed on 28th June 2023).

⁷⁶ Mar de Luta: Movimentos Pesqueiros e Organizações Lançam Campanha Contra Petróleo No Nordeste. Available online: <https://intervezes.org.br/mar-de-luta-movimentos-pesqueiros-e-organicoes-lancam-campanha-contr-petroleo-no-nordeste/> (accessed on 29th June 2023).

⁷⁷ Mbembe, A. *Necropolítica: Biopoder, Soberania, Estado de Exceção, Política da Morte*; Faces da História: São Paulo, Brazil, 2018.

The whole concept of sustainable development is based upon development while ensuring the preservation of environment at the same time. The development which ignores the environment cannot sustain for a long duration. For this very reason, it becomes important that there must be a mechanism to provide for compensation, even in cases where after robust investigation, the real cause cannot be attributed too certain people or source of pollution remains unknown. This is because, uncertainty about the polluter cannot satisfy the sufferers or it cannot bring back the livelihood of the dependent people.

5. FINAL CONSIDERATIONS, ARGUMENTS AND SUGGESTIONS

As the mystery still continues regarding this 2019 oil spill, it has become difficult to genuinely put blame on any particular ship owner for the mishap. This takes us to a situation where it seems a dead end to think of applying any of the relevant international instruments. When the causing ship or source of the incident is not known, there can be no specific party which can be asked to maintain the status quo which was prior to the incident. The essentials for the damages and reparation demands a full inquiry into the cause of the spill, till that nothing concrete can be done. Even if one talks about the compensation fund and its applicability, the same cannot compensate the actual damage which has resulted from such huge incident. It cannot be denied that in present days, a proper investigation can truly identify the real cause of the incident. The required thing is the political will of the State, if the State is after the wrongdoers, the investigating agencies can find the real polluters with the help of the advanced technologies that are available at present times.

Even when it is assumed that the real polluters could not be identified, in such situation also, the State cannot deny the facts regarding the huge loss of environment and the people who were dependent of the existence of such environment. The fishermen, people earning due to tourism at those beaches and indulging in any occupation dependent upon such beaches cannot be left unanswered regarding their livelihood. The inhabitants of the affected areas have a right over those places and therefore it cannot be overlooked that they have genuine claims for it arising out of the right. 'Ubi jus ibi remedium' is a latin maxim which means where there is a right there is a remedy. The word 'Jus' means the legal authority to do or demand something, and the word 'remedium' means the right of action in a Court of law. This maxim is applicable

in the present oil spill incident. Also, when the damage is apparent and is undeniable, the remedial process becomes a mere formality. The strict application of legal documents should not be allowed to over shadow the actual things which needs to be done. The investigation must and should be completed as soon as possible so that consequently, damages can be claimed from the real polluters and provided to the genuine people who have suffered losses.

The authors argue that there are some contradictory things among the legal instruments and consistency of the objectives of IMO with Sustainable Development Goals:

First, Sustainability is a quite serious and sensitive issue. Shipping of oil itself is probably not sustainable, regardless of what there are any spills.

Second, the aims of FUND Convention are quite contradictory

On one hand, it may protect victims beyond what they would be compensated without it, while on the other hand, it lets shipping companies off the hook.

Still to deal with these kinds of situations two suggestions are proposed:

- The establishment of a fund on the lines of the proposed “loss and damage” fund in the United Nations Climate Change Conference COP27 which shall fund vulnerable countries affected adversely by the climate change. The world at present cannot afford to ignore the communities and people who are ruined due to the oil spill incidents. If the same are ignored, the Sustainable Development Goals can never be achieved.

- Till the establishment of any such fund, the State on whose soil or waters the damage occurs should take the full responsibility. This suggestion is based on the latin term ‘*parens patriae*’ which means ‘monarch or legal protector of the citizens unable to protect themselves.’ This can be extended to the affected communities while placing a responsibility on the State to provide them with their livelihoods and resources. Also, the principle of public trust doctrine which says that the state cannot hand over its trust of resources to private ownership when the interest of the public is involved and consequently, the State must keep the ownership for the interest of public. And if the resources get damage, the duty to repair them should lie on the State itself.

The research paper finds that the two most affected and vulnerable sectors have been: the accommodation sectors and food sector, the life and livelihood of those people dependant on the seafoods and the life of adjacent residents. It’s very important for tourism and food production and food security. Another important measurement is wide variations in indices

among different state regions, helplessness to fight the stains. An economy is strongly depending on the exploitation of coastal resources or by deficiencies of social factors.⁷⁸ Having talked about the above-mentioned suggestions, the liability of international bodies and the applicability of international instruments can never be denied as according to the present situation and keeping in mind the robust system that exists to deal with oil spill incidents the major hurdle in resolving the difficulties is the lack of political will. If the State authorities entrusted with the task of investigation work in the desired manner, the situation can immediately improve for the better. Efficiency in energy use, new technology, innovation, maritime education and training, maritime security, maritime traffic management, and the growth of the maritime infrastructure: the development and implementation of global standards covering these and other issues, through IMO, will underpin IMO's commitment to provide the framework of institutions required for a green and sustainable global maritime transportation system.

6. REFERÊNCIAS

ACSELRAD, H.; HERCULANO, S.S.; PÁDUA, J.A. *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2019.

ARAÚJO, M.E.; RAMALHO, C.W.N.; DE MELO, P.W. *Pescadores artesanais, consumidores e meio ambiente: Consequências imediatas do vazamento de petróleo no Estado de Pernambuco, Nordeste do Brasil*. Cad. Saúde Pública, v. 36, p. e00230319, 2020.

BARROS, S.; MEDEIROS, A.; GOMES, E.G. *Conflitos Socioambientais e Violações de Direitos Humanos em Comunidades Tradicionais Pesqueiras no Brasil: Relatório*. Olinda: CPP-Conselho Pastoral dos Pescadores, 2021. Disponível em: [http://www.cppnacional.org.br/sites/default/files/publicacoes/Relatório%20de%20Conflitos%](http://www.cppnacional.org.br/sites/default/files/publicacoes/Relatório%20de%20Conflitos%20e%20Violações%20de%20Direitos%20Humanos%20em%20Comunidades%20Tradicionais%20Pesqueiras%20no%20Brasil.pdf)

⁷⁸ Câmara, S. F., Pinto, F. R., da Silva, F. R., de Oliveira Soares, M., & De Paula, T. M. (2021). Socioeconomic vulnerability of communities on the Brazilian coast to the largest oil spill (2019–2020) in tropical oceans. *Ocean & Coastal Management*, 202, 105506.

20Socioambientais%20em%20Comunidades%20Pesqueiras%20-%202021.pdf. Acesso em: 28 jun. 2023.

BAHIA VOLTA A REGISTRAR MANCHAS DE ÓLEO NO LITORAL. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/bahia-volta-a-registrar-manchas-de-oleo-no-litoral/>. Acesso em: 5 jun. 2023.

BISPO, J.P.; BARBOSA, D. *COVID-19 como sindemia: Modelo teórico e fundamentos para a abordagem abrangente em saúde*. Cad. Saúde Pública, v. 37, p. e00119021, 2021.

BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO, N. 30 DO OBSERVATÓRIO DOS IMPACTOS DO COVID-19 NAS COMUNIDADES PESQUEIRAS: SEMANA EPIDEMIOLÓGICA 06. Disponível em: <https://observatoriocovid19pescadores.blogspot.com/p/boletim-epidemiologico.html>. Acesso em: 18 jun. 2023.

BOLETINS EPIDEMIOLÓGICOS. Ministério da Saúde (MS). Disponível em: <https://www.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos>. Acesso em: 28 jun. 2023.

BREILH, J. *Las Tres 'S' de la Determinación de la Vida: 10 Tesis Hacia una Visión Crítica de la Determinación de la Vida y de la Salud*. Em Determinação Social da Saúde e Reforma Sanitária. Rio de Janeiro: Cebes, 2010. pp. 87–125.

BRUM, H.D.; CAMPOS-SILVA, J.V.; OLIVEIRA, E.G. *Brazil oil spill response: Government inaction*. Science, v. 367, p. 155–156, 2020.

CARTA ABERTA PELA DECLARAÇÃO DE ESTADO DE EMERGÊNCIA EM SAÚDE PÚBLICA DIANTE OS PERIGOS DA EXPOSIÇÃO AO ÓLEO DE PETRÓLEO NAS PRAIAS NORDESTINAS E PARA O DESENVOLVIMENTO DE AÇÕES DE VIGILÂNCIA POPULAR E CUIDADO EM SAÚDE. Disponível em: <https://racismoambiental.net.br/2019/10/29/carta-aberta-pela-declaracao-de-estado-de-emergencia-em-saude-publica/>. Acesso em: 28 jun. 2023.



COMBATE AO ÓLEO. Marinha do Brasil. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/combate-ao-oleo>. Acesso em: 28 jun. 2023.

COPE, M.R. et al. *Does time heal all wounds? Community attachment, natural resource employment, and health impacts in the wake of the BP Deepwater Horizon disaster*. Soc. Sci. Res., v. 42, p. 872–881, 2013.

CRISTIANO, R.; NOBERTO, W. *A situação do Comércio de Pescados em Algumas Localidades Pernambucanas: Reflexões Preliminares Após os Vazamentos do Petróleo*. Recife: Núcleo de Estudos Humanidades, Mares e Rios, Universidade Federal de Pernambuco, 2019.

DISNER, G.R.; TORRES, M. *The environmental impacts of 2019 oil spill on the Brazilian coast: Overview*. Rev. Gest. Ambient. Sustentabilidade, v. 7, p. 193–209, 2020.

DERRAMAMENTO DE PETRÓLEO É RISCO PARA SAÚDE DA POPULAÇÃO. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/saude-da-populacao/derramamento-de-petroleo-e-risco-para-saude-da-populacao/43706/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

ESTUDO INVESTIGA IMPACTOS DO DESASTRE DO PETRÓLEO E DA PANDEMIA DE COVID-19 ENTRE PESCADORES. Disponível em: <https://www.cpqam.fiocruz.br/institucional/noticias/estudo-investiga-impactos-do-desastre-do-petroleo-e-da-pandemia-de-covid-19-entre-pescadores>. Acesso em: 20 jun. 2023.

EUZEBIO, C.G.R.; MARQUES, R. *Derramamento de petróleo e seus impactos no ambiente e na saúde humana*. RBCIAMB, v. 52, p. 79–98, 2019.

HORTON, R. *Offline: COVID-19 is not a pandemic*. Lancet, v. 396, p. 874, 2020.

INICIATIVA QUE REÚNE PESCADORES, PESQUISADORES E ATIVISTAS, MONITORA OS IMPACTOS DA COVID-19 NAS COMUNIDADES PESQUEIRAS.

Disponível em: <http://www.cppnacional.org.br/noticia/iniciativa-que-reune-pescadores-pesquisadores-e-ativistas-monitoreaos-impactos-da-covid-19>. Acesso em: 28 jun. 2023.

INTOXICAÇÕES EXÓGENAS RELACIONADAS À EXPOSIÇÃO AO PETRÓLEO NO LITORAL DE PERNAMBUCO. Disponível em: https://12ad4c92-89c7-4218-9e11-0ee136fa4b92.filesusr.com/ugd/3293a8_c5ecdbfcb41a4a0fb92ac3fa780e718d.pdf. Acesso em: 9 jun. 2023.

JUNGES, J.R.; BARBIANI, R. *Interfaces entre território, ambiente e saúde na atenção primária: Uma leitura bioética*. Rev. Bioét., v. 21, p. 207–217, 2013.

LAFFON, B.; PÁSARO, E.; VALDIGLESIAS, V. *Effects of exposure to oil spills on human health: Updated review*. J. Toxicol. Environ., v. 19, p. 105–128, 2016.

MAPA PARTICIPATIVO DA POLUIÇÃO POR PETRÓLEO–BRASIL–2019–2020. Disponível em: <http://www.ivides.org/index/index.php/mapa-participativo-petroleo>. Acesso em: 28 jun. 2023.

MAR DE LUTA: MOVIMENTOS PESQUEIROS E ORGANIZAÇÕES LANÇAM CAMPANHA CONTRA PETRÓLEO NO NORDESTE. Disponível em: <https://intervozes.org.br/mar-de-luta-movimentos-pesqueiros-e-organizacoes-lancam-campanha-contrapetroleo-no-nordeste/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

MBEMBE, A. *Necropolítica: Biopoder, Soberania, Estado de Exceção, Política da Morte*. São Paulo: Faces da História, 2018.

MESQUITA, B.; QUINAMO, T. *Impactos Socioeconômicos e Ambientais da Contaminação por Petróleo nas Praias do Litoral da Região Nordeste do Brasil*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2020.

MAIS DE UMA TONELADA DE MANCHAS DE ÓLEO É RECOLHIDA EM PRAIAS DE SERGIPE. Disponível em: <https://g1.globo.com/se/sergipe/noticia/2022/09/13/mais-de-uma-tonelada-de-manchas-de-oleo-e-recolhida-em-praias-de-sergipe.ghtml>. Acesso em: 14 jun. 2023.

MÜLLER, M.N. et al. *Cellular accumulation of crude oil compounds reduces the competitive fitness of the coral symbiont Symbiodinium glynnii*. Environ. Pollut., v. 289, p. 117938, 2021.

NAVIO GREGO FOI RESPONSÁVEL POR DERRAMAMENTO DE ÓLEO NO LITORAL BRASILEIRO, DIZ PF. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/navio-grego-foi-responsavel-por-derramamento-de-oleo-no-litoral-brasileiro-diz-pf/>. Acesso em: 30 jun. 2023.

OFÍCIO SEMAS Nº 440/2020-GS, 04 de Dezembro de 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node02esw42a0snpa1xnjnz8y71ocx4356219.node0?codteor=1950884&filename=DOCCPI+180/2020+CPIOLEO. Acesso em: 30 jun. 2023.

ÓLEO NO NORDESTE BRASILEIRO: UMA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA! Disponível em: <http://www.saudecampofloresta.unb.br/oleo-no-nordeste-brasileiro-uma-emergencia>. Acesso em: 20 jun. 2023.

OS POSSÍVEIS IMPACTOS DOS VAZAMENTOS DE ÓLEO NAS COMUNIDADES PESQUEIRAS ARTESANAIS EM PERNAMBUCO: UM BREVE E PROVISÓRIO BALANÇO. Disponível em: <https://sites.ufpe.br/wp-content/uploads/sites/45/2019/12/Artigo-O-petróleo-e-os-bloqueios-à-reprodução-social-da-pesca-artesanal-em-Pernambuco.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2023.

PELA DECLARAÇÃO DE ESTADO DE EMERGÊNCIA EM SAÚDE PÚBLICA PARA CONTROLE DOS RISCOS RECORRENTES DA MAIOR TRAGÉDIA DE CONTAMINAÇÃO PELO PETRÓLEO DA COSTA BRASILEIRA. Disponível em:

<https://cebes.org.br/pela-declaracao-de-estado-de-emergencia-em-saude-publica-para-controle-dos-riscos-decorrentes-da-maior-tragedia-de-contaminacao-pelo-petroleo-na-costa-do-brasil-ufba/20682/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

PENA, P.G.L. et al. *Derramamento de óleo bruto na costa brasileira em 2019: Emergência em saúde pública em questão*. Cad. de Saúde Pública, v. 36, p. e00231019, 2020.

PESQUISA DA FIOCRUZ CEARÁ ENTREGA RESULTADOS PARCIAIS DE CONTAMINAÇÃO DE MARISCOS APÓS DERRAMAMENTO DE PETRÓLEO NO ESTADO. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/pesquisa-da-fiocruz-ceara-entrega-resultados-parciais-de-contaminacao-de-mariscos-apos>. Acesso em: 14 jun. 2023.

REIS-FILHO, J.A.; QUINTO, D. *COVID-19, Afastamento social, pesca artesanal e segurança alimentar: Como esses temas estão relacionados e quão importante é a soberania dos trabalhadores da pesca diante do cenário distópico*. Scielo, 2020. preprint. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/218359/1/CNPASA-2020-PropescaInformativo-20.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

RUNG, A.L. et al. *Depression, Mental Distress, and Domestic Conflict among Louisiana Women Exposed to the Deepwater Horizon Oil Spill in the WaTCH Study*. Environ. Health Perspect., v. 124, p. 1429–1435, 2016.

SANTOS, C.P.S.; FERREIRA, C.; SANTOS, M.O.S. *Oil Spill in 2019 in the Sea and on the Beaches of Northeast, Brazil*. Recife: Laboratório de Saúde Ambiente e Trabalho/Instituto Aggeu Magalhães/Fiocruz Pernambuco, 2020. Disponível em: <https://ejatlas.org/conflict/oil-spill-in-the-sea-and-on-the-beaches-of-northeast-brazil>. Acesso em: 30 jun. 2023.

SANTOS, M.O.S. et al. *Oil in Northeast Brazil: Mapping conflicts and impacts of the largest disaster on the country's coast*. AABC, v. 94, p. e20220014, 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/aabc/a/3tqYWyBdfRj3HRsstJqnSc/?lang=en>. Acesso em: 16 jun. 2023.

SEMAS PARTICIPA DE REUNIÃO DE GRUPO INTERINSTITUCIONAL QUE MONITORA O APARECIMENTO DE ÓLEO NO LITORAL. Disponível em: <https://semas.pe.gov.br/semas-participa-de-reuniao-do-grupo-interinstitucional-que-monitora-o-aparecimento-de-oleo-no-litoral/>. Acesso em: 9 jun. 2023.

SILVA, D.A. et al. *Oil Spill and Socioeconomic Vulnerability in Marine Protected Areas*. *Front. Mar. Sci.*, v. 9, p. 1–13, 2022.

SINGER, M.; CLAIR, S. *Syndemics and public health: Reconceptualizing disease in bio-social context*. *Med. Anthropol. Q.*, v. 17, p. 423–441, 2003.

SINGER, M. et al. *Syndemics and the biosocial conception of health*. *Lancet*, v. 389, p. 941–950, 2017.

SOARES, M.O. et al. *Oil spill in South Atlantic (Brazil): Environmental and governmental disaster*. *Mar. Policy*, v. 115, p. 103879, 2020.

SOARES, M.O. et al. *The most extensive oil spill registered in tropical oceans (Brazil): The balance sheet of a disaster*. *Environ. Sci. Pollut. Res.*, v. 29, p. 19869–19877, 2020.

TEMPER, L. et al. *The Global Environmental Justice Atlas (EJAtlas): Ecological distribution conflicts as forces for sustainability*. *Sustain. Sci.*, v. 13, p. 573–584, 2018.

TEMPER, L.; DEL BENE, D.; MARTINEZ-ALIER, J. *Mapping the frontiers and front lines of global environmental justice: The EJAtlas*. *J. Pol. Ecol.*, v. 22, p. 55–278, 2018.

TAKESHITA, R. et al. *A review of the toxicology of oil in vertebrates: What we have learned following the Deepwater Horizon oil spill*. *J. Toxicol. Environ.*, v. 24, p. 355–394, 2021.

VESTÍGIOS DE ÓLEO SÃO ENCONTRADOS EM PRAIAS DE NOVE MUNICÍPIOS E CHEGAM AO LITORAL DA PARAÍBA, DIZ GOVERNO DE PE. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/paranambuco/noticia/2022/08/28/vestigios-de-oleo-sao-encontrados-em-praias-de-nove-municipios-e-chegam-ao-litoral-da-paraiba-diz-governo-de-pe.ghtml>. Acesso em: 28 jun. 2023.

VOZES SILENCIADAS: A COBERTURA DO VAZAMENTO DE PETRÓLEO NA COSTA BRASILEIRA. Disponível em: <https://intervozes.org.br/publicacoes/vozes-silenciadas-petroleo/>. Acesso em: 20 jun. 2023.

Sobre os autores:

Dr. Anuja Mishra | E-mail: anujamishra@cusb.ac.in

Assistant Professor in the Department of Law & Governance at the Central University of South Bihar, located in Gaya, India. For professional inquiries, she can be reached via email at anujamishra@cusb.ac.in or by phone at +91-7398864617.

Dr. Ajay Kumar Barnwal | E-mail: ajaybarnwal@bhu.ac.in

Assistant Professor in the Faculty of Law at Banaras Hindu University, located in Varanasi, India. For professional inquiries, he can be reached via email at ajaybarnwal@bhu.ac.in or by phone at +91-9887583422.