

Prismas Jurídicos
v. 26, n. 55
jul./out. 2022
e-ISSN 2177-8337



Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



Auditorium

Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro
Rio de Janeiro: Seção Judiciária do Rio de Janeiro, 1994



JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio de Janeiro



EQUIPE EDITORIAL

Editores-Chefes:

Desembargador Federal Reis Friede – Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Juiz Federal Osair Victor de Oliveira Junior – Diretor do Foro da Seção Judiciária do Rio de Janeiro

Editora-Executiva:

Dra. Maria Geralda de Miranda - Pós-doutora em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ)

Editora-Gerente:

Dra. Márcia Teixeira Cavalcanti - Doutorado em Ciência da Informação pelo Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT/UFRJ)

Conselho Editorial:

Reis Friede, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO e Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, Brasil;

André Fontes, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Brasil / TRF2;

Maria Geralda de Miranda, Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM, Brasil;

Carmen Sílvia Lima de Arruda, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;

Raquel Villardi, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Adriano Rosa da Silva, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;

Alexandre Morais da Rosa, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Brasil;

Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Antonio Baptista Gonçalves, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, Brasil;

Antonio Celso Baeta Minhoto, Universidade de Marília, UNIMAR, Brasil;

Carlos Alberto Lima de Almeida, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;

Carlos Alberto Lunelli, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, Brasil;

Cláudio Lopes Maia, Universidade Federal de Goiás, UFG, Brasil;

Clayton Reis, Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Brasil;

Cleyson de Moraes Mello, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;

Denis de Castro Halis, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China;

Elton Dias Xavier, Universidade Estadual de Montes Claros, UNIMONTES, Brasil;

Heliana Maria Coutinho Hess, Universidade de Campinas, UNICAMP, Brasil;
Janaína Rigo Santin, Universidade de Passo Fundo, UPF, Brasil;
Jane Reis Gonçalves Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;
José Henrique Mouta Araújo, Universidade da Amazônia, UNAMA, Brasil;
Karen Artur, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Brasil;
Loussia Penha Musse Felix, Universidade de Brasília, UNB, Brasil;
Marcus Lívio Gomes, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil;
Maria Amélia Almeida Senos de Carvalho, Justiça Federal de 1º Grau no Rio de Janeiro, Brasil;
Maria Stella Faria de Amorim, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;
Nalayne Mendonça Pinto, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, Brasil;
Osvaldo Canela Junior, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC-PR, Brasil;
Pedro Heitor Barros Geraldo, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil;
Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, Universidade de Coimbra, Portugal;
Rodolfo Salassa Boix, Universidade de Córdoba, Argentina;
Sérgio Augustin, Universidade de Caxias do Sul, UCS, Brasil;
Thiago Bottino do Amaral, Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil;

Revisores Ad Hoc:

Adriano Rosa da Silva, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;
Eliana Khader, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;
Janssen Hiroshi Murayama, Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil;
Juliana Young, Universidade Federal do Pampa, UNIPAMPA, Brasil;
Luciana Borba Benetti, Universidade Federal do Pampa, UNIPAMPA, Brasil;
Luiz Felipe de Lima Rodelli, Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraná, OAB, Brasil;
Marcus Alexandre Cavalcanti Bastos, Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM, Brasil;
Monique Falcão, Universidade Santa Úrsula, USU, Brasil;
Paulo Henrique da Silveira Chaves, Universidade Federal de Uberlândia, UFU, Brasil.

Corpo Técnico Editorial:

Tradução: Vitor Kifer, tradução Inglês e Espanhol, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Webdesign e Diagramação: Coordenadoria de Produção Gráfica e Visual | COPGRA/ARIC/TRF2

Normalização: Biblioteca do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Suporte Técnico: Setor de Tecnologia da Informação, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Colaboração Editorial: Marcos Filipe Moreira Silva (estagiário de Letras/AREV)

CONTATO

Equipe Revista da SJRJ

Av. Almirante Barroso, 78 – 3º andar Centro – Rio de Janeiro – RJ. CEP: 20031-001.

Telefone: (21) 3261-6405

revistaauditorium@sjrj.jus.br

Contato para Suporte Técnico:

Revista da SJRJ Apoio

Telefone: (21) 3261-6405

apoio.auditorium@sjrj.jus.br

DADOS PARA CATALOGAÇÃO

Revista de Seção Judiciária do Rio de Janeiro : Auditorium / Tribunal Regional Federal da 2. Região. – v. 1, n. 1 (1994). – Rio de Janeiro : Tribunal Regional Federal da 2. Região, 1994- .

Anual: 1994-2004

Quadrimestral: 2005-2014 e 2018-

Publicação impressa e eletrônica.

Disponível em: <http://revistaauditorium.fjrj.jus.br/index.php/revistasjrj/index>.

Suspensa: 2015-2017

A partir do v. 22, n. 42 (2018), a revista foi publicada pela Seção Judiciária do Rio de Janeiro e pelo Centro Cultural Justiça Federal.

A partir do v. 25, n. 52 (2021), a revista passou a ser publicada pelo Tribunal Regional Federal da 2. Região.

Catálogo na fonte: Seção de Biblioteca.

ISSN: 1678-3085

e-ISSN: 2177-8337

1. Direito. 2. Legislação. 3. Jurisprudência. I. Tribunal Regional Federal da 2. Região. II. Seção Judiciária do Rio de Janeiro

CDD 340
CDU 34

SUMÁRIO

- 7** **Apresentação**
Os Editores

|ARTIGOS: TEMÁTICAS LIVRES

- 8** **A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NA PERSECUÇÃO PENAL: SUA POSITIVAÇÃO PELA LEI ANTICRIME COMO MEDIDA MODERNIZADORA PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**
Alexandre Cesar dos Santos
- 43** **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E QUARENTENA: A SUBNOTIFICAÇÃO NOS TEMPOS DE PANDEMIA**
Henri Francis de Oliveira Ruiz, Patrícia Maria Dusek, Katia Eliane Santos Avelar, Maria Geralda de Miranda
- 64** **O PROCESSO DIALÓGICO-DELIBERATIVO NA CELEBRAÇÃO DE ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM CRIMES TRIBUTÁRIOS**
Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandes
- 84** **NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO À ÁGUA POTÁVEL E AO SANEAMENTO NO BRASIL**
Alyre Marques Pinto, Lídia Maria Ribas

APRESENTAÇÃO

A Seção Judiciária do Rio de Janeiro, SJRJ, em parceria com a Presidência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, apresenta a 55ª Edição da Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, intitulada "*Prismas Jurídicos*", com artigos que abordam temáticas variadas dentro do campo do Direito.

O artigo **A cadeia de custódia da prova na persecução penal: sua positividade pela Lei Anticrime como medida modernizadora para a investigação criminal** objetiva apresentar de forma didática e clara a finalidade da cadeia de custódia da prova no processo penal, como uma tecnologia de garantia da fiabilidade da prova técnica para um modelo do justo processo penal.

No artigo **Violência doméstica e quarentena: a subnotificação nos tempos de pandemia**, se discute a violência doméstica e familiar contra as mulheres que, em decorrência da pandemia do vírus COVID-19, teve um aumento exponencial, mas que pode ter números ainda maiores devido à subnotificação dos casos.

O processo dialógico-deliberativo na celebração de acordos de não persecução penal em crimes tributários analisa a aplicação do acordo de não persecução penal nos crimes contra a Ordem Tributária com base na proposta metodológica do processo dialógico-deliberativo no processo penal.

Em **Novo marco legal do saneamento básico: uma contribuição para a efetividade do direito à água potável e ao saneamento no Brasil** são examinadas as alterações da Lei Nacional de Saneamento Básico (LNSB) promovidas por meio da Lei nº 14.026/2020 e sua contribuição para a garantia do direito humano à água e ao saneamento no contexto brasileiro.

Desejamos aos nossos autores e leitores uma boa leitura e muita saúde.

Os Editores

**A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NA PERSECUÇÃO PENAL: SUA
POSITIVAÇÃO PELA LEI ANTICRIME COMO MEDIDA MODERNIZADORA
PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

***THE CHAIN OF CUSTODY OF THE EVIDENCE IN CRIMINAL PERSECUTION:
ITS POSITIVATION FOR THE ANTI-CRIME LAW AS A MODERNIZING
MEASURE FOR CRIMINAL INVESTIGATION***

Alexandre Cesar dos Santos¹

Resumo: O presente artigo aborda o tema cadeia de custódia da prova no processo penal e a sua positivação pela Lei Anticrime no ordenamento jurídico brasileiro, como medida de modernização da investigação criminal. A Constituição Federal garante o direito fundamental à prova lícita, como um dos corolários do devido processo legal, o que constitui a legitimidade da persecução penal. Por outro lado, se houver contaminação da prova, ela não poderá ser valorada pelo juiz ou deverá ser desentranhada do processo, conforme a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência. Além disso, faz-se um estudo acerca das críticas doutrinárias quando ocorre a quebra da cadeia de custódia no inquérito policial, o que pode levar ao trancamento da ação penal. Procura-se apresentar de forma didática e clara a finalidade da cadeia de custódia da prova no processo penal, como uma tecnologia de garantia da fiabilidade da prova técnica para um modelo do justo processo penal. A metodologia da pesquisa utilizada no estudo é a bibliográfica e a documental que se debruçam sobre o tema pesquisado. Nessa perspectiva, demonstra-se que a positivação da cadeia de custódia da prova no processo penal é uma medida modernizadora da investigação criminal e, ao mesmo tempo, uma ferramenta essencial ao direito de defesa, o que vai garantir o direito fundamental à prova lícita.

Palavras-chaves: Cadeia de custódia. Persecução penal. Prova. Inquérito policial.

Abstract: This article addresses the issue of chain of custody of evidence in criminal proceedings and its affirmation by the Anti-Crime Law in the Brazilian legal system, as a measure of modernization of criminal investigation. The Federal Constitution guarantees the fundamental right to lawful evidence, as one of the corollaries of due legal process, which constitutes the legitimacy of criminal prosecution. On the other hand, if there is contamination of the evidence, it cannot be valued by the judge or must be removed from the process, according to the majority position of doctrine and jurisprudence. In addition, a study is made about the doctrinal criticisms when the chain of custody is broken in the police investigation, which can lead to the suspension of the criminal action. It seeks to present, in a didactic and clear way, the purpose of the chain of custody of evidence in criminal proceedings, as a technology to guarantee the reliability of technical evidence for a model of fair criminal

¹ Delegado de Polícia Civil do Estado de Alagoas. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE (2006). Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp-LFG. Pós-graduado em Direitos Humanos e Segurança Pública pela Universidade de Federal de Rondônia/SENASP.

procedure. The research methodology used in the study is bibliographical and documental that focuses on the researched topic. From this perspective, it is demonstrated that the affirmation of the chain of custody of evidence in criminal proceedings is a modernizing measure of criminal investigation and, at the same time, an essential tool for the right of defense, which will guarantee the fundamental right to lawful evidence.

Keywords: Chain of custody. Criminal prosecution. Evidence. Police inquiry.

Recebido em: 21/09/2021
Aceito para publicação em: 20/06/2022

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo destaca a importância da cadeia de custódia da prova na persecução penal, uma vez que vai permitir o controle epistêmico utilizado na colheita da prova para a preservação das fontes, o que leva a credibilidade e a fiabilidade dos elementos probatórios. Considerando essa perspectiva, a persecução penal no sistema acusatório deve garantir o direito fundamental à prova lícita para legitimar a atuação do Estado para o exercício da jurisdição.

Neste contexto, a problemática deste estudo sucinta no âmbito da aplicação da cadeia de custódia da prova na seara criminal, notadamente, em face da conservação da prova para demonstrar a realidade fática. Por essa razão, até que ponto pode a prova pericial ser apresentada ao magistrado de forma consistente e sem vícios de contaminação? Sendo assim, esse é o objetivo de perquirir acerca da cadeia de custódia da prova, como uma garantia fundamental do imputado, a qual visa a assegurar a produção da prova lícita.

Por isso, a relevância e a atualidade do tema se justificam em virtude da positivação da cadeia de custódia da prova no Código de Processo Penal, pela Lei nº 13.964/2019, conhecida popularmente de “Lei Anticrime”, que estabeleceu uma regulamentação mais precisa, com conceitos técnicos e protocolos em torno da cadeia de custódia da prova. Dessa maneira, houve a dogmatização dos protocolos de coleta, de manuseio e de armazenamento no Código de Rito Penal, com o propósito de preservação dos vestígios e das evidências coletadas no local de crime. Essa medida representa grande avanço para a modernização das perícias técnicas e, ao mesmo tempo, ao direito de defesa do imputado, que são essenciais ao processo penal acusatório, por estar intimamente relacionado ao direito fundamental à prova para o devido processo penal justo.

Colocada essa noção preliminar, outra temática tratada no artigo debruça-se sobre as provas acautelatórias irrepetíveis na fase preliminar da *persecutio criminis*.

À vista disso, aborda-se sobre a possibilidade excepcional de “trancamento” do inquérito policial, caso tenha ocorrido quebra no elo da cadeia de custódia. Firmada essa premissa, a hipótese básica assenta-se na ideia de que não sendo mais possível a realização da prova antecipada cautelar e sendo essa a única prova do processo, não haverá justa causa para a ação penal. Por outro lado, há vozes na doutrina que defendem que vai depender do vício da prova, para saber se ela será desentranhada ou não dos autos do processo. Por isso, é importante trazer à baila a cadeia de custódia da prova e seus reflexos no inquérito policial, como direito fundamental à prova lícita.

Outro ponto dedicado no artigo diz respeito à investigação criminal. Sob esse enfoque, destaca-se a necessidade para os métodos científicos próprios de cada perícia, com suas técnicas de colheitas de vestígios em locais de crimes com a finalidade de produzir provas legais, livres de adulteração ou extravios para resguardar as fontes de provas.

Por fim, para alcançar esses resultados, a pesquisa desenvolve-se pela metodologia bibliográfica e documental, com reflexões de vários autores, notadamente Geraldo Prado, Janaina Matida, Gustavo Righi Ivahy Badaró, Antonio Scarance Fernandes, Antônio Magalhães Gomes Filho, Ada Pellegrini Grinover, Manuel Monteiro Guedes Valente, com suas propostas teóricas em torno do tema tratado. Por isso, a abordagem dos tópicos é estruturada com argumentos em confrontos doutrinários e precedentes judiciais que defendem suas teses sobre a cadeia de custódia no processo penal como uma garantia fundamental à prova lícita na persecução criminal.

2 A POSITIVAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PARA A PADRONIZAÇÃO DA CAPTAÇÃO DA PROVA

No Código de Processo Penal, não havia um regramento expresso para a cadeia de custódia da prova e a sua rastreabilidade. Entretanto, por uma interpretação sistemática, podia-se extrair do Código de Ritos a necessidade de preservação do local de crime e da documentação pericial, como uma exigência da autenticidade e da integridade das fontes das provas, uma vez que os atos de investigação criminal devem observar à legalidade para a obtenção da prova em respeito ao preceito constitucional da garantia fundamental do direito à prova lícita.

Havia, no entanto, uma padronização de normas técnicas para o procedimento da cadeia de custódia da prova para os processos criminais pela Portaria nº 82/2014, de 16.07.2014 da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça (SENASP), a qual diz que “a cadeia de custódia é fundamental para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial até a conclusão do processo judicial” (BRASIL, 2014). Essa Portaria era uma referência para as instituições policiais e as Perícias Oficiais, que as utilizavam para a coleta e a preservação dos vestígios, que são marcas ou sinais sensíveis, substâncias ou objetos encontrados no local de crime que tenham relação com fato investigado, bem como a preservação das evidências, que são os vestígios que foram analisados pelos peritos e que têm relação com fato criminoso, após a elaboração dos laudos periciais na fase do inquérito policial. No entanto, é comum a não observação pelos agentes públicos quanto às normas de naturezas administrativas, as quais disciplinam os métodos da cadeia de custódia da prova e a preservação dos vestígios e das evidências.

Tratando-se de provas na seara criminal, a coleta de vestígios deve ser um procedimento adotado com certo rigor científico, já que a persecução penal é um instrumento que vai legitimar a aplicação da sanção penal ao imputado², a partir do

² Antonio Scarance Fernandes define “imputação” como “um juízo pelo qual se atribui a alguém a prática de fato penal relevante, ou seja, de fato que ajusta a uma norma penal incriminadora. (...) Normalmente, se expressa por determinado ato: indiciamento, denúncia, determinação judicial de Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 8-42, jul./out. 2022

devido processo legal, o qual se desenvolve pelas garantias constitucionais e limites ao poder punitivo do Estado. A partir dessa premissa, o corolário da valorização racional da prova requer um regramento legal sobre como se dá a produção, os meios e os limites para a obtenção da prova, com a finalidade da garantia do devido processo penal e seus desdobramentos.

Nesse enfoque, Ada Pellegrini Grinover (1982, p. 58), antes mesmo da Constituição Federal 1988, defendia a necessidade de regramento dos procedimentos para obtenção da prova, como regras de tutela da esfera individual:

Assim entendido, o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma experiência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na disciplina da prova não indica um retorno ao sistema de prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos dos acusados.

Como se vê, a doutrina reivindicava um disciplinamento no ordenamento jurídico para estabelecer regras mínimas para a obtenção da prova na persecução penal. A partir dessa perspectiva, a documentação da cadeia de custódia da prova, bem como o rastreamento da prova técnica é extremamente necessária para a modernização e a legitimação do processo criminal. Essa ilação é, também, extraída de Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais Rosa (2015), conforme sustentam: “é crucial que se demonstre de forma documentada a cadeia de custódia e toda a trajetória feita, da coleta até a inserção no processo e valoração judicial”. No mesmo sentido, é o posicionamento de Gustavo Badaró (2017, p. 527):

Contudo, é absolutamente fundamental que a lei processual estabeleça regras gerais e padrões mínimos do conteúdo de documentação de toda cadeia de custódia e as consequências processuais de seu desrespeito, sejam em termos de admissibilidade, seja quanto à valoração do meio de prova dela correspondente.

prisão cautelar ou de outra medida constritiva”. In. **Reação Defensiva à Imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 103.

Percebe-se que a positivação da cadeia de custódia no ordenamento jurídico parte do princípio dogmático da legalidade para que os operadores do direito possam identificar todos os termos objetivamente, com a finalidade de estabelecer condições razoáveis para as técnicas de procedimento na coleta e no manuseio da prova no curso da *persecutio criminis*. Neste caso, a Ciência do Direito sistematizou com normas as formalidades rituais na captação, na documentação, no manuseio e na preservação dos vestígios que, em certa medida, conduzem à legitimação das decisões judiciais na seara probatória, ao positivar o rito da cadeia de custódia da prova no Código e Processo Penal.

Como pontua Ferraz Júnior (1999, p. 28): “tudo é passível de ser normado e para enorme disponibilidade de endereçados, pois o direito já não depende do *status*, do saber, do sentir de cada um, das diferenças de cada um, da personalidade de cada um”. Daí a necessidade de normatizar a cadeia de custódia da prova e a rastreabilidade dos vestígios. É neste contexto, a fim de sanar esse vácuo na legislação processual penal, que a Lei nº 13.964/2019, conhecida popularmente de “Lei Anticrime”, estabeleceu a regulamentação mais precisa com conceitos técnicos peculiaridades no tema da prova, em torno da cadeia de custódia da prova no processo penal.

Diante disso, a referida Lei acrescentou o art. 158-A no Código de Processo Penal, que traz o conceito legal da cadeia de custódia da prova: “Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte” (BRASIL, 1941). Esse dispositivo normativo é fruto do Projeto Lei nº 10.372/2018 da Câmara dos Deputados, o qual foi apensado ao projeto de Lei nº 882/2019 de iniciativa do Poder Executivo, conhecido popularmente como “Pacote Anticrime”. Isso implica grande avanço para o controle epistêmico da fiabilidade da

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 8-42, jul./out. 2022

prova, já que estabelece procedimentos técnicos para a coleta de vestígios e de evidências para o seu rastreamento, com a finalidade de assegurar a credibilidade do elemento probatório, o que vai legitimar a persecução penal.

Nessa linha de raciocínio, a normatização da prospecção da prova penal é uma forma de proteção às partes na persecução penal contra o arbítrio na manipulação e na preservação das evidências nas perícias técnicas, para mantê-las livres de contaminação e não falsear a verdade. Dessa maneira, é uma tentativa de equilibrar as partes em paridade de armas, diante da complexidade das provas técnicas, em um cenário que é acessível aos especialistas de cada Ciência.

Por esse prisma, a positivação da cadeia de custódia da prova no processo penal permite apresentar uma gama de conceitos que estabelecem as etapas do rastreamento dos vestígios, previstos no art. 158-B e seguintes do Código de Processo Penal. Essas regras definidoras para o campo da perícia técnica foram dogmatizadas, com o desiderato de diminuir as incertezas das irregularidades na coleta, no manuseio, na preservação dos vestígios recolhidos em local de crimes e nas buscas e apreensões, o que conduz ao controle epistêmico da prova na persecução penal.

É neste contexto, que a Lei Anticrime traz todo regramento de procedimentos e de condutas aos agentes públicos que irão manusear os vestígios, com a finalidade de garantir seu registro documental, a integralidade e a rastreabilidade, que são elementos imprescindíveis para a idoneidade e a confiabilidade da fonte da prova. Por essa razão, a positivação da cadeia de custódia da prova no processo penal é grande avanço para a modernização da investigação criminal, como já defendida por Grinover (1982, p. 58): “a investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, na observância de regras preestabelecidas”.

Por isso, é preciso legitimar o sistema de justiça criminal, por uma dogmática que venha estabelecer um rígido controle no segmento das perícias técnicas, visto

que ela se encontra, geralmente, no âmbito da polícia judiciária. Isso significa dizer que não apenas os peritos, mas todos aqueles agentes públicos que tiverem contato com os vestígios, devem seguir todos os protocolos de operacionalidade previstos pela lei para produzir a prova técnica lícita e oferecer, aos atores da persecução, todos os elos entre o encadeamento da prova e sua rastreabilidade.

Vale notar que a cadeia de custódia, em regra, trata com provas técnicas nos mais diversificados ramos do conhecimento científico. Por essa razão, percebe-se que o legislador procurou estabelecer conceitos normativos para ordenar o sistema de controle da entrada da prova no processo penal, o que vai assegurar, em tese, a reprodução da prova pericial sem interferências de contaminação e ou falseamento do fenômeno que a descreve. Isto se dá notadamente, pelo fato de a perícia técnica ser um saber científico com seus métodos e técnicas próprias para demonstrar ou comprovar os fatos. No ponto, vale a pena a lição de Diniz (1996, p. 18-19) sobre a diferença entre método e técnica para conectar o estudo da cadeia de custódia da prova penal com seus desdobramentos:

O método é a garantia de veracidade de um conhecimento. Método é a direção ordenada do pensamento na elaboração da ciência. Logo, a ciência requer uma atividade ordenada segundo seus princípios próprios e regras peculiares. É ele que guia a investigação científica, provando que o resultado de suas pesquisas é verdadeiro. Não se deve confundir método com técnica, pois o saber científico pode utilizar diversas técnicas, mas só pode ter um método.

Desta forma, como já frisado, o art. 158-B e seguintes do Código de Processo Penal estabeleceram conceitos técnicos das etapas de rastreamentos dos vestígios que vão da coleta ao descarte. Como assinala Rosmar Rodrigues de Alencar (2016, p. 16) o conceito possui natureza axiológica, o que possibilita o acesso ao conhecimento por meio dos termos que foram escolhidos pelo legislador com a finalidade de comunicar o comando enunciado. Por sua vez, a definição tem uma natureza lógica, que delimita a fronteira semântica de um conceito para a construção de um discurso coerente.

Daí que há a necessidade de regulamentação da cadeia da custódia da prova penal pelo legislador no Código de Processo Penal, com as definições desse instituto e o detalhamento dos protocolos de documentação e de rastreamento dos vestígios recolhidos na cena do crime, no computador, no celular etc. Assim, a positivação da cadeia da cadeia de custódia da prova no Código de Processo Penal adota uma terminologia técnica coerente que desempenha uma relevância para o devido processo legal e seus corolários na persecução penal no Estado de Direito. Como se vê, as normas de natureza processual são instrumentos que regulam, precipuamente, o exercício do poder jurisdicional do Estado da *persecutio criminis*, bem como se destina a disciplinar os auxiliares da justiça.

Em apertada síntese, no que toca à regulamentação da cadeia de custódia da prova em alguns países da América Latina, a autenticidade e a fiabilidade da prova têm tratamento em consonância com os direitos e as garantias fundamentais do imputado na persecução criminal em matéria relativa à prova pericial. Desse modo, no final dos anos 90, do século passado, o Chile deu uma virada de paradigma do processo inquisitorial para o acusatório, em especial, na seara probatória, uma vez que estabeleceu parâmetros racionais de controles epistêmicos, com a finalidade da garantia da “autenticidade” dos elementos probatórios. No mesmo sentido, a Colômbia estabeleceu métodos de controle da “autenticidade” da prova em 1990, por meio do Decreto 786, e nos Códigos Penais em 2000 e 2004. Por esse prisma, a cadeia de custódia da prova tem uma aplicação pragmática, já que traz o princípio da “mesmidade” e mais segurança e qualidade para a justiça criminal para a aplicação da lei penal e, ao mesmo tempo, reduzir os riscos de incriminação imprópria (PRADO, 2019, p. 94-95).

Enquanto conjunto de normas jurídicas, o processo penal destina-se à disciplina normativa do Estado para impor padrões lógicos e coerentes, como instrumento compositivo de litígios penais. Desse modo, subordina-se aos

mandamentos reguladores do Direito, pois os atos que o integram estão sujeitos à disciplina normativa impostos à obediência de todos (MARQUES, 1997, p. 31).

Com essa argumentação, é possível inferir que a positivação da cadeia de custódia da prova no processo penal e do rastreamento dos vestígios têm por finalidade disciplinar o *modus operandi* dos agentes públicos ou privados na coleta, manejo e preservação dos vestígios captados no curso da persecução. Além disso, estabelece uma sequência lógica de documentação do percurso da evidência que vai da coleta ao descarte, o que vai permitir ao juiz e às partes o controle epistêmico da fonte de prova.

3 A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA LÍCITA

Com o avanço das Ciências em suas diversificadas áreas do conhecimento, há uma necessidade extrema de aprimoramento das modernas técnicas da criminalística forense, porquanto cada vez mais as provas técnicas são utilizadas nos processos judiciais ou administrativos com a finalidade de se chegar à “verdade fática” mais aproximada possível. Por essa razão, para que a prova pericial seja apresentada de forma consistente e sem vícios de contaminação, desde a coleta dos vestígios no local de crime ou no objeto de corpo de delito até seu descarte, faz-se necessário seguir um método próprio que é a cadeia de custódia da prova.

Na visão do jurista português Manuel Monteiro Guedes Valente (2019, p. 32-33), a cadeia de custódia da prova no processo penal está enquadrada “como uma garantia formal e material da tutela da prova” no sistema “jurídico-constitucional-processual”, já que tem um reflexo direto na autenticidade e na integridade, desde o meio de obtenção da prova, passando pela perícia técnica até ser submetida ao Tribunal. Portanto, é uma técnica jurídico-processual a evitar

que os vestígios ou as evidências probatórias estejam sujeitos a sofrerem alterações ou serem diferentes dos que foram encontrados e recolhidos na investigação.

Volvendo à cadeia de custódia da prova para o ponto vista da teoria da prova e sob a perspectiva analítica, a prova, além de ser termo de sentidos múltiplos³, passa por etapas probatórias para integrar o processo, as quais são: postulação, admissão, produção e valoração. Em aperto de síntese, a fonte da prova é de onde emana a informação; quanto ao meio de prova, é tudo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para se levar ao processo, com a finalidade de provar o que se diz; por fim, a prova propriamente dita é aquela produzida em contraditório, na presença do juiz e convertida em linguagem, argumento, nos autos do processo (ALENCAR, 2016, p. 475-476).

Naturalmente que a investigação criminal não fica restrita às provas testemunhais e aos elementos informativos colhidos em inquéritos policiais, tais como, por exemplo, armas de fogo, estojos de munições colhidos na cena do crime, objetos com materiais genéticos etc. É mais que isso, dado que muitos vestígios não são aparentes aos peritos, ou seja, observados pelos sentidos do ser humano, o que requer técnicas investigativas mais apuradas, notadamente como: provas digitais, interceptações telefônica, exames residuográficos para detectar pólvora, chumbo nas mãos de pessoas, o uso de luminol para encontrar vestígios de manchas de sangue humano, coleta de impressões digitais, exame de DNA etc. Por essa perspectiva, os vestígios são, em geral, como Edmond Locard (*apud*, OLIVEIRA, 2004, p. 82)

³ Conforme Antonio Magalhães Gomes Filho, prova é um termo polissêmico. Nesse diapasão, os aspectos teóricos no conceito de prova são constituídos pelo entrelaçamento das categorias: elemento de prova, meio de prova e instrumento de prova. Como se depreende, as concepções doutrinárias, quanto ao conceito de prova evidenciam relevantes aspectos que convergem para a busca da verdade no campo pragmático. Nessa lógica, o termo prova apresenta variações de sentido devido à natureza polissêmica nos discursos dos juristas empregada na linguagem do processo, o que leva a uma diversidade de significados. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexões no processo penal brasileiro. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 303-318.

chamou de “testemunhas mudas do crime”,⁴ pois eles são eficazes para o exame de corpo de delito, o que pode levar aos meios de provas, em tese, com mais segurança para se chegar à reconstrução histórica dos fatos.

Segundo Geraldo Prado (2014, p. 80-81), a cadeia de custódia da prova teve sua origem no direito norte-americano e constitui obrigação da acusação estabelecer os elos entre as diversas atividades que compõem todo o processo de captação probatória para aferir o valor da informação obtida. Dessa maneira, é de se ver que a pretensão da cadeia de custódia da prova é assegurar a integridade dos vestígios e dos elementos probatórios, o que é uma garantia constitucional que veda a entrada das provas ilícitas no curso da persecução penal. Desta forma, garante-se, teoricamente, a idoneidade dos objetos e dos documentos apreendidos ou escolhidos pela perícia técnica, ao longo da *persecutio criminis*, a fim de se evitar dúvidas quanto à origem e ao caminho, percorrido durante o manuseio das evidências.

Pelo que se infere, a partir desses argumentos, a cadeia de custódia da prova no processo penal visa a assegurar a fiabilidade dos elementos probatórios, visto que os protegem, em princípio, de interferências externas capazes de falsificar o resultado da atividade da perícia técnica. Em contrapartida, a função da cadeia de custódia da prova consiste em estabelecer um mecanismo de prospecção e de preservação das provas que deverão estar disponíveis às partes, bem como garantir a rastreabilidade da prova.

Desse procedimento, dentre os princípios reitores da cadeia de custódia da prova no processo penal está o direito fundamental à prova lícita. De outra parte, há opinião contrária na doutrina quanto à regra da garantia fundamental à prova lícita. Nessa linha de pensamento, Debaque (1996, p. 103-105) sustenta que:

⁴ “Eis as testemunhas seguras e mudas, as que nunca mentem, nem se enganam: impressões digitais, vestígios de passos, mordeduras de unhas e de dentes, documentos carbonizados onde se lêem, formas das ferramentas de arrombamentos, pedaços de vestuários ou de cabelos. Não são necessárias mais testemunhas: o assassino assinou o crime.” (*Sic*). A investigação Criminal e os Métodos Científicos. Coimbra, 1939, p. 22. *Apud*. OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A Defesa e a Investigação do Crime**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 82.
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 8-42, jul./out. 2022

Não se pode concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas (...) a repulsa de tal prova, como regra genérica, em nada beneficia o ordenamento jurídico, já violando pelo ato ilegal daquele que a obteve (...) E, com rejeição de prova obtida irregularmente, poderá o julgador ficar sem elementos suficientes para proferir uma decisão justa.

Há também julgados isolados em que não há o respeito à norma Constitucional que veda a prova ilícita na persecução penal, sob a seguinte fundamentação:

A política criminal deve ser orientada no sentido de proteger a sociedade e não o criminoso (...) ao vingar a aplicação generalizada da nulidade por provas ilícitas, será simplesmente impossível flagrar um sonegar de tributos, já que é crime que costuma a disfarçar-se e raramente é praticado em praça pública. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região, 1995).

Entretanto, a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência é a vedação à prova ilícita na persecução penal. Nesse sentido, cabe às partes produzir as provas diretamente em contraditório dialético para formação de acervo probatório para o processo. Nesta toada, o italiano Paolo Tonini (2002, p. 83) sintetiza o direito fundamental à prova como:

O 'direito à prova' é uma expressão sintética que compreende o direito de todas as partes de buscar as fontes de prova, requerer a admissão do respectivo meio, participar de sua produção e apresentar uma valoração no momento das conclusões.

Um dos objetivos da cadeia de custódia da prova no processo penal é trazer a evidência ao bojo dos autos do processo, igual a que foi encontrada na cena crime, o que representa a integridade da prova material para a busca da verdade. Neste diapasão, Geraldo Prado reproduz as lições de Alberi Espindula, quanto à finalidade da cadeia de custódia da prova:

Claro está que a finalidade em se garantir a cadeia de custódia é para assegurar a idoneidade dos objetos e bens escolhidos pela perícia ou

apreendidos pela autoridade policial, a fim de evitar qualquer tipo de dúvida quanto à sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o respectivo processo judicial. (ESPINDULA, *apud*, PRADO, 2014, p. 80).

Nesta perspectiva, o manuseio das provas pelos peritos deve observar todo o procedimento formal estabelecido pela Lei Anticrime para garantir a idoneidade dos elementos probatórios no curso da *persecutio criminis*. Com efeito, de nada adianta o emprego das técnicas sofisticadas da criminalística, se o vestígio apresentar vícios na sua coleta ou no armazenamento. Portanto, a positivação e a regulamentação da cadeia de custódia da prova no processo penal são de enorme relevância para a legitimidade da persecução penal e a modernização da investigação criminal.

O direito à prova lícita é uma garantia constitucional oferecida às partes para demonstrar no processo a veracidade daquilo que se afirma em relação aos fatos relevantes, o que constitui um dos postulados do devido processo legal. Por outro lado, embora o Código de Processo Penal no art. 155 adote implicitamente o princípio da liberdade dos meios de provas, a própria ordem constitucional exige que as provas apenas sejam admitidas ao processo quando obtidas licitamente.

Assim, há uma limitação na “busca da verdade” através de regras que vedam a introdução de provas ilícitas ou ilegítimas, bem como as excluem do processo. Dessa forma, embora tenha consagrado o direito fundamental à prova, daí surge a questão das provas ilícitas: “a prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos) enquadra-se na categoria da prova vedada: a prova é vedada sempre que for contrária a uma norma legal ou a um princípio do direito” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 406).

Percebe-se, então, que a vedação da prova ilícita é uma garantia constitucional na tutela do direito fundamental à prova, prevista no art. 5º, LVI da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988). Como se infere, esse mandamento constitucional determina que os métodos da obtenção da prova na persecução penal têm limites que a própria

Carta Magna impõe ao Estado na busca da verdade para legitimar o *jus puniedi*, com a inadmissibilidade das provas ilícitas.

Ainda no ponto, fazem-se necessárias as lições de Antônio Magalhães Gomes Filho (2010, p. 393-410) sobre as balizas das provas ilícitas e ilegítimas:

As primeiras constituem o resultado de uma violação do direito material, enquanto, nas segundas, o vício decorre da infringência de normas processuais. Outra diferença entre elas decorre do momento em que se configura a ilegalidade: nas ilícitas, ela ocorre quando da obtenção; nas ilegítimas, na fase da produção. Também é diversa a consequência dos respectivos vícios: as ilícitas são inadmissíveis no processo (não podem ingressar e, se isso ocorrer, devem se desentranhadas); as ilegítimas são nulas e, por isso, a sua produção pode ser renovada, atendendo-se então às regras processuais pertinentes.

Nessa linha de raciocínio, a contaminação dos vestígios no curso da cadeia de custódia da prova no processo penal conduz, portanto, à quebra da credibilidade da prova, uma vez que se houver contaminação do material probatório ou mesmo alteração, pode haver injustiças: absolvição de culpa ou a condenação de um inocente. Sob esse prisma, a cadeia de custódia da prova no processo penal serve para não gerar dúvidas quanto à licitude na obtenção da fonte da prova, isto porque a preservação da integridade da prova reflete diretamente no contraditório, na ampla defesa, na paridade de armas entre outras garantias da persecução penal (EDINGER, 2016).

Deitadas essas balizas, é possível sustentar que a cadeia de custódia da prova no processo penal é uma garantia constitucional para o imputado, além de ser um interesse do Estado na colheita de vestígios, com métodos disciplinados e positivados no Código de Processo Penal. Portanto, a atividade e a produção de provas técnicas, como controle epistêmico da prova, em tese, asseguram a autenticidade e a integridade dos vestígios pelos agentes públicos, nos locais de crimes, para ter a fiabilidade de valor probatório.

4 A CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA E SEUS REFLEXOS NO INQUÉRITO POLICIAL QUANTO ÀS PROVAS CAUTELARES, IRREPETÍVEIS E ANTECIPADAS

No sistema acusatório de persecução penal, os métodos e os protocolos de documentação para a produção probatória se afinam com a segurança jurídica, posto que vão garantir, em certa medida, a confiabilidade da prova para sua posterior admissão no processo e na valoração pelo julgador. Focando na colheita das provas acautelatórias na fase preliminar, se houver quebra no elo da cadeia de custódia, a ponto de contaminar o vestígio, o que faz refletir nas provas irrepetíveis, é possível, excepcionalmente, “trancar” o inquérito policial se essas forem as únicas provas que dão a justa causa para a ação penal.

Com efeito, neste caso, haverá a contaminação da ação penal, visto que o ato viciado não poderá ser repetido na investigação preliminar. Como lembra Prado (2014a, p. 92), “a contaminação gerada pela quebra da cadeia de custódia das provas tem tratamento no art. 157, do CPP, que estabelece a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, salvo quando houver rompimento do nexo de causalidade entre umas e outras”.

No que toca aos elementos informativos angariados no inquérito policial, é pertinente discutir como as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas são incorporadas ao bojo do processo e as consequências jurídicas decorrentes de um vício na coleta ou na produção da prova para a persecução penal. Assim sendo, esse ponto aborda se a não observância da cadeia de custódia da prova pode macular o processo, a ponto de o juiz não valorar as provas para fundamentar a decisão judicial, devido à nulidade que ela apresenta.

Segundo Alencar (2016, p. 474), por conta do art. 563 e seguintes, do Código de Processo Penal, os vícios na fase investigativa não constituem nulidades, porquanto a nulidade em sentido estrito pressupõe um processo penal instaurado.

Por outro lado, na fase do inquérito seria tecnicamente chamada de ilicitudes em sentido amplo, os vícios decorrentes desta fase. Nesta toada, a doutrina e a jurisprudência majoritárias afirmam que não há nulidades no curso do inquérito policial, do mesmo modo que os vícios constantes neste instrumento de investigação não são capazes de macular a ação penal. Entretanto, na prática é possível que uma ação penal seja comprometida quando sustentada em prova pericial gravemente viciada, produzida na fase investigativa, como a prova não repetível, cautelares e antecipadas, que são medidas de antecipação da prova.

Sublinhe-se que, por sua natureza, a persecução penal demanda tempo, daí porque as medidas acauteladoras são instrumentos para a antecipação da prova, as quais são destinadas a assegurar a eficiência da atividade probatória. Portanto, a demora pode impedir ou dificultar que pessoas ou coisas, objetos de provas, possam servir como uma fonte de prova para as partes. Desta forma, essa providência tem um caráter excepcional, pois estão sujeitas aos requisitos do *fumus boni iuris*, no caso da relevância daquilo que se pretende provar, e do *periculum in mora*, caracterizado pelo risco da fonte da prova não existir, quando da instrução na fase do processo, ou não possa levar as informações que interessem ao processo. São exemplos de provas acauteladoras: as buscas e apreensões domiciliar (art. 240, ss), o exame de corpo de delito para a cotação de lesões corporais (art. 158), os depoimentos antecipados (art. 225), todos do Código de Processo Penal, a autorização para as interceptações telefônicas, prevista a Lei nº 9.296/1996 etc (GOMES FILHO, 2009, p. 252-253).

Com essa observação, é preciso alinhar as normas processuais penais, as quais gravitam em torno da fase investigativa, com a dogmática constitucional dos direitos e das garantias fundamentais, especialmente na seara de captação da prova. Não fora de propósito que Alencar (2016, p. 472) sustenta que, no curso do inquérito policial, o juiz deve tomar o cuidado para verificar que a nulidade do ato viciado depende da gravidade:

a regularidade do inquérito policial cristaliza imperativo de tutela dos interesses do investigado, razão pela qual o magistrado deve tomar o cuidado que conduzir o processo de forma a aferir se, no curso do inquérito policial, não houve cometimento de "nulidade absoluta ou relativa (quando alegada)". Sendo constatada a "nulidade", o ato viciado do inquérito "deverá ser repetido e excluída a respectiva peça que o materializa, sob pena de contaminação dos atos que dele derivem". Não sendo o ato inquisitório repetido, "ainda que por impossibilidade, sua valoração na sentença ensejara a nulidade do processo." (*sic*)

Na mesma linha de pensamento, Aury Lopes Júnior (2001, p. 188) defende que, apesar de elementos informativos, colhidos em sede de inquérito policial, eles servem de fundamento para restringir a liberdade do imputado, através das prisões cautelares e a disponibilidade de bens, as quais são medidas acauteladoras reais, tais como o arresto e o sequestro de bens. Daí a importância da colheita dos elementos informativos, especialmente os vestígios, que serão objetos de provas técnicas, que deverão obedecer à cadeia de custódia da prova.

É de se ver que, a partir do art.155 do Código Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008, o legislador fez a distinção entre os conceitos de prova e de elemento informativo. Sob essa perspectiva, a prova está vinculada ao contraditório judicial, segunda fase da persecução penal, enquanto que elementos informativos são colhidos na fase investigativa, primeira fase da persecução penal. Sobre esse ponto, são conceitos, de fato, que não se confundem, pois eles possuem valoração e natureza jurídicas distintas nas fases da persecução penal, como bem explica Lopes Júnior (2001, p. 187): Os atos de prova têm por objetivo a introdução de dados probatórios nos autos do processo, são dirigidos à formulação de um juízo de certeza próprio da sentença, enquanto os atos de investigação têm por finalidade a obtenção de informações que levam a uma hipótese, um juízo de probabilidade idôneo a sustentar a *opinio delicti* do Ministério Público nas ações penais ou de fundamentar a adoção de medidas cautelares pelo juiz.

A partir dessa ilação, considerando que os atos de investigação servem de fundamento para decisões judiciais cautelares, por exemplos: prisões, indisponibilidade de bens busca e apreensão, por exemplo, no que toca a colheita das provas (elementos informativos da fase do inquérito policial), faz necessário estabelecer ritualidades formais na fase investigativa. Isso é de extrema relevância, notadamente, quanto às provas científicas, já que há uma tendência de serem mais valorizadas pelos juízes.

É relevante frisar esse aspecto, porque, em regra, a produção das provas científicas cautelares, irrepetíveis e antecipadas ocorrem na fase pré-processual. É nesse contexto, que está o disciplinamento da cadeia de custódia da prova na seara criminal com uma tecnologia para o devido processo legal, quanto ao vetor probatório e seus desdobramentos, para não haver prejuízos aos direitos fundamentais do imputado que podem cominar em ofensa ao seu *status libertatis*.

Como se depreende, a importância da cadeia de custódia da prova para assegurar a integridade dos vestígios, fontes de provas, é de fundamental relevância para a persecução penal, especialmente quanto às provas técnicas cautelares, irrepetíveis e antecipadas, que não podem sofrer contaminação pelos seus métodos coletas, manuseios e armazenagem.

De fato, essas provas acauteladoras produzidas na fase investigativa são de extrema relevância para a sustentação de decisões cautelares no curso da persecução penal, o que exige o respeito das garantias constitucionais em torno da produção da prova, além de sua preservação. Portanto, não basta que o elemento probatório seja lícito, é necessário também que ele tenha fiabilidade probatória.

Essa ilação se afina com o que enfatiza Geraldo Prado (2019, p. 93) ao dizer que o contraditório diferido é o esvaziamento do procedimento, pois ele é "um contraditório de baixa densidade". Nesse contexto, a defesa do imputado é inviabilizada para debater acerca da fiabilidade da prova técnica na fase do inquérito policial:

As perícias realizadas na fase policial são, em regra, feitas sem prévia manifestação da defesa e, muitas vezes, representam a comprovação do corpo de delito. Excluídos os casos em que há urgência, seja porque há risco de desaparecerem os sinais do crime, seja porque é impossível ou difícil conservar coisa a ser examinada, ou ainda as hipóteses em que inexistente suspeita contra pessoa determinada, a autoridade policial deveria dar oportunidade ao indiciado de apresentar quesitos para maior garantia de sua defesa. Todavia, tem-se entendido que as provas periciais obtidas na fase policial independem de manifestação do indiciado, porque o inquérito é marcadamente inquisitório e também porque pode o réu, na ação penal, impugnar a perícia, requerer novo exame, pedir esclarecimentos aos peritos. Realiza-se enfim um contraditório diferido. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2011, p. 146).

Como essas constatações, é plausível concluir que a utilização de elementos informativos colhidos na fase investigativa, especialmente as provas acautelatórias e as antecipadas, podem servir de formação de convencimento do magistrado sobre os fatos, para fundamentar a decisão judicial, conforme o art. 155 do Código de Processo Penal. Entretanto, é necessário o contraditório judicial, que, neste caso, será deferido ou postergado, o que vai permitir discutir a admissibilidade, a idoneidade e a regularidade na captação do elemento informativo no inquérito policial, sob a perspectiva da cadeia de custódia da prova.

5 AS CONSEQUÊNCIAS DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PARA A PERSECUÇÃO PENAL

Como já dito, a cadeia de custódia da prova tem por finalidade estabelecer a seqüência lógica da coleta dos vestígios para a preservação da idoneidade deles, recolhidos na cena crime até o seu descarte, bem como documentar as pessoas que manipularam tais vestígios.

Por esse motivo, é relevante trazer ao debate as consequências da ruptura da cadeia de custódia para a persecução penal, que, no Brasil, é dividido em duas fases distintas: a) a primeira fase, também chamada de pré-processual, é

administrativa na forma e na substância, mas judiciária quanto à sua finalidade, que é desenvolvida pela investigação criminal (*informatio delicti*), sendo realizada, em regra, por órgão da administração pública, em especial, a Polícia Judiciária; b) a outra fase, instrução criminal, corresponde propriamente à ação penal, que vai culminar com a imposição da pena ou medida de segurança ao culpado, ou com a absolvição do inocente (TUCCI, 2003, p. 166-167).

Por sua vez, Prado (2019, p. 70) defende que com a reforma do Código de Processo Penal em 2008, a persecução penal passou a contemplar três fases: investigação criminal, admissibilidade da acusação e instrução probatória, uma vez que com a redação do art. 394, §4.º do Código de Processo Penal, pelo princípio da reserva do código, em todos os procedimentos acusatórios de primeiro grau há a garantia do direito à resposta preliminar e ao contraditório sobre a admissibilidade da acusação: “E essa etapa se encerra com a admissão ou rejeição da denúncia ou ainda com a absolvição do acusado”.

Sobre o ponto, Janaina Matida (2020) explica que a Lei nº 13.964/2019 positivou vários conceitos das etapas da cadeia de custódia da prova no processo penal, entretanto não contemplou os efeitos da quebra de seus elos, bem como não estabeleceu em qual momento processual seria adequado para se aferir as eventuais irregularidades, em casos da não preservação dela.

Sendo assim, cabe à doutrina discutir sobre as consequências e o momento para verificar a admissão da prova no processo penal. Sob esse prisma, há divergência doutrinária quanto à exclusão da prova. Lopes Júnior e Rosa (2015) advogam que “sem dúvida deve ser a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de toda a derivada”. Nesse mesmo sentido, Geraldo Prado (2014a, p. 86) defende que “a constatação da quebra da cadeia de custódia das provas impõe a exclusão destas evidências dos procedimentos penais.” Esses autores sustentam que a violação da cadeia de custódia leva, necessariamente, à exclusão do elemento da prova, independentemente da má-fé

daquele que manuseou os vestígios. Nesta perspectiva, basta haver quebra de um dos elos da cadeia de custódia para serem inválidos os vestígios, como também os outros elementos de provas derivados da fonte contaminada. Eis a fonte da Suprema Corte Norte Americana, a teoria dos frutos da árvore envenenada ou da ilicitude derivada que dá sustentação para que as provas ilícitas produzidas (árvore) tenham o condão de contaminar todas outras provas dela decorrentes (frutos).

Foi com o advento da Lei nº 11690/2008, que essa teoria foi positivada no Código de Processo Penal no art. 157 §§1º e 2º. Entretanto, ao mesmo tempo, foi mitigada pelas seguintes teorias:

Limitação da fonte independente (*independent source limitation*), a limitação da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*) e a limitação da 'contaminação expurgada' (*purged taint limitation*) ou, como também é denominada, limitação da conexão atenuada (*attenuated connection limitation*), às quais se pode ainda acrescentar a teoria da boa-fé, ou *good faith exception*. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 623).

Nesta parte, cabe abrir um parêntese para a relativização das provas derivadas das ilícitas pelos princípios das fontes independentes e da inevitável descoberta. Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já estava mitigando a teoria da contaminação das provas ilícitas sobre as demais derivadas. Assim, é possível inferir que não há contaminação das provas derivadas das ilícitas quando não ficar evidente que há o nexo de causalidade entre elas ou a prova derivada foi obtida por uma fonte independente da prova ilícita.

De outra vertente, Alencar (2016, p. 476) sustenta que a "atipicidade probatória", caso exista, terá como "consequência, inadmissibilidade (exclusão ou desentranhamento), invalidação ou convalidação, variará consoante a intensidade do vício". É de se ver que as ilegalidades que decorrem da cadeia de custódia ficarão a cargo do magistrado, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, para decidir a relevância do eventual vício nos crimes em que deixam vestígios.

Com pensamento semelhante, Gustavo Badaró (2017, p. 535) defende que não é qualquer vício na cadeia de custódia da prova que leva à ilicitude ou à ilegitimidade da prova, o que seria inadmissível no processo. Para o autor, é no caso concreto que as omissões ou as irregularidades leves são verificadas quanto à modificação da fonte da prova, que podem levar à adulteração ou à substituição do resultado da prova. Diante disso, a solução se dará no momento da valoração da prova, haja vista que a cadeia de custódia da prova não é a prova em si, mas “uma prova sobre prova”.

Pode-se discernir que não é qualquer vício do elo da cadeia de custódia que dará ensejo à exclusão do vestígio, posto que a mera irregularidade burocrática não tem o condão de contaminar a evidência e falsear a verdade. Por outro lado, se houve a contaminação do vestígio a ponto de não se ter a certeza, o suporte probatório deverá ser excluído dos autos do processo, já que o ordenamento jurídico não tolera a prova ilícita, em homenagem aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que acolheu a tese da quebra da cadeia de custódia da prova no *habeas corpus* 160.662/RJ, julgado pela Sexta Turma, em que decidiu pela necessidade da defesa ter acesso a todo o material probatório colhido em uma investigação criminal:

Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios. XI. A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova. XII. Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório - constitucionalmente garantidos -, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2014).

Desse modo, o Superior tribunal de Justiça anulou as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, e determinou, ao Juízo de Primeiro Grau, o

desentranhamento integral do material colhido na fase da investigação criminal, além das provas ilícitas por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal.

Por outro ângulo, essa decisão permite o controle epistêmico dos métodos ocultos, o qual possibilita identificar os métodos e os protocolos utilizados na colheita da prova para a preservação das fontes, a confiabilidade empírica e assegurar a fiabilidade. Além disso, a Corte assegurou o direito ao contraditório, a ampla defesa e a paridade de armas das partes contrapostas quanto ao direito à prova lícita na sua integralidade do material coletado na investigação.

6 A CADEIA DE CUSTÓDIA COMO UMA TECNOLOGIA PARA A MODERNIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

É poder-dever de o Estado promover a investigação criminal do imputado, que consiste na atuação dos órgãos estatais, com o objetivo de verificar a existência da infração penal e da culpabilidade, para aplicação das normas de Direito Penal ao caso em concreto. Por outro lado, em virtude do princípio da presunção de inocência, cabe ao Estado produzir as provas lícitamente para dar suporte ao fato penalmente relevante, com a finalidade de legitimar a persecução penal e a eventual responsabilização do autor de um fato típico, antijurídico e culpável.

Daí que Malatesta (1960, p. 19), em seu estudo clássico sobre provas em matéria criminal, expõe que são as provas que possibilitam a responsabilização do imputado, mas, para isso, elas devem estar de acordo com a verdade: "Sendo a prova o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, sua eficácia será tanto maior quanto mais clara, mais plena e mais seguramente ela induzir no espírito a crença de estarmos de posse da verdade".

Centrando o ponto para a cadeia de custódia da prova na persecução penal, o que se almeja é assegurar a fiabilidade da evidência e colocá-la sob sua proteção

de interferências que não sejam capazes de falsear o resultado da atividade probatória, além de estabelecer protocolos e mecanismos de colheita, para que fiquem disponíveis às partes. Portanto, ela se enquadra no controle epistêmico da atividade probatória, ou seja, documentação da cronologia dos vestígios, sinais e materiais coletados, bem como o registro daqueles que foram os responsáveis pelo manuseio, com a finalidade de legitimar a persecução penal, diante da complexidade das provas ilícitas.

É de se ver que o julgamento da justiça criminal fundado em provas não é um trabalho isolado do juiz de direito, sob o princípio do livre convencimento, mas também de outros atores que compõem a persecução penal, tais como: o Promotor de Justiça, o Delegado de Polícia, o investigador de Polícia, a Polícia Militar, o escrivão de Polícia, o perito Oficial, o advogado de defesa, etc. Diante disso, a atividade probatória é resultado de vários agentes atuando na captação das provas, as quais são levadas ao bojo do processo, o que reclama o regramento legislativo com parâmetros bem delimitados, racionais e rigorosos para a validade da prova e a sua admissão e valoração pelo juiz, com a finalidade de um justo processo penal.

Diante da elevada criminalidade de corrupção contra o sistema financeiro, crimes tributários, fiscais, previdenciários, tráfico de drogas, entre outros, são cada vez mais utilizados, pela polícia e Ministério Público, como meios de provas as interceptações telefônicas, gravações ambientais, rastreios de celulares, IP, IMEI, GPS e outras tantas tecnologias para a obtenção dos meios de provas. Nessa dinâmica, são extremamente relevantes para a prevenção e a repressão desses delitos, os recursos tecnológicos para coletar os vestígios, o que levam à proteção de um monitoramento epistemológico, o qual deve ser controlado pelo juiz para a produção das provas técnicas (VALENTE, 2017).

Por outro lado, sustenta Geraldo Prado (2019, p. 95-96) que a expansão dos métodos ocultos de investigação criminal para a obtenção da prova, mesmo autorizados judicialmente e executados pela polícia, expõe um cenário de ampliação

da repressão penal que coloca em risco os direitos fundamentais de defesa, uma vez que os elementos probatórios colhidos na fase investigativa ficam restritos apenas à acusação. Neste contexto, tem-se a flagrante quebra da paridade de armas na persecução criminal para o exercício do contraditório e da ampla defesa em favor do imputado, já que é negado à defesa técnica o acesso ao acervo probatório e a maneira como ele foi colhido pelos órgãos de controle penal.

Por esse motivo, a positivação, pela Lei do Pacote Anticrime, da cadeia da custódia da prova no Código de Processo Penal tem como uma das finalidades a modernização das investigações criminais e das perícias técnicas, o que é de grande valia para uma persecução penal mais célere e justa. Neste cenário, essa modificação legislativa padroniza as etapas e estabelece os protocolos da colheita de vestígios, rastreamento, armazenamento e descarte das provas, o que traz uma metodologia tecnológica para o processo penal constitucional.

Diante disso, é importante ressaltar que os protocolos da cadeia de custódia da prova no processo penal já devem ser empregados, desde no achado no local do crime ou no recebimento do vestígio pelo agente público responsável. De fato, por exemplo, quando um policial civil ou militar vai à cena do crime para isolar o local do evento, até a chegada dos peritos, faz-se necessária a preservação do local de crime para não haver contaminação de elementos que possam falsear a verdade. Por essa razão, a finalidade da cadeia de custódia da prova é garantir a idoneidade dos objetos relacionados com crime e escolhidos pela perícia oficial, ou mesmo apreendidos pela autoridade policial, com o objetivo de evitar dúvidas acerca da origem e do percurso dos vestígios, além de identificar os agentes públicos que os manusearam. Portanto, os métodos empregados na cadeia de custódia da prova, no curso da persecução penal, buscam documentar e preservar a evidência para que não haja falseamento da verdade, o que se faz necessário para impor limites epistêmicos e controles à produção de provas.

Como se depreende, a cadeia de custódia na persecução penal é uma tecnologia assentada em métodos probatórios que estabelecem parâmetros lógicos para a admissão da prova ao processo e a sua posterior valoração. Desse modo, os limites da atividade probante no curso da persecução penal constituem uma das garantias dos direitos fundamentais do devido processo legal para a própria legitimação do sistema de justiça criminal. Como bem explica Antônio Magalhães Gomes Filho (1999, p. 251):

Esses limites probatórios podem ter fundamentos processuais (lógicos, epistemológicos) ou extraprocessuais (políticos). No primeiro caso, excluem-se provas impertinentes ou irrelevantes ou, ainda, exige-se que determinados fatos sejam provados de certa forma (exemplo, entre nós, do exame de corpo de delito). No segundo, que aqui nos interessa, impede-se a introdução ao processo de provas obtidas com violação de direitos fundamentais.

Deitadas tais balizas, pode-se dizer que a cadeia de custódia da prova é uma ferramenta epistêmica da persecução penal que estabelece regras adequadas à operacionalização da colheita dos vestígios, material probatório bruto constatado e recolhido no local do crime, para que não ocorra a sua contaminação, o que leva o falseamento da verdade. Dessa maneira, em um sistema processual acusatório é fundamental que a prova seja lícita para garantir o contraditório e a paridade de armas às partes. Além disso, proporciona a possibilidade de as partes terem acesso às fontes de provas, como elas foram obtidas, os métodos de colheita, bem como as pessoas que manusearam a evidência, desde o local do crime até sua admissão no processo.

Aliás, a persecução penal deve ter uma premissa científica para dar racionalidade e rigor, com a finalidade de embasar suas as decisões do juiz em provas. Em vista disso, é a qualidade e a quantidade da prova que leva ao juízo de certeza, dado que é a episteme, conhecimento verdadeiro e científico, que vai conduzir à fiabilidade, à coerência e à consistência da prova plena. Além disso, um rigoroso controle de armazenamento e das pessoas que tiveram contato e

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 8-42, jul./out. 2022

manusearam a prova, ao longo da persecução penal, com a finalidade de se garantir a autenticidade e integridade dos vestígios que foram recolhidos no local do crime pelos agentes públicos.

Levando em conta essas ilações, cabe trazer a noção do princípio da “mesmidade”, que a doutrina brasileira abraçou para se referir a “autenticidade da prova”, que deverá ser confrontado com o princípio da “desconfiança”. Neste cenário, Geraldo Prado (2014b, p. 16-17) explica que esses princípios são fundamentais para se evitar erros judiciais, já que gravitam em torno da cadeia de custódia da prova, em razão de ser uma garantia de que não houve a contaminação do vestígio que foi captado no local de crime.

Por essa razão, Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa (2015) sustentam que a cadeia de custódia da prova tem uma extrema relevância para a defesa, em razão de que garante o direito ao conhecimento da fonte da prova como um todo, e não apenas ao material selecionado pela acusação:

A manutenção da cadeia de custódia garante a “mesmidade”, evitando que alguém seja julgado não com base no “mesmo”, mas no “selecionado” pela acusação. A defesa tem o direito de ter conhecimento e acesso às fontes de prova e não ao material “que permita” a acusação (ou autoridade policial). Não se pode mais admitir o desequilíbrio inquisitório, com a seleção e uso arbitrário de elementos probatórios pela acusação ou agentes estatais.

Na realidade, o princípio da “mesmidade” é uma garantia de que o vestígio foi coletado na cena do crime não sofreu alteração, já que é a fonte da prova. Como bem explica Badaró (2017, p. 527) que a ausência da cadeia de custódia da prova é possível se questionar acerca da autenticidade e da integridade da fonte da prova, o que conduz aos vestígios colhidos no local dos fatos. Diante disso, o processualista sustenta que não pode haver “qualquer dúvida razoável de, uma possibilidade fundada de adulteração da prova, ou mesmo uma ausência de demonstração segura de sua autenticidade e integridade”.

Daí ser plausível concluir que a investigação criminal deve ter seus métodos científicos próprios de cada perícia, com suas técnicas de colheitas de vestígios em locais de crimes com a finalidade de produzir provas legais, livres de adulteração e extravios para resguardar as fontes de provas. Sendo assim, a positivação da cadeia de custódia da prova no processo penal representa um enorme ganho para a persecução penal, já que estabelece “controles epistêmicos” na produção probatória por métodos ocultos das perícias técnicas, como tutela de garantias processuais e o direito fundamental à produção da prova lícita.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após esse breve estudo acerca da cadeia de custódia da prova no processo penal, conclui-se que a atividade probatória deve estar de acordo com mandamento constitucional da vedação das provas ilícitas com uma garantia fundamental do imputado para o processo penal constitucional.

A positivação da cadeia de custódia da prova no ordenamento jurídico não representa apenas uma mera medida com a finalidade de estabelecer protocolos para a coleta dos vestígios nos locais de crimes. Na verdade, foi para estabelecer parâmetros racionais e eficazes para a garantia da fiabilidade da prova, a qual é regida pelo princípio da “mesmidade”, com o propósito de salvaguardar o contraditório, a paridade de armas entre as partes e o direito de defesa na produção da prova autêntica para a modernização da investigação criminal.

Cabe ainda destacar que há uma crítica doutrinária de que a Lei Anticrime não contemplou os efeitos de uma eventual quebra da cadeia de custódia. Neste aspecto, há autores que defendem a retirada total da prova, quando ocorrer a quebra da cadeia de custódia, com base no princípio da “desconfiança”. Por outro lado, existe uma segunda corrente doutrinária que sustenta que, a supressão da prova no curso da persecução penal, vai depender do grau do vício da prova.

Constatou-se que a colheita das provas acautelatórias irrepetíveis na fase pré-processual deve observar rigorosamente os protocolos da cadeia de custódia da prova. Além disso, em uma eventual contaminação das evidências, é possível, excepcionalmente, “trancar” o inquérito policial se essas forem as únicas provas que dão a justa causa para a ação penal, sob o fundamento da inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, salvo quando houver rompimento do nexo de causalidade entre umas e outras.

Por fim, sugere-se que a cadeia de custódia da prova na persecução penal seja uma tecnologia que os peritos criminais possam utilizar efetivamente para a

obtenção de elementos informativos e das provas técnica, com a finalidade de legitimar a persecução penal, à medida que estabelece “controles epistêmicos” na produção probatória por métodos ocultos. Dessa forma, em tese, tem-se a tutela de garantias formais processuais e o direito fundamental à produção da prova lícita para a legitimidade do processo penal em um Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Teoria da nulidade no processo penal**. São Paulo: Noeses, 2016.

BADARÓ, Gustavo Righi Ivahy. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (org). **Temas Atuais da Investigação Preliminar no Processo Penal**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

_____. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Decreto Lei n. 3689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. **Portaria SENASP n. 82, de 16 de julho de 2014**. Disponível em: <https://diariofiscal.com.br/ZpNbw3dk20XgIKXVGaL5NS8haIoH5PqbJKZaawfaDwCm/legislacaofederal/portaria/2014/senasp82.htm>. Acesso em: 09 jun. 2020.

_____. **Tribunal Federal Regional da Segunda Região**. HC. 95.02.17100-4- RJ. Primeira Turma. Desembargador Federal

Relator Chalu Barbosa. Julgado em: 22 nov. 1995. Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4718206/habeas-corpus-hc-rj-950217100-4?ref=ser> p. Acesso em: 10 ago. 2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Sexta Turma. HC 160.662/RJ. Ministra Relatora Assusete Magalhães. Julgado em: 18 fev. 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864482320/habeas-corpus-hc-160662-rj-2010-0015360-8/inteiro-teor-864482321?ref=juris-tabs>. Acesso em: 08 Ago. 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. rev. atual e aum. São Paulo: Malheiros, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica com problema de essência**. 2. ed. aum. São Paulo: Saraiva. 1996.

EDINGER, Carlos. Cadeia de Custódia, rastreabilidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 120, p. 237-257, mai./jun, 2016.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação Defensiva à Imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, JÚNIOR. Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 393-410, 2010.

_____. Provas - Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Notas sobre a terminologia da prova: reflexões no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DSJ Editora, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Liberdades públicas e processo penal.** 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LOPES JÚNIOR, Aury, **Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal>. Acesso em: 11 jun. 2020.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** V.1 Tradução Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1997, v.I.

MATIDA, Janaina. A cadeia de custódia é condição necessária para a redução dos riscos de condenações de inocentes. **Boletim IBCCRIM**, ano 28, n. 331, Junho de 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/441>. Acesso em: 01 jul. 2020.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A Defesa e a Investigação do Crime.** Coimbra: Almedina, 2004.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal.** São Paulo: Marcial Pons, 2019.

_____. **Prova penal e sistemas de controles epistêmicos: a quebra de cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos.** São Paulo: Marcial Pons, 2014a.

_____. Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas. In: **Boletim IBCCrim**, n. 262, setembro de 2014b.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 12. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

TONINI, PAOLO. **A prova no processo penal italiano.** Trad. Alexandra Martins, Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VALENTE. Manoel Monteiro Guedes. **Cadeia de custódia da prova**. Coimbra: Almedina, 2019.

_____. Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 473-482, mai./ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.82>. Acesso em: 20 jul. 2020.

**VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E QUARENTENA:
A SUBNOTIFICAÇÃO NOS TEMPOS DE PANDEMIA**

***DOMESTIC VIOLENCE AND QUARANTINE:
UNDERREPORTING IN TIMES OF PANDEMIC***

Henri Francis de Oliveira Ruiz¹

Patrícia Maria Dusek²

Katia Eliane Santos Avelar³

Maria Geralda de Miranda⁴

Resumo: Este artigo traz à tona uma discussão acerca a violência doméstica e familiar contra as mulheres, que em decorrência da pandemia do vírus COVID-19, teve um aumento exponencial, mas que pode ter números ainda maiores, devido à subnotificação dos casos ocasionada pelas dificuldades encontradas pelas vítimas para denúncia e registro das ocorrências. É sabido que esse tipo de violência é um problema estrutural e nesse artigo discutiremos os fatores agravantes e explicativos, desde os estudos de gênero e do patriarcado até o período de pandemia e isolamento que estamos passando. Para tanto, serão revistos alguns aspectos históricos e bibliográficos da dominação masculina e violência de gênero, tentando explicar como esse tipo de violência se reproduz e se expressa culturalmente por meio de comportamentos repetidos e irrefletidos que são transmitidos em todos os âmbitos da sociedade e que contribuem de forma direta para opressão masculina sobre o gênero feminino e a misoginia.

¹ Mestrando em Desenvolvimento local pela UNISUAM - Centro Universitário Augusto Motta/RJ. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista (2001). Pós Graduado em Direito Público. Escrevente chefe judiciário do Governo do Estado de São Paulo.

² Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (2014)/Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes, onde também obteve o título de graduação na mesma área. Especialista em Direito pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisadora no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Desenvolvimento Local (PPGDL) do Centro Universitário Augusto Motta - UNISUAM.

³ Graduada em Farmácia e Bioquímica pela Universidade Federal de Juiz de Fora (1993), Mestrado em Ciências pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) (1996) e Doutorado em Ciências também pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2002). É coordenadora do Laboratório de Referência Nacional para Leptospirose do Instituto Oswaldo Cruz (FIOCRUZ). Professora Titular e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

⁴ Graduada em Comunicação Social (Jornalismo) pela FACHA e em Letras Clássicas e Vernáculas pela FEUC. Doutora em Estudos Culturais pela UFF. Pós-doutorado em Políticas Públicas e Formação Humana pela UERJ, em Narrativas Visuais pela Universidade Clássica de Lisboa e em Estudos Culturais Africanos pela UFRJ. Possui Curso de Aperfeiçoamento em Gestão e Empreendedorismo pelo Babson Entrepreneurship Program, no Babson College, EUA. Curso de Aperfeiçoamento em Study Abroad Program On Environmental Sustainability, pela UIW European Study Center. Professora do programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Local da UNISUAM.

Palavras-chave: Violência doméstica. Pandemia. Violência de gênero. Dominação masculina.

Abstract: This article brings up a discussion about domestic and family violence against women, which, as a result of the COVID-19 virus pandemic, has had an exponential increase, but which may have even higher numbers, due to the underreporting of cases caused by the difficulties encountered by victims to report and record incidents. It is known that this type of violence is a structural problem and in this article we will discuss the aggravating and explanatory factors, from gender and patriarchy studies to the period of pandemic and isolation that we are going through. In order to do so, some historical and bibliographic aspects of male domination and gender violence will be reviewed, trying to explain how this type of violence is reproduced and culturally expressed through repeated and thoughtless behaviors that are transmitted in all areas of society and that contribute directly to male oppression of the female gender and misogyny.

Keywords: Domestic Violence. Pandemic. Gender Violence. Male Domination.

Recebido em: 13/06/2022

Aceito para publicação em: 24/06/2022

INTRODUÇÃO

Desde o surgimento do novo coronavírus, nosso modo de viver em sociedade passou por diversas mudanças e transformações, por conta das cautelas necessárias e das medidas restritivas de prevenção, através do isolamento social.

Como não poderia deixar de ser, dentro dos lares e no âmbito familiar é onde houve o maior impacto, em todos os sentidos. De uma hora para outra, famílias inteiras se viram obrigadas a permanecer de forma imperativa, em período integral, dentro de um mesmo ambiente, nem sempre adequado para comportar a todos de forma adequada. Mas talvez, o impacto mais preocupante foi sobre as situações de violência doméstica e familiar contra as mulheres e violência de gênero dentro desses ambientes.

A restrição de liberdade levou a um maior tempo de convívio entres os integrantes do núcleo familiar no ambiente doméstico, aliado a isso, fatores como o desemprego, a sobrecarga doméstica, o afastamento de amigos e familiares, o aumento do consumo de bebidas alcoólicas, bem como o fato das vítimas permanecerem em casa junto aos seus agressores, pode ter dificultado o acesso aos canais de denúncia e proteção às mulheres.

O Fórum Nacional de Segurança Pública publicou um estudo indicando que durante o período de isolamento social os casos de feminicídio e de atendimento direto pela polícia militar aumentaram 46,2% e 44,9%, respectivamente, no estado de São Paulo (FBSP, 2020).

Procuraremos refletir sobre as causas culturais e estruturais desse tipo de violência ligada ao gênero, analisando as origens desse histórico de dominação e como tudo isso foi agravado nesse período de pandemia.

Ao longo da história, a sociedade oprime a mulher de acordo com os valores vigentes à época, com influência das principais instituições sociais como a igreja, a escola, a família que continuam contribuindo ainda que de forma indireta, para disseminar de inferioridade e fragilidade do gênero feminino (BALESTERO, G. S., 2015).

Entender a forma como nossa sociedade e o estado enxergam esse tipo de dominação de gênero é tão importante quanto compreender os fatores de risco ocasionados por esse isolamento por conta da pandemia do novo coronavírus.

Essa ideia de vulnerabilidade da mulher foi construída ao longo da história, conforme reflete Bourdieu, na chamada violência simbólica, onde o homem aprende desde cedo a lógica da dominação masculina e que é absorvida pela mulher inconscientemente (BOURDIEU, 2002).

Objetiva-se neste trabalho traçar um breve paralelo entre as teorias de dominação masculina e os fatores que agravaram o problema dos casos de violência no ambiente doméstico contra as mulheres durante esse período de isolamento social. Demonstrar que determinados comportamentos violentos e machistas estão culturalmente introduzidos em nossa sociedade através das desigualdades de gênero, classe, raça, o sistema patriarcal, a nossa cultura machista e todas as formas de misoginia, os chamados pertencimentos sociais. Por fim, analisar superficialmente as consequências da junção dos fatores de risco em decorrência do isolamento social com os fatores explicativos culturais e estruturais da violência gênero e dominação masculina.

A justificativa dessa análise baseia-se no aumento dos casos de violência doméstica no período pandêmico e na dificuldade de mudança de mentalidade de nossa sociedade. A pesquisa será obtida pelo método analítico bibliográfico com concepções sobre violência de gênero e dominação masculina através de levantamento bibliográfico procedentes de fontes científicas, artigos e livros publicados, juntamente com dados estatísticos de órgãos ligados ao setor público e a legislação existente a respeito, principalmente nesse período de exceção em que fomos compulsoriamente submetidos.

A VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A Lei 11.340/06, popularmente conhecida como a Lei Maria da Penha

tem sua aplicação delimitada para os casos de violência no âmbito doméstico ou familiar contra a mulher, baseada no gênero. Não seria toda e qualquer forma de violência contra a mulher, e sim aquela cuja incidência decorra do gênero. Por isso, é necessário tentar entender como a nossa cultura se relaciona com os gêneros e de que forma são estabelecidos os lugares sociais de cada gênero.

Nossa sociedade ao longo dos séculos tem seguido um padrão de comportamento cultural que divide o mundo de forma dicotômica: masculino e feminino. Isso reflete na forma como são estabelecidos os elos sociais entre os gêneros e as diferenças sexuais acabam determinando o papel social dos homens e mulheres.

Nossa sociedade ainda reproduz, de forma automática, padrões sociais discriminatórios muitas vezes de forma velada e isso faz com que a desigualdade entre os gêneros seja ratificada e comportamentos sexistas sejam tidos como naturais.

Bourdieu defende a ideia de que a dominação masculina é aprendida pelo homem e absorvida pela mulher inconscientemente. (BOURDIEU, 2002).

Essa violência seria fruto da dominação masculina, como descrevia Bourdieu, onde o homem é incentivado a demonstrar através da força sua supremacia ante os dotados de virilidade sensível. Assim, como forma de reafirmar sua hierarquia, o indivíduo utiliza da violência, seja ela física ou verbal e tal comportamento é legitimado pelo pensamento social. Ele também reflete que as diferenças anatômicas e biológicas entre homens e mulheres servem como justificativa natural para uma diferença socialmente construída entre os gêneros, numa chamada violência simbólica culturalmente difundida (BOURDIEU, 2002).

Bourdieu, no que denomina como o paradoxo da doxa, o dominado consente e aceita essa dominação, o que a torna permanente, embora essa relação seja desigual e essa submissão incorporada no cotidiano da mulher é fruto dessa violência simbólica (BOURDIEU, 2002).

A violência de gênero se expressa e se reproduz culturalmente na forma de comportamentos irrefletidos, aprendidos histórica e socialmente nas instituições em

geral como igrejas, escolas, famílias e contribuem diretamente para a opressão masculina (BALESTERO, 2015).

Essa forma de violência está intimamente ligada a forma como são estabelecidos os papéis masculinos e femininos, pois essa forma de determinação social, na maioria dos casos é feita de forma discriminatória, onde o papel do homem é supervalorizado em detrimento ao papel da mulher.

Para Muraro (2000, p. 74), “da época em que foi escrito o Gênesis até os nossos dias, isto é, de alguns milênios para cá, essa narrativa básica da nossa cultura patriarcal tem servido ininterruptamente para manter a mulher em seu devido lugar”.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará-1994), em seu artigo 1º, define que a violência contra as mulheres seria uma espécie de violência de gênero “[...] qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (Convenção de Belém do Pará-1994). Desse modo, a mulher pode se ver afrontada não apenas quanto ao seu corpo, mas também quanto a sua dignidade mental, moral, sexual, além de sua própria vida.

A violência de gênero é compreendida como qualquer ato que tem como efeito o dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico às mulheres (KRONBAUER e MENEGHEL, 2005).

Todo esse quadro faz com que o homem se sinta assistido e legitimado pela sociedade a fazer o uso da violência e justifica por que na maioria das vezes, a mulher vítima de agressões não procura ajuda e fica inerte ou quando age, acaba se reconciliando com o agressor, mesmo após reiterados casos de violência. Tudo isso faz parte de um processo de dominação derivado de uma sociedade patriarcal, onde a posição ocupada pelas mulheres é inferior à ocupada pelo homem e esse é o cenário propício para os casos de violência contra a mulher.

Esse tipo de violência é decorrente do poder de dominação do sexo masculino e de submissão do sexo feminino. Essa relação de poder nasce dos papéis sociais impostos a homens e mulheres e que são reforçados pela ideologia

patriarcal. Essa hierarquia de poder pode se traduzir em relações violentas e abusivas.

Mas não é só na relação interpessoal entre homem e mulher. Essa violência também é encontrada nas demais relações sociais, nas instituições, na prática cotidiana de forma implícita e silenciosa e é vista com certa naturalidade por grande parte da sociedade.

O estudo de gênero analisa os papéis atribuídos ao homem e a mulher em nossa sociedade. Questões anatômicas, divisões de tarefas, papéis sociais sempre foram transmitidos de maneira desigual, com a supervalorização do lado masculino e desmerecimento do lado feminino e essa desigualdade é fomento para formas de violência veladas e manifestas repetidas irracionalmente. Essa modalidade de violência tem relação com a questão cultural, como forma de incentivo social que atua para que homens exerçam sua força de dominação sobre o dito sexo frágil.

A violência decorrente do gênero está inserida dentro de um contexto social que estimula e é conivente com uma mentalidade que enaltece a desigualdade entre sexos e a inferioridade feminina. Somente após muita luta de entidades e movimentos de proteção às mulheres que houve uma mudança de pensamento e ensejou na preocupação legislativa atual em proteger a população vítima desse tipo de violência.

A partir do século XX, com o avanço dos movimentos feministas, a sociedade moderna se preocupa em identificar os gatilhos e mecanismos da violência de gênero e busca coibir esse tipo de comportamento com o desenvolvimento de políticas públicas de conscientização e prevenção desse ciclo de comportamento.

O PATRIARCADO E AS TEORIAS DA DOMINAÇÃO

Podemos notar que ao longo da história sempre houve esse desequilíbrio de poder entres os gêneros, reflexo das mais variadas teorias da dominação e dos valores construídos pelo homem através da dominação e de comportamentos violentos. A ascendência dos homens às posições de representação e destaque

veio por consequência do padrão do sistema patriarcal, onde a presença da mulher não era permitida e nem incentivada.

O homem sempre exerceu esta suposta dominação e superioridade sobre o ser feminino, fruto de uma sociedade machista e patriarcal, onde o papel feminino sempre foi moldado a assumir as funções de mãe, reprodutora e cuidadoras do lar, sempre subordinadas à ideologia criada pelos homens e em benefício deles. A nossa sociedade e o senso comum entendem que as diferenças de gênero são biologicamente determinadas e sempre serviram de alicerce para qualquer tipo de indagação que fugisse dos padrões pré-estabelecidos.

Essa dinâmica de poder influencia diretamente a hierarquia de gêneros que existe em nossa sociedade que coloca a mulher em posição de inferioridade em relação ao homem, num processo de dominação derivado do patriarcado. De acordo com as explicações de Gerda Lerner, essa estrutura social visa garantir a dominação de um grupo (homens) que impõe a sua supremacia de poder sobre outro grupo social (mulheres), através de instituições públicas, políticas, religiosas e culturais, condicionando as mulheres a posições enfraquecidas e marginalizadas no âmbito social.

[...] Essa característica da hegemonia masculina prejudicial às mulheres e que lhes garante o status de subordinadas há milênios. A versão masculina da história, legitimada como a “verdade universal”, apresentou as mulheres como marginais à civilização e como vítimas do processo histórico. A negação às mulheres de sua história reforçou a aceitação da ideologia do patriarcado e enfraqueceu a noção de valor próprio da mulher individualmente. (LERNER, 1986, p. 304).

A expressão “dominação masculina” formulada inicialmente por Bourdieu diz respeito ao patriarcado que é essa dominação masculina exteriorizada de forma ostensiva com o uso da violência física ou através da violência simbólica. Essa violência simbólica seria uma forma de tornar natural essa dominação através da aceitação internalizada do sujeito passivo, que não percebe a continuidade e sutileza das formas de dominação e inferioridade feminina (BOURDIEU, 1989).

O patriarcado se manifesta através de um sistema de poder de ordem predominantemente masculina sobre as mulheres. “Ao longo do tempo, a crença na inferioridade da mulher, seja ela intelectual ou biológica, foi reproduzida até pelas políticas públicas realizadas pelo Estado, muitas vezes perpetuando o estigma da desigualdade no Brasil”. (BIROLI, 2018).

Entretanto, a forma mais recorrente de expressão do patriarcado está na violência perpetrada contra a mulher, que apesar de toda a campanha a respeito, criminalização por lei, ainda ocorre por conta de uma sustentação ideológica validada pelo patriarcado. Para sua existência, o patriarcado depende de como foi formatada a construção social do gênero. Nos papéis sociais da família patriarcal a mulher é frágil, passiva, doméstica e o homem expressa sua masculinidade violenta, impositiva, poderosa e a violência contra as mulheres passa a ser uma forma de reforço comportamental dessa construção social dos gêneros. Esses papéis de gênero criados pelo patriarcado criam falsas justificativas para diversas formas de violência contra as mulheres, ou seja, o patriarcado cria e dá significado as suas próprias violências.

Para Simone Beauvoir, o pensamento predominantemente masculino de nossa sociedade é que construiu essa identidade feminina que conhecemos hoje, onde há uma predeterminação dos modos de agir, pensar, se comportar. Os comportamentos são engessados e a liberdade é limitada por uma legitimidade não racional. Ocorre que muitas vezes essa lógica determinista não tem relação com a cultura e as ideias daquele grupo, mas há uma conformação e aceitação daquele padrão de comportamento (BEAUVOIR, 2009).

Temos então que a violência baseada no gênero é desdobramento do machismo e do patriarcado, uma vez que os valores culturais vêm associados às desigualdades, o que faz com que a violência seja vista como consequência natural das diferenças, estereótipos e códigos de conduta estabelecidos entre homens e mulheres.

Para Vieira, “O sentimento de posse do homem sobre a mulher e a naturalização da violência cotidiana, especialmente a invisibilização da violência

simbólica sofrida por nós, têm em comum as raízes de uma sociedade patriarcal, androcêntrica e misógina” (VIEIRA, 2020).

Além da tese do patriarcado, essa dominação masculina e a violência de gênero podem ter outras explicações. As próprias mulheres absorveram e ratificaram essa ideologia de dominação, o que faz com que a violência seja tolerada por uma grande parte da sociedade. O homem teria encontrado uma forma de transformar as diferenças biológicas entre os sexos em desigualdade com o intuito de dominar o cenário social, mantendo as mulheres subordinadas. E essa violência, na maioria das vezes, não é ostensiva e manifestada de forma física, mas imperceptível, reproduzida e aceita pelas próprias mulheres que incorporam essa visão androcêntrica do mundo (BOURDIEU, 2005).

Esse sistema de dominação masculina de forma contínua e perene ainda predomina nas diversas estruturas sociais e estatais, mantendo uma forma de organização social baseada na divisão sexual do trabalho, onde as mulheres são subordinadas aos homens e adequar-se as características de seu sexo biológico (MATOS; PARADIS, 2014).

As formas de violência e dominação tem suas origens no próprio homem. Os comportamentos machistas são reflexos de valores aprendidos culturalmente em instituições como escolas, igrejas e famílias, que são responsáveis pela construção dos papéis desempenhados por cada gênero.

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE A PANDEMIA

Muito embora o isolamento social e a quarentena sejam medidas necessárias para minimizar os efeitos da Covid-19, essas medidas trouxeram uma série de consequências em nossa sociedade, mas principalmente para milhares de mulheres vítimas de violência doméstica. Durante esse período, foram obrigadas a permanecer em casa por muito mais tempo junto com a seu agressor. Sem lugar seguro, com os filhos presentes em tempo integral em habitações precárias, com a renda diminuída ou com o fantasma do desemprego, essas mulheres ficaram ainda mais expostas e fragilizadas frente a esse tipo de violência.

A consequência direta dessa situação foi o aumento expressivo dos casos de violência doméstica. Mas esse fenômeno de aumento dos casos, não está circunscrito apenas a esse período de pandemia. Desde 2017, de acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, houve um incremento anual da violência de gênero no Brasil.

Segundo o relatório de monitoramento da Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra a mulher do Conselho Nacional de Justiça em 2019 foram registrados 563.698 novos casos de violência doméstica, com a concessão de 403.646 medidas protetivas em todo o país. Houve um aumento de 9,9 % dos casos em relação a 2018 e um acréscimo de 19,9% nas medidas protetivas de urgência (BRASIL, 2019).

Todavia, conforme publicado pelo Fórum nacional de Segurança Pública (FBSP, 2020), embora tenha havido um aumento dos casos de violência doméstica no início do isolamento, em 2020 houve uma pequena queda nos registros de boletins de ocorrência e dos pedidos de medidas protetivas. Embora tenha havido um aumento dos casos de feminicídio, atendimento direto pela polícia militar e casos graves de violência doméstica no período.

O gráfico 1 confirma esses dados apresentados e demonstra o aumento anual dos casos de violência contra mulher, com leve declínio após o início da pandemia, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça. Em complemento, o gráfico 2 ilustra a quantidade de medidas protetivas de urgência concedidas no período.

Gráfico 1 – Número de processos relacionados à violência doméstica



Fonte: CNJ, 2020

Gráfico 2 – número de medidas protetivas concedidas



Fonte: CNJ, 2020

Isso pode ter sido ocasionado pelo fato de que em função do isolamento, muitas mulheres não conseguem sair de casa para registrar o boletim de ocorrência, que ainda exige a presença da vítima para a lavratura e para buscar ajuda. Por ter a presença do parceiro no ambiente doméstico em tempo integral, muitas mulheres têm medo de realizar o registro por medo da aproximação do parceiro e por não poder sair de casa, sem que a sua ausência tenha sido notada.

Durante o isolamento, a maioria das mulheres vítimas de violência somente buscam ajuda após episódios gravíssimos de violência ou tentativas de

feminicídio. Por isso o aumento desses tipos de casos. O aumento dos casos atendidos diretamente pela Polícia Militar revela que não partiu das vítimas a denúncia e sim a própria polícia se deparou com a situação ou foi acionada por terceiros e vizinhos durante a agressão.

A dificuldade das mulheres em denunciar e procurar algum programa de auxílio ou ajuda sempre existiu, mas durante a fase de isolamento esse cenário ficou ainda pior. A diminuição dos casos de violência durante a pandemia reflete um provável aumento dos casos de subnotificação.

Fica evidente a subnotificação dos casos, pois ao mesmo tempo que os casos aumentavam, houve uma queda nos registros de boletins de ocorrência relacionados a violência doméstica por conta do isolamento social que exigiu da vítima a permanência dentro de casa na presença de seu agressor, o que a impedia de procurar ajuda às autoridades. No entanto, o número de mortes por feminicídio e os casos de atendimento direto pela Polícia Militar aumentaram.

De acordo, com a pesquisa “Visível e Invisível” do Fórum de Segurança Pública a maioria das mulheres continua sendo vítima de violência dentro de casa (42%), e apenas 10% relatam ter buscado uma delegacia da mulher após o episódio mais grave de violência sofrida no último ano. Infelizmente 52% das mulheres alegam não ter feito nada (FBSP, 2020).

Isso mostra que o ambiente do lar se tornou o principal palco da violência doméstica e exercício do poder masculino, o que as expõe ao perigo por conta de estarem obrigadas a se recolher no ambiente doméstico. Nesse ambiente as mulheres estão impedidas de ter contato com familiares e amigos, o que amplia o poder manipulatório do agressor. Tudo isso aliado ao aumento dos níveis de estresse, diminuição da renda familiar, aumento do consumo de álcool, problemas que não foram trazidos pelo isolamento, mas que potencializaram os casos de abuso e violência (VIEIRA, 2020).

Ou seja, o isolamento social de forma isolada não ocasiona a violência, mas potencializa os fatores que desencadeiam esse tipo de violência em um

ambiente de convivência restritiva e permanente, o que aumenta a frequência e a chance de casos.

Atualmente, somente é possível o enfrentamento da violência contra as mulheres no âmbito doméstico se analisarmos como a pandemia tem interferido nesse tipo de violência. Esse cenário pandêmico, atua como agravante da violência contra as mulheres e não como causa explicativa. Assim, podemos elencar como fatores que explicam a violência contra as mulheres: a desigualdade de classe, gênero e raça; o sistema patriarcal, nossa cultura machista; e a misoginia. Já os fatores que agravaram a situação de violência decorrentes da pandemia foram: o isolamento social; perda ou diminuição de renda; sobrecarga do trabalho às mulheres; estresse e outras causas emocionais; abuso de álcool e drogas e a redução da atuação dos serviços de enfrentamento (STUKER, 2020).

NOVAS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO

Tendo em vista o caráter multisetorial da violência baseada no gênero, sua forma de enfrentamento também deve ser baseada em ações multisetoriais. Nos últimos anos, diversas medidas e ações foram propostas por diversos setores da sociedade, algumas com muito sucesso e efetivas no combate a esses abusos, mas em virtude dos fatores agravantes do isolamento, tenham se empenhado em combater esse tipo de violência, seria necessário o fortalecimento de ações em diferentes frentes.

Durante esse período de exceção, as medidas voltadas para lidar com o aumento do risco foram insuficientes em decorrência das agravantes e maiores fatores de risco decorrentes do confinamento.

Somente uma rede de apoio interdisciplinar conseguiria enfrentar as múltiplas facetas da violência na pandemia. Os diversos setores de apoio à saúde, segurança, assistência social, jurídica e psicológica devem ter treinamento e capacitação voltados à mulher em situação de violência, com

uma maior profissionalização dos serviços oferecidos. Esses setores especializados no atendimento continuariam monitorando a situação das vítimas, prestando assistência necessária, inclusive através de aplicativos.

Durante a quarentena houve uma redução no acesso a esses serviços de apoio às vítimas. Os serviços policiais e de saúde são os primeiros aos quais as vítimas recorrem nessa rede de apoio e o medo do contágio as inibiu de buscar tais serviços. Somente uma equipe especializada poderia atuar de maneira multifatorial no fortalecimento, acolhimento e orientação das vítimas de violência, recebendo atendimentos socioassistencial, psicológico, de saúde, jurídicos com o encaminhamento adequado para cada caso. Em consequência, a rede de apoio poderia oferecer um atendimento mais humanizado, agilizar denúncias, processos e medidas protetivas, atendimento psicossocial à mulher e demais envolvidos, além de promover o debate do tema junto a comunidade local, que pode ajudar as vítimas.

Por conta da dificuldade em denunciar ou procurar ajuda, devido à maior vigilância do agressor, que permanece no mesmo ambiente, que a vítima, novas formas de comunicação e denúncia devem estar à disposição das mulheres. A rede de proteção deve buscar formas de atuação on-line e virtuais para garantir o acesso e atuação nesse período emergencial.

Aplicativos e redes sociais, além de grupos de auxílio e números disponíveis através do *WhatsApp* poderiam ser efetivos. Mesmo famílias de baixa renda possuem acesso a estes aplicativos, sem a necessidade de instalar nenhum aplicativo específico.

Outra forma que poderia ser efetiva nesses tempos, seria aumentar o número de canais disponíveis à disposição, sites com interface simples, números de telefones, redes sociais, entre outras formas de atendimento remoto, como por exemplo a criação de delegacias virtuais. O ideal seria que esses aplicativos e redes sociais de proteção não dependam de internet ou utilizem o mínimo de dados móveis possível, para que a dificuldade financeira e

a vulnerabilidade social não sejam uma barreira para uma eventual denúncia ou pedido de ajuda.

Outra medida que poderia ter grande efeito seria a conscientização dos agressores acerca da violência contra a mulher. Homens que respondem a inquéritos, processos ou que foram condenados por violência doméstica participariam de grupos de WhatsApp ou frequentariam reuniões periódicas de conscientização. A participação nesses encontros geraria algum tipo de benefício no cumprimento ou suspensão da pena e mostraria o lado das mulheres agredidas.

A sociedade e a comunidade local também devem ser conscientizadas para o enfrentamento do problema e uma maior participação no auxílio às vítimas que se encontram no mesmo bairro, no mesmo prédio, na mesma rua. Além de uma ampla divulgação dos mecanismos de combate a violência e às redes de proteção.

Tendo em vista a maior dificuldade das vítimas em denunciar os casos de violência, por estarem o tempo todo com o agressor, a percepção de vizinhos e agentes externos é fundamental para a denúncia desses tipos de abuso. Por estarem em casa durante todo o dia, as discussões e brigas podem ser vistas e ouvidas, por isso a importância do engajamento e conscientização de toda a comunidade e a sociedade local.

Não menos importante seria o engajamento dos profissionais de segurança pública e saúde na identificação dos casos de violência doméstica e no acolhimento às vítimas, bem como no fortalecimento do Judiciário e Polícias para uma proteção rápida e efetiva das vítimas.

Por fim, seria de grande importância promover algum tipo de geração de renda às mulheres em situação de violência. Somente com uma relativa independência financeira se evitaria a retomada de relacionamentos abusivos por dificuldades financeiras e razões socioeconômicas.

Durante a pandemia, o impacto financeiro com a redução da renda e casos de desemprego, reduziram a renda familiar e interferiram no

relacionamento familiar interpessoal, dificultando a solução dos problemas conjugais e sendo o motivo para situações de agressões domésticas. Talvez a melhor saída nesse sentido seja a capacitação profissional dessas mulheres para que possam ter alguma estabilidade financeira para não depender economicamente do agressor.

Não se pode negar que existem medidas restritivas e rigorosas contra os agressores, nossa legislação a respeito conseguiu grandes avanços nesse sentido, mas essas mulheres, mesmo após o afastamento e prisão do agressor, ainda continuam em situação de vulnerabilidade, sem condições de retomar as suas vidas sem algum tipo de auxílio. Essa dificuldade foi potencializada nos tempos de pandemia. Por isso a importância de serem pensadas medidas pós-violência para esse grande contingente de mulheres agredidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência contra as mulheres no âmbito familiar pode ser entendida como uma violação decorrente da desigualdade estrutural existente entre homens e mulheres e que se agrava em momentos de crise, como o que estamos vivendo com a pandemia.

Durante o isolamento social em decorrência do vírus COVID19, ficou ainda mais evidente a necessidade de formulação de novas formas de enfrentamento do problema e de políticas públicas efetivas, uma vez que a pandemia potencializou os fatores agravantes da violência de gênero, pois gerou um contexto de desigualdade ainda maior.

É fato que a pandemia não foi a causadora da violência, que envolve questões multidisciplinares e profundas, mas escancarou a insuficiência das medidas adotadas no período e a necessidade da criação e intensificação de outras. O agravamento do problema da violência durante a crise pandêmica, revela uma postura ainda machista e misógina de nossa sociedade.

A violência baseada no contexto de gênero é um retrocesso social e uma sociedade que ainda comete esse tipo de violência aproxima-se da era primitiva da submissão de um gênero ao outro. Por isso são fundamentais ações e políticas públicas concretas para uma efetiva ressignificação do contexto patriarcal e discriminatório.

Daí a importância do cumprimento do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nº 05 – da agenda 2030 adotada pela Organização das Nações Unidas, no sentido de fomentar o empoderamento da mulher quanto à redução das desigualdades em decorrência de gênero e violência contra as mulheres.

Vivemos tempos difíceis onde os problemas estruturais estão exacerbados, dentre eles a violência, reforçados por pensamentos retrógrados, misóginos e pelo enfraquecimento das políticas públicas e medidas de enfrentamento fundamentais nesse contexto de pandemia.

Novas medidas de enfrentamento são necessárias frente à redução do acesso aos serviços de acolhimento e por conta da presença constante do agressor no ambiente domiciliar.

Tais medidas devem garantir o acesso das mulheres às políticas públicas, pois esse acesso já é dificultado pelos pertencimentos sociais e a pandemia agravou ainda mais essas desigualdades, por isso as formas de enfrentamento e as políticas públicas devem se adaptar para atender tal demanda.

Questionar toda e qualquer forma de violência de gênero, bem como o machismo estrutural é dever de cada um de nós e nessa pandemia, como em outros aspectos, a nossa capacidade de solidariedade e empatia está sendo posta a prova e ajudar ao próximo nunca foi tão importante.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A Agenda 2030**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030>. Acesso em: 03 fev. 2022.

GOMES, Renata Nascimento. **Teorias da dominação masculina**: uma análise crítica da violência de gênero para uma construção emancipatória. *Libertas: Revista de Pesquisa em Direito*, v. 2, n. 1, 31 dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/libertas/article/view/292>. Acesso em: 03 fev. 2022.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo. 2. A experiência vivida**. Trad. De Sérgio Milliet. 1.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BIROLI, Flávia. **Gênero e Desigualdades: os limites da democracia no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Coleção Memória e sociedade. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Trad. de Maria Helena Kühner. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRASIL. **Lei nº 11.340**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Monitoramento da Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres**. Brasília, 2019. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shVD. Acesso em: 05 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria CNJ n. 15, de 8 de março de 2017**. Institui a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as Mulheres no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/portaria/portaria_15_08032017_10032017184034.pdf. Acesso em: 23 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **13ª Semana pela Paz em casa**. Brasília, 2019. https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/4e6ba449b24aa0f1ee5d592ed9dad97a_c2a51b62665d91526cbea0b657bfa014.pdf. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Fórum Nacional de Segurança Pública**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha.** Brasília, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/06/5514b0debf866190c20610890849e10_1c3f3d621da010274f3d69e6a6d6b7e6.pdf. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. **Coronavírus: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena.** Brasil: Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ODNH), do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/coronavirus-sob-e-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19.** Nota Técnica: 2020. Disponível em: <https://bit.ly/331UnYT>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. **Rede de enfrentamento a violência contra as mulheres. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as mulheres** Disponível em <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 05 mar. 2022.

GOMES, Renata Nascimento. Teorias da dominação masculina: uma análise crítica da violência de gênero para uma construção emancipatória. **Libertas: Revista de Pesquisa em Direito**, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/libertas/article/view/292>. Acesso em: 03 mar. 2022.

KRONBAUER, José Fernando Dresch; MENEGHEL, Stela Nazareth. **Perfil da violência de gênero perpetrada por companheiro.** Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 39, n. 5, p. 695-701, Out., 2005. Disponível em: <https://bit.ly/2JHUq5W>. Acesso em: 27 nov. 2020.

LERNER, Gerda. **A Criação do Patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens.** 1986. São Paulo: Cultrix, 2019. p. 304

MATOS, Marlise; PARADIS, Clarisse Goulart. **Desafios à despatriarcalização do Estado brasileiro. Cadernos Pagu. Dossiê O gênero da política: feminismos, estado e eleições,** Campinas, n. 43, p. 57-118, jul./dez., 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n43/0104-8333-cpa-43-0057.pdf> Acesso em: 03 fev. 2022.

*VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E QUARENTENA:
A SUBNOTIFICAÇÃO NOS TEMPOS DE
PANDEMIA*

*Henri Francis de Oliveira Ruiz
Patrícia Maria Dusek
Katia Eliane Santos Avelar
Maria Geralda de Miranda*

MURARO, Rose Marie. **A mulher no terceiro milênio: uma história da mulher através dos tempos e suas perspectivas para o futuro.** Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 74.

ONU. **VIOLÊNCIA contra as mulheres e meninas é pandemia invisível.** **ONU Mulheres**, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ddmdVg> Acesso em: 03 mar. de 2022.

VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. **Isolamento social e aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?** Revista Brasileira de Epidemiologia 2020, v. 23. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1980-549720200033>. Acesso em: 22 abr. 2022.

O PROCESSO DIALÓGICO-DELIBERATIVO NA CELEBRAÇÃO DE ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM CRIMES TRIBUTÁRIOS

THE DIALOGIC-DELIBERATIVE PROCESS IN THE CELEBRATION OF AGREEMENTS OF NO CRIMINAL PROSECUTION IN THE TAX CRIME

Luiz Eduardo Camargo Outeiro Hernandez¹

Resumo: O artigo analisa a aplicação do acordo de não persecução penal nos crimes contra a Ordem Tributária com base na proposta metodológica do processo dialógico-deliberativo no processo penal. A Lei n. 13.964/2019 introduziu no art. 28-A do Código de Processo Penal o instituto do acordo de não persecução penal. Trata-se de negócio jurídico celebrado entre o Ministério Público e o investigado, em conjunto com seu defensor, que tem por finalidade extinguir a persecução penal. Por meio do acordo de não persecução penal, busca-se promover um diálogo entre os sujeitos processuais, de forma que o acordo seja o resultado desse debate participativo. Apesar das dificuldades materiais e procedimentais analisadas no artigo, a formulação de acordo de não persecução penal para os crimes contra a ordem tributária é cabível. Por conseguinte, a partir dele, instaura-se a justiça penal consensual e se promove uma abordagem dialógica-deliberativa à persecução penal.

Palavras-chave: Acordo. Persecução. Crimes Tributários. Diálogo. Deliberação.

Abstract: The paper analyzes the application of the agreement of no criminal prosecution in the Tax Crimes based on the methodological approach of the dialogic-deliberative process in criminal proceedings. The Law n. 13.964/2019 introduced in art. 28-A of the Code of Criminal Procedure, the institute of the agreement of no criminal prosecution. It is a legal transaction between the Public Prosecutor's Office and the investigated, together with their defender, whose purpose is to extinguish the criminal prosecution. By means of the agreement of no criminal prosecution, the aim is to promote a dialogue between the procedural subjects, so that the agreement is the result of this participatory debate. Despite the material and procedural difficulties analyzed in the paper, the offering of an agreement of no criminal prosecution for tax crimes is applicable. Consequently, through it, consensual criminal justice is established and a dialogic-deliberative approach to criminal prosecution is opened up.

Keywords: Agreement. Prosecution. Tax Crimes. Dialogue. Deliberation.

Recebido em: 26/05/2022

Aceito para publicação em: 27/06/2022

¹ Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Justiça Constitucional: STF da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pesquisador do Centro Internacional de Direitos Humanos de São Paulo. Procurador da República. E-mail: luizhernandes.pr@gmail.com
Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

1 INTRODUÇÃO

O acordo de não persecução penal (ANPP) traz novas perspectivas para as relações entre os atores da persecução penal. Diversas funções ativas e passivas no decorrer dessa relação são remodeladas em razão da nova dinâmica que surge com a adoção do instituto do acordo de não persecução penal no sistema jurídico brasileiro. A imperatividade da persecução penal cria obrigações, deveres e ônus, que são suportados pelos sujeitos da atividade persecutória. No entanto, como norma de validade do sistema, a Constituição trouxe novos influxos axiológicos, que não deixaram de ser sentidos no Direito Processual Penal.

A partir da imperatividade da persecução penal e dos valores constitucionais, surge a importância do tema a ser desenvolvido: Acordo de Não Persecução Penal nos Crimes contra a Ordem Tributária. Considerando o objeto deste trabalho, em termos metodológicos, adota-se a proposta metodológica do processo dialógico-deliberativo no processo penal e se acolhe a abordagem dos direitos humanos (*human rights approach*)². Para os fins dessa pesquisa, adere-se à noção de devido processo substancial (*substantive due process*), principalmente na versão de devido processo de "direitos fundamentais" ("*fundamental rights*" *due process*)³.

Justifica-se a pesquisa em epígrafe porque a cooperação na persecução penal abre a oportunidade para o diálogo entre os sujeitos processuais, dando ensejo ao fortalecimento da legitimidade das atuações judicial e extrajudicial. Além disso, ressalta-se a que o artigo possui ampla aplicação social, na medida em que pode contribuir para a efetividade da duração razoável do processo, diminuindo o tempo processual de tramitação da demanda, o que faz surgir implicações práticas, como servir de instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro.

Além da seção constituída pela introdução, o trabalho se desenvolverá em cinco seções essenciais. Na primeira, será apresentado o regime jurídico dos crimes

²PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 19, 2012, p. 68.

³WILLIAMS, Ryan C. The One and Only Substantive Due Process Clause. **The Yale Law Journal**, v. 120, n. 3, p. 408-689, 2010, p. 427.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

contra a ordem tributária. Na segunda, analisar-se-á o acordo de não persecução penal conforme regulamentado pelo Código de Processo Penal. Já a terceira tratará do processo dialógico-deliberativo no processo penal. Na quarta seção, será estudado o acordo de não persecução penal aplicado aos crimes tributários. Por fim, concluir-se-á o artigo, demonstrando que o acordo de não persecução penal é aplicável aos crimes contra a ordem tributária. Por meio dele, instaura-se a justiça penal consensual e se franqueia uma dimensão dialógica-deliberativa à persecução penal.

2 REGIME JURÍDICO DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

A Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, define os crimes contra a ordem tributária praticados por particulares em seus artigos 1º e 2º. Por sua vez, o artigo 3º tipifica os delitos praticados por funcionários públicos. O regime jurídico dos crimes contra a ordem tributária é objeto de importantes precedentes judiciais, cujas aplicações vão além da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Os crimes previstos no artigo 1º, incisos I a IV, da lei penal especial, são classificados como tipos misto alternativo e de resultado. Nessa perspectiva, qualquer uma das condutas comissivas ou omissivas descritas nos diversos incisos não bastam à sua consumação, para a qual necessita que, uma ou mais delas, tenha como resultado a supressão ou a redução do tributo devido. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese no sentido de que não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo (Súmula Vinculante 24). Já as condutas tipificadas no artigo 2º são crimes formais.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal:

(...) a sistemática de imputação penal por crimes de sonegação contra a Previdência Social deve se sujeitar à mesma lógica aplicada àqueles contra a ordem tributária em sentido estrito”, porquanto “não há como se imputar a alguém a prática de sonegação de contribuição previdenciária, simplesmente

por persistir a dúvida quanto ao fato de essa contribuição ser devida ou não⁴.

Não é por outro motivo que, por exemplo, embora as figuras típicas previstas nos artigos 168-A e 337-A, ambos do Código Penal, não estejam expressamente contempladas no preceito da Súmula Vinculante n.º 24 do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência se firmou no sentido de lhes conferir o mesmo tratamento jurídico aplicado aos crimes tributários previstos no art. 1.º da Lei n. 8.137/1990, no que tange à necessidade de constituição definitiva do crédito tributário para o aperfeiçoamento da tipicidade.

O Supremo Tribunal Federal no HC 81.611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 13/05/2005, firmou o entendimento de que, nos crimes contra a ordem tributária, a constituição definitiva do crédito tributário - e conseqüente, o reconhecimento de sua exigibilidade (*an debeatur*) e o valor devido (*quantum debeatur*) - configura uma condição objetiva de punibilidade, ou seja, apresenta-se como um requisito cuja existência condiciona a punibilidade do injusto penal.

No entanto, a jurisprudência considera a constituição do crédito tributário como *condição de procedibilidade* para o ajuizamento de ação penal relativa aos crimes tributários⁵, requisito extensível, pela mesma razão, à instauração de inquérito policial ou de procedimento investigatório pelo Ministério Público.

O início da *persecutio criminis in iudicio*, ou até mesmo a instauração de inquérito policial, somente se justifica após a constituição definitiva do crédito tributário, sendo flagrante o constrangimento ilegal decorrente da inobservância deste dado objetivo⁶. Por inexistir lançamento definitivo do débito fiscal, é caso de ausência de justa causa para a sua instauração da *persecutio criminis*⁷.

Considerando os efeitos da Súmula Vinculante n.º 24 do STF, em regra, o oferecimento de denúncia por crimes contra a ordem tributária (Lei 8.137/1990, art. 1.º, incisos I a IV), de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A) ou de sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. 337-A) depende do término do

⁴Inquérito n. 3102, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 19/09/2013.

⁵STJ, HC 164864/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 09/08/2010.

⁶STJ, RESP 200601852545, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJE 14/04/2008.

⁷STJ, HC 96348/BA, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJE 04/08/2008.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

procedimento administrativo e da conseqüente constituição definitiva do crédito tributário, indispensável condição de procedibilidade, de acordo com o Enunciado nº 79 da 2.º Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Reeditado na 177ª Sessão Virtual de Coordenação, de 16/03/2020).

O prévio esgotamento da via administrativa constitui condição de procedibilidade para a ação penal, sem o que não se vislumbra justa causa para a instauração de inquérito policial, posto que o crédito tributário depende do lançamento definitivo, cuja falta impede a configuração do delito e, por conseguinte, o início da contagem do prazo prescricional. No entanto, a instauração de inquérito policial para apurar outros crimes, além do previsto no art. 1º da Lei 8.137/1990, não ofende o estabelecido no que enunciado pela Súmula Vinculante 24⁸.

O pagamento integral do débito tributário, ainda que após o trânsito em julgado da condenação, é causa de extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03⁹. O entendimento é no sentido de que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, extingue a punibilidade do crime tributário¹⁰.

Conforme o Enunciado nº 19 da 2.º Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, suspensa a pretensão punitiva dos crimes tributários, por força do parcelamento do débito, os autos de investigação correspondentes poderão ser arquivados na origem, sendo desarquivados na hipótese do § 1º do art. 83 da Lei nº 9.430/1996, acrescentado pela Lei nº 12.382/11. (89ª Sessão de Coordenação, de 10 de novembro de 2014).

Registra-se que incide o princípio da insignificância nos crimes tributários federais e no descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda¹¹.

⁸STF, Rcl 24.768 AgR/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJE 197 de 01/09/2017.

⁹STF, RHC 128.245/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 21/10/2016.

¹⁰STF, AP n. 450/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe11/02/2015.

¹¹STJ, REsp 1709029/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 04/04/2018.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

Por conseguinte, a partir da compreensão do regime jurídico dos crimes contra a ordem tributária, é possível analisar o novo instituto do acordo de não persecução penal com o fim de verificar se este é aplicável, ou não, aos delitos em comento.

3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A Lei n. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), ao criar o art. 28-A do Código de Processo Penal, estabeleceu a previsão no ordenamento jurídico pátrio do instituto do acordo de não persecução penal e disciplinou mais uma forma de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal¹².

A Lei n. 13.964/2019 conferiu efetividade ao item 5.1 das Regras de Tóquio (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade), segundo o qual sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, o Ministério Público pode retirar os procedimentos contra o infrator se considerar que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas.

Dessa forma, o “Pacote Anticrime” se conforma ao modelo de resposta estatal consensual, que tem por escopos as promoções de acordo e da conciliação para garantir a reparação dos danos às vítimas e à satisfação das expectativas sociais por justiça¹³.

O modelo de resposta consensual se afasta do clássico sistema dissuasório pautado na justiça retributiva e da matriz ressocializadora que visa a reintegração

¹²GARCIA, Emerson. O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, *Rio de Janeiro*, n. 68, p. 39-42, 2019, p. 40.

¹³SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. In: SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches et. al. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 109. *Revista Auditorium*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

social do agente delituoso¹⁴. Busca-se instaurar a justiça restaurativa no processo penal¹⁵.

O acordo de não persecução penal consiste no negócio jurídico (extrajudicial ou judicial) entre o Ministério Público e o investigado, em conjunto com seu defensor, que tem por finalidade extinguir a persecução penal para certos tipos de crimes, respeitadas condições ajustadas cumulativa e alternativamente, quando houver a confissão formal e circunstanciada da prática do delito, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime¹⁶.

O artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei 13.964/19, define os requisitos necessários à propositura de acordo de não persecução penal¹⁷. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do acordo de não persecução penal, importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao *Parquet* a opção, devidamente

¹⁴SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. In: SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches et. al. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 109.

¹⁵GODOY, Guilherme Augusto Souza; MACHADO, Amanda Castro; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. A justiça restaurativa e o acordo de não persecução penal. **Boletim do IBCCrim**. São Paulo, Revista dos Tribunais, a, v. 28, p. 4-7.

¹⁶Ainda: SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. In: SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches et. al. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 110.

¹⁷Para uma análise crítica das condições para o oferecimento do acordo de não persecução penal: GODOY, Guilherme Augusto Souza; MACHADO, Amanda Castro; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. A justiça restaurativa e o acordo de não persecução penal. **Boletim do IBCCrim**. São Paulo, Revista dos Tribunais, a, v. 28, p. 4-7; CALABRICH, Bruno: Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord.). **Inovações da Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Brasília: Ministério Público Federal, 2020.

fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição¹⁸.

Dessa forma, por força de uma investigação criminal, presentes a existência de indícios de autoria e a materialidade do delito, o Ministério Público deverá analisar o preenchimento dos requisitos autorizadores da celebração do acordo de não persecução penal: 1) confissão formal e circunstancial; 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; e 3) que a medida seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Para aferição da pena mínima cominada ao delito, serão consideradas as causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso concreto, conforme o § 1º do artigo 28-A do diploma processual penal. Caberá ao órgão ministerial justificar expressamente o não oferecimento do benefício, o que poderá ser, após provocação do investigado, passível de controle pela instância superior do Ministério Público, nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP.

O §2º do artigo 28-A do Código de Processo Penal estabelece as hipóteses em que é defeso o oferecimento do referido benefício. O acordo de não persecução penal não se aplica quando for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações pretéritas; se o agente for beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

A formulação do acordo de não persecução penal será realizada por escrito e devem ser fixadas condições de forma cumulativa e alternativa. O benefício formalizado será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência, na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

¹⁸STF, HC 191.464-AgR/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 26/11/2020. Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, a proposta de acordo poderá não ser homologada e o Ministério Público terá a oportunidade de reformular a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

O artigo 28-A do Código de Processo Penal prevê as seguintes condições: a) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; b) renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; c) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); d) pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou e) cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Sobre a condição determinada relativa à reparação do dano, esta pode ser estabelecida a título de reparação mínima do dano ao erário apurado nos autos, com o fim de se promover o seu ressarcimento em favor da Fazenda Pública Fiscal, com base no inciso IV do artigo 28-A do Código de Processo Penal, bem como para pagamento custas processuais, gastos com perícias e decorrentes da investigação policial. Poderá ser estabelecida a renúncia voluntariamente do valor recolhido a título de fiança, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos arts. 91 e 92 do Código Penal, com base no inciso II do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

A 2.º Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal entende que é cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do Ministério Público Federal (MPF) oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão (Enunciado nº 98, Alterado na 187ª Sessão de Coordenação, de 31/08/2020).

O oferecimento do acordo de não persecução penal pode se mostrar incompatível no curso do processo penal em juízo, quando puder gerar conflito com a tese defensiva, na medida em que o acordo de não persecução penal exige a confissão dos fatos imputados na denúncia.

Com o fim de evitar tal conflito, quando não houver confissão formal dos fatos, verifica-se a possibilidade de intimação da defesa exclusivamente com o escopo de manifestar interesse na celebração judicial de acordo de não persecução penal, mediante formal confissão dos fatos, sob pena de ser inviável o seu oferecimento no curso do processo.

A habitualidade delitiva configura-se causa impeditiva do oferecimento do acordo de não persecução penal. Uma vez presente a habitualidade delitiva, não estarão presentes os requisitos obrigatórios para a concessão do benefício, quais sejam, reiteração criminosa (art. 28-A, § 2º, II) e insuficiência da reprovação e prevenção do crime (art. 28-A, *caput*).

O descumprimento injustificado de qualquer das condições resultará no prosseguimento da ação penal, conforme estabelece o artigo 28-A, § 10, do Código de Processo Penal. Por sua vez, cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade, de acordo com o artigo 28-A, § 13, do Código de Processo Penal.

Após o estudo do acordo de não persecução penal, é necessário verificar a extensão do modelo de resposta estatal consensuada inaugurado pela Lei n. 13.964/2019. Esse modelo pode ser denominado de processo dialógico-deliberativo de justiça criminal.

4 O PROCESSO DIALÓGICO-DELIBERATIVO NO PROCESSO PENAL

O processo tradicional é bipolar e o objeto do processo é retrospectivo. Confrontam-se dois ou mais sujeitos sobre interesses contrapostos e a decisão deste litígio obedece a lógica do “tudo ou nada”, por essa razão, diz-se que o processo é bipolar. O objeto do processo busca verificar se as situações jurídicas declaradas ocorreram e quais efeitos produziram, e dessa forma, o processo configura-se como retrospectivo¹⁹.

Dois modelos de decisões judiciais são reconhecidos: o modelo dialógico e o modelo de execução ou impositivo (*enforcement model*). O primeiro é centrado na tomada de decisão horizontal aberta ao diálogo. Já o modelo de execução é focado na tomada de decisão local, independente e definitiva, privilegiando a finalidade e a certeza sobre o diálogo, cujos órgãos jurisdicionais não se comportam como mediadores ou parceiros em um diálogo ativo, mas responsáveis locais pela autoridade da lei, como autoridades finais em seu âmbito espacial²⁰.

No modelo de execução, os órgãos jurisdicionais atuam como emissores e executores porque declaram os direitos e emitem comandos, ordens e mandatos, que vigoram e podem ser executados, ou exigidos, em caso de descumprimento. No modelo dialógico, os juízes e tribunais desempenham as funções de formadores, de facilitadores e mediadores de um diálogo dinâmico e interativo, que depende da participação de todos os interessados²¹.

¹⁹ABRAM, Chayes, The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, pp.1281-1316, 1976, p. 1282.

²⁰HARDING, Sarah K. Comparative Reasoning and Judicial Review. **Yale Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 409-464, 2003, p. 424.

²¹FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 91, n. 4, p. 577-682, fev. 1993, p. 668.

O diálogo é uma implicação necessária das relações estruturais fixadas pela Constituição, sendo um valor constitucional a ser assegurado pelo órgãos jurisdicionais²². Por essa razão, é fundamental a preocupação em possibilitar a participação do sujeito contra o qual uma pretensão é exercida, não tão somente para que este possa apresentar seus argumentos e se contrapor quanto objeto do pedido, ou mesmo, para que possa aceitar o quanto pleiteado, mas também para ser parte integrante do processo decisório.

Por meio do acordo de não persecução penal, busca-se patrocinar aos envolvidos na persecução penal uma efetiva participação na pactuação, bem como promover um diálogo entre os sujeitos da persecução penal e o agente do fato típico, de forma que o acordo seja o resultado desse debate participativo.

Ao franquear uma efetiva participação pelo diálogo entre os sujeitos envolvidos, a persecução penal se qualifica como meio de promoção da tutela da sociedade e da pessoa, protegendo os múltiplos interesses e valores envolvidos na persecução penal.

A persecução penal por meio da participação pelo diálogo qualifica-se como inclusiva, educativa²³ e transformativa²⁴. O acordo de não persecução penal viabiliza solução via diálogo-cooperativo e não mais pela simples postura passiva das partes, relegando ao juiz o exclusivo dever de decidir o objeto do processo. Dessa forma, instaurar-se a justiça penal consensual²⁵. Por sua vez, o juiz e o órgão da persecução penal tornam-se autoridades persuasivas, isto é, aquelas que atraem a adesão em vez de obrigá-la²⁶.

É oportuno consignar que o Novo Código de Processo Civil trata do dever de cooperação. O art. 6º do diploma processual dispõe que todos "(...) os sujeitos do

²²FRIEDMAN, Lawrence M. The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 28, n. 1, p. 93-144, 2000, p. 118 e 125.

²³FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo Multinível: Diálogos e(m) Direitos Humanos. **Revista Ibérica do Direito**, v. 1, n. 1, pp. 66 – 82, 2020, p. 72.

²⁴GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 37-75, p. 42-43.

²⁵COSTA ANDRADE, Manuel da. Consenso e Oportunidade. In: **O novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 332.

²⁶GLENN, Patrick H. Persuasive Authority. **McGill Law Journal**, v. 32, n. 2, p. 261-298, p. 263. *Revista Auditorium*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". A norma processual implementou um dever de cooperação entre os sujeitos processuais e não apenas entre as partes do processo. Destarte, é um dever que recai sobre todos os atores processuais, visando atingir os escopos do processo, buscando a pacificação com justiça.

A cooperação entre os sujeitos têm por finalidade abreviar o processo, concretizando o princípio constitucional da duração razoável do processo. Ademais, o processo cooperativo busca alcançar um processo judicial justo e efetivo. Isso porque a melhor solução é vislumbrada com o auxílio das partes, bem como a forma de cumprimento. Nesse momento, a economicidade do cumprimento encontra guarida na noção de efetividade, bem como de eficiência.

Em diversas normas, verifica-se que o novo diploma processual civil dispõe sobre a cooperação dos sujeitos no processo. A título de exemplo, poderia se mencionar que o saneamento do processo deve ocorrer em cooperação com as partes, conforme determina o art. 357, § 3º, do Código de Processo Civil.

Na fase de saneamento do processo, deverão as partes em conjunto fixar os pontos controvertidos e objetos de prova. Outrossim, poderão distribuir entre si os custos da produção da prova, sempre sob a supervisão judicial. Para tanto, será designada audiência com a precípua finalidade de realizar o saneamento cooperativo do processo.

Entretanto, o dever de cooperação dos sujeitos processuais tal como descrito nas normas acima não capta perfeitamente a perspectiva do acordo de não persecução penal e a sua dimensão dialógica-deliberativa. Não basta a criação de um dever de cooperação entre os sujeitos processuais. Exige-se efetiva participação democrática pelo diálogo, pela deliberação, angariando as partes a efetiva contribuição para a construção da deliberação consensual.

A abordagem dialógica (*dialogic approach*) surgiu como um contraponto a noção de "autoridade final"²⁷ e não se contenta com uma concepção de justiça

²⁷TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. **Oxford University Press and New York University School of Law**, v. 3, n. 4, pp. 617-64, 2005, p. 617.

procedimental²⁸. O procedimentalismo deve dar espaço a um ambiente de negociação e troca recíproca, pois o diálogo é a troca recíproca de significados entre duas ou mais entidades, separadas pelo espaço físico e mental, por meio da linguagem²⁹. Desse modo, a deliberação consensual legitimar-se-á pelo diálogo, pela participação, em um processo democrático.

A deliberação consensual em diálogo-deliberativo será mais efetiva na medida em que haja maior participação, cooperação e possibilidade de integração do acordo ou da decisão judicial homologatória, bem como menor necessidade de imposição e de força.

A pessoa chamada a dialogar terá seu âmbito de tutela ampliado e não simplesmente restringido, sempre na medida de sua participação, cooperação e deliberação, buscando-se uma legitimidade democrática da persecução penal. Por conseguinte, por meio do acordo de não persecução penal, franqueia-se uma dimensão dialógica-deliberativa à persecução penal.

5 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E CRIMES TRIBUTÁRIOS

Conforme estudado, o acordo de não persecução penal permite a inauguração do processo dialógico-deliberativo de justiça criminal. Para os fins da pesquisa, o presente tópico examinará se o novo instituto é aplicável, ou não, aos crimes tributários, sem perder de vista a análise crítica da sistemática normativa.

Os crimes contra a ordem tributária previstos na Lei 8.137/1990 são delitos praticados sem violência ou grave ameaça, cujas penas mínimas são inferiores a 04 (quatro) anos. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal, e desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, será possível o Ministério Público propor acordo de não persecução penal. O mesmo se aplica aos crimes de apropriação indébita previdenciária (CP, art. 168-A) ou de sonegação de contribuição previdenciária (CP, art. 337-A).

²⁸BOTTOMS, Anthony; TANKEBE, Justice. Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy in Criminal Justice. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 102, n. 1, pp. 119-170, 2012.

²⁹GRUDIN, Robert. **On dialogue: An essay in free thought**. Boston: Houghton Mifflin, 1996, p. 11. Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

De regra, é possível a formulação de acordo de não persecução penal para os crimes contra a ordem tributária. Dificuldades podem ocorrer em decorrência da pena abstrata hipoteticamente aplicável ao caso, quando há caso de concurso de crimes, como na continuidade delitiva ou na ocorrência de concurso material de crimes. Isso porque para aferição da pena mínima cominada ao delito para fins de propositura de acordo de não persecução penal, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, conforme o § 1º do artigo 28-A do diploma processual penal.

Quando as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto superarem a pena mínima de 04 (quatro) anos, não se preencherá o requisito objetivo previsto no artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, circunstância que impedirá a propositura do acordo de não persecução penal para o crime tributário praticado em concurso de crimes, como nos casos de crime continuado e de concurso material de crimes.

Por exemplo, os delitos de apropriação indébita previdenciária e de sonegação de contribuição previdenciária, previstos respectivamente nos arts. 168-A e 337-A do CP, embora sejam do mesmo gênero, são de espécies diversas. Por essa razão, não se aplica a continuidade delitiva no caso concurso de crimes, como já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça no AgRg no REsp 1868826 /CE, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado pela Quinta Turma em julgado em 09/02/2021, DJe 17/02/2021.

Nesse caso, o tipo penal do artigo 168-A do Código Penal prevê a pena mínima de reclusão de 2 (dois) anos, ao passo que o crime previsto no artigo 337-A do Código Penal comina a mesma a pena mínima. A soma das penas mínimas incidentes no concurso de crime entre o artigo 168-A e o artigo 337-A, ambos do Código Penal, é de 4 (quatro) anos, fato que não preenche o requisito objetivo do artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, qual seja, pena mínima inferior a 4 (quatro) anos.

Outra dificuldade pode surgir com relação aos crimes contra a ordem tributária de natureza material, como na hipótese do art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990. Essa dificuldade capaz de gerar impedimento objetivo para a concessão

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

do acordo de não persecução penal é o montante do tributo devido nos crimes de resultado. Isso porque o prejuízo ao erário, embora seja consequência comum dos crimes de sonegação fiscal, quando em quantia considerável consiste em fundamento idôneo para exasperar a pena além do mínimo legal³⁰.

A exasperação da pena-base em razão do montante do tributo devido se trata de uma circunstância judicial negativa aferível na primeira fase da aplicação da pena no sistema trifásico. As circunstâncias judiciais negativas do agente podem determinar que o acordo de não persecução penal não seja suficiente para a reprovação e para a prevenção do crime, impedindo a sua propositura por falta de preenchimento do requisito legal previsto no artigo 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal.

É oportuno registrar que, no caso dos crimes previstos no art. 1.º da Lei n.º 8.137/90, quando é expressivo o montante do crédito tributário sonegado, é possível a majoração da pena-base na primeira fase da dosimetria, sendo certo que, nessa hipótese, é possível também o reconhecimento da continuidade delitiva, circunstância que não configura *bis in idem*, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1848553/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 11/03/2021.

Superados os óbices acima descritos e com a confissão formalmente os fatos, a formulação do acordo de não persecução penal é cabível, porém podem incorrer em algumas peculiaridades e alternativas nem sempre presentes na propositura do benefício para as demais infrações penais. Tratam-se de peculiaridades procedimentais e formais, principalmente quando há a possibilidade do acordo de não persecução penal necessitar de atividade de terceiros não participantes do acordo firmado, como é o caso dos agentes da Receita Federal do Brasil.

Presentes os requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 28-A do Código de Processo Penal, a primeira possibilidade é o Ministério Público oferecer a proposta de acordo de não persecução penal com a fixação, dentre outras condições, de se promover o ressarcimento ao erário em valor equivalente ao valor do montante

³⁰STJ, EDcl no AgRg no HC 462.392/PE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 22/09/2020.

Revista Auditorium, Rio de Janeiro, v. 26, n. 55, p. 64-83, jul./out. 2022

do tributo suprimido. Trata-se de reparação mínima ao erário com base no inciso I do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Da mesma forma, pode ser prevista a condição do pagamento de prestação pecuniária. Esta condição pode ser estabelecida a título de reparação mínima do dano ao erário da Fazenda Pública Fiscal, com o fim de se promover o ressarcimento em favor do fisco, com base no inciso IV do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Como forma de se promover o ressarcimento do erário fiscal, segundo preceitua expressamente o inciso IV do art. 28-A do Código de Processo Penal e considerando a situação econômica do agente, o pagamento poderá ser estipulado de forma parcelada com a previsão inclusive de período de prova. De forma alternativa e desde que expressamente previsto no acordo de não persecução penal, poderá a interessada celebrar parcelamento do débito apurado perante a Fazenda Pública Fiscal, juntado-se nos autos o comprovante do termo de parcelamento de débito tributário assinado e homologado.

As condições mencionadas acima poderão ser forma de compensar o fisco com o devido pagamento de referido valor, inclusive por meio da previsão de atualização monetária do valor devido, de forma que fique revertido em favor da Fazenda, a título de reparação de danos causados. Dessa forma, o descumprimento injustificado poderá resultar na propositura de ação penal ou prosseguimento da ação penal caso já proposta, conforme estabelece o artigo 28-A, § 10, do Código de Processo Penal.

Uma vez cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade do crime contra a ordem tributária objeto do acordo, com base no artigo 28-A, § 13, do Código de Processo Penal. Essa causa de extinção da punibilidade é de natureza autônoma com relação à prevista no art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03, posto que esta última pode ser aplicada independentemente da celebração de acordo de não persecução penal com o órgão da persecução penal.

5 CONCLUSÃO

O artigo estudou o regime jurídico dos crimes contra a ordem tributária e as consequências advindas da diferenciação entre delitos materiais e formais para a configuração dos crimes tributários. Ainda, analisou-se a proposta metodológica do processo dialógico-deliberativo no processo penal. Constatou-se que, por meio do acordo de não persecução penal, busca-se patrocinar aos envolvidos em uma persecução penal uma efetiva participação no ato decisório, promover um diálogo entre os sujeitos participantes, de forma que o acordo seja o resultado desse debate participativo.

Foi possível verificar que, de regra, a formulação de acordo de não persecução penal para os crimes contra a ordem tributária é plenamente cabível. No entanto, há dificuldades materiais que podem impedir ou dificultar a propositura do benefício para autor de crimes tributários. De outra parte, algumas peculiaridades procedimentais e formais podem surgir, o que dá ensejo às alternativas estudadas no presente artigo.

Por conseguinte, o acordo de não persecução penal é aplicável aos crimes contra a ordem tributária. Por meio dele, instaura-se a justiça penal consensual e se franqueia uma dimensão dialógica-deliberativa à persecução penal.

REFERÊNCIAS

ABRAM, Chayes, The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, pp.1281-1316, 1976, p. 1282.

BOTTOMS, Anthony; TANKEBE, Justice. Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy in Criminal Justice. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 102, n. 1, pp. 119-170, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no AgRg no HC 462.392/PE**, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 22/09/2020.

_____. **HC 164864/RS**, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 09/08/2010.

_____. **HC 96348/BA**, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJE 04/08/2008.

_____. **REsp 1709029/MG**, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 04/04/2018.

_____. **RESP 887208/MA**, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJE 14/04/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP n. 450/MG**, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe11/02/2015.

_____. **HC 191.464-AgR/SC**, Rel. Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 26/11/2020.

_____. **Inquérito n. 3102**, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 19/09/2013.

_____. **Rcl 24.768 AgR/SP**, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJE 197 de 01/09/2017.

_____. **RHC 128.245/SP**, Rel. Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 21/10/2016.

CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord.). **Inovações da Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Brasília: Ministério Público Federal, 2020.

COSTA ANDRADE, Manuel da. Consenso e Oportunidade. In: **O novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1988.

GARCIA, Emerson. O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 68, p. 39-42, abr./jun., 2018. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1242829/Emerson_Garcia.pdf. Acesso em: 1º jul. 2022.

GODOY, Guilherme Augusto Souza; MACHADO, Amanda Castro; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. A justiça restaurativa e o acordo de não persecução penal. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, v. 28, n. 330, p. 4-7, maio, 2020.

FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo Multinível: Diálogos e(m) Direitos Humanos. **Revista Ibérica do Direito**, v. 1, n. 1, p. 66 – 82, jan./ jun., 2020.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 91, n. 4, p. 577-682, fev. 1993.

FRIEDMAN, Lawrence M. The Constitutional Value of Dialogue and the New Judicial Federalism. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 28, n. 1, p. 93-144, 2000.

GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GLENN, Patrick H. Persuasive Authority. **McGill Law Journal**, v. 32, n. 2, p. 261-298, 1987.

GRUDIN, Robert. **On dialogue: An essay in free thought**. Boston: Houghton Mifflin, 1996.

HARDING, Sarah K. Comparative Reasoning and Judicial Review. **Yale Journal of International Law**, v. 28, n. 2, p. 409-464, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 19, jan./jun., 2012. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf) . Acesso em: 1º jul. 2022.

SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. In: SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches et. al. (Coords.) **Acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2018.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. **Oxford University Press and New York University School of Law**, v. 3, n. 4, pp. 617-64, 2005.

WILLIAMS, Ryan C. The One and Only Substantive Due Process Clause. **The Yale Law Journal**, v. 120, n. 3, p. 408-689, 2010.

NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO À ÁGUA POTÁVEL E AO SANEAMENTO NO BRASIL

NEW LEGAL FRAMEWORK FOR BASIC SANITATION: A CONTRIBUTION TO THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO DRINKING WATER AND SANITATION IN BRAZIL

Alyre Marques Pinto¹
Lídia Maria Ribas²

RESUMO: O presente artigo examina as alterações da Lei Nacional de Saneamento Básico (LNSB) promovidas por meio da Lei nº 14.026/2020 e sua contribuição para a garantia do direito humano à água e ao saneamento no contexto brasileiro. Para tanto, discorre, inicialmente, sobre a evolução dos direitos humanos, evidenciando sua historicidade, com fundamento teórico na doutrina de Norberto Bobbio, e ressaltando a importância da declaração de direitos em prol de sua efetividade. Nessa conjuntura, examina a afirmação do direito à água potável e ao saneamento como direitos humanos no plano internacional e o reconhecimento de tais direitos fundamentais no cenário nacional. Em sequência, apresenta um breve panorama do déficit histórico do saneamento básico no Brasil, identificando alterações promovidas pela Lei nº 14.026/2020 aptas a contribuir para a realização do direito analisado. A conclusão do artigo é pela positividade da reforma legislativa como instrumento favorável à realização do direito humano à água potável e ao saneamento. O método de abordagem utilizado é o dedutivo, com apoio na pesquisa bibliográfica, do tipo exploratória e qualitativa, de forma a delimitar o conceito geral de direitos humanos, buscando sua particularização quanto ao direito humano fundamental à água potável e ao saneamento, avançando em uma abordagem crítica à Lei nº 14.026/2020.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais. Declaração. Saneamento Básico. Reforma Legislativa. Políticas Públicas e Efetividade.

ABSTRACT: This article examines the changes of the National Basic Sanitation Law (LNSB) promoted by Law nº 14.026/2020 and its contribution to guaranteeing the

¹ Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Especialista em Direito do Saneamento pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - ICJP/FD.ULISBOA (2020). Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade Católica Dom Bosco em convênio com o Instituto Nacional de Pós-Graduação - UCDB/INPG (2001). Procuradora Federal da Advocacia-Geral da União - AGU (desde 2006). mp_alyre@hotmail.com Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-6030-0417>

² Doutora e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Professora permanente do Mestrado em Direitos Humanos da UFMS. Líder do Grupo de Pesquisas Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável e pesquisadora no Grupo de Pesquisas - Tutela Jurídica das Empresas em face do Direito Ambiental Constitucional, ambos do CNPq. Membro da ABDT, da ADPMS, da ABDI e do CEDIS/UNL. limaribas@uol.com.br Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4764-6661>

human right for water and sanitation in the Brazilian context. Therefore, it initially discusses the evolution of human rights, highlighting its historicity, with theoretical foundation in Norberto Bobbio's doctrine, and emphasizing the importance of the declaration of rights in favor of its effectiveness. In this context, it examines the affirmation of the right to drinking water and sanitation as human rights at the international level and the recognition of such fundamental rights on the national scene. In sequence, it presents a brief overview of the historical deficit of basic sanitation in Brazil, identifying changes promoted by Law nº 14.026/2020 able to contribute to the realization of the analyzed right. The conclusion of the article is for the positivity of legislative reform as an instrument favorable to the realization of the human right to drinking water and sanitation. The method of approach used is deductive, with support from bibliographic research, of an exploratory and qualitative type regarding the delimitation and general concept of human rights, seeking their fundamental human right to drinking water and sanitation, advancing in approach a critique of Law nº 14.026/2020.

Keywords: *Fundamental Rights. Declaration. Sanitation. Legislative Reform. Public Policies and Effectiveness.*

Recebido em: 22/05/2022
Aceito para publicação em: 29/06/2022

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo insere-se no contexto da discussão da água e do saneamento como direitos humanos fundamentais, direitos distintos, porém, incluso no mesmo estatuto jurídico, qual seja, o direito humano a um nível de vida adequado, que encontra previsão na Declaração Universal de Direitos Humanos³ (DUDH) e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴ (PIDESC).

No direito internacional, a água é concebida como *un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud*⁵ (ONU, Comentário Geral nº 15, 2002, p. 1), sendo assegurado a toda pessoa o direito a uma quantidade suficiente de água potável para uso pessoal e doméstico (ONU, Comentário Geral nº 15, 2002, p. 5).

O saneamento, por sua vez, relaciona-se à salubridade, ou seja, ao conjunto de requisitos adequados à saúde pública, além de representar um dos principais mecanismos de proteção das reservas de água potável. A então Relatora Especial da ONU para o direito humano à água potável e ao saneamento, Catarina de Albuquerque, sob a perspectiva de direitos humanos distintos, propôs a seguinte definição para o saneamento: “o saneamento pode ser definido como um sistema de coleta, transporte, tratamento e eliminação ou reutilização de excrementos

³ Conforme art. 25 da DUDH, “1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

⁴ Conforme art. 11 do PIDESC, “1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida.”

⁵ “um recurso natural limitado e um bem público fundamental para a vida e a saúde” (tradução livre)

humanos e a correspondente promoção da higiene”⁶ (ONU, A/HRC/12/24, 2009, p. 22, tradução nossa).

Neste aspecto, restou reconhecido internacionalmente que todos têm o direito de acesso ao saneamento adequado e seguro que protege a saúde pública e o meio ambiente. Tal concepção mais abrangente traz conotação à expressão saneamento ambiental, envolvendo a salubridade ambiental e a conservação dos recursos naturais como parte do sistema.

Trata-se, portanto, de direitos essenciais à sadia qualidade de vida de toda pessoa humana, indispensáveis à sua dignidade e imprescindíveis à proteção do meio ambiente e crescimento econômico, no cenário do desenvolvimento sustentável.

No âmbito nacional, contudo, não ganharam o status de direito fundamental expresso. Adotou-se a expressão saneamento básico, englobando os serviços públicos de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo de águas pluviais urbanas, tal como previsto no Marco Legal do setor, instituído pela Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007 – Lei Nacional de Saneamento Básico (LNSB).

A Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF) delimitou as competências constitucionais sobre a matéria, reservando à União a tarefa de instituir as diretrizes nacionais para a referida política pública (art. 21, inciso XX, da CF), e a todos os entes, em conjunto, promover a melhoria das condições de saneamento básico (art. 23, inciso IX, da CF), mediante cooperação, nos termos fixados em lei complementar.

A titularidade dos serviços, por sua vez, restou reservada aos municípios e ao Distrito Federal, sob a concepção de tratar-se de serviços de interesse local (art. 30, incisos I e V c/c art. 32, § 1º, da CF).

A temática sempre foi preocupante, uma vez que o saneamento básico nacional apresenta um déficit histórico que caminha a passos lentos de uma solução,

⁶ “el saneamiento se puede definir como un sistema para la recogida, el transporte, el tratamiento y la eliminación o reutilización de excrementos humanos y la correspondiente promoción de la higiene” (ONU, A/HRC/12/24, 2009, p. 22).

impactando negativamente a saúde pública, o meio ambiente e o desenvolvimento econômico. Segundo dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS 2019, mais de 50% do esgoto gerado sem tratamento é despejado no meio ambiente (SNIS/Diagnóstico, 2019, p. 58). Além disso, regiões brasileiras menos adensadas sofrem com a ausência de rede coletora de esgoto e abastecimento de água irregular e ineficiente. Merece destaque também o índice de perda de água na distribuição, o qual atinge o elevado percentual de 39,2% (SNIS/Diagnóstico, 2019, p. 84).

Contudo, ganhou relevo no cenário nacional, em meados do ano passado, em razão da reforma do Marco Legal do Saneamento Básico, por meio da Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, a qual vem sendo identificada como “Novo Marco Legal do Saneamento”, que dentre outras novidades impôs metas de universalização para o saneamento nacional até o ano de 2033, quando 99% da população brasileira deverá ter acesso à água potável e 90% acesso ao tratamento de esgoto, fundamentadas em uma profunda remodelação da política pública do setor.

Diante de um cenário de crise e propostas ambiciosas, é importante questionar se a reforma do Marco Legal do Saneamento Básico Nacional, por meio da Lei nº 14.026/2020, poderá contribuir para a efetividade do direito humano fundamental à água potável e ao saneamento, no Brasil.

Para o fim aqui proposto, discorre-se, inicialmente, sobre a evolução dos direitos humanos, evidenciado sua historicidade, com fundamento teórico na doutrina do jurista e filósofo Norberto Bobbio, referenciada em sua obra “A era dos direitos”, e ressaltando a importância da declaração de direitos em prol de sua efetividade. Nessa conjuntura, examina-se a afirmação do direito à água potável e ao saneamento como direitos humanos no plano internacional e o reconhecimento de tais direitos no cenário nacional. Em sequência, apresenta-se um breve panorama do déficit histórico do saneamento básico no Brasil, evidenciado, ao final, alterações

promovidas por meio da Lei nº 14.026/2020, aptas a contribuir para a realização do direito analisado.

A técnica de pesquisa é a bibliográfica, do tipo exploratória e qualitativa, contemplando análise da doutrina, legislação e documentos internacionais, leis vigentes no Brasil, exposição de dados, jurisprudência, orientada pelo método de abordagem dedutivo, de forma a delimitar o conceito geral de direitos humanos, buscando sua particularização quanto ao direito humano fundamental à água potável e ao saneamento, avançando em uma abordagem crítica da Lei nº 14.026/2020, com o objetivo de analisar sua contribuição para a efetividade dos direitos analisados.

2 "A ERA DOS DIREITOS"

Para o jurista e filósofo italiano Norberto Bobbio (2004, p. 13), o elenco dos "direitos do homem", ou melhor, direitos humanos, em uma visão contemporânea não etnocêntrica, constitui uma "classe variável", em constante evolução, que se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, reveladora de novos carecimentos e interesses, classes dominantes, meios disponíveis para realização dos direitos, transformações tecnológicas, dentre outros fatores, não sendo difícil prever que, "no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar".

Dessa forma, por mais fundamentais que sejam, os direitos humanos são direitos históricos, relativos, ou seja, "nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas" (BOBBIO, 2004, p. 9), o que dificulta uma noção precisa sobre seu conteúdo.

A referida historicidade, ademais, comprova, segundo Bobbio (2004, p. 13), que não existem direitos fundamentais por natureza, pois "o que parece fundamental

numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.”

Nessa perspectiva, Bobbio (2004, p. 13) defende que não se pode propor um fundamento “absoluto, irresistível, inquestionável” (BOBBIO, 2004, p. 9) a direitos historicamente relativos. Ademais, adverte que tal discussão, de fato, perde relevância, quando o problema maior é de sua efetividade: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” (BOBBIO, 2004, p. 16).

Por outro lado, o filósofo pondera que a discussão acerca do fundamento teve sua solução com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, representativa da maior prova histórica de consenso geral sobre alguma coisa que a humanidade já teve, logo constitutiva de um “sistema de valores humanamente fundado”, ou como teriam falado os jusnaturalistas, *consensus omnium gentium* ou *humani generis* (BOBBIO, 2004, p. 17).

Em outra diretriz, Marconi Pequeno (2008, p. 2), ao exaltar que os direitos humanos servem para assegurar ao homem o exercício da liberdade, a preservação da dignidade e a proteção da sua existência, propõe uma definição para a expressão: “Trata-se, portanto, daqueles direitos considerados fundamentais que tornam os homens iguais independentemente do sexo, nacionalidade, etnia, classe social, profissão, opção política, crença religiosa ou convicção moral.”

Em que pese concordar com Bobbio de que o problema maior é evitar que os direitos humanos sejam violados, negados, ignorados, Pequeno (2008, p. 3-4) vislumbra na ideia de dignidade o seu fundamento. Dignidade esta representativa da “qualidade que define a essência da pessoa humana, ou ainda é o valor que confere humanidade ao sujeito.” (PEQUENO, 2008, p. 3).

Para Fábio Konder Comparato (1997, p. 7; 19), o fundamento ou razão de ser dos direitos humanos é o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificidades individuais e grupais são sempre secundárias, o que os eleva à categoria de direitos próprios de todos os homens, logo, universais.

Em outra oportunidade, Comparato (2019, p. 22-26) leciona que foi durante o período axial (entre os séculos VIII e II a.C.) que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais da vida, despontando a ideia de uma igualdade essencial entre todos os homens, em vigor até hoje. Abandonaram-se as explicações mitológicas e as visões de alguns dos maiores doutrinadores do centro do período axial (entre 600 e 480 a.C.), como Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e Dêutero-Isaiás em Israel, passaram a demarcar uma nova visão do mundo. “Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.” (COMPARATO, 2019, p. 25).

No entanto, foram necessários vinte e cinco séculos, “para que a primeira organização internacional, a englobar a quase totalidade dos povos da Terra, proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.’” (COMPARATO, 2019, p. 26).

Neste aspecto, Bobbio (2004, p. 18-19) reitera que com a Declaração, pela primeira vez na história, um sistema de valores comuns foi acolhido pelo universo dos homens. Pondera, porém, que esse universalismo foi uma lenta conquista, distinguindo, pelo menos, três fases, na história da formação das declarações de direitos: a teoria jusnaturalista; a teoria positiva individualista; e, por fim, a afirmação de direitos de modo universal e positivo.

Enquanto teorias filosóficas, com origem no jusnaturalismo moderno, cujo pai é John Locke, os direitos humanos foram concebidos, inicialmente, como direitos naturais universais, como um ideal a perseguir, um dever ser, e assim, limitadas, em sua eficácia, a proposições para um futuro legislador (BOBBIO, 2004, p. 18).

Nesse caminhar, evoluíram como direitos concretos, direitos positivos particulares, quando acolhidas pela primeira vez por um legislador, o que ocorre com a Declaração do Bom Povo de Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 da França, decorrentes do movimento pela independência das colônias inglesas na América do Norte e da Revolução Francesa. Nessa passagem, a afirmação dos direitos humanos ganha em concreticidade, mas perde em universalidade, uma vez que válidos somente no âmbito do Estado que os reconhece (BOBBIO, 2004, p. 18-19).

A afirmação dos direitos humanos ocorrida no século XVIII resulta de uma radical inversão de perspectiva na ordem política, característica da formação do Estado moderno, não mais centrada nos deveres dos súditos em relação ao Estado, mas sim na prioridade dos direitos do cidadão, em correspondência à visão individualista de sociedade, sob a concepção dos indivíduos que a compõem, em contraposição à teoria organicista tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos (BOBBIO, 2004, p. 7-8; 93-94).

Das primeiras declarações seguiram-se outros documentos relevantes, porém, ainda, de forma individualizada, sob a concepção de cada Estado, dentre os quais destaca-se a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 (COMPARATO, 2019, p. 65-66). Estas, ao contrário das primeiras Declarações, centradas na defesa da burguesia contra um regime de privilégios estamentais, trouxeram a plena afirmação dos novos direitos humanos de caráter econômico e social, fruto da organização da classe trabalhadora, frente ao sistema capitalista de produção, que acabou por gerar uma atomização social, com crescente pauperização das massas proletárias.

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase na história da formação das declarações de direitos, um pacto de pretensão universal, deflagrado após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial.

A partir desse marco histórico, os direitos humanos passam a ser concebidos como direitos universais e positivos, direitos do homem enquanto cidadão do mundo, representando a consciência histórica da humanidade sobre seus valores fundamentais na segunda metade do século XX, “uma síntese do seu passado e uma inspiração para o futuro”, considerando a necessária evolução (BOBBIO, 2004, p. 20-21),

Na visão de Comparato (2019, p. 219), as consciências se abriram, uma vez que o lançamento da bomba atômica, ao fim da Segunda Guerra, soou como o prenúncio de um apocalipse. O homem passou a ter ciência de seu poder de destruir toda a vida na face da Terra, logo a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana.

No processo de proteção global dos direitos humanos, pode se conceber a Declaração de 1948 como um ponto de partida para uma meta progressiva, inclusive, a partir da qual, surgiram outros documentos interpretativos, ou mesmo complementares, com intuito de fornecer garantias válidas aos direitos declarados, mas também objetivando aperfeiçoar continuamente o conteúdo da Declaração, “articulando-o, especificando-o, atualizando-o, de modo a não deixá-lo cristalizar-se e enrijecer-se em fórmulas tanto mais solenes quanto mais vazias.” (BOBBIO, 2004, p. 21).

Neste aspecto, destacam-se alguns exemplos que se seguiram à Declaração Universal, como a Declaração dos Direitos da Criança (1959); a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1953); a Declaração sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1963); a Declaração de Independência dos Países e

Povos Coloniais (1960); o Pacto sobre os direitos econômicos, sociais e culturais e o Pacto sobre os direitos civis e políticos (1966), entre outros (BOBBIO, 2004, p. 21).

Segundo Flávia Piovesan (2019, p. 55), "O sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui o legado maior da chamada 'Era dos Direitos', que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional contemporâneo", revelando um direito anterior e outro posterior à Segunda Guerra Mundial.

Por outro lado, como pondera Bobbio (2004, p. 96), os direitos do homem ainda se encontram no "mundo do dever ser", resplandecendo nas declarações solenes, porém, muitas vezes, sem convergência com o mundo real, "que nos oferece um espetáculo bem diferente, onde se evidencia uma sistemática violação dos direitos humanos em quase todos os países do mundo, nas relações entre um país e outro, entre poderosos e fracos, entre ricos e pobres, entre maiorias e minorias, entre violentos e conformados", inclusive, advertindo, que o desejo de potência dominou e continua a dominar o curso da história.

No entanto, como todo ideal, os direitos humanos se projetam nos tempos longos, logo são capazes de subverter o sentido do tempo, trazendo esperança para o futuro, já que o tempo vivido, em uma visão histórica, é um presságio para o futuro (BOBBIO, 2004, p. 97):

A única razão para a esperança é que a história conhece os tempos longos e os tempos breves. A história dos direitos do homem, é melhor não se iludir, é a dos tempos longos. Afinal, sempre aconteceu que, enquanto os profetas das desventuras anunciam a desgraça que está prestes a acontecer e convidam à vigilância, os profetas dos tempos felizes olham para longe. (BOBBIO, 2004, p. 96)

Em uma "era de direitos" proclamados, a água potável e o saneamento ganham relevância como direitos humanos aptos a dar qualidade de vida e dignidade

a toda pessoa humana, não se furtando a comunidade mundial ao reconhecimento da sua importância e consequente declaração solene, como será visto a seguir.

3 O DIREITO À ÁGUA POTÁVEL E AO SANEAMENTO COMO DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Direitos humanos, direitos fundamentais, direitos naturais, liberdades públicas, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais. De fato, muitas são as expressões para designar os direitos essenciais do indivíduo, fruto da própria evolução da proteção de certos direitos (RAMOS, 2019, p. 51-52).

Expressões recorrentes do século XXI são “Direitos humanos” e “Direitos fundamentais”. Os primeiros representando os direitos reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, e os “direitos fundamentais” representando os direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico (RAMOS, 2019, p. 52).

Contudo, como ressalta André de Carvalho Ramos (2019, p. 53) essa diferenciação perde a importância diante da ocorrência de um processo de aproximação e mútua relação entre o direito internacional e o direito interno na temática dos direitos humanos, surgindo expressões mais condizentes com essa realidade, como “direitos humanos fundamentais” ou “direitos fundamentais do homem”.

3.1 A afirmação no plano internacional

Como consignado, a transformação dos direitos humanos como instituição política só aconteceu na Idade Moderna, com o jusnaturalismo, encontrando sua primeira expressão politicamente relevante nas declarações de direitos do fim do século XVIII.

Nesse contexto, a doutrina, há longo tempo, vem se detendo no estudo da evolução histórica dos direitos humanos, inclusive, classificando-os de acordo com a sua "dimensão" ou "geração".

Segundo Flávio Martins (2020, p. 28), atualmente, vem se preferindo a expressão "dimensão", isso porque "geração" dá a ideia de substituição do velho pelo novo, o que não ocorre com os direitos fundamentais, uma vez que uma nova dimensão de direitos fundamentais não substitui a primeira, pelo contrário, ambas coexistem e se complementam.

No mesmo sentido, Ricardo Castilho (2019, p. 209) esclarece que a análise dos direitos fundamentais não pode ser feita de maneira compartimentada ou estanque, uma vez que "todos eles formam um único sistema que, em última análise, visa a garantir a plena proteção da dignidade da pessoa humana."

Assim, considerando que as diferentes gerações de direitos humanos representam consagrações cumulativas (CASTILHO, 2019, p. 209), o termo "dimensão", melhor explicita a classificação histórica dos direitos humanos, sem adentrar em sua normatividade, inclusive, aliando-se à teoria de Bobbio, acerca da historicidade de tais direitos.

Relembre-se que os direitos humanos de primeira dimensão têm origem nas revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, em prol de direitos civis e políticos contra o regime feudalista de produção e absolutismo aristocrata, de forma a garantir a não-intervenção do Estado e preservar a liberdade e a propriedade.

Contudo, a disseminação do pensamento econômico liberal-burguês acaba por sedimentar a base da Revolução Industrial do século XIX, gerando concentração de renda para a burguesia e um número cada vez maior de excluídos da sociedade, que passaram a exigir direitos sociais que consolidassem o respeito à dignidade. Surgem, então, os direitos humanos de segunda dimensão, fruto das reivindicações dos movimentos socialistas iniciadas na primeira metade do século XIX, mas

primordialmente como consequência da insuficiência dos direitos de liberdade à proteção do ser humano, em uma sociedade desigual (CASTILHO, 2019, p. 215).

Ao contrário dos primeiros, estes passaram a exigir uma atuação direta do Estado, demandando políticas públicas destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos, de forma a se alcançar uma igualdade material. Tal configuração assinala a passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

Por conseguinte, o final da Segunda Guerra Mundial e a proclamação da Declaração Universal de 1948 “simbolizou um marco para uma nova ordem mundial e uma evolução sem precedentes para os direitos humanos.” (CASTILHO, 2019, p. 218). Surgem, então, os direitos humanos de terceira dimensão, transindividuais, direitos de solidariedade ou fraternidade, nos quais se evoca a preocupação com a paz, o meio ambiente, o direito de viver num ambiente não poluído, a comunicação e ao patrimônio comum da humanidade, evidenciando a passagem ao Estado Democrático de Direito.

E, a evolução prossegue. Em decorrência do desenvolvimento tecnológico e do novo panorama representado pela globalização e pela sociedade de risco contemporânea, juristas já identificam “novas” dimensões de direitos, como os ligados à área da cibernética e à área da genética. Ricardo Castilho (2019, p. 221), contudo, pondera que esses “novos direitos” poderão muito bem ser alocados em uma das dimensões já existentes, não vislumbrando necessidade de uma nova categorização.

Por outro lado, o que interessa ao presente estudo são os direitos de segunda dimensão, ou seja, os direitos sociais, como a saúde, a educação, o trabalho, a assistência aos desamparados, onde o Estado tem o dever principal de fazer, de agir, de implementar políticas públicas que tornem realidade os direitos constitucionalmente previstos (MARTINS, 2020, p. 31).

Estes foram expressamente declarados como “direitos econômicos, sociais e culturais” na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em seus artigos 22

a 27 (ONU, 1948), bem como no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966. Para Martins (2020, p. 34), a expressão “direitos sociais”, em sentido amplo, abrangeria os “direitos sociais em sentido estrito” (saúde, moradia, assistência social etc.), bem como os direitos econômicos e culturais (trabalho, cultura, desporto, educação etc.).

Além disso, com o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966), conjugado ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966), aprovados em 16 de dezembro de 1966, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, passa a haver uma expressa distinção dos direitos sociais com os demais direitos.

Ademais, reconhece-se taxativamente que os direitos econômicos, sociais e culturais, estes aqui compreendidos como direitos sociais em sentido amplo, decorrem da dignidade inerente à pessoa humana, comprometendo-se cada Estado-Parte, conforme previsão do art. 2º, § 1º, do PIDESC, “[...] a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.” (ONU, 1966).

Explicitando aspectos do referido dispositivo, Flávio Martins (2020, p. 41) destaca o caráter programático da norma, como programa de ação para os Estados-parte, os quais devem priorizar a implantação de políticas públicas em busca da concretização dos direitos sociais, no máximo possível, principalmente, por meio das opções do legislador.

Estabelece, portanto, o Pacto a aplicação progressiva dos direitos sociais, da qual “resulta a cláusula de proibição do retrocesso social, como também de proibição da inação ou omissão estatal, na medida em que é vedado aos Estados o retrocesso ou a inércia continuada no campo da implementação de direitos sociais.” (PIOVEZAN, 2021, p. 275).

Dentre os direitos sociais declarados, o Pacto determina que os Estados-parte reconheçam e implementem um mínimo de direitos relacionados a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família (art. 11) e ao mais elevado nível de saúde física e mental (art. 12). O primeiro, segundo dispõe o próprio Pacto, compreende, inclusive, o direito à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua das condições de vida (art. 11, §1º, PIDESC, ONU, 1966).

Quanto ao direito ao mais elevado nível de saúde física e mental, o Pacto determina que os Estados-parte adotem medidas necessárias para assegurar a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento sadio das crianças; a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; e a criação das condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade (art. 12, §2º, PIDESC, ONU, 1966).

Imperioso reconhecer que tais direitos (a um nível de vida adequado e ao mais elevado nível de saúde) relacionam-se intrinsecamente ao direito à água potável e ao direito a uma infraestrutura de saneamento básico adequada, uma vez que o acesso a estes constitui condição prévia para a realização daqueles, indispensáveis, por sua vez, para viver dignamente.

Tal conjuntura sobressai o caráter de interdependência dos direitos humanos, bem como evidencia que todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, inter-relacionados e de igual importância, como solenemente declarado na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, ao adotar a Declaração e o Programa de Ação de Viena (ONU, 1993).

Nesse sentido, o Comentário Geral da ONU nº 15, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, emitido em 2002, ao enquadrar o direito à água nos

artigos 11 e 12 do PIDESC, além de prever, em seu artigo I.1⁷ que “O direito humano à água é indispensável para se viver uma vida com dignidade humana e é um requisito para a realização de outros direitos humanos.” (tradução livre) (ONU, 2002).

Como se vê, as bases do direito fundamental à água e ao saneamento estavam lançadas e mereciam evolução, o que de fato, ocorreu. João Negrini Neto e Maria Carolina Negrini (2020, p. 105) ressaltam que, nos últimos 30 anos, emergiu um debate sobre a importância de se reconhecer o acesso à água potável como direito humano e se esse reconhecimento faria diferença, para além da retórica, com consequências práticas e construção de políticas públicas efetivas.

Prosseguem, relatando que as consequências desse amplo debate travado na comunidade internacional começaram a surgir no fim dos anos 2000, e, nesse contexto, em 2008, foi declarado o Ano do Saneamento Básico pelas Nações Unidas (NEGRINI NETO; NEGRINI, 2020, p. 106).

Em sequência, no dia 28 de julho de 2010, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), editou a Resolução A/RES/64/292⁸, reconhecendo que “a água segura e potável e o saneamento são direitos humanos essenciais para o pleno gozo do direito à vida e de todos os outros direitos humanos;” (tradução livre) (UN, 2010).

Indo além, o tema foi incluído, em 2015, dentre um dos dezessete objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da ONU: “Objetivo 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e o saneamento para todos” (IPEA, 2015), cujo detalhamento traduz metas promissoras até 2030, de acesso universal e equitativo à água potável e acesso adequado e equitativo ao saneamento e higiene para todos.

⁷ [...] *El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos.*

⁸ Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010 64/292. The human right to water and sanitation. [...] 1. Recognizes the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights;

Levando em conta o legado dos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio, pactuado pelos Estados membros da ONU, no ano de 2000, e procurando avançar nas metas não alcançadas, o compromisso da Agenda 2030 foi o de “não deixar ninguém para trás”, avançando em questões como melhoria da qualidade da água, eficiência do uso da água, gestão integrada de recursos hídricos, proteção dos ecossistemas, cooperação internacional e participação das comunidades locais.

João Negrini Neto e Maria Carolina Negrini (2020, p. 108) ressaltam que tais diretrizes, embora inseridas no sistema internacional por instrumentos de *soft law*, funcionam como força motriz importante para acelerar a implementação do amplo acesso à água potável e ao saneamento básico adequado ao redor do globo.

De fato, a relevância do tema conferida no cenário internacional repercute em muitos Estados nacionais para que adotem medidas concretas, em suas jurisdições, visando a efetividade do direito à água potável e ao saneamento.

Nesse contexto, ganha destaque, no Brasil, a reforma do Marco Legal do Saneamento Básico, por meio da Lei nº 14.026/2020, a qual promove substancial alteração do regime jurídico do setor, com o objetivo primordial de alcançar a universalização dos serviços de abastecimento de água potável e coleta e tratamento de esgoto.

3.2 O reconhecimento no cenário nacional

No contexto brasileiro, o direito à água potável e ao saneamento não se encontram expressamente consignados como direitos fundamentais na CF/1998. No entanto, o arranjo jurídico-constitucional nacional indica outra diretriz. Neste aspecto, o direito à água e ao saneamento integram o direito à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, inciso III, do Texto Constitucional.

Além disso, constituem pressupostos para o alcance dos objetivos fundamentais da República, previstos no art. 3º, da Constituição Federal (CF), pois sem acesso à água e tratamento sanitário, torna-se inviável construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos.

Ademais, viabilizam o pleno exercício de outros direitos fundamentais, como a vida, a saúde, a alimentação, a moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, todos expressamente assegurados no texto constitucional, em prol da dignidade humana.

Dessa forma, em que pese a ausência de previsão constitucional expressa, a conexão da água e do saneamento com o meio ambiente (bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida – art. 225, da CF), com o direito à vida e à igualdade (art. 5º, da CF) e com o direito à saúde, à alimentação e à moradia (art. 6º, da CF), todos garantidos pela CF, em prol da dignidade da pessoa humana, lhe conferem o status jurídico-constitucional de direito fundamental, devidamente reconhecido e protegido pelo direito constitucional brasileiro.

Anote-se, inclusive, que se encontra em tramitação a Proposta de Emenda à Constituição nº 4, de 2018 - PEC nº 04/2018 (SENADO FEDERAL, 2021), “que inclui, na Constituição Federal, o acesso à água potável entre os direitos e garantias fundamentais”, já com aprovação pelo Plenário do Senado Federal, na data de 31/03/2021, e com remessa à Câmara dos Deputados para análise, onde recebeu nova numeração, PEC nº 06/2021, avançando na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), com Parecer do Relator, Deputado Geninho Zuiliani, favorável à admissibilidade da PEC (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2022), em 19/08/2021.

Não bastasse isso, o Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado em 24/01/1992, com o depósito da Carta de Adesão, conforme Decreto nº 591, de 06/07/1992. Além disso, acolheu a

Resolução A/RES/64/292 da ONU (UN, 2010), ao subscrever a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (CNUDS), a Rio+20, ocorrida na cidade do Rio de Janeiro, entre os dias 13 e 22 de julho de 2012, cujo documento final intitulado “O Futuro que Queremos” reafirmou o compromisso do direito humano à água potável e ao saneamento (UN, 2012, p. 23). Ademais, é compromissário da Agenda 2030 (IPEA, 2015), o que ressalta o dever nacional de implementação do direito humano declarado.

Por outro lado, a Constituição Federal Brasileira delimitou as competências constitucionais sobre a matéria, reservando à União a tarefa de instituir as diretrizes nacionais para a política pública de saneamento (art. 21, inciso XX, da CF), e a todos os entes, em conjunto, promover a melhoria das condições de saneamento básico (art. 23, inciso IX, da CF), mediante cooperação, nos termos fixados em lei complementar.

A titularidade dos serviços restou reservada aos municípios e ao Distrito Federal, sob a concepção de tratar-se de serviços de interesse local (art. 30, incisos I e V c/c art. 32, § 1º, da CF), sem prejuízo da competência compartilhada, quando os serviços forem prestados em região metropolitana, face a configuração de interesse comum, conforme pacificado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, na ADI nº 1.842 (STF, 2013).

Além disso, com a edição da lei de diretrizes nacionais do setor –LNSB, em que pese tardiamente, apenas em 2007, o saneamento básico passou a ser tratado como uma política pública de expressão nacional – uma verdadeira política de Estado, que merecia atenção e sistematização, objetivando a universalização do acesso e a efetiva prestação dos serviços de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo de águas pluviais urbanas, todos componentes dos serviços públicos de saneamento básico.

4 DA PROCLAMAÇÃO DO DIREITO A SUA EFETIVIDADE

Como advertiu Bobbio (2004, p. 16), o problema fundamental em relação aos direitos do homem não é tanto o de justificá-los, mas sim o de protegê-los, trata-se, em verdade, de um problema não filosófico, mas político.

Nessa mesma diretriz, Marconi Pequeno (2008, p. 3) orienta: “os direitos humanos somente adquirem existência efetiva quando são vivenciados. Eis por que precisamos criar os meios que tornem possível a sua realização.”

Para Bobbio (2004, p. 22), não basta proclamá-los, o problema real que temos de enfrentar é o das “medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos.”

Nesse contexto, importante questionar se a reforma do Marco Legal do Saneamento Básico constitui um avanço em relação à legislação pretérita, com aptidão para contribuir à realização efetiva do direito humano fundamental à água potável e ao saneamento, de forma a cumprir os compromissos internacionais do Estado brasileiro, quanto aos direitos em análise.

4.1 Panorama dos serviços de água e esgoto no cenário nacional – um déficit histórico

Segundo dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), consolidação referente ao ano de 2019, o Brasil conta com uma média nacional⁹ de 83,7% de atendimento com rede de abastecimento de água, com destaque para as regiões Sul, Centro-Oeste e Sudeste, nas quais os índices médios são de 90,5%, 89,7% e 91,1%, respectivamente. Para as regiões Norte e Nordeste, os índices caem para 57,5% e 73,9% (SNIS/Diagnóstico, 2019, p. 58).

⁹ Considerando a população atendida informada pelos prestadores de serviço e população residente estimada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Relativamente ao atendimento por esgotamento sanitário, os índices destoam consideravelmente, com apenas 54,1% de atendimento total por rede coletora de esgoto. O menor índice fica para a região Norte, com apenas 12,3% da população atendida com esgotamento sanitário, e o maior com a região Sudeste, que alcança a média de 79,5%. Centro-Oeste, Sul e Nordeste apresentam as médias de atendimento de 57,7%, 46,3% e 28,3%, respectivamente (SNIS/Diagnóstico, 2019, p. 58).

Quanto ao tratamento dos esgotos gerados, o índice médio do país chega ao percentual de 49,1%. Na comparação entre as macrorregiões, os menores índices também ficam com as regiões Norte e Nordeste. A primeira com apenas 22,0% de esgoto gerado tratado. E, a segunda com índice de 33,7%. As demais regiões se aproximam ao índice médio nacional, sendo 47,0% de esgoto tratado para a região Sul, 55,5% de esgoto tratado para a região Sudeste e 56,8% de esgoto tratado para a região Centro-Oeste (SNIS/Diagnóstico, 2019, p. 58).

Anote-se, ainda, que os avanços no setor caminham a passos vagarosos. Consoante informações do SNIS – Painel do Setor Saneamento (2019), de 2010 a 2019, os índices totais do país evidenciaram uma variação pouco significativa, de 81,1% (2010) para 83,7% (2019), para água, e de 46,2% (2010) para 54,1% (2019), para esgoto. De fato, o crescimento do setor, experimentado na década de 1970, quando do lançamento do Plano Nacional de Saneamento - PLANASA pelo regime militar, cujo objetivo era incentivar a criação de Companhias Estaduais de Saneamento (CESBS) e linhas de financiamento para investimentos, visando garantir 80% de água potável e 50% de esgoto para a população urbana, até o ano de 1980 (BERTOCCELLI, 2020, p. 22), estacionou e pouco evoluiu.

Igualmente preocupante é o índice de perda de água na distribuição, o qual atinge o elevado percentual de 39,2% (SNIS/Diagnóstico, 2019, p. 84), evidenciando um descaso com um bem tão precioso, escasso e do qual muitos brasileiros não possuem acesso ou o possuem de forma precária, seja pela inexistência de

canalização interna nos domicílios; água fora dos padrões de potabilidade; intermitência; uso de cisterna para água de chuva, fornecendo água sem segurança sanitária e, ou, em quantidade insuficiente para a proteção à saúde; e uso de reservatório abastecido por carro pipa, situação que atinge quase 37,4% da população, segundo informa o vigente Plano Nacional de Saneamento Básico - PLANSAB 2014-2033 (2019, p. 35-36).

Ilustrando e quantificando o referido cenário, Édison Carlos (2020, p. 12), então Presidente Executivo do Instituto Trata Brasil, em apresentação à obra “O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico”, aponta que, no país, são quase de 35 milhões de brasileiros sem água limpa sequer para lavar as mãos; a coleta de esgoto não chega a mais de 100 milhões de brasileiros que habitam residências, acabando na natureza; o percentual insuficiente de tratamento do esgoto gerado corresponde ao lançamento diário de quase seis mil piscinas olímpicas de esgoto sem tratamento na natureza.

Sobre a histórica deficiência dos serviços de tratamento de esgoto, destaca-se narrativa de Laurentino Gomes sobre a insalubre realidade da cidade do Rio de Janeiro, na época do Brasil-Colônia, quando os dejetos das residências eram despejados no mar:

Devido à pouca profundidade do lençol freático, a construção das fossas sanitárias era proibida. A urina e as fezes dos moradores, recolhidas durante a noite, eram transportadas de manhã para serem despejadas no mar por escravos que carregavam grandes tonéis de esgoto nas costas. Durante o percurso, parte do conteúdo desses tonéis, repleto de amônia e ureia, caía sobre a pele e, com o passar do tempo, deixava listras brancas sobre suas costas negras. Por isso, esses escravos eram conhecidos como ‘tigres’. Devido à falta de um sistema de coleta de esgoto, os ‘tigres’ continuaram em atividade no Rio de Janeiro até 1860 e no Recife até 1882. O sociólogo Gilberto Freyre diz que a facilidade de dispor de ‘tigres’ e seu baixo custo retardou a criação de redes de saneamento nas cidades litorâneas brasileiras. (2014, p. 130, posição 1962)

Como se vê, avanços ocorreram, mas ainda insuficientes, fazendo com que realidades do passado ainda se façam presentes. Assim, em que pese tratar-se de um direito humano fundamental reconhecido e proclamado nas declarações solenes, permanece sem efetividade, ou parcialmente assegurado, principalmente em relação à população menos favorecida e àquela residente fora do contexto urbano.

As metas de universalização, ao contrário, traçam um horizonte deveras desejável, universalizar os serviços até 31 de dezembro de 2033, com alcance dos percentuais de 99% de abastecimento de água potável e 90 % de coleta e tratamento de esgotos, para toda a população brasileira, consoante expressamente consignado no artigo 11-B da LNSB, incluído pela Lei nº 14.026/2020, que atualiza o Marco Legal.

Ao que tudo indica, investimentos de grande monta serão necessários para transformar tal realidade em pouco mais de 12 (doze) anos. Contudo, aportes no setor vem se revelando desproporcionais para metas tão ambiciosas, em curto espaço de tempo. Segundo dados do PLANSAB 2014-2033 (2019, p. 63; 66), entre 2003 e 2017, o montante de recursos orçamentários comprometidos com iniciativas de saneamento foi da ordem de 82,5 bilhões, cabendo aos componentes água e esgoto mais de R\$56 bilhões desses recursos.

No entanto, o próprio PLANSAB (2019, p. 174; 176) projeta uma necessidade de investimentos bem superior, de quase 600 bilhões, em medidas estruturais e estruturantes, para a integralidade dos serviços de saneamento básico, em um período equivalente de 15 (quinze) anos, de 2019 até 2033, visando o alcance das metas de universalização, sendo que desse total, mais de R\$ 350 bilhões são para atender as necessidades abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Importante destacar que a falta de acesso à água tratada, combinada com a ausência de soluções adequadas para a coleta e o tratamento dos esgotos sanitários, resulta em condições precárias de saneamento, favorecendo a proliferação de

doenças parasitárias e infecciosas, impactando, por consequência, o sistema de saúde nacional.

Não é demais observar que, em uma situação de pandemia, como a recente, gerada por um vírus respiratório, o SARS-Cov-2, causador da COVID-19 (síndrome respiratória aguda grave), a questão do saneamento ganha ainda mais relevância, uma vez que um dos meios para se evitar a proliferação do vírus, é exatamente a higienização frequente do ambiente e das mãos, o que só é possível com acesso regular e satisfatório ao abastecimento de água.

Além de sobrecarregar a saúde pública, a ausência de saneamento adequado acarreta a degradação dos corpos hídricos, prejudicando o fornecimento de água segura, bem como o ecossistema aquático e sua biodiversidade.

Ademais, não se pode olvidar que a falta de saneamento traz prejuízos ao desenvolvimento nacional, impactando negativamente na educação, no trabalho e no crescimento econômico.

Necessário, portanto, o fortalecimento de uma consciência nacional de que o saneamento básico desempenha papel fundamental no direito à vida e para a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado, especialmente para a conservação dos recursos hídricos, os quais, constituem, em essência, matéria prima do serviço público de abastecimento de água potável, com reflexos determinantes para o desenvolvimento econômico do País.

Importante, portanto, compreender a opção proclamada pelo Brasil para transformar essa complexa realidade.

4.2 A contribuição da reforma de 2020 – Lei nº 14.026, de 15/07/2020

Diante de um cenário de crise, o caminho eleito foi a atualização do marco legal do setor - Lei nº 11.445/2007 (LNSB), por meio da Lei nº 14.026/2020, a qual vem sendo concebida, por parte da doutrina, como o “Novo Marco Legal do

Saneamento”, introduzindo significativa remodelação das diretrizes nacionais, além da alteração de diversas leis correlatas, como a Lei da Agência Nacional de Águas, a Lei dos Consórcios Públicos, a Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos e o Estatuto da Metrópole, sob o compromisso de garantir maior efetividade à política pública do saneamento, de fato, com vistas à universalização dos serviços, como expressamente consignado no texto legal.

Precederam à Lei nº 14.026, as Medidas Provisórias 844 e 868, de 2018, as quais propunham destacadamente a uniformização da regulação e a obrigatoriedade de licitação para a delegação dos serviços, porém, acabaram perdendo a eficácia por decurso do prazo exigido para a necessária conversão em lei.

A Lei nº 14.026 foi sancionada em 15 de julho de 2020, decorrente da aprovação, com emendas, do Projeto de Lei nº 4.162/2019 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020), apresentado pelo Poder Executivo, em 02 de agosto de 2019, com tramitação em regime de urgência.

Na exposição de motivos do projeto de lei, o Governo Federal, por meio dos Ministérios da Economia e do Desenvolvimento Regional, explicitou as deficiências do setor e uma conjuntura de crise fiscal com restrição de investimentos públicos, elencando como solução “sólidas parcerias com a iniciativa privada, com apoio imprescindível dos Estados e Municípios e com o interesse único de levar conforto, qualidade de vida e saúde aos brasileiros desassistidos” (ME; MDR, 2019, parágrafo 7, p. 26).

Ademais, foram indicados como entraves ao desenvolvimento do setor de saneamento básico o monopólio das empresas estaduais e a grande variedade de regras regulatórias, gerando baixa capacidade regulatória, falta de padronização e custos relevantes aos prestadores do serviço (ME; MDR, 2019, parágrafos 8 e 11, p. 26).

Nessa diretriz, o Governo defendeu a segurança jurídica e a regulação adequada como fatores determinantes para o desenvolvimento do setor,

impulsionado por um ambiente competitivo, indicativo de uma clara opção de abertura do saneamento à iniciativa privada.

Desta forma, a matriz proposta, inserida na LNSB, foi a uniformização regulatória em todo o território nacional, por meio da Agência Nacional de Águas e Saneamento (ANA), estabelecendo padrões mínimos para os contratos assinados, proporcionando maior segurança jurídica aos prestadores e seus financiadores (art. 25-A); a coordenação da política federal de saneamento básico, por meio do Comitê Interministerial de Saneamento Básico – CISB (art. 53-A); incentivo à prestação regionalizada (art. 3º, inciso VI); definição do exercício da titularidade, em caso de interesse local e interesse comum (art. 8º); concorrência na prestação dos serviços, instituindo a obrigatoriedade de licitação para a delegação dos serviços, vedando a celebração de novos contratos de programa com as companhias estaduais (art. 10); metas de expansão para os contratos de prestação dos serviços de saneamento (art. 10-A); e novas condicionantes para acesso aos recursos federais, das quais, destaca-se a observância das normas de referência da ANA e a estruturação de prestação regionalizada (art. 50).

Sobressai do contexto da reforma, a fixação de metas expressas de universalização dos serviços até 31 de dezembro de 2033, com alcance dos percentuais de 99% de abastecimento de água potável e 90 % de coleta e tratamento de esgotos, para toda a população brasileira (art. 11-B).

Neste aspecto, como forma de implementação das referidas metas, a Lei reformadora dispôs que os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico vigentes e os vindouros ficam condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços, na área correspondente, até 31 de dezembro de 2033 (art. 10-B), além de instituir mecanismos de fiscalização do atingimento das metas, a cargo da agência reguladora (art. 11-B, § 5º).

Sobre a exigência da capacidade econômico-financeira da contratada, José Carlos de Oliveira (2021, p. 109) pondera que a referida condição “possibilitará à Administração Pública a segurança necessária para que o contratado cumpra, no decorrer do contrato, as obrigações a que se sujeitou.”.

Além disso, a nova legislação eleva a “conservação” dos recursos naturais como princípio fundamental à adequada prestação dos serviços de saneamento básico, não bastando mais apenas a sua “proteção”, como previsto na lei original (art. 2º, inciso III), propugnando expressamente a integração da política pública de saneamento com a de recursos hídricos, além de reiterar sua articulação com outras políticas públicas destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento seja fator determinante, como as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de interesse social relevante (art. 2º, inciso VI).

Neste aspecto, Granziera e Ferez (2021, p. 3) ressaltam a importância de tal integração, considerando que o setor de saneamento básico, como usuário principal da água, desempenha papel fundamental na proteção do meio ambiente, especialmente no que diz respeito à quantidade e qualidade da água, uma vez que a captação de água para abastecimento público e a disposição final dos esgotos sanitários em corpos hídricos impactam diretamente esse recurso ambiental, o qual só será garantido no futuro com a necessária conservação ambiental.

Outras alterações dignas de nota são a redução e controle das perdas de água, inclusive, na distribuição de água tratada; estímulo à racionalização de seu consumo pelos usuários e fomento à eficiência energética; ao reúso de efluentes sanitários; e ao aproveitamento de águas de chuva, também elencados como novos princípios fundamentais a serem observados na prestação dos serviços públicos de saneamento básico (art. 2º, inciso XIII), bem como incluídos como diretrizes da política federal de saneamento básico (art. 48, inciso XII).

Tratando-se, em verdade, da normatização de uma cultura de respeito à água, onde essa passa a ser tratada como um bem imprescindível que não pode ser desperdiçado, prevalecendo a responsabilidade de toda a sociedade sobre sua conservação. A nova lei, inclusive, elenca algumas medidas de racionalização a serem observadas pelos usuários e prestadores de serviços, competindo ao poder público o seu incentivo e regulação.

Seth M. Siegel (2017, p. 12-13), em seu livro "Faça-se a água", ao descrever a solução de Israel para um mundo com sede de água, relata uma cultura israelense de profundo respeito à água, enraizada como uma consciência nacional e derivada, em grande parte, da posição geográfica do país, já que a maior parte de Israel é deserto e o resto, terra semiárida, mas, também, de uma cultura religiosa de reverência à água, seja em suas preces, seja na própria Bíblia hebraica.

Como destaca Siegel (2017, p. 12), cultura e tradição são fenômenos duradouros, os quais, no caso de Israel, como evidenciado pelo autor, vem influenciando positivamente na preservação e garantia de um direito fundamental.

Diante de um cenário de escassez hídrica, que já se evidencia em várias partes do mundo, inclusive, no Brasil, onde se destacam notícias diárias sobre os níveis extremamente baixo dos reservatórios nacionais, revela-se sobremaneira importante a disseminação do uso consciente dos recursos naturais, o combate ao desperdício, e indo além, o necessário reaproveitamento das águas. Que tal dimensão cultural se fortaleça e prevaleça, em prol das presentes e futuras gerações.

Evidencia-se, desse modo, que a Lei nº 14.026/2020, ao dispor sobre metas expressas para a universalização dos serviços de água e esgoto até 2033, como diretriz para a política pública do setor, a serem observadas nos contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento, acompanhadas de mecanismos de fiscalização do atingimento das metas, contribui para que os referidos direitos sejam, num futuro próximo, garantidos e ganhem, de fato, efetividade, para toda a população brasileira, avançando em áreas ocupadas por população de baixa renda,

população rural, comunidades tradicionais e indígenas, como expressamente consignado nos objetivos da Política Federal de Saneamento Básico, renovados por meio da Lei reformadora do Marco Legal.

Além disso, instituiu-se como condicionante à prestação dos serviços de saneamento básico a conservação dos recursos naturais, de forma que haja um equilíbrio entre a exploração dos serviços e a preservação daqueles, no contexto do desenvolvimento sustentável, para que os recursos não se esgotem, em prol do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Por fim, destaca-se, ainda, como importante contribuição da Lei nº 14.026, uma proposta de mudança do paradigma sobre o uso da água, incentivando expressamente sua conservação e racionalização, contribuindo para a formação de uma nova consciência nacional acerca da essencialidade e escassez dos recursos hídricos.

Como diria Bobbio (2004, p. 91; 97), tal inovação legislativa, com o forte propósito de assegurar efetividade a direitos humanos fundamentais, é um “sinal dos tempos”, trazendo esperança para o futuro, já que o tempo vivido, em uma visão histórica, é um presságio para o futuro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme acentuado neste artigo, o reconhecimento internacional do direito à água potável e ao saneamento como direitos humanos repercute nas jurisdições nacionais, funcionando como força motriz importante para acelerar a implementação do amplo acesso à água potável e ao saneamento adequado ao redor do globo.

De fato, constitui compromisso internacional de todos os Estados Parte do Sistema ONU melhorar a gestão dos recursos hídricos e fornecer a todos o acesso à água potável e ao saneamento seguros e acessíveis financeiramente, adotando as

medidas legislativas necessárias e respectivas políticas públicas para sua implementação, de forma progressiva, usando o máximo de recursos disponíveis.

Nesse contexto, ganha destaque, no Brasil, a reforma do Marco Legal do Saneamento Básico, por meio da Lei nº 14.026/2020, a qual promoveu substancial alteração do regime jurídico do setor, com o objetivo primordial de alcançar a universalização dos serviços de abastecimento de água potável e coleta e tratamento de esgoto, no cenário nacional.

Denota-se da reforma legislativa, que além da definição e garantia formal do direito, existiu a preocupação com sua efetividade, através do detalhamento de políticas públicas, objetivos e metas a serem alcançados e prazos para sua consecução, além de meios institucionais objetivando sua implementação e monitoramento.

Neste aspecto, depreende-se do Marco Legal renovado, instrumentos eleitos com a tarefa de efetivar a expansão dos serviços de forma universal, como a regionalização, a competitividade na prestação dos serviços, a regulação por performance em função de metas contratuais de universalização, entre outros, evidenciando um novo direcionamento da ação governamental em busca de resultados concretos e primordialmente no alcance da efetividade do direito fundamental à água potável e ao saneamento.

Dessa forma, a aprovação da Lei nº 14.026/2020 renova as esperanças de avanços no setor, contribuindo positivamente para que o direito à água potável e ao saneamento sejam, num futuro próximo, garantidos e ganhem, de fato, efetividade, para toda a população brasileira, aliados à necessária conservação dos recursos naturais e ao fomento de uma consciência nacional de preservação e racionalização do uso da água.

REFERÊNCIAS

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Saneamento Básico: a evolução jurídica do setor. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **O novo marco regulatório do saneamento básico**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 17-33.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.162, de 2019**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2020]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=221320>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 6, de 2021**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2022]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2277279>. Acesso em: 28 jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 08 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm. Acesso em: 24 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia; Ministério do Desenvolvimento Regional. **Exposição de Motivos ao projeto de lei que atualiza o marco legal do**

saneamento. Brasília, DF: Ministério da Economia; Ministério do Desenvolvimento Regional, [2019]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node018gxunsr8bjrdtiq0ae2sz355390689.node0?codteor=1787462&filename=PL+4162/2019. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANSAB).** Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Regional, Secretaria Nacional de Saneamento [2019]. Disponível em: https://antigo.mdr.gov.br/images/stories/ArquivosSDRU/ArquivosPDF/Versao_Conselhos_Resolu%C3%A7%C3%A3o_Alta_-_Capa_Atualizada.pdf. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Sistema Nacional de Informações Sobre Saneamento (SNIS).** *Diagnóstico 2019.* Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Regional, Secretaria Nacional de Saneamento [2019]. Disponível em: http://www.snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2019/Diagn%C3%B3stico_SNIS_AE_2019_Republicacao_31032021.pdf. Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. **Sistema Nacional de Informações Sobre Saneamento (SNIS). Painel do Setor Saneamento.** Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento Regional, Secretaria Nacional de Saneamento [2019]. Disponível em: <http://snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-setor-saneamento>. Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL. Plataforma Agenda 2030. **Objetivo 6: Água Potável e Saneamento.** Brasília, DF: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), [2015]. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods6.html>. Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 4, de 2018.** Brasília, DF: Senado Federal, [2021]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132208>. Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842/RJ.** Ação direta de inconstitucionalidade. Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Intimado: Governador do Estado do Rio de Janeiro; Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Fux, Redator do Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 06 mar. 2013. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630026>.

Acesso em: 12 dez. 2021.

CARLOS, Édison. Transformar em realidade a solução para o saneamento básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **O novo marco regulatório do saneamento básico**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 11-13.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos. In: **Instituto de Estudos Avançados da USP**. São Paulo, 1997. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2021.

GOMES, Laurentino. **1808: Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Globo, 2014. *E-book*.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado; JEREZ, Daniela Malheiros. O papel do saneamento básico na proteção dos recursos hídricos. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Alberto de (Org.). **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. 1. ed. Indaiatuba/São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 3-12.

MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica**. 1.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NEGRINI NETO, João; NEGRINI, Maria Carolina. Princípios do marco legal do saneamento Básico, com as alterações determinadas pela Lei 14.026, de 15 de julho de 2020. In: DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **O novo marco regulatório do saneamento básico**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 105-115.

OLIVEIRA, José Carlos de. O processo de contratação das empresas: licitação e contratos. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado; OLIVEIRA, Carlos Alberto de (Org.). **Novo marco do saneamento básico no Brasil**. 1. ed. Indaiatuba/São Paulo: Editora Foco, 2021. p. 105-113.

ONU. **Declaração e Programa de Ação de Viena**. Conferência Mundial Sobre os Direitos Humanos. Viena, 1993. Disponível em:

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>
Acesso em: 12 dez. 2021.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)**. Paris, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 dez. 2021.

ONU. **Comentário Geral nº 15 = Observación general nº 15: El derecho al agua**. (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Ginebra: ONU, 2002. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf?view=1>. Acesso em: 12 dez. 2021.

ONU. **Informe de la Experta independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y el saneamiento**, Catarina de Albuquerque. Ginebra: Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General, A/HRC/12/24, 2009. Disponível em: <https://reliefweb.int/report/world/informe-de-la-experta-independiente-sobre-la-cuesti%C3%B3n-de-las-obligaciones-de-derechos>. Acesso em: 27 jun. 2022.

ONU. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)**. Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em: 12 dez. 2021.

ONU. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)**. Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas. 1966. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em: 12 dez. 2021.

PEQUENO, Marconi. O fundamento dos direitos humanos. In: Maria de Nazaré Tavares; et al. **Direitos humanos: capacitação de educadores**. v. 1: Fundamentos histórico-filosóficos e político-jurídicos da educação em direitos humanos. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2008. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/redhbrasil/wp-content/uploads/2014/04/O-FUNDAMENTO-DOS-DIREITOS-HUMANOS.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2021.

PIOVEZAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PIOVEZAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SIEGEL, Seth M. **Faça-se a água: a solução de Israel para um mundo com sede de água = Let there be water: Israel's solutions for water-starved world**. Tradução: Silvia Waisse. São Paulo: EDUC, 2017.

UNITED NATIONS. **Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010 n. 64/292 The human right to water and sanitation**. New York: 28 jul. 2010. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/687002#record-files-collapse-header>. Acesso em 05 set. 2021.

UNITED NATIONS. **The future we want**. Rio de Janeiro: 20-22 jun. 2012. Disponível em: http://www.rio20.gov.br/documentos/documentos-da-conferencia/o-futuro-que-quer-emos/at_download/the-future-we-want.pdf. Acesso em: 12 dez. 2021.