



REVISTA AVANT

v.5, n.2



**UNIVERSIDADE FEDERAL
DE SANTA CATARINA**



REVISTA AVANT
Revista Acadêmica
da Graduação em
Direito da UFSC

v.5, n.2

REVISTA AVANT

Volume 5, número 2 – 2021

Periódico Científico da Graduação em Direito da UFSC
Publicação Semestral

ISSN 2526-9879

Endereço:

Universidade Federal de Santa Catarina
Campus Reitor João David Ferreira Lima
Centro de Ciências Jurídicas – Trindade – Florianópolis
Santa Catarina – Brasil – CEP: 88040-900

Contato:

<http://revistaavant.paginas.ufsc.br/>
revistaavant.ufsc@gmail.com

Redes Sociais:

 [Instagram](#)

 [Facebook](#)

 [YouTube](#)

Os trabalhos assinados são de responsabilidade dos autores e não expressam a opinião da Equipe Editorial da Revista Avant ou da UFSC.



REVISTA AVANT

Coordenadora Científica

Prof^ª. D^{ra}. Carolina Medeiros Bahia

Editora-Chefe

Géssica Carolina Goulart Pinto

Subeditor-Chefe

Eloísa Loch de Souza

Corpo Editorial

Beatriz Nunes

Bruna Bessi Pereira

Clara Lucia Claudino dos Santos Fantini

Eloísa Loch de Souza

Franciele Rupolo Gomes de Oliveira

Gabriela Araldi

Gabriela Pinheiro

Géssica Carolina Goulart Pinto

Giulia Pagliosa Waltick Martins

Joana Carvalho Gutierrez

Leonardo Cristovam

Luiza Schenkel do Amaral e Silva Beber

Pietra Lima Inácio

Rafael Reis

Stefhany Sinfrônio Brito

Taisi Copetti

Vinicius Vitorino

Vitória Emilia Santiago Pastro

Viviane Borges

Conselho Científico

André Soares Oliveira – UFSC

Alexandre Moraes da Rosa – UFSC

Carolina Medeiros Bahia – UFSC

Daniel Amaral Carnaúba – UFJF

Edson Kiyoshi Nacata Junior – UFMG

Gustavo Silveira Siqueira – UERJ

José Rubens Morato Leite – UFSC

José Sérgio da Silva Cristóvam – UFSC

Vera Regina Pereira de Andrade – UFSC

Talden Queiroz Farias – UFPB

Projeto Gráfico e Diagramação

Franciele Rupolo Gomes de Oliveira

Caro(a) Leitor(a),

Após meses de trabalho e dedicação, é com grande satisfação que o Corpo Editorial da Revista Avant apresenta a nona edição da Revista Acadêmica do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

A presente publicação reafirma o nosso compromisso com a produção científica crítica e de qualidade ao ser construída em meio às adversidades impostas pela conjuntura caracterizada pela pandemia de Covid-19, pelos ataques à ciência e pela política de austeridade econômica empreendida pelo governo atual.

Certamente a marca mais lesiva dessa pandemia será a saudade deixada por aqueles que o vírus levou. Dentre as milhares de vítimas da pandemia, uma nos presenteou com seu trabalho em uma obra póstuma. Com a publicação do cordel “Remédios Constitucionais”, escrito pelo autor Francisco Neto de Araújo, deixamos nossa homenagem, nesta edição, a todas as vidas ceifadas pelo coronavírus.

A pandemia de Covid-19 impôs uma desafiante adaptação a uma dinâmica que possibilitasse a continuação dos trabalhos realizados pela Revista. A crise orçamentária pela qual as universidades têm passado nos últimos anos, tem resultado na ameaça ao funcionamento das instituições, com as reiteradas reduções de verba de custeio decorrentes dos Projetos de Leis Orçamentárias anuais, que culminam em cortes de bolsas e redução de políticas de assistência estudantil.

Nesse cenário, o Corpo Editorial da Revista Avant se posiciona de forma crítica ao promover palestras que enfrentam as “Fake news” e abordam a temática do desmonte do ensino superior público brasileiro, deixando claro que este é um espaço aberto ao pensamento crítico e científico.

A Revista Avant, para além de ser uma revista acadêmica vinculada a uma universidade pública e gratuita, cumpre um papel muito importante ao valorizar e democratizar a produção acadêmica e artística dos graduandos, em contraste com a maioria das Revistas Acadêmicas voltadas exclusivamente à pós-graduação.

Acreditamos no potencial dos estudantes e prezamos pela qualidade e pelo caráter científico dos trabalhos. Demonstra êxito o fato de termos recebido para essa edição 45 submissões, entre trabalhos culturais e acadêmicos, de estudantes de 23 universidades espalhadas por todo o país.

A publicação deste número resulta do esforço conjunto dos incansáveis e engajados estudantes que compõem o Corpo Editorial da Revista Avant, para além de atuarem nos grupos de trabalho da revista, dos autores que nos confiaram seus trabalhos, do corpo de avaliadores extremamente minucioso, além da coordenação engajada da prof. Carolina Medeiros Bahia.

Para o extenso trabalho de diagramação da revista, costumávamos contar com uma bolsa de extensão, contudo, devido aos cortes de gastos e as restrições trazidas pela pandemia, pensamos em adiar a publicação do edital e consequentemente da revista pela ausência de bolsistas. Assim, destacamos a atuação de Franciele Rupolo Gomes de Oliveira, que aceitou o desafio de diagramar a Revista Avant, dedicando seu tempo e trabalho meticuloso, de modo a viabilizar esta publicação..

Desejamos a todos uma excelente leitura!

CORPO EDITORIAL DA REVISTA AVANT

SUMÁRIO

CULTURAL

FOTOGRAFIA

- PASSAR E NÃO ENXERGAR, OLHAR E NÃO VER 12
Fernanda Emanuely Lagassi Correa

POEMA/POESIA

- REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS 13
Francisco Neto de Araújo

- VIDRAÇA DENUNCIANTE 14
Isaías da Silva Moreira de Santana

RESENHA DE FILME

- ENTRE O RISCO E O LIMITE: NOTAS SOBRE A SÉRIE DOCUMENTAL POR UM RESPIRO 15
Marcus Vinícius Martins da Silva, Luis Felipe Lenz e Davi da Silveira Seer

- ESQUECIMENTO DA GUERRA DE ALEPPO E NEGLIGÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS 21
Maria Fernanda Soares Melo

- HISTÓRIA DO FIM DE UM CASAMENTO 27
Caio Crivelenti Raffaini Castro e Isadora Silveira

- VOCÊ NÃO ESTAVA AQUI – A INTIMIDADE DA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO 30
Gabriel Rodrigues Soares

RESUMO CRÍTICO DE OBRA LITERÁRIA

- A SOCIEDADE DISTÓPICA DE GEORGE ORWELL: UM EXAME DO LIVRO “1984” 33
Camila de Sousa Nogueira, Juliana de Sousa Nogueira dos Santos e Felipe de Sousa Nogueira

- RESENHA CRÍTICA DO LIVRO HERMENÊUTICA E(M) CRISE: UMA EXPLORAÇÃO HERMENÊUTICA DA CONSTRUÇÃO DO DIREITO 40
Emanoel Oliveira Nunes

COMUNICAÇÃO

COMUNICAÇÃO: PRÁTICA DE EXTENSÃO

- FAZENDO EXTENSÃO ATRAVÉS DAS MÍDIAS SOCIAIS: A EXPERIÊNCIA DO PROJETO MEDIAÇÃO POPULAR E ORIENTAÇÃO SOBRE DIREITOS DA UEFS 46
Honodi Araujo Silva Filho, Marianna Souza Oliveira e Victória Gabriela Brito Salgado

COMUNICAÇÃO: PRÁTICA DE PESQUISA

- O SAMBA-ENREDO COMO FATOR IMPRESCINDÍVEL PARA UM DIREITO PLURAL 53
Aimê Araujo Loma

ACADÊMICA

ARTIGOS CIENTÍFICOS

A LEI DE DROGAS E A RACIALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE A LUZ DA COLONIALIDADE 58

Carolina Bontempo Barcelos e Isabela Soares Bicalho

ANÁLISE DO TELETRABALHO COMO MODALIDADE CONTRATUAL: COMPARATIVO ENTRE O BRASIL, FRANÇA E CHILE 83

Maria Júlia Souza Diniz e Rebeca Cavalcanti

A PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES EM MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS QUE VERSEM SOBRE DIREITOS REPRODUTIVOS 102

Beatriz Rocha Teixeira

A PROSTITUIÇÃO FEMININA E OS CRIMES SEXUAIS: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL 121

Amanda de Melo, Luiza Ghisleri Mocellin, Maria Clara Florindo e Maria Júlia Zimmermann Pires

BITCOIN E LAVAGEM DE DINHEIRO: A DIFÍCIL PERSECUÇÃO PENAL DO TIPO REALIZADO POR MEIO DA CRIPTOMOEDA 141

Rafael Henrique Mendes dos Reis e Christian Sant'Ana da Silva

EDUCAÇÃO E TRABALHO: A DUALIDADE ENTRE AS POLÍTICAS REFORMISTAS E A LÓGICA DO JOVEM EMPREENDEDOR COMO LEMA DA CLASSE DOMINANTE 167

Jordana Soares de Araújo e Mariah de Moraes Lima Vieira

ENTRE O BERÇO E O CÁRCERE: OS RESULTADOS DA NÃO OBSERVÂNCIA AO DIREITO DE PRISÃO DOMICILIAR PARA DETENTAS GESTANTES/MÃES DE CRIANÇAS 187

Amanda Borlita Vieira Martins

O DIREITO AO VOTO DO PRESO PROVISÓRIO NO CONTEXTO PANDÊMICO 203

Dafné José Neri da Silva

O FENÔMENO DA UBERIZAÇÃO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: TRABALHO AUTÔNOMO OU RELAÇÃO DE EMPREGO? 226

Rebeca Cavalcanti e Maria Júlia Souza Diniz

O NASCIMENTO DE UMA NAÇÃO DE GRIFFTH: O RACISMO NORTE-AMERICANO E O SURGIMENTO DOS MOVIMENTO DE RESISTÊNCIA NEGRA POR DIREITOS CIVIS NO SÉCULO XX 248

Taisi Copetti

O PRÉ-REQUISITO DA CONFISSÃO PARA A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: BREVE ESTUDO SOBRE SEUS ASPECTOS CONTROVERSOS 266

Luísa Tramarin Hoffmann e Rafael Della Giustina Basilone Leite

PL 504/2020: CORPOS REPRESENTADOS E PUBLICIDADE SOB AS ÉGIDES DO PANÓPTICO, DA DISCIPLINA E DA DOCILIDADE 288

Gabriel Richena Ferreira, Laura Marina Taufe, Milene Félix da Silva, Sofia da Silva Mazon e Thomas Castro Premoli

**PRESOS BRASILEIROS NA PANDEMIA DO
CORONAVÍRUS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA
DA CIDADANIA** 307

*Amanda de Melo, Luiza Ghisleri Mocellin, Maria Clara
Florindo e Maria Júlia Zimmermann Pires*

**REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO
SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL E A POSSIBILIDADE DE
CONSERVAÇÃO DO REGIME JURÍDICO ANTERIOR** 329

Lucas Gabriel Duarte Neris

ESTUDO DE CASO

**A IMPORTÂNCIA DA PRESERVAÇÃO DA CADEIA
DE CUSTÓDIA DAS PROVAS: UMA ANÁLISE DO
PROCESSO CRIMINAL DE OJ SIMPSON À LUZ DO
ORDENAMENTO BRASILEIRO** 351

Eduarda Duarte Ferreira

**O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO
CONTRATO DE CONCESSÃO DO AEROPORTO
INTERNACIONAL DE FLORIANÓPOLIS NO CONTEXTO
DA PANDEMIA DE COVID-19** 370

*Alice Felisbino Miottello, Gabriela Callado Czernay,
Isabela Fernandes da Silva e Letycia Mara Lucas*

RESUMO DE MONOGRAFIA

**A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO INTEGRAL
DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ATRAVÉS DO
CENTRO DA JUVENTUDE DE PALMAS/PR** 397

Diego da Silva

**O PROJETO DE LEI Nº 3799/2019 E A INFLUÊNCIA DA
ERA TECNOLÓGICA PARA TESTAMENTO PARTICULAR
GRAVADO EM SISTEMA AUDIOVISUAL** 400

Maria Luisa Porath



CULTURAL

PASSAR E NÃO ENXERGAR, OLHAR E NÃO VER

*Fernanda Emanuely Lagassi Correa**



***Acadêmica do 6º período do curso de Direito da Universidade Estácio de Sá – Florianópolis/SC.
E-mail: fernandalagassi@gmail.com.**

Justificativa: Bem ao lado de um dos principais pontos turísticos de Florianópolis, a Ponte Hercílio Luz, a qual é uma grande atração para os fotógrafos devido a sua beleza, há a Ponte Colombo Salles. Basta um olhar mais cauteloso, para encontrar pessoas em situação de vulnerabilidade social, os chamados invisíveis, os quais estão sempre à margem da sociedade, marcados pela indiferença e descaso político. Uma verdadeira afronta a um dos princípios fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: o da dignidade da pessoa humana.

REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS (CORDEL JURÍDICO)

*Francisco Neto de Araújo (In Memoriam)**

Sobre remédio constitucional
Eu vou aqui explicar
São cinco positivados
Que devemos nos atentar
A nossa Constituição
Pra amparar o cidadão
Resolveu isso criar

O HC vem em primeiro
Ele visa proteger
Qualquer medida restritiva
Ou abuso de poder
Ele garante ao cidadão
Direito à locomoção
Também de permanecer

O Habeas Datas é importante
Que assegura a informação
Relativo à sua pessoa
Sendo pública a repartição
Mas pra ele ser impetrado
Antes deve ser negado
A sua solicitação

O HC não resolvendo
Nem também o HD
O Mandado de Segurança
É o que tem pra se fazer
Seu direito é protegido
Não se sentirá coagido
Com o abuso de poder

Já o Mandado de Injunção
É bem melhor analisar
É um remédio específico
Que o cidadão pode impetrar
Ao saber que seu direito
Não está sendo perfeito
Pela ausência parlamentar

E por último ainda temos
Nossa Ação Popular
Que visa proteger
E também pode anular
Ato lesivo ao patrimônio
Num desaforo medonho
Quem vota pode impetrar

***Cursava o 3º semestre de Direito da Faculdade do Maciço de Baturité – FMB (Baturité/Ceará). Servidor público municipal cedido ao Fórum da Comarca de Itapiúna/CE. Conciliador do Fórum de Itapiúna/CE. E-mail (professor): felipe.pantelemedecampos@unifi.it.**

Justificativa: Eu, Felipe Pante Leme De Campos, sou professor de Direito e, dentre alguns excelentes alunos, tive o prazer de dividir a sala de aula com o Francisco Neto de Araújo (Neto). Fui, especificamente, seu professor de Direito Constitucional I. Pois bem, quando eu os ensinei os remédios constitucionais, por iniciativa própria e seguindo aos próprios méritos, o Neto me enviou esse arquivo ao qual ele intitulou de Cordel Jurídico. Fiquei muito surpreso e maravilhado com a criatividade e sugeri publicarmos em uma revista, e lembrei-me de vocês, por ter cursado o mestrado na UFSC. Ocorre que, pouco antes de concretizarmos o envio, infelizmente, o Neto veio a falecer, vítima da COVID-19. Exatamente na segunda-feira, dia 14/06/2021, pouco antes daquela que seria a sua alta. Sabendo de sua expressa vontade em ter seu trabalho publicado, envio este seu cordel, como forma de homenageá-lo.

VIDRAÇA DENUNCIANTE

*Isaias da Silva Moreira de Santana**

Vidraça que refuta a meritocracia
reflete as contrações pelo mérito
expõe a vitória com dores
dores de parto
reconvexo reflexo de uma magna folha de papel

Vidraça que não reflete cheiro
mas se refletisse seria odor de injustiça
trabalho exacerbado pelo racionalmente inalcançável
sonhos refletidos na vidraça
denunciando um direito quase que jogado ao léu

Próxima desce, parada de realidade
fantasma do mérito
perpetuador de desigualdade
vidraça denunciante, justiça social bêbada e desequilibrista

Exausto, exausto
isto não vale para o mérito
o reflexo de teu rosto cansado é mero vitimismo
desça na parada da realidade e esqueça da vidraça doutrinada
refletiu injustiça, alienada.

***Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Bolsista de Iniciação Científica (PIBIC/UFRN). Membro do Grupo de Pesquisa: "Direito Internacional e Soberania do Estado brasileiro".**

Justificativa: A obra foi escrita durante o retorno para casa no transporte coletivo, após as aulas noturnas de Direito Constitucional na universidade, enquanto contemplava os reflexos dos rostos cansados na vidraça do ônibus lotado. Por isso, já na primeira estrofe é feita referência à "magna folha de papel", por alusão às exposições de Ferdinand Lassalle e a "Constituição folha de papel", porquanto, embora o texto constitucional programe uma série de direitos consubstanciados na dignidade humana, parece ao eu-lírico que tais normas-programas culminam por serem apenas um "reconvexo reflexo de uma magna folha de papel", os rostos refletidos naquela vidraça bem escancararam a identidade da desigualdade social, expõem a falácia do crescimento financeiro e realização pessoal apenas mediante o dito mérito, haja vista que, sem promover à justiça social, o que existe no Estado é apenas "trabalhado exacerbado pelo racionalmente inalcançável".

ENTRE O RISCO E O LIMITE: NOTAS SOBRE A SÉRIE DOCUMENTAL “POR UM RESPIRO”

Marcus Vinícius Martins da Silva*

Luis Felipe Lenz**

Davi da Silveira Seer***

POR UM RESPIRO: a primeira temporada completa. Dirigida por Susanna Lira. Produzida por Nuno Godolphim. Rio de Janeiro: Ocean Films, 2020. (165 min.).

Estreada em 27 de novembro de 2020 na plataforma *Globoplay*¹, a série documental *Por um Respiro*, produzida pela Ocean Films, narra histórias e memórias contundentes sobre a pandemia do novo coronavírus no Brasil. No momento em que o país ultrapassa a marca de 160 mil mortos pela Covid-19 (doença causada pelo novo coronavírus Sars-CoV-2), a série vem a calhar o retrato de um contexto intenso, desesperador e marcado pela linha tênue entre o risco e o limite.

Composta por seis episódios na primeira temporada, a série apresenta narrativas de sofrimento, dor, desesperança, medo e pânico no momento mais crítico da pandemia no Brasil. Os episódios – que possuem em média 30 minutos de duração – possibilitam que os espectadores conheçam vidas, relatos e histórias de profissionais de saúde e de pacientes acometidos pela doença. O cenário em que se passam todos os episódios da série é o Hospital Universitário Pedro Ernesto, conhecido como HUPE², localizado no Bairro Vila Isabel, na cidade do Rio de Janeiro.

¹ Plataforma digital de entretenimento por assinatura.

² Inaugurado em 1950, o HUPE é vinculado à Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

*Graduando em Antropologia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Iniciação Científica no INCT Brasil Plural/UFSC. E-mail: marcusmartinsbr@gmail.com.

**Graduando em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Iniciação Científica no INCT Brasil Plural/UFSC. E-mail: oluislenz@gmail.com.

***Graduando em Antropologia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Iniciação Científica no INCT Brasil Plural/UFSC. E-mail: davi.seer@gmail.com.

Justificativa: Trabalho realizado no âmbito do projeto “A Covid-19 no Brasil: análise e resposta aos impactos sociais da pandemia entre profissionais de saúde e população em isolamento” da Rede Covid-19 Humanidades - componente Santa Catarina, sob orientação das professoras Dr^{as}. Márcia Grisotti e Priscila Detoni.

A direção da série é assinada pela cineasta Susanna Lira e pelo roteirista Jorge Pestana, que durante um mês acompanharam a rotina de médicos, enfermeiros, técnicos e pacientes da ala Covid no HUPE. A equipe do documentário seguiu rigorosamente as normas e condições sanitárias para a realização das gravações nas dependências do hospital. Vale lembrar que o trabalho foi gravado em um dos momentos mais críticos da pandemia no Brasil, momento em que o país se encontrava com forte disseminação do vírus e com a capacidade de leitos esgotados. A série aponta para o retrato de um cenário crítico em que as extremidades foram afetadas e o risco se deparou com o limite.

Como se sabe, a pandemia de Covid-19 – ainda em curso no Brasil e em diversos países no mundo – tem evidenciado uma série de problemáticas preocupantes para pesquisadores e especialistas. Os efeitos da doença são devastadores em campos como o da economia, educação, plano familiar e, sobretudo, e não menos importante, na saúde física e mental das pessoas. É sabido que em contextos como o atual devemos sempre lembrar dos impactos na saúde mental, que podem gerar algum adoecimento psíquico em pelo menos dois terços da população (MELO *et al.* 2020). Profissionais da saúde contaminados, adoecidos e internados por Covid-19 são afetados psicologicamente pelo conhecimento da transmissibilidade e letalidade da doença, somada a sua necessidade de distanciamento social. Familiares e amigos próximos também são acometidos a vivenciarem experiências subjetivas que lhes angustiam e, não raro, os profissionais de saúde, aquelas e aqueles que estão na linha de frente em diversas unidades de saúde espalhadas pelo país, sobrevivendo como qualquer outro indivíduo da sociedade, mas com uma diferença crucial: o fato de estarem cuidando e lutando na linha de frente pela vida das pessoas, diante de uma patologia ainda pouco conhecida e sem medicamentos eficazes e seguros.

Esses profissionais estão nos mais variados centros e instituições hospitalares do país, são eles e elas que ainda estão diante do trabalho duro e em muitos dos casos, realizando o impossível para fazer jus ao compromisso profissional. Esses profissionais, como indivíduos sociais, também estão atravessando dificuldades decorrentes da pandemia e também estão sendo afetados emocionalmente com o cenário alarmante que presenciam no ambiente de trabalho. Esses e essas precisam saber lidar com essa realidade diante das demandas de saúde e encarar a precariedade de recursos, que já fazia parte do seus contextos, além de estarem expostos ao contágio em um ambiente em que a linha tênue entre a vida e a morte andam juntas de forma intensa.

A série *Por um Respiro* retrata um pouco dessa realidade trivial que é o ambiente hospitalar e a rotina de médicos, enfermeiros, técnicos e pacientes durante a pandemia de Covid-19 no Brasil. Nos seis episódios da série são retratados eventos, relatos, histórias e casos de pessoas que vivenciaram a rotina do hospital durante os primeiros meses da pandemia no país. Uma dessas pessoas é a médica Caryna Cabral, chefe da Unidade de Terapia Intensiva (UTI) e uma das responsáveis pela linha de frente no tratamento de internados pela Covid-19 no HUPE. Caryna é uma mulher branca, com cabelos curtos e loiros, estatura nem baixa e nem alta, aparentando ter entre 40 e 45 anos de idade. Sua maneira objetiva, culta e crítica de falar revela em parte o seu capital cultural e as suas origens.

Desde o início da pandemia, quando muitos pacientes acometidos e em estado grave de saúde ingressaram no hospital, Caryna vem administrando a gestão da UTI do HUPE, resolvendo questões de ordem burocrática junto à direção e atuando como médica, coordenando a equipe multidisciplinar de profissionais de diversas áreas da saúde que cuidam dos pacientes internados de maneira coletiva.

Um desses pacientes é o Flávio, um homem branco de 39 anos com sérios problemas de saúde – como problemas respiratórios e renais – e que está internado pelo motivo: Covid-19. Flávio se encontra internado há mais de dez semanas no hospital e o seu único acompanhante é o seu relato desesperançoso de estar no internamento há tantos dias, tendo que presenciar duras cenas de mortes de outros doentes internados na enfermaria junto com ele. Emociona-se algumas vezes e relata como sente falta da família e de como a mesma luta para sobreviver frente às dificuldades econômicas da pandemia mesmo sem sua presença.

João Miguel é um menino negro de 9 anos, filho de uma mãe negra, de cabelos longos e magra. O motivo de sua internação são problemas respiratórios agravados depois de contrair Covid-19. A aflição de sua mãe é nítida, acompanhando interminavelmente sua internação. Na Unidade de Terapia Intensiva Pediátrica (UTIP) também está presente Peterson, um bebê negro de 1 ano e 2 meses, por agravamento de problemas respiratórios. Sua mãe desesperada em ver o filho daquela forma, entubado, acaricia-o pelos cabelos ao passo que lágrimas escorrem dos seus olhos. Para a Dra. Raquel, médica intensivista da UTIP, vivenciar cenas como essas é muito difícil, principalmente num momento em que pessoas estão morrendo e mães suplicam pela vida de seus filhos.

O enfermeiro Juan, um jovem negro, aparentemente com idade entre 25 e 30 anos, vai trabalhar no HUPE todos os dias de bicicleta. Seu relato mais contundente é o de não rever a avó, acometida por Alzheimer, desde o dia 15 de março de

2020. Sobre as vidas ceifadas pela pandemia, ele comenta: “É uma doença grave e que as pessoas normalizaram. Uma doença que matou 100 mil pessoas e que estão tratando como uma mera gripezinha”.

A série produzida por documentaristas e jornalistas trata sobre o cenário delicado e ao mesmo tempo caótico que a pandemia gerou. As informações são muitas, como relatos, narrativas, sentimentos, emoções e perspectivas, o que nos revela a enorme facilidade em que profissionais da comunicação lidam efetivamente com uma quantidade exacerbada de conteúdo.

Também é curioso como a série é construída sob o olhar dos produtores, daquilo que revela a delicadeza dos detalhes, das situações e dos discursos, um discurso todavia projetado pela ótica do trabalho jornalístico documental, que muito vem sendo feito em outras produções sobre a pandemia de Covid-19 no Brasil. As histórias recortadas e as cenas de realidade que a série nos mostra acenam para questões muito sensíveis sobre os impactos da pandemia na realidade das pessoas mais vulneráveis que são acometidas a vivenciarem momentos irreais quando contaminadas, internadas ou até mesmo com familiares e amigos hospitalizados.

Nesse arsenal de pessoas em vulnerabilidade, encontramos uma gama de profissionais de diversas regiões do país com origens diferentes, cores, gênero, sexualidade, formação acadêmica e classe econômica, o que diferencia o modo como enfrentam a pandemia, seja como profissionais ou como indivíduos sociais como todos os demais. Além disso, só por serem profissionais de saúde e estarem atuando diretamente com doentes e contaminados, correm o risco de também contraírem o vírus, tendo em vista que o ambiente hospitalar é tóxico e infeccioso. A série revela ainda questões problemáticas e relevantes para pesquisadores, especialistas e gestores públicos refletirem e desenvolverem ações estratégicas para o público em questão, o que é imprescindível para que continuem vivos, com saúde e trabalhando para que possam continuar atuando na linha de frente de combate à pandemia no país.

O forte apelo às emoções está sempre presente na série. A trilha sonora é envolvente, parecendo ser cuidadosamente escolhida para realçar a seriedade e sensibilizar o ouvinte. Nesse sentido, somando esse fator à conscientização a respeito do tema Covid-19 e sua reação na sociedade, percebe-se que a sensibilização não vem pela análise e nem pela razão biomédica, senão pelos sentimentos humanos – em querer se curar, voltar para casa e para perto da família, viver a vida como era antes. Nesse contexto, emergem reflexões sobre o luto e a dimensão limiar entre a

vida e a morte, sobretudo com os relatos de um paciente que se foi e as narrativas dos profissionais de saúde que convivem com tais perdas com frequência. Dessa maneira, a gravidade da doença é transmitida através das vivências e relatos cuidadosamente selecionados a fim de comover o público através de narrativas reais.

As reflexões despertadas neste recorte da série podem ser divididas entre o impacto na população e o avanço da doença. Quanto ao seu impacto, vemos, através do acompanhamento dos pacientes, como a Covid-19 alcança a todos, quando dois jovens, um com 23 e outro com 20 anos, são internados com complicações graves, mudando a ideia de que somente pessoas idosas e acometidas com comorbidades desenvolvem quadros graves. Outro aspecto desse impacto trata da interação com o mundo fora do hospital, o que é retratado durante toda a série, a solidão dos pacientes distante de todos os familiares, sem visitas presenciais, sem sequer ver um rosto inteiro em detrimento da necessidade de proteção através do uso de máscara, até que ocorre um alívio na ala Covid: os celulares pessoais são liberados (até então não eram permitidos, as chamadas de vídeo com familiares se davam através dos celulares dos profissionais de saúde, com frequência limitada), fazendo com que os efeitos do distanciamento social da internação se amenizassem, ainda que pouco.

Sobre o avanço da pandemia, a série continuou acompanhando Flávio que, após 14 semanas internado, felizmente recebeu alta da unidade Covid, sendo possível voltar para casa alguns dias depois, com a expectativa de reencontrar seus familiares, cansado e dizendo ao sair: “Nunca mais quero pisar em um hospital de novo!”. Este reencontro, no atual momento da pandemia no Brasil, meio milhão de famílias não puderam vivenciar. E é logo substituído pela informação de que sua vaga na UTI já estaria novamente ocupada, a enfermaria continua cheia e as internações por Covid-19 não param, o que condiz com o título do último episódio: “O Fim Não Está Próximo”. Ao final da série, passamos de 1 milhão de mortes no mundo. No Brasil, eram 6 milhões de infectados e 170 mil mortos, visto a situação atual, 6 meses depois, infelizmente o título estava correto.

A série nos leva por um lado pessoal da pandemia, seja pelos acometidos pelo vírus ou por aqueles que resistem na linha de frente no combate aos efeitos da contaminação. O acompanhamento de indivíduos afetados de diferentes formas pela Covid-19 faz com que, através da produção, a população reconheça a árdua batalha que é enfrentar a doença como paciente e todas as dificuldades que passam os profissionais de saúde incumbidos dessa missão que se torna cada vez mais complexa e desgastante, caso não seja acompanhada de medidas políticas de controle

e conscientização. A minimização dos impactos da pandemia mundial de Covid-19 por esferas políticas e midiáticas não contribui para que caminhemos em direção a uma “solução do problema”, pelo contrário, criam estigmas e desinformação que colocam vidas em risco, por isso, obras como esta são importantes no reconhecimento do problema e na valorização dos profissionais de saúde, imprescindíveis para o controle da pandemia.

REFERÊNCIA

MELO, Bernardo Dolabella et al. *Saúde Mental e Atenção Psicossocial na Pandemia COVID-19: Recomendações Gerais*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2020.

ESQUECIMENTO DA GUERRA DE ALEPPO E NEGLIGÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DO FILME “PARA SAMA”

*Maria Fernanda Soares Melo**

PARA SAMA. *Direção: Waad al-Kateab; Edward Watts. Reino Unido, Síria: Midas Filmes, 2019. 95min.*

“Para Sama” é um documentário dirigido por Waad al-Kateab e Edward Watts, o qual teve indicação ao Oscar de “Melhor Documentário” em 2020 e angariou prêmios e participações em festivais internacionais. O filme narra a vida de Waad sobre a violência extrema de um conflito desumano que ocorreu em Aleppo, entre 2011 a 2016. Mas o que diferencia esse filme é que ele foi gravado para a filha de Waad: Sama. A partir do olhar dela como mãe, mostra todas as inseguranças, medos e impotência que se tem em uma guerra, mas mais ainda quando se tem uma outra vida para proteger. O objetivo de Waad era de que quando Sama crescesse, ela soubesse pelo que a cidade passou e os ideais pelos quais os pais lutaram.

A obra cinematográfica inicia-se em 2011, quando Waad estava no 4º ano do curso de economia e a revolução começou. Nesse momento, a Síria era governada por Bashar al-Assad e pela família al-Assad, que está no poder desde a década de 1970. Os protestos foram motivados pois o país está envolvido em casos de corrupção, injustiça e opressão. Deste modo, os sírios pediam reformas no governo, como por exemplo mais democracia e melhores condições de vida.

Porém, a guerra apenas iniciou quando os grupos que atuavam nos protestos juntaram-se aos militares desertores e formaram milícias armadas para revidar a violência do governo e expulsar as tropas do exército sírio de suas cidades. No entanto, a resposta de Bashar al-Assad foi impor mais repressão. Nessa época,

***Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB) e membro da Liga Acadêmica de Direito Constitucional “Ruy Barbosa”. E-mail: nandasoaresmelo122@gmail.com.**

Justificativa: A resenha do documentário “Para Sama” tem o intuito de denunciar a guerra em Aleppo, que aconteceu entre 2012 a 2016, na qual ocorreu diversas violações dos Direitos Humanos, como o uso ilícito de armas, a negação do direito de ir e vir, tortura e morte de civis e ataques ilegais a instalações. Além disso, a omissão das Instituições Internacionais na época perdura até os dias atuais, sendo que cinco anos depois do ocorrido os Aleppianos não podem voltar a sua cidade, e até mesmo ao país, a Síria, que continua em guerra.

Waad conheceu Hamza, pai de Sama, pois ele era socorrista e ajudava os feridos nos protestos.

Desde 2013, o Estado Islâmico aproveitou-se da instabilidade da Síria e se uniu a grupos rebeldes de muçulmanos extremistas. Esses libertaram o leste da cidade, no entanto, o regime ficou ainda mais violento com bombardeios mais frequentes e a maioria dos médicos saíram da cidade, sobrando apenas 32, entre eles Hamza. Não havia escolas, emergências e serviços médicos. Por conseguinte, Hanza, Waad e os amigos deles montaram um hospital.

Outrossim, foi descoberto que o governo estava matando opositores. Foram encontrados corpos jogados no rio, ao leste de Aleppo. A perícia indicou marcas evidentes de tortura na maioria dos corpos, os quais eram de civis algemados, e a maioria morreu com um tiro na cabeça. No entanto, o Direito Internacional Público, jurisprudência que rege conflitos internacionais, tem como prioridade a proteção da dignidade do indivíduo tendo como base os princípios da não-discriminação, da segurança e da inviolabilidade. Ademais, garante o direito de qualquer pessoa ter integridade moral e física respeitada, sendo o contexto de paz ou de conflito.

Já em 2015, Waad narrava que na Aleppo rebelde, vivia-se um país livre, com sentimento de pertencimento e onde podiam ter um lar pelo qual fincariam raízes e morreriam. Portanto, Hanza e Waad compraram uma casa. Logo após, ela descobriu que estava grávida. Naquele período, ela sentia felicidade acompanhada de medo, pois a vida com um bebê parecia muito frágil. No nascimento de Sama, a mãe dela lembrou de tudo que sofreu e de todos que perdeu, mas foi uma esperança para recomeçar.

No início do ano de 2016, a situação era ainda pior e mais precária. Os médicos não podiam sair do hospital, portanto Sama, Hanza e Waad foram morar no hospital. O quarto em que eles moravam era revestido de sacos de areia para se protegerem contra as bombas. E quando chegavam helicópteros, todos tinham que descer para o subsolo.

Destarte, em um desses bombardeios, é mostrada a chegada de uma criança no hospital, acompanhada por seus dois irmãos. O menino não conseguiu resistir porque quando chegou ao hospital já estava sem pulsação e os médicos não tinham o que fazer, os dois irmãos ficaram inconsolados e repetiam “Mas ele só estava na porta de casa”. Pouco tempo depois, a mãe deles chega e fica em choque, pegando o garoto e saindo na rua, repetindo: “Meu querido morreu. Ele morreu”. O médico que atendeu a criança ficou muito emotivo, e vai para a sala de estoque de

medicamentos. A diretora do filme pergunta “o que foi?” e depois de uma pausa ele responde “As crianças não têm nada a ver com isto.” Em seguida, começa a passar um vídeo de Sama brincando e a mãe dela começa a se sentir sufocada, imaginando se no lugar do menino fosse a filha.

Em fevereiro, a Rússia começou a bombardear Aleppo para proteger o regime. No dia 7, o hospital foi bombardeado e ficou irrecuperável. Foram mortas 53 pessoas, entre médicos e doentes. Waad diz: “Em Aleppo, não existe tempo para luto”. Logo encontraram um edifício, o qual inicialmente era para ser um hospital, e que não estavam em nenhum mapa. Desse modo, os russos e o regime não saberiam onde bombardear.

Em Julho, o governo Sírio e os aliados sitiaram a cidade de Aleppo. Waad diz: “Nunca pensamos que o mundo fosse permitir isso”. Depois, começa a aparecer cenas com crianças machucadas, hospitais e casas sendo bombardeadas. Posto isso, percebe-se que os civis são as pessoas mais prejudicadas, feridas e sem dignidade mínima humana. Também retrata a angústia de Waad de criar Sama nessas circunstâncias, e o medo de morrer ou da morte de sua filha e esposo.

A convenção de Genebra, a qual a Síria, Rússia e demais países são signatários, estipula direitos e deveres em tempos de guerra e limita as barbáries dos conflitos. Além disso, proíbe o sequestro, a utilização de prisioneiros como escudos humanos, coíbe agressão física e ataque aos bens dos civis. Porém, no filme é evidenciado o descumprimento desses fundamentos. Isso se confirma nos ataques ilegais contra civis e instalações, assim como em estabelecimentos médicos, escolas e mesquitas. Prova disso é que Aleppo, com 7 mil anos de história e uma das cidades mais antigas do mundo, ficou completamente assolada, sobrando apenas escombros. Cerca de 10% dos prédios históricos foram destruídos e mais da metade dos prédios apresentaram danos moderados a severos, de acordo com um estudo realizado em 210 prédios históricos (SETH, N. 2018).

No quarto mês do cerco, os bombardeios eram diários e os mantimentos básicos eram escassos. Já em novembro, pessoas começaram a queimar pneus para que os russos não soubessem onde bombardear. No entanto, mesmo assim, os moscovitas destruíram 8 dos 9 hospitais de Aleppo, só restando o que Hanza trabalha. Portanto, ele começa a falar diariamente com os noticiários explicando que os bairros de Aleppo são atacados com todo o tipo de arma (bomba de fragmentação, gás de cloro, bombas de barril e ataques aéreos). Já Waad tem um blog onde expõem todas as atrocidades que o regime faz, o qual milhões de pessoas veem os relatos, mas ninguém faz nada para deter o regime. Por isso, eles começam a

ser perseguidos pelo regime por serem contra o sistema e lutarem para que esse acabe. O medo é tanto que Waad preferia nunca ter conhecido Hanza, assim não teriam gerado Sama. Dessa forma, a filha não passaria por aquilo e não perderia a infância.

Logo, é notória a negligência contra os direitos humanos, como foi abordada por Wadd, a partir do uso ilícito de armas químicas, a detenção arbitrária, a cassação do direito de ir e vir já que a cidade estava cercada; a tortura, o racionamento de alimentos e os desaparecimentos forçados.

No fim do mês, a Organização das Nações Unidas (ONU) ligou para Hanza e deu uma mensagem dos russos, na qual pediam para que a população de Aleppo se rendesse, a fim de poupar as suas vidas, e permanecesse em exílio. Além disso, há falta de luz, água, comida e os bombardeios são intensos. A Rússia pressiona para que eles se rendam ao sistema, mas fica uma preocupação: a de curvar-se e salvar a todos, porém, o sacrifício anterior não serviria para nada – já que a ditadura continuará. Também, Waad descobre que está grávida novamente.

Torna-se evidente a omissão dessa instituição que tem como base quatro objetivos principais, presentes no artigo 1º da Carta das Nações Unidas, que são: manter a paz e a segurança internacionais, fomentar a amizade e as boas relações entre as nações, defender a cooperação como solução para os problemas internacionais e o desenvolvimento dos direitos humanos e das liberdades da população mundial. Ademais, o artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que: “Todo indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). À vista disso, nota-se que os direitos humanos básicos da população de Aleppo são negligenciados.

No mês de dezembro, todos estão se preparando para o exílio, começam a sair de casa com malas e com pequenos objetos em sacolas. Os feridos e as famílias vão primeiro, quando eles passam pela estrada começam a atirar nas ambulâncias e eles tiveram que retornar para Aleppo. Waad afirma que: “O regime não é confiável, mas só há uma saída”. Chega um ônibus para levar todos, Sama e sua família são os últimos a embarcar, a fim de garantir de que todos os feridos serão levados.

No final do documentário é mostrado o parto de Waad, e o som de fundo é a voz dela que fala:

“Pensei que tivemos perdido tudo quando perdemos Aleppo. Mas não. Agora temos Taima. Senti o cheiro de Aleppo na pele dela. Também tenho o meu filme, as pessoas que filmei nunca vão me deixar. Se eu pudesse rebobinar os dias faria tudo de novo. Mesmo que eu não me recupere do trauma, não me arrependo de nada” (al-Kateab, W. 2016).

O encerramento é bem marcante, começam a passar vários fragmentos do filme, pessoas sorrindo, algumas chorando de emoção e outras, de tristeza, o que confere um tom de esperança de que um dia todas aquelas pessoas possam voltar para Aleppo e reconstruir aquela cidade. Além disso, aparecem fotos de Sama: na primeira, ela está segurando um cartaz escrito “Isso é Aleppo. O que é justiça?” dentro de um prédio que foi bombardeado. Na segunda, a menina está no colo do pai, rodeados por médicos. E na última foto, Sama está com os pais e a irmã no Natal.

A guerra de Aleppo se encerrou em 2016, com 10.760 civis mortos e 50.000 pessoas feridas. Ademais, os cidadãos foram obrigados a abandonar casa, bens materiais e a cidade. Cinco anos depois, nada foi feito pelas organizações internacionais para que o conflito na Síria se encerrasse e que os habitantes daquele país e a população de Aleppo retornassem para a nação de origem. Por fim, o documentário é muito importante para que os estudantes, graduados e pessoas fora da academia possam refletir sobre o que está acontecendo na Síria, mais especificamente em Aleppo, e sobre as causas e consequências do conflito, assim como em todas as omissões de direitos e o descaso das instituições internacionais.

REFERÊNCIAS

Editorial do site Vermelho. *As consequências da guerra em Alepo - Síria*, 24 dez. 2016 às 11:08. Disponível em: <<https://vermelho.org.br/2016/12/24/as-consequencias-da-guerra-em-alepo-siria/>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

International committee of the red cross: Treaties, States Parties and Commentaries. *Convention relative to the Treatment of Prisoners of War* - Geneva, 12 ago. 1949. Disponível em: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=375>. Acesso em: 20 fev. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. ONU, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humano>>. Acesso em: 8 jul. 2021.

PARA SAMA. Direção: Waad al-Kateab; Edward Watts. Reino Unido, Síria: Midas Filmes, 2019. 95 min. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/para-sama/t/NHkMYfnyMZ/>>. Acesso em: 6 de fev. 2021

SETH, Nikhil. *Five years of conflict: the state of cultural heritage in the Ancient City of Aleppo*; A comprehensive multi-temporal satellite imagery-based damage analysis for the Ancient City of Aleppo. 2018. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000265826>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

HISTÓRIA DO FIM DE UM CASAMENTO

Caio Crivelenti Raffaini Castro*
Isadora Silveira**

HISTÓRIA DE UM CASAMENTO. Direção: Noah Baumbach. Produção: Netflix, Heyday Films. Estados Unidos: Netflix, 2019. 1 DVD (137 min).

O início da obra é demarcado pela descrição que cada um dos personagens, Charlie e Nicole, fazem um do outro, cada um descrevendo as características, manias e trejeitos que lhes são agradáveis, as quais foram observadas com o enlace matrimonial antes formado. Após a decisão do rompimento do casal e a opção de Nicole por se mudar para Los Angeles (L.A.), ficou definida a separação de forma amigável, ou seja, sem a preocupação pecuniária ou com a divisão dos bens, além de maior atenção aos interesses do filho, sendo que todas essas decisões seriam tomadas sem a interferência de advogados.

Contudo, o que se notou após a ida de Nicole para L.A. e sua procura pela advogada, Nora, foi um momento epifânico em que a personagem reconheceu que apenas nutria a vida de seu ex-marido, admitindo, assim, que, durante o matrimônio, houve a quebra de uma das principais características de um casamento, prevista no artigo 1.511 do Código Civil, “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (BRASIL, 2002). Em outras palavras, houve o rompimento com o princípio da reciprocidade (DIAS, 2021, p. 70), o qual enseja na abdicação dos cônjuges de seus anseios pessoais em prol da família que se forma.

*Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU.
E-mail: caio_crivelenti@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6333422376373101>.

**Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU.
E-mail: isadora.silveira84@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8241431183508396>.

Justificativa: O filme “História de um Casamento” retrata o processo de divórcio vivenciado pelo personagem Charlie, representado por Adam Driver e Nicole, personagem interpretada pela atriz Scarlett Johansson. O casal que decide se separar, acaba encontrando neste processo, a necessidade de discussão acerca da guarda do filho, bem como revivencia problemas antes negligenciados pelo ex-casal. Dessa forma, o diretor Noah Baumbach, nesta produção, procura demonstrar a realidade do fim de um casamento, evidenciado pela constante tensão e continuidade de vivência do casal mesmo após a separação.

Com o envolvimento jurídico, a disputa entre o ex-casal fica mais acirrada e Charlie se vê obrigado a também contratar advogados, sendo que estes, assim como Nora, se importam apenas com o patrimônio, não se atentando ao vínculo afetivo entre as partes, nem ao bem-estar que deveria ser proporcionado ao filho. Nesse sentido, há de se convir, que o princípio do melhor interesse dos menores, contemplado pelo artigo 227, caput, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que define que o interesse da criança e do adolescente deve sobrepor a quem quer que seja a quaisquer tipos de relações, no contexto da obra, no entanto, nota-se o esquecimento dos pais em relação às necessidades do filho e o consequente ferimento ao princípio acima referido.

Um momento crucial para a reflexão do filme, dá-se quando Charlie busca um outro advogado, Bert Splitz, de menos renome na cidade, porém, mais sensível às dores entre o ex-casal e para com o filho. Devido a isso, a opção deste profissional, para resolução vivenciada, era através da audiência de mediação, uma alternativa menos traumática para todas as partes, a qual forneceria a não interferência estatal ou judiciária sobre os interesses da família.

Outrossim, um momento de grande relevância metafórica apresenta-se quando o advogado, Bert, aconselha Charlie a dar tempo para o filho, pois só assim a criança conseguiria ter suas opiniões e maior parâmetro do divórcio dos pais. Tal metáfora se fecha no momento em que uma avalista faz uma visita psicossocial à residência de Charlie para conhecer o convívio de pai para filho. Nesse contexto, Charlie, quando tenta amostrar a capacidade de leitura do filho, esse não consegue ler e pronunciar a palavra “tempo” - o mesmo requisitado pelo advogado, o que demonstra a incapacidade do filho e dos próprios pais, naquele momento, em se situarem no conflito oriundo do fim do casamento e que o tempo seria necessário para ter mais clareza dos fatos.

Em derradeiro, ficou nítido que a solução adveio do tempo, do afastamento daqueles primeiros advogados contratados, da resiliência e flexibilidade dos pais para resolverem os sentimentos que ainda estavam aflorados quando da judicialização do processo de separação. Por conta disso, vê-se a necessidade de o processo deixar de ser muito enraizado, e o direito material voltar a ser o foco, entendendo-se o Direito, portanto, como ferramenta de harmonização, não interferindo o Estado em demasia nos interesses que perpassam no seio familiar (ARRUDA NETO, 2006, p. 263, *apud* DIAS, 2021, p. 45).

Em razão de toda a narrativa, ante a realidade trazida à tona pelo diretor Noah Baumbach, há que se convir que, em um casamento, o amor não é o elemento

principal para a continuidade saudável da relação, mostrando-se precioso, desse modo, a abstenção de anseios em prol da família, a necessidade de escutar o par e entender suas vontades, bem como o comprometimento de fidelidade recíproca, o que torna um tanto quanto irônico o nome da obra, qual seja, “História de um Casamento”, pois é retratado, majoritariamente, como se deu o fim do enlace e os motivos para isto acontecer, sendo o casamento, da forma socialmente aceita, uma comunhão plena de vida entre os pares que fazem tudo para a felicidade completa um do outro.

Portanto, apesar das intensas brigas protagonizadas pelo ex-casal que inevitavelmente deixa de se entender, também é evidente a necessidade, mesmo após o fim do casamento, que as desavenças sejam deixadas de lado, e que o amor, mesmo que não faça mais sentido, prevaleça para que a boa convivência seja conquistada em prol do filho oriundo do matrimônio.

REFERÊNCIAS

ARRUDA NETO, P. T. *A despenalização do direito das famílias*. In: Eliene Ferreira Bastos. (Org.). *Família e Jurisdição*. 1ª edição. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2006, p. 257-284 apud DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 14ª edição. Editora Juspodivm. 2021, p.45.

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

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o *Código Civil*.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14ª edição. Editora JusPodivm. 2021, p.70.

VOCÊ NÃO ESTAVA AQUI – A INTIMIDADE DA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

*Gabriel Rodrigues Soares**

VOCÊ NÃO ESTAVA AQUI. Direção: Ken Loach. Jinjin Pictures, Wild Bunch, BBC Films, BFI. 2019. 100 min.

Os reflexos da precarização do trabalho dominam a pauta de profundas pesquisas desenvolvidas em diversos ramos das ciências humanas. Exaurimento físico e psíquico de trabalhadores; realocação do risco da atividade econômica; efeitos colaterais ao custeio e à prestação da seguridade social; dentre outros; compõem estatísticas submetidas à análise – objetiva e externa – da academia.

Esse distanciamento entre o espectador/analista e o trabalhador precarizado é rompido na obra *Você Não Estava Aqui* (*Sorry We Missed You*) do direito britânico Ken Loach. No filme, a abstrata nomenclatura “precarização do trabalho” é personificada na figura do personagem Ricky Turner – e sua família.

Ricky é um escocês que, após perambular por inúmeras profissões (de pedreiro a coveiro), decide aderir a uma oportunidade de ouro: ser dono do próprio negócio, prestando serviços a uma empresa de entrega.

Na entrevista, o patrão contratante é claro: o protagonista não trabalhará *para* a empresa, mas *com* esta: “Mestre do seu próprio destino, Ricky.”. Ao questionar se, entre as alternâncias de trabalho, Ricky já teria recebido seguro-desemprego, a negativa do entrevistado é contundente: “Não, não. Tenho meu orgulho. Prefiro passar fome!” “Música para meus ouvidos”. Negócio fechado.

Todavia, a oportunidade não se desenvolve de forma tão atrativa quanto o esperado. Para compensar os gastos com multas de trânsito e entregas direcionadas a locais inabitados (claro, com os custos a cargo do prestador de serviços autônomo), a jornada de trabalho se inicia nas primeiras horas da manhã e se estende até depois das nove horas da noite.

*Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail: soares.gabriel.adv@gmail.com.

Justificativa: A obra é de grande valia para a reflexão acerca da precarização do trabalho, na medida em que insere o espectador na dinâmica de uma família profundamente impactada por esse crescente fenômeno global.

Em segundo plano, a rotina profissional da esposa de Ricky é igualmente afetada. Cuidadora domiciliar de vários clientes idosos e com deficiência, Abbie Turner tem de se desdobrar para atender a todos os agendamentos do dia via transporte público – o carro da família teve de ser vendido para a compra da van de entregas (a outra alternativa seria o aluguel do veículo, fornecido pela própria empresa). Em mais de uma oportunidade, clientes e passageiros de ônibus são confidentes das aflições externadas por Abbie.

É precisamente neste ponto que reside a maestria do filme. Ken Loach posiciona o espectador no banco do carona, ao lado de um pai de família desesperado com o esgotamento do tempo de uma entrega, e a consequente perda do pagamento; na parada de ônibus em que uma mãe, entre soluços, explica a uma estranha a injustiça de perder mais um dia de folga junto de sua família; na cama do casal que, vencido pelo cansaço, adia mais uma vez o sexo em troca do descanso mínimo; na rotina de criação da filha mais nova, pautada predominantemente por ligações telefônicas em meio a intervalos de serviço; e nos problemas sociais e escolares manifestados pelo filho mais velho, como consequência da (inevitável) indisponibilidade parental.

Ao receber o comunicado de iminente desligamento escolar do filho, motivado por reiteradas faltas, Ricky decide tirar uma semana de folga para a resolução dos problemas familiares. Após a infrutífera busca por substituto perante todos os seus colegas, o protagonista decide solicitar a folga à empresa, a qual, por zelo aos termos contratuais, apresenta uma proposta inegociável: pagamento de £ 100,00 (cem libras) por um dia de afastamento. O filho de Ricky é posteriormente detido por furto, sendo o pai requisitado a comparecer à delegacia durante o horário de expediente. Pela injustificável ausência ao serviço, Ricky recebe uma sanção de advertência da franqueadora.

Digna de nota é a performance da atriz mirim Katie Proctor no papel de Liza Turner, filha mais nova do casal. Impossível não se deixar levar pelo carisma da personagem de onze anos, a qual, em meio a sorrisos, acompanha o pai durante um sábado de entregas. Em um dos expoentes do filme, o encarregado da empresa adverte Ricky de que a prática viola as normas da companhia, ao que o protagonista rebate em tom de sincera surpresa: “É minha van. Meu seguro. Minha filha. Pensei que fosse meu negócio.” “Mas é nossa franquia, entende?”.

O trágico final é, à luz do acervo acadêmico mencionado na introdução, previsível. Um sonolento Ricky estaciona embaixo de um viaduto no qual é roubado, espancado e tem o inteiro conteúdo de uma garrafa, utilizada para urinar entre entre-

gas, despejado sobre si. Ainda na fila de um pronto socorro lotado, Ricky recebe o telefonema da empresa: está tudo bem, o seguro cobrirá as mercadorias roubadas – todavia, os equipamentos da franquia, no valor de £ 1.500,00 (mil e quinhentas libras), devem ser pagos por Ricky. Mas não se preocupe, podemos parcelar!

O filme encerra com uma cena desoladora: contra os gritos de desespero da família à calçada, nosso protagonista, manco, com um olho roxo e a mão enfaixada, entra na van para iniciar mais um dia de entregas. O lema de Sansão, personagem de George Orwell em *A Revolução dos Bichos*, confere digno desfecho às reflexões proporcionadas por *Você Não Estava Aqui*: “Trabalharei mais ainda”.

A SOCIEDADE DISTÓPICA DE GEORGE ORWELL: UM EXAME DO LIVRO “1984”

*Camila de Sousa Nogueira**

*Juliana de Sousa Nogueira dos Santos***

*Felipe de Sousa Nogueira****

Orwell, George. 1984. Tradução de Sandro Ribeiro; Revisão técnica de Shirley Sodré. Ed. São Paulo: Pé da Letra, 2020.

A obra 1984, foi escrita pelo jornalista, ensaísta e romancista George Orwell, um pseudônimo do autor Eric Arthur Blair. O livro foi publicado em 1949 e no Brasil pela editora Edição Brasileira pela primeira vez no ano de 1955, ganhando várias publicações desde então. O livro utilizado na elaboração da resenha foi formulado pela editora Pé da Letra, trata-se de uma ficção científica distópica desenvolvida depois da Segunda Guerra Mundial, lembrando os governos totalitários surgidos durante esse período e os seus métodos como objetivo de controlar a sociedade.

O escritor, nasceu em Bengala, na Índia Inglesa, em 25 de junho de 1903, e passou por muitas influências ideológicas ao longo de sua vida, declarando-se socialista. Mas posteriormente ao perceber as atrocidades do regime que antes defendia, passou a ter aversão ao marxismo, logo após conviver com regime autoritário e conhecê-lo de perto. É a partir dessa nova visão, adquirida através da vivência,

***Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Paraíso - UNIFAP de Juazeiro do Norte, Ceará.**
E-mail: camila.sousa@aluno.fapce.edu.br.

****Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Paraíso - UNIFAP de Juazeiro do Norte, Ceará.**
E-mail: julianasousa@aluno.fapce.edu.br.

*****Graduando em Direito pelo Centro Universitário Paraíso - UNIFAP de Juazeiro do Norte, Ceará.**
E-mail: ifelipesn047@aluno.fapce.edu.br.

Justificativa: A resenha crítica do livro George Orwell 1984, busca nos mostrar uma sociedade dominada pelo Estado Totalitário, assim, a obra levanta temas como liberdade de expressão, livre pensamento, direito de ir e vir entre outras questões. Nesse sentido, o livro possibilita a reflexão desta distopia na sociedade atual, realizando um paralelo com o contexto em que vivenciamos. Os livros mostram o perigo e a facilidade que as gerações possuem de cair no totalitarismo. Nesse sentido, o trabalho buscou no direito o papel central de garantir e fazer valer os valores constitucionais fundamentais, notadamente os de primeira geração. Trata-se de uma pesquisa teórica com abordagem qualitativa, o procedimento adotado foi o estudo bibliográfico usando literatura, artigos e livros, baseando-se especificamente na publicação “1984”.

que o autor escreveu o livro 1984, esta literatura, embora seja considerada uma narrativa cujo gênero é enquadrado na ficção científica, muitas das ideias trazidas se mostraram um grande presságio e um alerta para a sociedade.

A obra é dividida em três partes, na primeira possui 8 (oito) capítulos, já na segunda parte há 9 (nove) capítulos, enquanto na terceira é composta por 6 (seis) capítulos. O modo narrativo é o narrador observador onisciente, pois a história é narrada ora na terceira pessoa como um observador que não participa ativamente da história, ora na primeira pessoa, como o personagem principal Winston Smith. Nessa exposição, é abordado também a sociedade e outras personagens que a compõem, no total o livro possui 352 (trezentos e cinquenta e dois) páginas.

Resumidamente, Winston Smith é um homem desconfiado da sociedade em que vive, e sempre observando com uma maior atenção as informações errôneas que o regime do Partido transmitia pela mídia. Ele trabalhava no Ministério da Verdade, que tinha como função reescrever as histórias, ou seja, produzir mentiras sobre fatos passados usando para isso inclusive documentos forjados, e apagando os autênticos, também é responsável em apagar qualquer referência às pessoas que “evaporaram”, consideradas infiltradas da terrível resistência. O personagem estava aos poucos ganhando consciência de si e do mundo, por isso se encontrava insatisfeito com toda a vigilância e a falta da vida privada, assim, nas horas livres tentava num ato de coragem, escrever no seu diário dentro do quarto num único e pequeno espaço escondido das “teletelas”.

Embora, pouco soube-se e sua memória não recorda-se dos tempos antigos, pois era na época ainda era criança, ele sabia que algo estava errado. É a partir da percepção racional que o personagem se atenta para algumas das manipulações midiáticas, que distorcem as notícias, os números e a própria linguagem. Logo se vê isolado, inicialmente temeroso pela própria vida, pois, se ele continuasse refletindo poderia ser denunciado e entregue ao Ministério do Amor, pelo crime de pensamento, que segundo ele “não era algo que se pudesse esconder para sempre” (ORWELL, 2020, p.25) é nesse Ministério que os presos são torturados e passam por uma lavagem cerebral.

Em meio ao enredo são apresentados outros personagens, dentre eles Julia, que acaba se envolvendo com Winston. É preciso destacar que o Partido não admitia que os casais criassem laços afetivos, tudo era em prol do Estado, inclusive o casamento, assim as uniões tinham como foco o bem social. No entanto, eles desenvolvem um relacionamento amoroso e para isso se encontravam às escondidas, mantendo a máxima discrição possível. Logo, ambos são chamados para

fazer parte do grupo tão temido pelos indivíduos que compõem essa sociedade distópica, qual seja, a resistência, tal se dá por meio de um outro personagem, o O'Brien.

Ele é um membro do alto escalão do governo, mas que se apresenta para o casal como um infiltrado da resistência, que está no Partido para convocar pessoas e trabalhar pelo fim do regime. Winston inicialmente o vê como o salvador e deposita em O'Brien a pouca esperança que lhe surge, mas, ele se mostra não ser o que parece, pois tanto Julia como Winston são traídos pelo mesmo e entregues ao Ministério do Amor. Como destaca (SCRUTON, 2015, p.7) “a esperança, separada da fé e não temperada pela evidência da história, é um ativo perigoso, que ameaça não só aqueles que a abraçam, mas todos aqueles que estão ao alcance de suas ilusões”.

Assim, o casal é separado e passam por um procedimento de lavagem cerebral, chamado “DOBROPENSAR” que significa o poder de deter duas crenças contraditórias na mente de uma pessoa simultaneamente, aceitando ambas. Dessa forma, o objetivo é acabar com a capacidade do cidadão de “pensar por si só”, e que ele passe a duvidar da existência de qualquer verdade objetiva, ficando absolutamente dependente do governo. Ferindo, nesse sentido, os direitos essenciais ao homem como o livre pensamento (art. 5º, inciso IV, CF/88), a liberdade de expressão e lançando mão da ideia de jusnaturalismo (art. 5º, incisos IV e IX, CF/88).

O livro trata-se de uma distopia, marcada por uma sociedade na qual foi implementado um regime totalitário, por meio do domínio do Estado sob a vida dos indivíduos, através da obtenção de todas as informações e manipulação das mesmas, aliado a um controle e vigilância constante das pessoas. O Partido juntamente com líder maior denominado o Grande Irmão, está em todos os lugares: nos cartazes das lojas, nas ruas, nos trabalhos e nas casas. Assim, todos os indivíduos são controlados por eles, cada cidadão se sente consciente e inconscientemente observado, porque de fato o são, através do que o autor denominou de “teletela” durante as 24 horas do dia vigiados.

Desse modo, os indivíduos sempre precisam agir dentro dos limites impostos pelo Partido, logo a liberdade foi praticamente extinta. Além dos mecanismos eletrônicos de vigilância, há os demais membros que compõem a comunidade, destaca-se as crianças. Elas são treinadas para obedecerem sem qualquer questionamento às ordens do Líder maior, e a espionarem todos os indivíduos, inclusive os próprios pais, lhes entregando diante da mínima suspeita de desvio.

O Partido e mais precisamente o Grande Irmão são vistos como um corpo místico, eles se apresentam e são tidos pela sociedade como seres perfeitos, iluminados, superiores, que devem ser aplaudidos e obedecidos, pois são dotados de todo o conhecimento e os detentores da verdade. Nesse sentido, também é criado a figura do inimigo apontado como a resistência, assim, todo o problema que surgia tinha como justificativa a sombra desse mal, sempre apontado como o culpado pelas péssimas condições da sociedade e a liga para manter todos unidos e submissos ao Estado. Portanto, é o medo desse grande inimigo que se justifica os atos violentos e a constante vigilância.

Para que isso fosse possível, a sociedade teve que passar pela destruição da ordem anterior e assim, de todo o legado das gerações passadas, nas diversas áreas como a história, literatura, arte, e até mesmo em matérias como a matemática. Dessa forma, tudo o que lembrava o passado foi destruído, e consequentemente por não haver parâmetro pelo qual se deveria lançar o olhar sobre a realidade tudo o que o Partido dizia era uma inquestionável verdade. Logo, os cidadãos dessa sociedade chegavam a ter aspectos inerentes ao homem destruídos como os valores lastreados no bem, nas tradições religiosas e em qualquer ideia de transcendência, ou de verdade objetiva, tudo isso inexistia, até mesmo os sentimentos marcados pelo afeto e amor de uns para com os outros haviam sumido.

Nesse viés, o escritor, filósofo e comentarista cultural Roger Scruton destaca a importância da tradição passada de geração em geração ao longo de milhares de anos, verdades que resistem aos variados tipos de sociedade fixadas em diferentes lugares e ao tempo. Portanto, a geração necessita não só conservar para si o que já recebeu para o próprio bem, mas também visando o legado das futuras gerações, garantindo uma evolução social fundada em parâmetros objetivos sustentados pela realidade concreta e não em meros ideais imaginativos.

A tradição é justamente o que foi atacado na sociedade distópica de 1984, gerando a falta de balizas que alicerçaram as sociedades anteriores, e produzindo pessoas que não possuíam nenhum critério do que era o bem ou o mal, o verdadeiro ou o falso. Nesse sentido, esta narrativa não está muito distante da realidade na qual a sociedade moderna está caminhando, com ideias como o relativismo, corrente que prega não haver verdade objetiva no mundo, pois as questões que se apresentam ao homem são consideradas subjetivas. Segundo Santos (2018, p.2) trata-se de “uma corrente de pensamento baseada na relatividade dos conceitos, fatos e acontecimentos.”. Ele destaca na mesma página, que os filósofos, defensores e que originam a ideia do relativismo:

Excluem a razão, dando lugar à percepção, a observação, a intuição humana. A verdade ou falsidade é obtida por meio do que cada um percebe ou observa em meio aos fatos e objetos. Em seus pensamentos, a ontologia cede lugar para a imaginação, a experiência real racional se reduz a uma experiência baseada nos sentidos humanos, a objetividade não existe e, sim, a subjetividade.

Assim, não existe uma verdade válida para todos os seres, o conhecimento é subjetivo e portanto, não há critérios para se analisar o mundo, que será investigado por meio das sensações de cada indivíduo, e como ele percebe a realidade. Portanto, cada um tem sua verdade definida por si próprio. As consequências são justamente a falta de parâmetros, ou mesmo a noção de que existem ideias que estão mais próximas da realidade do que outras.

É em meio a perda de bases sólidas que o homem se sente perdido e se deixa seduzir pelo sentimentalismo. Justamente por isso, que os sentimentos e emoções são tão inflamados pelo Partido, nos programas diários e no denominado evento de expurgação onde os traidores eram mortos na frente de todos, aludindo a política do pão e circo presente na antiga civilização romana.

Nesse sentido, como afirma o slogan do governo “Quem controla o passado controla o futuro: Quem controla o presente controla o passado” (ORWELL, 2020, p.42), o regime de governo no livro 1984 faz isso para garantir seu poder até mesmo sobre a própria realidade. Com isso, o autor nos mostra o valor do legado que é passado entre as gerações por milhares de anos que ensinam valores, e trazem verdades, e que se não as preservarmos podemos ser facilmente dominados por um Estado totalitário, que controla a vida, a história e tudo o que é de mais essencial no ser humano.

Na atualidade, a maioria dos países são democráticos dentre eles, o Brasil onde é garantido à sociedade direitos tidos como de primeira geração, e portanto, inerentes às liberdades dos indivíduos, dentre outros preceitos essenciais previstos inclusive expressamente na Carta Magna de 1988. Mas, é preciso que se tenha sempre o cuidado de relembra a história dos antepassados e aprender com ela para que não se repitam os mesmos erros. Pois, todo e qualquer povo se encontra constantemente vulnerável ao surgimento de estados totalitários, amparados na falta de referencial como demonstra a obra, assim, percebe-se que a ficção pode abordar com grande precisão a realidade, como afirma a expressão atribuída a Aristóteles “a arte imita a vida”.

Ainda as pessoas que demonstraram ser muito inteligentes eram eliminadas, mesmo aquelas que apoiavam o regime, como um personagem denominado Syme,

ele acreditava no Partido e trabalhava na nova língua falada, por ser grande conhecedor da linguagem, era responsável em criar novas palavras e significados, mas foi evaporado. Além de não haver referência e das pessoas com mais inteligência sumirem a falta de solidão, ou seja de momentos particulares e contemplativos levavam as pessoas a um estado de acriticidade, sem a percepção de si mesmos e do mundo ao seu redor. Ademais, outra marca que se mostra é a constante mudança provocada pela destruição e reconstrução de toda a linguagem, todos os conceitos eram destruídos e reconstruídos de acordo com a vontade e necessidade do Partido.

Dessa forma, com a dominação da linguagem, se tornou mais fácil controlar o que as pessoas pensavam, em um trecho do livro o autor afirma: “A cada ano, menos e menos palavras, e o alcance da consciência sempre um pouco menor” (ORWELL, 2020, p.61). Assim, a cultura clássica, ou seja, aquela que passa pelo crivo do tempo, são substituídas por culturas de baixo valor como as canções produzidas pelo governo, os jornais manipulados, filmes, programas de teletela, peças, romance, etc.

Nesse sentido, (VOEGELIN, 2008, p. 38/39) afirma que “uma vez que a linguagem humana estrutura a realidade e lhe concede sentido, o controle da linguagem é a conquista da mente”. Portanto, como Winston discorre “A Revolução estará completa quando a língua for perfeita” (ORWELL, 2020, p.61), ou seja, com a perda e o empobrecimento da língua a realidade se torna cada vez mais difícil de ser percebida pelos indivíduos, pois não haverá mais palavras para expressá-la. E num mundo tão amplo, cheio de dinâmicas complexas e interligadas, a linguagem simplificada restringe a compreensão do real e lança o homem muitas vezes em fantasias tolas e irracionais, ademais, essa limitação de conceitos também afeta o autoconhecimento, tudo isso gera o vazio que será preenchido pelas “verdades” do Partido.

Assim, a guerra é paz, a liberdade é escravidão e a ignorância é força; tudo o que é produzido foi manipulado, por documentos e argumentos bem colocados como afirma George Orwell, Winston ao perceber a grande estrutura “entrou em desespero ao pensar no enorme arregimentado contra ele na facilidade com que qualquer intelectual do Partido o derrotaria em debate, nos argumentos sutis que não conseguiria entender muito menos confrontar.” (ORWELL, 2020, p.91). Por fim, mesmo sabendo a verdade e percebendo a manipulação, se a defendesse, não só seria considerado um inimigo mas também um tolo por defender que dois mais dois são quatro e que não poderia ser nem cinco nem seis muito menos sete e assim por diante. Portanto, qualquer esboço de reprovação ou crítica à realidade apresentada frente a uma verdade, é condenada.

O livro se mostra como uma advertência para que a sociedade moderna fique em alerta, e não percorra o mesmo caminho que adentraram na sociedade distópica do Partido. É notável que o escritor já estava, por meio de uma visão ampla e clara, baseando-se na sua vivência pessoal e na sociedade que se formava em sua época, indicando as consequências que poderiam advir no decorrer da história. Pois, por meio da literatura o autor consegue ir além do seu próprio tempo, e com base na leitura da realidade que se apresenta, prever muitas vezes ou ao menos dar um vislumbre do futuro.

Desse modo, essa ideia é um fato que se comprova frente aos vestígios que já estão presentes na sociedade atual. Trata-se do relativismo exagerado de ideias, a perda de padrões mínimos, empregando a nomenclatura criada por Bauman, uma Sociedade Líquida. Portanto, o livro é um clássico, interessante, bem escrito e com um ótimo enredo, ele se apresenta ainda mais relevante para esta geração, pois mostra que a luta contra o totalitarismo começa pela preservação da verdade e do livre pensamento devendo a Justiça ser um meio para promover e garantir a preservação desses direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Rideel, 05 out. 1988. p. 7-204.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

SANTOS, Leonardo Lopes dos. *Filosofia na Educação: O Relativismo E Seus Impactos Na Educação Superior, Consequentemente na Formação Profissional e Humana das Pessoas*. Simpósio Pedagógico de Pesquisas em Educação, Rio de Janeiro, p. 1-12, 2018.

SCRUTON, Roger. *As Vantagens do Pessimismo: e o perigo da falsa esperança*. São Paulo: Realizações Editora, 2015. 207 p. Tradução de Fábio Farias.

VOGLI, Eric. *Reflexões Autobiográficas*. São Paulo: São Conquistas, 2008.

RESENHA CRÍTICA DO LIVRO HERMENÊUTICA E(M) CRISE: UMA EXPLORAÇÃO HERMENÊUTICA DA CONSTRUÇÃO DO DIREITO

*Emanoel Oliveira Nunes**

Streck, Lênio Luiz. HERMENÊUTICA JURÍDICA E(M) CRISE. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 323p.

Sobre o autor: Lênio Luiz Streck foi Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, possui Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e Pós-Doutorado em Direito Constitucional e Hermenêutica pela Universidade de Lisboa. Lênio também é palestrante, professor de algumas instituições superiores de ensino, bem como já funcionou como amicus curiae de alguns processos no Supremo Tribunal Federal brasileiro.

A obra Hermenêutica e(m) Crise, do autor Lênio Luiz Streck traz uma reflexão sobre a situação jurídica do Brasil, mostrando as possíveis causas dos problemas encontrados no cenário jurídico atual e enumera algumas soluções que poderiam ser adotadas para resolver os problemas apontados.

Nessa perspectiva, a crise que o autor menciona está presente em alguns aspectos como: ativismo judiciário, falta de estudo crítico na formação de novos juristas, incapacidade da Constituição em modificar as desigualdades sociais, impunidade nos crimes de colarinho branco e a própria hermenêutica. Dessa maneira, o autor começa falando sobre as desigualdades do país, mostrando que o capitalismo presente no Brasil se assemelha ao feudalismo, já que os ricos ficam cada vez mais ricos explorando a mão de obra operária.

O autor notabiliza com exemplos que o discurso de privatização para melhorar o serviço público é apenas fachada para que as elites sejam beneficiadas pelos políticos financiados pelas mesmas para obterem vantagens futuras em negociações com o poder público. Lênio cita o historiador Raymundo Faoro para reforçar

***Graduando em Bacharelado em Direito- Universidade Estadual do Piauí. E-mail: emanoeln9@gmail.com.**

Justificativa: A obra em questão trata da crise atual em que se encontra o Direito no Brasil reforçando a necessidade de uma formação crítica dos novos operadores do direito, bem como uma crítica ao ativismo judiciário. Desse modo, este trabalho se relaciona com áreas do Direito como: Hermenêutica Jurídica e o Direito Constitucional.

que alguns servidores públicos se consideram titulares da coisa pública, dispondo da forma que bem entendem dos seus privilégios. Dessa maneira, ainda sobra espaço para tratar da seletividade do sistema penal que pune de forma mais rigorosa os crimes patrimoniais praticado pelas “classes baixas”, entretanto não tem o mesmo rigor punitivo com os famosos “crimes de colarinho branco”.

Nesse cenário, é evidente que o pensamento do autor é no sentido que a impunidade dos crimes de colarinho branco é muito forte no Brasil e assim apresenta algumas possíveis causas do tema em questão. Segundo o livro, as punições para esses tipos de crimes não costumam ser severas e acredita-se na ressocialização desses indivíduos pela sociedade por não os considerar “perigosos”, já que possuem uma boa condição econômica e fazem parte da “sociedade” (residência fixa, trabalho fixo). Além do fato desses criminosos do colarinho branco não se veem como criminosos, até mesmo porque não são tratados com os mesmos procedimentos oficiais destinados aos criminosos.

Outro aspecto relevante tratado na obra é a formação dos novos juristas. Segundo Streck, a formação dos novos juristas está mais concentrada em questões de caráter individual, citando os personagens como: Caio, Mévio e Tício. Esses personagens, estão geralmente presentes em manuais “esquematizados” de direito e nas provas do exame da Ordem dos Advogados do Brasil(OAB).

Diante disso, a simplificação do direito com o ensino esquematizado sem aprofundamentos, voltando-se somente para concursos faz com que os alunos aprendam as normas, mas não percebiam o que aquela norma significa na prática e acabam seguindo apenas entendimentos doutrinários proposto em tais manuais. Comprova-se isso com o entendimento que perdurou por muitos anos sobre a prática de relação sexual de maneira forçada praticada pelo marido contra sua esposa, para maior parte da doutrina da época esse ato não deveria ser considerado estupro e era seguido pelos juristas.

Assim, Lênio critica a passividade dos juristas pelos entendimentos “simplificados da doutrina majoritária”. Como colocado anteriormente, para ele, o entendimento doutrinário pode ser uma forma de encobrir visão política de um autor.

Nesse mesmo sentido, é abordado a figura do juiz quanto à interpretação da norma. O fato das normas deixarem em alguns casos lacunas aliada ao avanço do panprincipiologismo de maneira exacerbada acaba favorecendo que os magistrados tomem suas decisões baseadas em suas próprias convicções fundamentando

as mesmas em princípios para camuflar essas atitudes, ressaltando assim a contradição do termo livre convencimento motivado.

Outrossim, ele faz uma crítica à “invasão dos poderes”. O Poder Executivo abusando do poder de legislar por intermédio de Medidas Provisórias, assim como a atuação do Judiciário quando o Poder Executivo não é eficiente no plano das políticas públicas, fazendo com que os indivíduos tenham que recorrer aos órgãos jurisdicionais quando garantias fundamentais não estão sendo cumpridas, gerando decisões que obrigam o Executivo.

Outro ponto relevante foi o fato da obra destinar um capítulo para evidenciar a importância da linguagem. Lênio fala sobre “Crátilo” que é o primeiro tratado sobre linguagem, contrapondo o convencionalismo e naturalismo, abordando conjuntamente a metafísica clássica. Segundo a metafísica clássica, os sentidos estavam nas coisas; as coisas tinham uma essência e por isso tinham um sentido.

Partindo desse princípio, Streck estabelece uma relação entre linguagem e hermenêutica, citando diversas vezes grandes nomes da hermenêutica e também o seu conceito como “teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos, cujo objetivo precípuo consiste em descrever como se dá o processo interpretativo compreensivo”. Nesse contexto, ele mostra por meio da Bíblia como um texto pode ser interpretado diversas formas, uma vez que com o avanço do protestantismo, surgiram diversas religiões adotando o mesmo livro sagrado, entretanto com interpretações distintas. (STRECK, 2013. p.186).

No que se refere a hermenêutica jurídica, outro aspecto pertinente é a dicotomia entre vontade do legislador e vontade da lei. Nesse ponto, considerando que uma pessoa irá interpretar a norma é difícil desvincular essa atribuição de sentido do sujeito que está realizando essa interpretação, podendo em determinados momentos adotar, ora a conforme vontade do legislador, ora vontade da norma. Sendo assim, é contraditório em determinado momento em casos semelhantes um tribunal decidir de acordo estritamente com o que está na lei e em outros casos querer inovar na interpretação da mesma.

Como exemplo da vontade do legislador tem-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) que a “homofobia” também se enquadra nos crimes da lei de racismo, embora não prevista em lei, a vontade do legislador era que os diferentes tipos de discriminação fossem punidos. Em contrapartida, um exemplo de vontade da norma é a previsão na Constituição sobre cada Estado disciplinar sobre a iniciativa popular. Dessarte, o fato foi deliberado pelo STF pelo fato da Constituição

Federal não permitir projeto de Emenda à Constituição, enquanto que alguns estados possuem essa previsão em suas constituições e prevaleceu a vontade da norma, permitindo aos estados iniciativa popular para emendar as suas respectivas constituições.

Desse modo, é nítido que as palavras da lei são constituídas de vaguezas, ambiguidades, de incertezas significativas até mesmo para a dogmática jurídica mais tradicional que parte das palavras da lei podem ter significados distintos. Entretanto, isso não representa que cada intérprete fará sua análise da forma que lhe convém, é nesse sentido que a hermenêutica se faz necessária. Essa divergência de interpretação pode estar presente até mesmo entre os Tribunais Superiores. A exemplo disso, o arquivamento de inquérito policial em casos excludente de ilicitude, para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), faz coisa julgada material, enquanto para o STF faz coisa julgada formal.

Portanto, o autor salienta a importância da linguagem para vencer a crise hermenêutica, bem como a necessidade de os juristas lutarem contra discricionariedades, “decisionismos” judiciais, além do ativismo judiciário. Por conseguinte, não defende apenas uma fiscalização no que se refere à atividade do Poder Judiciário, mas também dos outros poderes para que sejam estabelecidas e cumpridas políticas públicas para materialização dos direitos individuais e sociais estabelecidos na Constituição, da mesma forma que defende um maior empenho estatal para punir os crimes de colarinho branco.

Com base no que foi abordado, a obra hermenêutica e(m) crise é muito relevante no cenário jurídico atual, pois permite ao leitor entender a importância de um estudo crítico do direito, além de alertar para a relevância da hermenêutica para o esclarecimento de demandas jurídicas e consequentemente a solução de alguns problemas sociais presentes no Brasil. Ademais, ressalta-se a linguagem, bem como a diversidade de citações e exemplos trazidos pelo autor que enriquecem a leitura e proporcionam uma formação de opinião mais imparcial, na medida em que proporciona liberdade ao leitor para escolher um ponto de vista. Outrossim, é evidente o esforço do autor em apontar as causas da crise, assim como as possíveis formas de resolvê-la.

O livro em questão destina-se aos acadêmicos do curso de Direito, como também aos bacharéis em Direitos nos seus mais diversos graus (Especialista, Mestre, Doutor), pois trata de aspectos mais relacionados ao mundo jurídico. A obra exige certo conhecimento em diferentes escolas da hermenêutica como: jurisprudência

dos conceitos, jurisprudência dos interesses, assim como entendimento sobre aspectos introdutórios sobre: Direito Penal , Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito Constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 abr. 2021.

The top half of the image features a complex, abstract geometric pattern. It is composed of various shapes including circles, triangles, and concentric arcs, all rendered in different shades of purple. The pattern is dense and layered, creating a sense of depth and movement. Below this pattern, the word "COMUNICAÇÃO" is written in a bold, white, sans-serif font. The letter 'ç' has a tilde (~) over it, and the letter 'ã' has a tilde (~) over it. The text is centered horizontally and occupies the lower half of the image.

COMUNICAÇÃO

FAZENDO EXTENSÃO ATRAVÉS DAS MÍDIAS SOCIAIS: A EXPERIÊNCIA DO PROJETO MEDIAÇÃO POPULAR E ORIENTAÇÃO SOBRE DIREITOS DA UEFS

*Honodi Araujo Silva Filho**

*Marianna Souza Oliveira***

*Victória Gabriela Brito Salgado****

A presente comunicação tem como escopo apresentar, de modo sumário, à comunidade acadêmica a atuação, no contexto da pandemia da COVID-19, do Projeto de Extensão “Mediação Popular e Orientação sobre Direitos”, vinculado à Pró-reitoria de Extensão (PROEX) da Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS), na Bahia, Brasil.

Fundado em 2010, através da Resolução 198/2010 do Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão (Consepe), o Projeto atualmente é coordenado pelas professoras Liliane Nunes Mendes Lopes e Vanessa Mascarenhas Lima, tendo também a colaboração da professora Hilda Ledoux Vargas, e conta com a participação de dez estudantes extensionistas, sendo três destes bolsistas pela PROEX, além de duas Mediadoras populares residentes da comunidade na qual o Projeto atua.

Partindo da constatação de que há um significativo abismo entre as normas legais referentes aos direitos e a realidade da maioria da população brasileira, o Projeto em foco tem como objetivo oferecer à população serviços de orientação de direitos e mediação de conflitos, contribuindo, desse modo, para o desenvolvimento da autonomia das comunidades, da plena cidadania e da construção da cultura de paz.

Com o início da pandemia da COVID-19, a atuação principal do projeto, que se dava através do atendimento à população feirense em Escritório Popular localizado

*Estudante de Direito do 8º semestre da Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Extensionista do Projeto Mediação Popular e Orientação sobre Direitos. E-mail: honodifilho@hotmail.com.

**Estudante de Direito do 7º semestre da Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Extensionista do Projeto Mediação Popular e Orientação sobre Direitos. E-mail: souza.marianna06@gmail.com.

***Estudante de Direito do 8º semestre da Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Extensionista do Projeto Mediação Popular e Orientação sobre Direitos. E-mail: vic_toriagabriela@hotmail.com.

na Associação Comunitária Bairro dos Capuchinhos de Feira de Santana-BA- BR, restou inviável, tendo em vista a suspensão dos atendimentos presenciais para cumprir as determinações das entidades governamentais atinentes às medidas de prevenção para evitar a propagação e o contágio do coronavírus.

Em virtude de a situação pandêmica ter ampliado o abismo existente entre as normas legais e aqueles que são a ela submetidos, acentuando as desigualdades, foi necessária a reformulação do método de atuação do projeto para a sua continuidade. Nesse sentido, seria necessário munir a população de conhecimentos jurídicos de forma clara e de qualidade, indicando os meios e/ou canais através dos quais fosse possível o acesso aos efetivos direitos.

Isto porque, ainda que hoje estejamos inseridos na era da informação, tem-se a sensação de que as pessoas estão cada vez mais desinformadas, seja em razão da quantidade de informações, seja em razão da ausência de conhecimento para interpretá-las, acontecendo o mesmo com o “Direito”. Assim, a elaboração de materiais informativos se mostrou com uma possibilidade para empoderar a população, a fim de fazê-la entender como funcionam as normas que recaem sobre ela. Nesse sentido:

A utilização adequada das mídias pode favorecer a formação e a criação por meio da interação e relação social com base em uma perspectiva crítica pensada como uma intervenção ética e política no mundo em que vivemos. (KOCHHANN, et al, 2018, p. 5).

Nesse contexto, surgiu como proposta a divulgação destes materiais, feitos em linguagem acessível, decodificando o direito, através das mídias sociais, sobretudo no *Instagram* do Projeto (@mediacaoorientacaouefs) – acesso através do *QR Code* abaixo –, que já existia, mas limitava-se à divulgação de palestras, cursos, rodas de conversas e outros eventos promovidos pelo grupo.



Figura 1: QR Code para acesso ao Instagram do Projeto.

Ademais, o Projeto tem se valido também do *WhatsApp*, para tentar chegar às pessoas que residem no bairro onde eram realizados os atendimentos presenciais. Para tanto, temos compartilhado os materiais principalmente através das duas Mediadoras populares vinculadas ao projeto, que são da referida comunidade auxiliam na divulgação da nossa produção entre seus círculos comunitários.

Assim, desde o começo da pandemia, têm sido produzidos materiais sobre os mais diversos temas a fim de informar a população. Dentre eles, após a suspensão dos atendimentos presenciais, pode ser dado destaque aos que trataram sobre o auxílio emergencial, prevenção contra a COVID-19 em comunidades periféricas e violência contra a mulher também em tempos de pandemia.

Outrossim, também foram promovidas palestras na modalidade *on-line*, dentre as quais cita-se “Comunicação Não Violenta nos tempos de COVID-19”, realizada em 13 de abril de 2020, “Diálogos sobre as Relações Jurídicas e Sociais no Mundo Virtual e os Impactos da Pandemia COVID-19”, realizada em 31 de julho de 2020, “Mediação Comunitária: experiências práticas do projeto de extensão Mediação Popular da UEFS”, realizado em 12 de agosto de 2020, e o “I Colóquio de Direito da Família da UEFS”, realizado em 09 de junho de 2021.

Destaca-se, nesses eventos, a parceria com outros Projetos, como o Núcleo de Prática Jurídica da UEFS, bem como de outros atores sociais alheios ao direito, a exemplo de psicólogos, de modo a reforçar a importância da interdisciplinaridade que permeia o conhecimento, ou mesmo outros agentes não ligados diretamente à academia, como a Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), subseção de Feira de Santana-BA.

No que se refere aos materiais produzidos, a escolha dos temas perpassa pela análise do que está em evidência, do que o público-alvo (seguidores) pede ou de temas que podem ser pauta em determinado período do ano. A exemplo disso, podemos citar os materiais feitos relacionados a mulher e o direito, no mês de março deste ano, por se tratar do mês no qual se comemora o dia internacional da mulher, ou mesmo a publicação sobre autorização para viajar com menores feita logo no início de janeiro de 2021, período no qual há maior incidência de viagens. Ademais, na maioria dos materiais busca-se utilizar as cores lilás e amarelo, por serem as presentes no símbolo do Projeto, no intuito de criar identidade visual.

Outra atuação de destaque do Projeto foi a produção de materiais tratando sobre o direito do consumidor, haja vista que o Código de Defesa do Consumidor

(CDC) completou 30 (trinta) anos em 11 de setembro de 2020. Nesses materiais, foram tratados diversos temas, como os direitos básicos do consumidor, o direito de arrependimento e a lei que tratou sobre o cancelamento ou adiamento de eventos culturais por conta da pandemia (Lei nº 14.046/2020). Esta atuação do Projeto, inclusive, gerou repercussão na mídia local, onde os materiais foram notícia no jornal televisivo local e no site do G1 Bahia.

No início de 2021, numa perspectiva de buscar informar a população e debater determinados temas de maneira mais interativa, o Projeto passou a elaborar *quizzes*, que foram divulgados através dos *stories* do próprio *Instagram*. Até então, foram produzidos dois. O primeiro tratou sobre questões de direito do consumidor, dialogando com o público-alvo sobre algumas situações recorrentes de desrespeito às normas, como a venda casada. O segundo teve como escopo promover reflexões acerca do tema de racismo, tratando da sua perspectiva estrutura e possibilitando o debate sobre como este ainda persiste nos mínimos detalhes, como no uso de uma palavra, e como podemos combatê-lo. Estes materiais estão disponibilizados nos destaques do próprio perfil.

Para além da produção de materiais informativos, interativos, caça palavras e promoção de eventos, o Projeto tem indicado, com periodicidade, obras cinematográficas para que os seguidores do perfil assistam no final de semana, haja vista a importância do entretenimento nesse momento em que é recomendado ficar em casa sempre que possível, ainda que adaptado às restrições impostas pela pandemia da COVID-19. Os *cards* de divulgação são preparados trazendo uma pequena sinopse da obra e indicando ao destinatário algumas das reflexões, relacionadas aos temas publicados, que poderão ser feitas através do filme, série ou documentário sugerido.

Tem-se percebido um crescimento diário no número de perfis que acompanham o Projeto através do *Instagram*, sendo que, até a data de elaboração desta comunicação, contava com 1.064 (mil e sessenta e quatro) seguidores. Conforme se depreende da figura 2, a maioria dos seguidores possui entre 18 (dezoito) e 34 (trinta e quatro) anos, residindo, em grande parte, na cidade de Feira de Santana-BA (52%), cidade onde se localiza a UEFS. Contudo, destaca-se a expansão do alcance para outras cidades, como Salvador-BA, e até mesmo de cidades de outros estados, a exemplo de São Paulo/SP, também conforme a figura 2.



Figura 2: Dados referentes às principais localizações e faixa etária dos seguidores, respectivamente - Imagem montada através dos dados fornecidos pelo Instagram.

Outro dado perceptível sobre o crescimento do perfil e fortalecimento da atuação do projeto está no número de pessoas que atualmente vem sendo alcançadas pelas publicações do Projeto. Nesse sentido, as figuras abaixo demonstram as métricas de uma das publicações feitas no início da pandemia, tratando sobre o auxílio emergencial, e outra mais recente, que tratou sobre os princípios da mediação. Além do aumento da quantidade de curtidas, comentários, salvamentos e compartilhamentos, é possível notar o evidente aumento de contas alcançadas.



Figura 3: Alcance de uma das primeiras publicações após o início da pandemia, postada em 08 de abril de 2020, em contraposição com o alcance de uma publicação postada neste ano, em 06 de abril - Imagem montada através dos dados fornecidos pelo Instagram.

Assim, conclui-se que, embora a situação da pandemia tenha trazido incontáveis adversidades e perdas, a produção de materiais digitais versando sobre os mais variados tipos de direitos, descomplicando-os, em linguagem acessível, tem possibilitado a interação da academia com a comunidade, podendo munir esta última de conhecimento para que possa fazer valer seus direitos. Dessa forma, o Projeto Mediação Popular e Orientação sobre Direitos da UEFS tem conseguido atingir seu escopo de fazer extensão através das mídias sociais, tendo este meio se mostrado, por seu alcance, como uma possibilidade mesmo após o retorno dos atendimentos presenciais.

REFERÊNCIA

KOCHHANN, Andréa. et al. *As mídias sociais como ferramentas pedagógicas: uma experiência em um projeto de extensão*. In: III COLÓQUIO ESTADUAL DE PESQUISA MULTIDISCIPLINAR & I CONGRESSO NACIONAL DE PESQUISA MULTIDISCIPLINAR, n. 3, 2018, Mineiros-GO. Anais...Mineiros: UNIFIMES, 2018.

O SAMBA-ENREDO COMO FATOR IMPRESCINDÍVEL PARA UM DIREITO PLURAL

*Aimê Araujo Loma**

O projeto de pesquisa, nomeado como “Abre alas para a resistência: os sambas-enredo como marcador cultural das minorias”, tem como vínculo o órgão do CNPq, sendo a execução financiada pelo PIBIC do mesmo, no período de 2020 até outubro de 2021. Além disso, também possui relação com grupo de pesquisa: A Intervenção do Estado na vida das pessoas (INTERVEPES), coordenado pelo Prof. Dr. Renato Bernardi, dentro da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

A presente iniciação científica dispõe de objetivos tais como o levantamento de senso crítico por meio da análise histórica de exploração escravocrata no Brasil e seus impactos para a minoria não branca; demonstrar a resistência efetuada, através do samba-enredo, contra estruturas de dominação patriarcais e raciais hegemônicas; realizar uma interpretação plural do direito e aplicá-la no campo prático, a fim de mitigar o problema estrutural de raça de maneira completa. Isso porque o espaço para voz de todos sem distinção ficou reduzido à teoria, não saindo do texto constitucional.

Nesse sentido, a afirmativa vai ao encontro do esvaimento do real intuito do samba, principalmente do samba-enredo que conta a trajetória de marginalização da comunidade preta e pobre. O gênero musical vem sendo comercializado mediante o modelo neoliberal em eventos comemorativos como carnaval, na criação de subgêneros que não possuem um olhar crítico. Essa lucratividade da música, em concordância com Walnice Nogueira Galvão, é resultado da dicotomia entre a realidade negra e de morro com a classe média branca (GALVÃO, 2009, p. 135).

O interesse em comercializar o samba, a fim de consolidar uma identidade nacional, é tirar sua devida importância nesse processo de homogeneização inexistente, visto que a formação histórica do Brasil não ocorreu da mesma forma

**Graduanda do 2º ano em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), membro do grupo de pesquisa Intervenção do Estado na vida das pessoas (INTERVEPES/UENP) e pesquisadora de iniciação científica pela Fundação Araucária. E-mail: aimearaujoloma@gmail.com.*

dentro do corpo social. Segundo Magno Bissoli Siqueira (2012, p. 40), há dois elementos que influenciaram na escolha do samba como símbolo de brasilidade: o intuito de apresentar uma cultura nacional, com a finalidade de afastar componentes estrangeiros; e a tentativa de adquirir colaboração das minorias social, política e economicamente excluídas (SIQUEIRA, 2012, p.3), atribuindo ainda mais força para a teoria da relação harmônica entre povos, difundida por Gilberto Freyre na obra *Casa Grande & Senzala*.

Três fases marcam impacto no samba como identidade nacional, de acordo com o autor Marcos Napolitano: a primeira é presente entre 1930 e 1937, com o início do reconhecimento do país por causa do samba; a segunda, por volta de 1937 a 1945, há a aproximação semântica ainda maior do samba como expressão da nação; e a terceira, de 1945 a 1955, o samba crítico retorna e acarreta em consequências, já que, diferentemente de músicas criadas para exaltar a pátria, o ato cultural passa a deixar explícita a revolta dos indivíduos ligados desde o princípio com o estilo (NAPOLITANO, 2007, p. 23). Com a insatisfação perante o sistema capitalista e a hipocrisia do Estado no discurso de um mundo justo, remete a ideia de Frantz Fanon sobre o Outro racializado, o qual é visto sem humanidade e que, portanto, precisaria ser “civilizado”. Na realidade, tal ideia nunca deixou de agir, apenas começou a ser exposta em grande escala, com o objetivo de proporcionar raciocínios sobre.

Logo, se por um lado houve a superação do pensamento que não brancos são um atraso para o país, por outro lado corroborou com ideais já pregados durante a época colonial ao deslegitimar uma música de resistência, apropriando-se. A cultura precisa ser exercida de maneira que possa retratar anseios sociais e representar sujeitos que são afetados por preconceitos estruturais, reivindicando seus direitos no que se refere a oportunidades de ascensão social. Dessa forma, o carnaval além de ser momento de celebrar, tornou-se espaço de reivindicação ao influenciar o campo político. Em outras palavras, impacta nas relações de poder.

Então, a pluralidade do direito é imprescindível para o seu emprego legítimo, dado que a dinâmica jurídica é um objeto cultural que deve estar em constante serviço da sociedade. Conforme Miguel Reale (2004, p. 67):

Direito é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores. [...] obedece a uma perspectiva do fato ('realização ordenada do bem comum'), da norma ('ordenação bilateral-atributiva de fatos segundo valores') e do valor ('concretização da ideia de justiça').

Com a teoria de Reale, há a aproximação do juspositivismo kelseniano e do jusnaturalismo tomasiano. Assim sendo, o estudioso afirma que mais do que o enfoque na norma, a abordagem histórica-social é de suma importância em uma pesquisa acadêmica de direito. É nessa perspectiva que se faz indispensável uma segunda inspeção de documentos escritos oficiais, considerando que a elaboração dos papéis é, tradicionalmente, influenciada pelo ponto de vista de detentores de poder, no caso do Brasil impactados pela teoria eurocêntrica, a qual possui a cultura europeia como centro.

Dando seguimento, a tradição oral transforma-se em símbolo da história que foi apagada ao longo dos anos, inclusive materializada em música. A Mangueira, campeã do carnaval de 2019, por exemplo, trouxe a problemática para ser discutida pertinente ao Brasil “que não está no retrato” desde as escolas de ensino fundamental, onde as crianças são ensinadas com base no entendimento da atual elite brasileira e não têm a chance de serem informadas da parte rica de vivências negras. O desfile narra a partir da época do “descobrimento” do país e chega até o período de morte da vereadora Marielle Franco.

Ademais, a escola de samba Viradouro também foi campeã do carnaval, no ano de 2020, em razão de trazer à tona o histórico do grupo musical feminista baiano intitulado como “As Ganhadeiras de Itapuã”, o qual tinha a meta de comprar alforrias durante a crise do sistema escravagista. Observando essa tendência das escolas, performar o samba-enredo, além de refutar estereótipos equivocados a respeito de origens africanas e demais elementos mal interpretados, também auxilia no autoconhecimento da própria população citada e incentiva o crescimento de movimentos sociais contra qualquer tipo de excesso praticado contra esses conjuntos minoritários, igualmente praticando pressão sob os governantes.

Por conseguinte, utilizando a análise de bibliografia em conjunto com o método histórico e dedutivo, a referida iniciação científica pretende demonstrar que a arte, especificamente o samba-enredo, é pilar fundamental para uma democracia plena, em virtude de ser instrumento que realiza investigação e protesta acerca da desigualdade designada aos grupos previamente selecionados. À vista disso, a urgência de estudos jurídicos interseccionais é necessária na lógica de que é preciso iniciar debates sobre a temática para, posteriormente, agregar ao público externo.

REFERÊNCIAS

- FANON, Frantz (2008). *Pele negra, máscaras brancas*. Salvador: EDUFBA.
- FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala*. 42. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- GALVÃO, Walnice N. *Ao som do samba - Uma leitura do carnaval carioca*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009.
- NAPOLITANO, Marcos. *A síncope das ideias: a questão da tradição na música popular brasileira*. 1. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2007. (Coleção História do Povo Brasileiro)
- OLIVEIRA, Joana. *Viradouro homenageia "primeiras feministas do Brasil" e é campeã do Carnaval 2020 no Rio*. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/cultura/2020-02-26/viradouro-homenageia-primeiras-feministas-do-brasil-e-e-campea-do-carnaval-2020-no-rio.html>>. Acesso em: 10 mai. 2020.
- PENNA, Maura; FERREIRA FILHO, João Valter. *Os limites das fontes documentais: do samba enredo da Mangueira 2019 ao discurso oficial sobre o canto orfeônico*. Opus, v. 25, n. 3, p. 602-628, set./dez. 2019.
- RAMOS JUNIOR, Galdino Luiz. *O samba de enredo carioca como possibilidade pluralista de exercício da democracia deliberativa*. 2020. 220 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Marília, Marília, 2020.
- RAYMUNDO, Jackson. *A construção de uma poética da brasilidade: a formação do samba-enredo*. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva. 4ª tiragem, 2004.
- SIQUEIRA, Magno B. *Samba e identidade nacional: das origens à era Vargas*. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

The top half of the image features a complex, abstract geometric pattern. It is composed of various shapes including circles, arcs, triangles, and lines, all rendered in different shades of purple. The pattern is dense and layered, creating a sense of depth and movement. The bottom half of the image is a solid, dark purple background.

ACADÊMICA

A LEI DE DROGAS E A RACIALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE À LUZ DA COLONIALIDADE

DRUG LAW AND RACIALIZATION: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF COLONIALITY

*Carolina Bontempo Barcelos**

*Isabela Soares Bicalho***

Resumo: O artigo pretende analisar a Lei de Drogas no Brasil sob o referencial de um país racista e colonizado. Nesse sentido, busca-se evidenciar que o uso da legislação antidrogas como legitimador da política do inimigo contra traficantes e usuários, é consequência direta dos ideais coloniais de racialização social, impostos ao Brasil. Visto que, majoritariamente o uso da violência policial e os percentuais de letalidade são direcionados a população afro-brasileira. Dessa forma, a utilização da lei antidrogas sob a luz da colonialidade reforça estereótipos e produz gargalos sociais de violência racial. Para mais, esse texto tem como propósito a promoção de uma caminhada evolutiva sob a vigência da teoria colonial em solo brasileiro e as suas contribuições negativas para fixação da categorização social como ideal da sociedade. Outro objetivo específico pleiteado por esse estudo é o exame das práticas policiais, com enfoque sobre o uso de fotos para identificação de suspeitos, como expoente principal da utilização do Estado para sedimentar ações estruturalmente racistas. Diante de toda essa trajetória de conhecimento proposta por meio da metodologia qualitativa, os principais resultados pretendidos se fracionam entre a exposição de como a subsunção à norma antidrogas ao caso concreto reproduz gargalos racistas e decorre diretamente do conceito da modernidade colonialista. A vista disso, os frutos dessa pesquisa também se expandem sobre a atuação policial repressiva que marginaliza e fere a população afro-brasileira em prol de uma guerra às drogas, que busca criminalização de corpos negros e não de entorpecentes.

Palavras-Chave: Lei de Drogas. Racismo. Colonial. Negros.

*Graduanda do sexto período de Direito na Universidade Federal de Uberlândia (UFU).
E-mail: barceloscarolina5@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2121331103366707>.

**Graduanda do sexto período de Direito na Universidade Federal de Uberlândia (UFU).
E-mail: isabela.bicalho@yahoo.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8039811445598810>.

Abstract: *The main objective of the article is to analyze a Drug Law in Brazil under the framework of a racist and colonized country. In this sense, it seeks to highlight the use of anti-drug legislation as a legitimizer of the enemy's policy against drug dealers and users, it is a direct consequence of the colonial ideals of social racialization imposed on Brazil. Since, most of the use of police violence and the lethality percentages are directed towards the Afro-Brazilian population. Thus, the use of the anti-drug law under the light of coloniality reinforces stereotypes and produces social bottlenecks of racial violence. Furthermore, this text aims to promote an evolutionary path under the colonial theory on Brazilian soil and its negative contributions to the correction of social categorization as an ideal of society. Another specific objective claimed by this study is the examination of police practices, focusing on the use of photos to identify suspects, as the main exponent of the use of the State to consolidate structurally racist actions. Given this entire trajectory of knowledge proposed through qualitative methodology, the main intended results are divided into the exposition of how the subsumption of the anti-drug norm in the concrete case reproduces racist bottlenecks and derives directly from the concept of colonialist modernity. In view of this, the fruits of this research also expand on the repressive police action that marginalizes and hurts the Afro-Brazilian population in favor of a war on drugs, which seeks to criminalize black bodies and not narcotics.*

Key-words: Drug Law. Racism. Colonial. Blacks.

1. INTRODUÇÃO

Esse artigo tem como objetivo central promover uma análise decolonial da materialização da Lei de Drogas brasileira como um fomentador da racialização social e da violência contra corpos negros. Assim sendo, o estudo visa construir uma análise sobre como a norma antidrogas do país, quando utilizada de forma ostensiva e violenta pelo estado é fruto das políticas coloniais de racialização. Desse modo, a pesquisa utiliza a metodologia qualitativa de pesquisa para explorar narrativas e pontos de vistas, somados a uma pesquisa bibliográfica sociológica e materialista-histórica.

Portanto, a presente pesquisa evidencia secundariamente, como estigmas enraizados na essência da nação estabelecem condutas inerentes tanto ao período colonial como a contemporaneidade. Nesse viés, a pesquisa busca expor como as instituições e os personagens foram modificados com o passar dos anos, mas a punição e aprisionamento da população negra persistiu desde o século XIX.

Outrossim, o artigo também busca evidenciar como a Lei de Drogas no Brasil, enquadra o tráfico e o porte de entorpecentes em uma mesma conjuntura. Desse modo, o Estado ao materializar a legislação promove uma espécie de “limpeza” e remoção do contingente indesejado, este, no que lhe concerne, é representado em

sua maioria por jovens, negros e pobres. Desse modo, é nítido que a população negra é o alvo preferencial do sistema punitivo brasileiro.

Para mais, é necessário salientar que o Brasil é marcado por matrizes escravocratas, racistas e elitistas. Mesmo após a abolição da escravidão, em 1888, o contingente populacional negro persistiu sobre os efeitos da segregação racial, por meio da reformulação do sistema carcerário. Sendo este, por muitas vezes, um instrumento eficaz na manutenção do poder dos sujeitos historicamente privilegiados. Assim sendo, a filósofa marxista Angela Davis analisa que o encarceramento em massa da população negra opera como mecanismo de controle e dominação social, com o sistema penal, a força policial e o sistema judiciário, compondo uma engrenagem de controle do estado sobre os excluídos e marginalizados e perpetuando a lógica do racismo estrutural (DAVIS, 1981).

Ao analisar o atual cenário do encarceramento, é de extrema importância ressaltar que a Lei 11.343/2006, a Lei de Drogas, em sua essência, tipifica de forma diferenciada os traficantes dos usuários. O tráfico de drogas é tipificado pelo artigo 33 da lei referida, com pena de reclusão de 5 a 15 anos e pagamento pecuniário (BRASIL, 2006). Já a pessoa que utiliza substâncias proibidas para consumo pessoal, as punições se desdobram sobre três eixos, quais sejam, o recebimento de advertência, a prestação de serviço comunitário e a presença em cursos educativos (BRASIL, 2006).

Diante das novas determinações da Lei de Drogas sobre o cenário brasileiro, houve a proliferação e fortalecimento de ideais coloniais já existentes no âmago brasileiro, em especial, a conexão entre a raça negra e a criminalidade. Desse modo, essa pesquisa visa promover uma análise sobre como o proibicionismo inferido pela Lei 11.343/2006 é um fator estimulador das operações policiais violentas, já que a legislação anti-drogas é constantemente utilizada para legitimar ações do Estado que violam os direitos e garantias fundamentais da população afro-brasileira.

Portanto, esse estudo procura analisar a Lei de Drogas no Brasil e as consequências coloniais e raciais de seu uso em meio a uma sociedade já bastante atingida por ideais escravocratas. Assim sendo, o escrito também expõe as matrizes históricas e coloniais que baseiam a legislação antidrogas e toda a violência contra corpos negros.

Ademais, um objetivo específico também vislumbrado é a investigação de eventos discriminatórios que são reiteradamente justificados pela Lei de Drogas, quais sejam, as operações violentas em comunidades periféricas e o uso de

imagens para reconhecimentos de suspeitos. Dessa forma, é possível inferir que o estudo também visa em larga medida expor as inúmeras faces de um país racista que legitima a violência discriminatória por meio da Lei de Drogas.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 AS RAÍZES RACISTAS BRASILEIRAS

Os ideários racistas coexistem no âmago do desenvolvimento histórico brasileiro. O Brasil teve em seu território por séculos, a instauração de políticas que visavam a exploração em todas as suas faces sobre os corpos negros. O histórico violento imposto pela escravidão, não só normalizou o tratamento desigual dos negros sobre a égide de ideários machistas e preconceituosos, como também iniciou um processo institucional de constantes marginalizações sobre a população afro-brasileira.

Durante o processo violento de colonização imposto por Portugal, houve o anseio pujante de explorar não só os recursos naturais encontrados em terras brasileiras, mas também os povos originários que habitavam o país. Em primeiro plano, o país buscou o controle tanto ideológico quanto físico dos indígenas sob a égide de ideários eurocêntricos para a transformação desses povos em mão de obra. Todavia, pouco depois a força de trabalho principalmente nos engenhos de cana-de-açúcar foi se tornando majoritariamente negra e escrava, diante da ascensão do tráfico negreiro conduzido por Portugal sobre povos africanos.

Nesta época, a forma de trabalho no Brasil era principalmente escrava e compunha a principal força motriz das fazendas de cana-de-açúcar e do ofício doméstico. A diferenciação de raças e consequente determinação da raça negra como inferior sob justificativas catolicistas e eurocêntricas, foram características essenciais para a dominação e conquista europeia na América. Nesse viés, Anibal Quijano elucida sobre:

[...] fundamentais desse padrão de poder é a classificação social da população mundial de acordo com a ideia de raça, uma construção mental que expressa a experiência básica da dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importantes do poder mundial, incluindo sua racionalidade específica, o eurocentrismo (QUIJANO, 2005, p. 117).

Durante o período escravocrata brasileiro o lugar ocupado pelo negro era o de mercadoria e força de trabalho em meio a um processo produtivo que visava o

lucro como primeira ordem. Logo, a essência da escravidão no Brasil, desumanizou e coisificou a existência dos negros a uma raça inferior que tinha como determinação de vida a serventia a raça branca. Nesse período, o negro serviu desde moeda de troca para negócios até como principal força que movimentava a roda da economia. Contudo, em todas as suas ocupações o que não se diferenciava era a reiterada sensação de posse dos brancos sobre os corpos negros.

Ademais, além da exploração da força de trabalho havia também a coisificação e hipersexualização de mulheres negras. A Igreja Católica somada a preceitos eurocêntricos e machistas endossavam a inferioridade e subalternidade das escravas diante das vontades dos senhores de engenho. Dessa forma, expunham as múltiplas faces do abuso foram inseridas na vida das mulheres negras como normais. Nesse viés, a exploração sexual e física dessas mulheres negras por homens brancos era justificada sob o fundamento de que elas eram ligadas ao sexo e a materialização do erotismo primitivo e desenfreado (HOOKS *apud* FRAGA, 2015).

Em 1882, houve a promulgação da Lei do Ventre Livre e em 1888 a promulgação da Abolição da Escravatura, ou seja, o estabelecimento formal do fim da escravidão no Brasil. Entretanto, não foi dado aos ex-escravos, condições para que eles pudessem participar da nova mudança econômica pautada no trabalho remunerado. Assim sendo, houve uma troca crescente na mão de obra da época, que a partir desse momento se tornava pautada no salário e exercida por imigrantes europeus.

A Lei de Terras de 1850, exprime as tentativas de barrar as possibilidades dos ex-escravos em se inserir economicamente na sociedade. Visto que, essa legislação impunha restrições às formas de adquirir e usar as terras e contribuía para manter a concentração fundiária sob a propriedade de homens brancos. Logo, os negros enfrentaram um processo de marginalização social, porque estavam sem emprego, sem ajuda do Estado e buscando sobreviver em uma sociedade materialmente racista. Biavaschi evidencia esse processo de marginalização da população negra:

Quando da Abolição, porém, em 1888, as novas oportunidades de trabalho aproveitavam-nas os imigrantes. Moldados em um sistema servil, muitos antigos escravos ficaram nas propriedades rurais. Outros, errantes, trabalhavam aqui, acolá. Outros tantos buscavam nas cidades oportunidades de trabalho, onde, em regra, desenvolviam atividades das mais subalternas. Marginalizavam-se. Nesse processo, consolidava-se a exploração de uma mão de obra barata, em uma sociedade cujo tecido era costurado pelo signo da desigualdade e da exclusão social (BIAVASCHI, 2014, p. 6).

Em meio à falta de acesso a direitos básicos dos afro-brasileiros, eles passaram a migrar para os espaços urbanos pautados no anseio de uma vida melhor e

mais possibilidades de empregos. Todavia, a ocupação das favelas também foi estratificada e reverberava ainda ideais escravagistas, já que o centro da cidade era ocupado por famílias brancas e os entornos da cidade eram ocupados por famílias negras. Ou seja, a dualidade de “uma cidade legal e uma cidade ilegal” (MARICATO, 2002).

A ocupação de novos territórios na área urbana por ex-escravos que buscavam mais oportunidades de empregos e uma maior aproximação à realização de direitos sociais, se firmaram nas extremidades das cidades e corroboraram para a construção de favelas e cortiços. A nova territorialização negra que já sofria com a marginalização e escassez de recursos diante do passado escravagista brasileiro, encontra no meio urbano a reafirmação de uma urbanização e modernidade que não os incluía. De modo que no processo de construção social urbano, o fator racial reaparece como uma continuidade da exclusão colonial.

Em meio ao anseio estatal de urbanização e modernização dos eixos urbanos, a desigualdade dos extremos ocupados pela camada mais pobre e majoritariamente negra se tornou um problema estrutural. Por conseguinte, surgem tentativas estatais de suprimir ainda mais as atividades dos afro-brasileiros sob a justificativa ainda colonial de uma população desregrada, vadia e ociosa. Assim sendo, o Estado que não promovia políticas públicas de inserção social dessa população e dificultava a conquista de trabalho pela minoria, passa a criminalizar as culturas e os atos dos ex-escravos.

Posto isto, a população afro-brasileira que já era marcada por séculos de escravidão e subordinação a ideais catolicistas e racistas, foi mais uma vez subalternizada diante da sua cultura e desenvolvimento. Isso ocorre com a promulgação da vadiagem como contravenção penal em 1941, em que proibia o exercício do ócio ou de qualquer outra atividade de lazer por parte da população “sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência” (BRASIL, 1941). Assim sendo, o Estado usa de um aparato ideológico para suprimir qualquer possibilidade dos escravos se inserirem na nova movimentação econômica. Ou seja, todo sujeito que não era detentor de meios materiais de produção era criminalizado e combatido pela máquina estatal.

A criminalização da vadiagem e consequentemente de todo o aparato cultural negro, criou as colônias correcionais, com o intuito de disciplinar a população afro-brasileira (KOWARICK, 1994). Os locais que essas pessoas eram colocadas serviam como depósitos para um variado leque de indivíduos. Da mesma maneira, que as colônias correcionais detinham majoritariamente negros, o sistema prisional brasileiro da atualidade replica esse índice. Visto que conforme o 14o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, “66,7% dos encarcerados são negros” (FBSP, 2020).

Portanto, é possível identificar que a constante marginalização e subordinação dos negros, somado a retirada da efetividade de direitos a essa população persiste e continua vitimando com base em preceitos racistas e coloniais. Por conseguinte, todo o aparato estatal segue sendo promulgado com base em preceitos que ligam negros a criminalidade ou a violência.

2.2 A LEI DE DROGAS NO BRASIL

Ao analisar a Lei de Drogas no Brasil é de suma importância que haja o entendimento da evolução histórico-cultural desta e como tal norma incidiu sobre nosso ordenamento jurídico. Para tal, é precípua se atentar que existem preceitos incrustados e naturalizados no aprender e no pensar jurídico dos países do Cone Sul, os quais, receberam de seus colonizadores um direito pronto, um direito que justificou tamanhas atrocidades contra povos originários e repercutiu o etnocentrismo, dando forma a visões classistas e racistas, além de legitimar o poder do colonizador (QUIJANO, 2006).

Desse modo, utilizaram-se da lei para justificar espólios, fazendo com que fosse difícil, ou até impossível, questionar o que era expresso. Diante do fato de que a própria norma estabelecia e estabelece parâmetros preconceituosos que legitima a atuação de classes consideradas superiores.

Sob esse aspecto, a expressão “direito pronto” pode se remeter ao fato de que, no Brasil, o primeiro ordenamento que tratava sobre a questão das drogas eram as Ordenações Filipinas de 1603. Essa regulamentação portuguesa que incidia em nosso país, incriminava o uso, porte e venda de algumas substâncias tidas como tóxicas, por exemplo, rosálgar e ópio (PEDRINHA, 2008). Esta última substância, foi motivo da primeira célebre guerra contra as drogas, em 1839, envolvendo China e Índia.

Nesse sentido, ocorreu em 1912, a Conferência de Haia, também conhecida como “Convenção do Ópio”, a qual teve a adesão do Brasil, e resultou na criminalização do ópio, da cocaína e da morfina (PEDRINHA, 2008). Não obstante, a II Conferência do Ópio, em 1924, passa também a criminalizar o uso da Cannabis. Contudo, seu uso em terras tropicais já era estigmatizado e consequentemente proibido, em 1830, através de uma lei indiscutivelmente racista.

Tal vertente, é relacionada com a história da maconha no Brasil, a mesma, é uma planta exótica à nossa flora, foi trazida para cá pelos escravos negros, daí a sua denominação de fumo-de-Angola. O seu uso disseminou-se rapidamente entre

os negros escravos e nossos índios, que passaram a cultivá-la (CARLINI, 2004). Para tal, o Governo do Rio de Janeiro determinou que: “É proibida a venda e o uso do pito do pango, bem como a conservação dele em casas públicas. Os contraventores serão multados, a saber: o vendedor em 20\$000, e os escravos e mais pessoas, que dele usarem, em três dias de cadeia” (CARLINI, 2004).

Assim sendo, a lei que criminaliza a maconha no Rio de Janeiro se instaura como a primeira lei do mundo a criminalizar o uso do entorpecente natural em 1830. Destarte, ao analisar a norma carioca fica nítido um ordenamento jurídico de matriz racista, ao passo que, criminaliza a cultura africana, pune pessoas negras e resguarda majoritariamente a liberdade ao branco que cometeu o mesmo delito de tráfico de drogas que o afro-brasileiro. Isso é visível quando se analisa o relatório produzido pela Agência Pública em 2019 sobre processos judiciais da cidade de São Paulo, em que é apresentado dados sobre uma incidência maior de condenações de pessoas negras do que pessoas brancas que cometeram os mesmos crimes (DOMENICI, Thiago; BARCELOS, Iuri, 2019). Tal fato remete a ausência de paridade entre os sujeitos e suas punições, já que a pena é diretamente proporcional à raça.

A partir de tais marcos citados o Brasil começa então, também por uma influência internacional, a criminalizar cada vez mais o uso de entorpecentes e sua venda. Uma influência muito nítida, é a dos Estados Unidos, com discursos épicos de presidentes, como Nixon e Regan, que declararam então a guerra às drogas, o primeiro em um contexto de Guerra Fria, que o uso de drogas, como *Cannabis* e *LSD*, era intrinsecamente ligado aos hippies e aos movimentos libertários da época. Já o segundo, faz seu famigerado e conhecido discurso diretamente da Casa Branca conjuntamente com sua esposa, causando grande comoção na América, em um contexto do aumento do uso de cocaína nos Estados Unidos, culpabilizam principalmente traficantes cuja fama é repleta de notoriedade como Pablo Escobar.

Diante de tais exemplos, é de suma importância evidenciar que o uso de entorpecentes é uma realidade em vários contextos socioeconômicos e temporais. Todavia, a Lei de Drogas vigente no Brasil, determina a aplicação de critérios controversos para separar quem porta entorpecentes para uso pessoal e quem comercializa.

A Lei 11.343/06 determina que caso o entorpecente apreendido se destine a consumo pessoal, o juiz deve analisar a quantidade apreendida, o local da apreensão e o histórico de vida do acusado. (BRASIL, 2006). Em contrapartida, a Lei 6368/1976, anterior a vigência da norma atual, visava a redução da oferta de drogas por ações no campo jurídico e no campo médico (CARVALHO, 1996). Diante dessa busca do governo em inibir a disposição de drogas para sociedade mediante

a restrição de acesso aos entorpecentes, houve a realização reiterada de operações que visavam prender tanto traficantes quanto usuários (ZEVIANI; SILVA, 2001).

Diante da Lei 11.343/2006, é possível inferir sobre os preceitos levantados acima que, se um morador de um bairro de uma localidade periférica incorrer na apreensão de entorpecentes, é mais previsível que ele cumpra uma pena do que alguém pego com a mesma quantidade, mas em um bairro nobre. E como já fora dito, o consumo de drogas é uma realidade em todos os contextos socioeconômicos.

Paradoxalmente ao que foi afirmado, a realidade expõe o contrário, apreensões de substâncias ilegais são feitas de forma majoritária em periferias e favelas. E os condomínios, apartamentos de luxo e bairros nobres, estão livres de tamanha escória? A resposta é não, contudo, as operações policiais nestes são significativamente diferentes, pois o racismo e estigmas preconceituosos da polícia e do judiciário tendem a relacionar o tráfico e o uso, majoritariamente, as populações historicamente excluídas e desprotegidas legalmente.

Essa desproteção legal é fruto de uma contradição para com princípios constitucionais que ressalvam como direito de todos o cumprimento do devido processo legal. Este é um dos mais antigos preceitos legislativos, tendo como possível nascimento na Magna Carta em 1215, o *due process of law*, está então previsto em nossa Constituição Federal em seu “Art. 5º inciso LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” (BRASIL, 1988).

Contudo, este não é um paradigma notado em todos os estratos sociais brasileiros, pois, sob a ótica do que realmente acontece nas penitenciárias, existe um percentual considerável que aguarda, em regime de liberdade, seu julgamento. Nesse sentido, esse percentual é posto em evidência em algumas regiões, como no Ceará, por exemplo, em que “54,3%, dos presos estão privados de liberdade antes mesmo do julgamento. No Piauí e na Bahia, o índice é de 49,3%. Mato Grosso, Minas Gerais e Alagoas também apresentam percentuais maiores do que 40%” (SODRÉ, 2020).

Este descaso para com a população encarcerada, é mostrado pelo documentário Sem Pena, de 2014, ao expor as entranhas do sistema de justiça do país, demonstrando como a morosidade, o preconceito e a cultura do medo só fazem ampliar a violência e o abismo social existente. (PUPPO, 2014). Nesse viés, elucida a existência de pessoas presas a anos que nem sequer foram julgadas.

O documentário também faz alusão a Lei de Drogas e seu objetivo de atuar como um controle social do crime e da criminalidade. O documentário, mostra

como a política criminal é estigmatizada e errônea, ao passo que, funciona com base no aumento das criminalizações direcionadas e arquitetadas para incidir sobre camadas mais frágeis economicamente, na sociedade. Somado a lentidão da burocracia judiciária que deixa ainda mais complexo o problema social tratado.

Dado o exposto, é notória a necessidade extrema de um debate amplo sobre como a Lei de Drogas é uma norma racista, classista e arbitrária. Destarte, elucida que o Brasil precisa reformular suas leis, pois tais, mantêm vivo um sistema escravocrata e retrógrado presente em toda a trajetória normativa antidrogas do país.

2.3 A LEI DE DROGAS E O RACISMO ESTRUTURAL: UMA GUERRA CONTRA AS DROGAS OU CONTRA A POPULAÇÃO?

Os efeitos gerados pela Lei de Drogas reafirmam estigmas já cristalizados no solo brasileiro. Muito antes dessa legislação que traça usuários e traficantes como inimigos, a cultura arraigada do Brasil em preceitos racistas e machistas já enxergava uma parcela da população sob o olhar da marginalização.

A principal consequência da Lei de Drogas é a construção de estereótipos e de figuras segundo a classe, raça e cor dos “suspeitos” (SILVA, 2009). Ou seja, a criação de simulacros de sujeitos que devem ser combatidos, porque em sua maioria são parte da conduta típica posta na legislação e compõem uma narrativa de conflito entre o Estado e essa população estereotipada. Esse confronto é instrumentalizado através da violência institucional contra pessoas negras e de baixa renda.

É necessário evidenciar, que a Lei de Drogas não provoca uma busca por apreensões de entorpecentes. Mas sim, uma busca por possíveis suspeitos, evidenciados à luz de uma sociedade racista. É constante a designação do homem negro e de baixa renda como suspeito maior de uma possível transgressão relacionada predominante ao tráfico de drogas, ao passo que encarcerados pretos e pardos de ambos os sexos corresponderam a mais de 50% da ocupação penitenciária brasileira no período de julho à dezembro de 2020, segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2021).

De modo que das 668.135 pessoas em condição de cárcere no Brasil, 61% dos encarceramentos decorrem do tráfico de drogas e quase 1/3 dos presos brasileiros cumprem prisão provisória (DEPEN, 2021). Ou seja, mais de 30% dos presos cumprem pena sem efetivamente terem um trânsito em julgado de sentença penal condenatória (DEPEN, 2021). Assim sendo, há a supressão material da condição

de inocência para à imposição apenas da dualidade entre suspeito e culpado no sistema jurídico brasileiro, o que é contrário ao posto formalmente pelo art. 5º, LVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Portanto, em face do exposto, a uma percepção desigual e incorreta de que a criminalidade e a suspeição, em especial ao que é posto pela legislação 11.343/2006, são majoritariamente parte da conduta de pessoas negras. Escotado, evidencia como a ligação de crimes a raça é um processo histórico:

As diferentes drogas associam-se agora a grupos definidos por classe social, religião ou raça . . . o alarme sobre o ópio coincide com a corrupção infantil atribuída aos chineses, o anátema da cocaína com ultrajes sexuais dos negros, a condenação da marijuana com a irrupção de mexicanos, e o propósito de abolir o álcool com imoralidades de judeus e irlandeses. Todos esses grupos representam o infiel, e todos se caracterizam por uma inferioridade tanto moral como econômica (ESCOHOTADO, 2004, p. 92).

As constantes ações que ligam crimes aos corpos negros, expõem a profundidade do racismo estrutural brasileiro. O termo racismo estrutural é adotado por Silvio de Almeida no livro “O que é racismo estrutural”, e evidência que o racismo é uma decorrência direta dos pilares de sustentação da sociedade (ALMEIDA, 2018). Ou seja, o seio comunal foi construído sob padrões e regras racialmente discriminatórias, ademais a população também foi ensinada a conceber o racismo não só como normal, mas como legítimo. O autor também caracteriza o termo racismo institucional, sendo a propagação da racialização social pelas instituições. Portanto, essa categoria de discriminação é consequência convergente do racismo estrutural já que “as instituições são a materialização das determinações formais da vida social” (ALMEIDA, 2018).

Posto isso, é possível analisar que a construção de estereótipos pela Lei de Drogas não decorrem apenas das raízes coloniais brasileiras. Mas também, das ações institucionais que repetidamente aplicam penas e colocam em suspeição a população negra. Estrutural e institucionalmente, o Brasil reverbera sentidos, ideais e pressupostos que afastam os afro-brasileiros da condição de sujeitos de direitos.

Logo, a constituição do racismo ocorre pela junção simultânea de três características: “a construção de/da diferença sobre valores hierárquicos e a combinação entre preconceito e poder” (KILOMBA, 2019). O racismo estrutural em meio a políticas de drogas só ocorre porque foi construído historicamente o ideário de que os resquícios de criminalidade e discrepância social não habitam os bairros de elite, mas sim as comunidades periféricas. Essa construção só é efetiva, porque há a calcificação do racismo pelas instituições.

A visão colonial de que a população negra apresenta preponderância em criminalidade advém diretamente da forte influência da escola positivista em criminologia no Brasil. O sociólogo Nina Rodrigues foi um expoente da corrente, inclusive ele já propôs a criação de uma legislação diferenciada para “mestiços”. Visto que, acreditava na inferioridade psicossocial e moral das populações afro-brasileiras (RODRIGUES, 1900). A cultura brasileira já racista e discriminatória assimilou fortemente a narrativa de Nina e passou a justificar a violência do estado para conter a criminalidade biológica.

O cenário de Guerras as Drogas, causado pela Lei de Drogas, somado a um racismo estrutural e institucionalizado reitera políticas coloniais contra a população negra. Ademais, toda a violência causada pela instauração desse conflito contra os afro-brasileiros é respaldada pelo Estado sob o argumento da busca de entorpecentes. Entretanto, é necessário observar que o direito penal do inimigo posto pela legislação antidrogas propõe o combate a vivência digna de pessoas negras e não a diminuição do uso do tráfico de drogas.

As consequências da normalização de ações que evidenciam estereótipos e marginalizam uma parcela populacional, reverberam em vários âmbitos. O principal deles é a assimilação pelos batalhões policiais de práticas repressivas, contra afro-brasileiros. Maria Lucia Karam afirma que os principais alvos da “guerra as drogas” são os pobres, marginalizados e não-brancos (KARAM, 2013).

A atividade policial brasileira incorporou a narrativa de que o encarceramento e a efetivação de procedimentos policiais são fatores que consideram atuação policial útil para a sociedade. A eficiência tanto da polícia quanto da Justiça Penal Brasileira se vincula diretamente a prisões e condenações. Dessa forma, a resposta da instituição policial é exercer o simulacro de utilidade social por meio atividades de suspeição, abordagem e flagrante contra quem sempre foi considerado o estereótipo de criminoso, o negro. Sobre a guerra a um inimigo, Karam disserta:

O paradigma bélico, explicitamente retratado na expressão ‘Guerra às Drogas’, lida com inimigos. Em uma guerra, quem deve ‘combater’ o ‘inimigo’, deve eliminá-lo. A ‘Guerra às Drogas’ como quaisquer outras guerras, é necessariamente violenta e letal. Policiais - militares ou civis - são colocados no ‘front’ para matar e morrer. Formal ou informalmente autorizados e mesmo estimulados por governantes, mídia e grande parte do conjunto da sociedade a praticar a violência, expõem-se as práticas ilegais e a sistemáticas violações de direitos humanos, inerentes a uma atuação fundada na guerra. A missão original das polícias de promover a paz e a harmonia assim se pede e sua imagem se deteriora, contaminada pela militarização explicitada na política de ‘guerra às drogas’. Naturalmente, os policiais – militares ou civis - não são nem os únicos, nem os principais responsáveis pela violência produzida pelo sistema

penal na 'guerra às drogas', mas são eles os preferencialmente alcançados por um estigma semelhante ao que recai sobre os selecionados para cumprir o aparentemente oposto papel do 'criminoso' (KARAM, 2009).

Dessa forma, o Estado constrói estruturas que promovem um ciclo de necropolíticas, com um aporte armamentista letal contra os mesmos corpos. A autorização estatal para a efetivação da violência institucional em locais estigmatizados é "a distribuição da morte como exercício organizado do poder de Estado" (OLIVEIRA; RIBEIRO, 2018).

Posto isso, o Atlas da Violência de 2020, produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), evidencia que a taxa de homicídio por 100 mil habitantes é de 37,8 para negros e 13,9 para não negros (IPEA, 2020). Assim sendo, o risco de letalidade entre negros é mais que o dobro do que o risco de homicídio de pessoas não brancas, configurando um expoente concreto do racismo estrutural e institucional. Portanto, é necessário evidenciar que a Guerra às Drogas legitima a truculência policial e ceifa vidas designadas por uma categorização racial, intrínseca ao Brasil. O caso do ajudante de pedreiro Amarildo em 2013 no Rio de Janeiro é um expoente da atuação forte da polícia contra o tráfico de drogas.

Os gritos que entoavam 'ei, polícia, cadê o Amarildo?' marcaram passeatas, subsidiaram manifestações e a campanha pública 'Somos todos Amarildo', como um caso emblemático de um desaparecimento em área de UPP. O fato trouxe à tona o nome do pedreiro Amarildo Gomes da Silva. Porém, não é um fato isolado, uma vez que há indícios de uma continuidade nos procedimentos de desaparecimento, típicos da forma de atuar da PM e de como as forças de 'pacificação' atuam. Há milhares de casos pelo estado do Rio de Janeiro, de pessoas que desaparecem e não retornam mais ao convívio familiar (FRANCO, 2014).

Conforme abordado acima, a Lei de Drogas é um pressuposto utilizado para reafirmar estigmas e fator gerador de danos fatais a uma parcela da população designada como "inimigos". Logo, a Guerra às drogas pautadas sobre o racismo sistêmico evidencia o trecho da música Ismália do "rapper" Emicida, "80 tiros te lembram que existe pele alva e pele alva" (EMICIDA, 2019). Dessa forma, a população afro-brasileira carrega nos corpos as marcas de um país com práticas coloniais e violentas de imposição e marginalização.

2.4 A LEI DE DROGAS COMO UM INSTRUMENTO COLONIAL

Durante o período colonial brasileiro, a América foi constituída na visão dos europeus colonizadores como um território a ser dominado e explorado pela mo-

dernidade do velho mundo. Assim sendo, Portugal promoveu em terras brasileiras uma política de hierarquização dos povos sob a égide da determinação da raça. Portanto, os negros eram considerados biologicamente inferiores e diante disso deveriam ser subordinados ao controle da parcela branca, considerada a personificação do futuro e do moderno.

Por conseguinte, Portugal construiu sua dominação nas terras brasileiras sob a justificativa racial. Toda a estrutura social da época era determinada conforme a raça de cada indivíduo. Ou seja, aos negros o trabalho manual e a marginalização e aos brancos as benesses e lideranças. Portanto, a definição de raça durante o período colonial foi uma maneira de facilitar a exploração e a dominação do território pelos colonizadores. Schwarcz disserta sobre a determinação de raça é uma categoria classificatória advinda de uma construção local, histórica e cultural, que propõe a reprodução de estigmas coletivas e da hierarquia racial (SCHWARCZ, 2012).

Assim sendo, para Quijano (2005) dois vieses históricos foram utilizados para a composição do novo espaço/tempo da modernidade, quais sejam, “a hierarquização das raças como um novo padrão mundial de poder e a instauração de uma nova articulação laboral” (QUIJANO, 2005). Ademais, o processo colonizatório também incidiu sobre a subjetividade dos povos, ou seja, culturas, saberes, formas e histórias foram reformuladas sob a visão eurocêntrica. Mignolo aduz:

Colonialidad del poder remite a la compleja matriz o patrón de poder sustentado en dos pilares: el conocer (epistemología), entender o comprender (hermenéutica) y el sentir (aesthesis). El control de la economía y de la autoridad (la teoría política y económica) dependen de las bases sobre las que se asiente el conocer, el comprender y el sentir (MIGNOLO, 2003).

Posto isso é possível observar que as práticas coloniais são fundamentadas em preceitos racistas que foram primordiais para o controle social. Todavia, a assimilação da hierarquização das raças pela cultura brasileira foi extremamente profunda. De modo que, a atuação das policiais nas periferias sob a legitimidade da Lei de Drogas é um exemplo concreto da racialização como método de controle social.

O proibicionismo posto pela Lei de Drogas está ligado ao racismo estrutural que permeia o Brasil. Visto que, a forma com que o braço armado estatal age violentamente sempre contra os mesmos corpos, quais sejam, negros e de baixa renda, se justifica na tentativa incessante do Estado em não só manter a hierarquia racial, mas também combater os afro-brasileiros. Silvio de Almeida, afirma que a raça como fator classificatório é um ideal construído sobre a égide da modernidade (ALMEIDA, 2018). Ou seja, a potencialidade de cada ser humano determinada

pela hierarquização social é instrumento necessário para o desenvolvimento do capitalismo moderno.

A ligação entre a caracterização racial durante o período colonial e a proibição do uso e tráfico de entorpecentes na atualidade se perfaz de forma natural, porém não expressa. Todavia, a primeira norma antidrogas no Brasil ocorreu em 1830 e era endereçada de forma direta a quem aquela norma afetaria, no caso os negros. Essa primeira regramento referir-se a maconha, que na época era conhecida e utilizada entre os negros pela alcunha de pito de pango. (SAAD, 2013).

Desse modo, o fortalecimento da hierarquização racial como algo natural e intrínseco ao âmago brasileiro perpetra e reproduz ações violentas. Assim sendo, ainda na contemporaneidade, há o pensamento de que os negros não só são subalternos e inferiores como também não civilizados. Portanto, a Lei de Drogas é uma ferramenta colonial que se justifica na busca em cristalizar preceitos raciais que minimizam a existência de negros a criminalidade e a violência.

A Lei de Drogas ao apontar os usuários e traficantes como inimigos, automaticamente reforça o imaginário de que dentro desses tipos penais se enquadram em sua maioria, negros e de baixa renda. As operações incessantes do Estado em comunidades periféricas, sob fundamento da Lei de Drogas, coloca os negros sempre como suspeitos e parte do que deve ser combatido. Posto isso, Small ressalta em entrevista à Carta Capital:

Isso é parte do legado da escravidão e da segregação racial, que fez os negros acreditarem que eles próprios são criminosos. Você quase tem que provar que a pessoa que foi morta não era uma criminosa para que a comunidade sinta alguma empatia por ela. Quando as pessoas são classificadas como criminosas, a sociedade não se sente obrigada a pensar quais são as causas disso (SMALL, 2016).

As raízes firmadas diante do olhar eurocêntrico e racista de Portugal, permeiam a vivência brasileira através de uma ação reiterada do Estado que vigia e pune os mesmos corpos. Por conseguinte, a modernidade pautada no lucro se constrói sob a institucionalização da hierarquia racial, como meio de estagnação da parcela branca como os detentores dos meios de produção. Logo, as vítimas da colonialidade se multiplicam a cada operação, a cada reação violenta e a cada materialização de um racismo estrutural em solo brasileiro.

2.5 A QUESTÃO DA IDENTIFICAÇÃO DE SUSPEITOS POR FOTOS E AS OPERAÇÕES POLICIAIS NAS COMUNIDADES PERIFÉRICAS

Criança brincando em casa, adolescente fazendo ação voluntária, modelo grávida? Aparentemente nada em comum entre eles, contudo, todos mortos em ações policiais, todos negros, todos inocentes. Essa é uma realidade contínua no Brasil, diariamente nos noticiários são apresentadas notícias de que jovens negros estão sendo mortos em operações nas favelas, por balas perdidas, ou seja, por negligência policial. Não são situações isoladas, é um problema estrutural, a letalidade por ações das autoridades mata e agride, predominantemente, jovens negros e moradores de áreas periféricas.

Para tanto, o presente texto analisa tais fatores sobre uma perspectiva da influência colonial em nosso país. A questão da letalidade provocada por operações, também é fruto de uma abordagem europeia em face de um país que recebeu um direito feito para outras localidades. Nesse sentido, a vinda da polícia é inerente à chegada da Família Real Portuguesa ao Brasil, em 1808, reproduzindo instituições burocráticas portuguesas.

Assim sendo, a instituição da polícia no país visa além da proteção da Família Real nos moldes europeus, para fortalecer as amarras escravocratas, ajudando assim, a solidificar um regime autoritarista perante corpos negros. Para Holloway:

(...) a história da Polícia brasileira é marcada por uma herança escravocrata, clientelista e autoritária, o que se pode observar por uma simples operação policial, nos tratamentos diferenciados de acordo com o estrato social ao qual pertence o 'cidadão' (HOLLOWAY, 1997).

Tal assertiva pode ser assimilada na questão da utilização da Lei de Drogas nas operações policiais sobre as favelas brasileiras. O tratamento é significativamente diferenciado e a título de reflexão utilizaremos o exemplo do Rio de Janeiro, palco constante de operações violentas pautadas no discurso das guerras às drogas. É possível observar que as favelas fluminenses sofrem cotidianamente com as intervenções, no entanto, ações policiais em áreas de luxo, praias e regiões mais abastadas, são praticamente inexistentes.

Em uma visão histórico-cronológica sob a segurança no Brasil, em 1888 após a abolição da escravidão, surgiu a necessidade de controle dos corpos negros. Assim sendo, virou prioridade o encarceramento em massa, majoritariamente da população negra, para o controle social.

Neste segmento, é possível observar que a arquitetura e as ferramentas inerentes às penitenciárias do país são muito parecidas com as estruturas das senzalas como, por exemplo o uso de algemas, a falta de saneamento básico e a superlotação. Em alguns países do Cone Norte, tais instituições apresentam uma forma arquitetônica deveras diferenciada, mostrando uma assistência muito mais digna da que prevalece no Brasil que teve uma experiência escravocrata muito forte.

Logo, a massificação de corpos negros em face da atuação policial no Brasil é recorrente. São incontáveis os casos ocorridos no Brasil, e principalmente na atualidade, mesmo em um contexto pandêmico, as mortes continuam sendo derivadas da negligência e da ação continuada da polícia. Destarte, no Brasil os números são excessivamente grandes e denunciam uma, já citada, padronização da letalidade. Segundo Thayana Araújo e Elis Barreto:

Os negros são a maioria dos mortos em operações policiais em pelo menos cinco estados brasileiros(...)os estados da Bahia, Ceará, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo somaram no ano passado um total de 3.489 mortos pela polícia. Desses estados, o Rio de Janeiro está em primeiro lugar no total de vítimas, com 1.814 óbitos, o maior número dos últimos 30 anos. Segundo o levantamento, 86% das mortes foram de pessoas negras no estado. (ARAÚJO T.; BARRETO E., 2020).

Nesse mesmo segmento, dados da Organização Le Brésil Resiste afirmam o mesmo, e ainda indicam que:

O perfil das vítimas mostra como a violência policial é uma grande manifestação do racismo estrutural contra as populações negras e « periféricas ». Os casos de João Pedro, Mizael ou Rogério são emblemáticos: os jovens negros das favelas são particularmente visados por esta violência. Em média, 79,1% das pessoas mortas em 2019 durante as intervenções policiais são negras. Da mesma forma, a polícia mata 2,8 vezes mais negros do que brancos. Por fim, 65% dos policiais assassinados são negros (embora representem apenas 44,9% da força de trabalho). (LE BRÉSIL, 2020).

Diante desta perspectiva, essa padronização nas mortes decorrentes de intervenções, gera também o reconhecimento de corpos negros para fins policiais e investigativos. Contudo, a palavra reconhecimento neste âmbito é uma falácia, pois, não se tem a individualização da pessoa e sim a padronização da cor. O humorista Chris Rock denuncia esse tipo de situação a anos, contando sua história de vida intrínseca às situações racistas. Chris faz uma crítica ao que acontecia nos anos 80 nos EUA, contudo, pode ser perfeitamente encaixada em uma realidade brasileira contemporânea.

Em um dos episódios da série, Cris conta sobre um caminhão de doces, objeto de furto, em seu bairro, quando o guarda branco pergunta para o motorista as características de quem havia praticado ato ilícito para com ele, o motorista responde de maneira detalhada as características, mas o guarda só escuta que ele era negro (ROCK, 2005). Dentre inúmeras outras críticas, essa questão aponta um comportamento recorrente: o estigma do delituoso negro, e este estigma programa um afastamento no caráter individual da pessoa, que não possui outra característica determinante a não ser a cor da pele.

Ao que estende essa questão, em 2020, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), na decisão de HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC (2020/0179682-3), entendeu que o mero reconhecimento por fotografia não serve para embasar condenação. Para tanto, sobre a decisão, o Relator Ministro Rogério Schietti tece comentários sobre o assunto:

O reconhecimento é a prova mais envergonhadamente admitida na nossa jurisprudência, responsável por uma infinidade de pessoas cumprindo pena com base apenas no reconhecimento, um cenário que inclui, ainda, questão racial sistêmica (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus no 598.886-SC (2020/0179682-3). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. 27 de Outubro de 2020. Santa Catarina, dezembro de 2020.).

Da mesma forma, o Ministro Antônio Saldanha Palheiro, assinala que o reconhecimento por foto é um equívoco histórico:

Uma correção de rumo de um equívoco histórico que, por comodidade e displicência, a gente vem ratificando. Esse cenário é corroborado pelo afã de buscar um culpado para os crimes e pela precariedade do sistema científico de investigação (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus no 598.886-SC (2020/0179682-3). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. 27 de Outubro de 2020. Santa Catarina, dezembro de 2020.).

Através destas considerações feitas, é passível de se concluir que existe, portanto, um movimento inicial na dissolução de preconceitos tão enraizados no cerne do dizer direito. Ao passo que, jurisprudências, como a recém-citada do STJ, visam fluidificar erros adjacentes à história do Brasil.

O simulacro de segurança criado pelas polícias é tão nítido e tão forte para as classes mais abastadas da elite brasileira, que atualmente, o que se é observado em algumas cidades do Brasil são as consolidações de condomínios fechados.

Nesse sentido, o que se é contemplado é que, em sua maioria, famílias com uma melhor condição econômica constroem suas casas em ambientes altamente protegidos, através de muros e segurança de altíssimo nível. Ou seja, a circulação nestes ambientes só é permitida para quem é morador, convidado ou funcionário. Essa seleção de quem entra gera, portanto, uma segregação social, notada pelo fato de que, os condomínios fechados oferecem um simulacro de fuga da violência, sujeira e pobreza inerente ao Brasil, e este, funciona como uma máscara que camufla o que a elite não quer ver: heterogeneidade e miséria.

Feitas tais considerações, a respeito de como a sociedade civil é respaldada por uma necessidade de limpeza do contingente indesejado e da fuga de ambientes que apresentam a desigualdade, se evidencia que é o encarceramento em massa bem como os altos índices de mortes nas operações policiais. Nesta perspectiva, como já fora dito, é propício que se chegue à conclusão de que estes imbróglis têm intrínseca relação com o ensino passado tanto aos membros da segurança pública quanto aos juristas que, não obstante a temática da presente pesquisa, receberam um ensino marcado por traços etnocêntricos.

Nesse sentido, Boaventura de Souza Santos em seu texto sintetiza exatamente essa afirmação, dizendo que:

A política que temos hoje, em muitas partes do mundo, é uma política epistemológica. É uma política que se afirma como a única possível, como invencível e que descredibiliza todos os conhecimentos que poderiam enfrentá-la, desafiá-la, confrontá-la (SANTOS, 2018).

Fazendo a interpretação do que o renomado autor diz na esfera do assunto tratado, principalmente na formação de juristas, vemos que a visão etnocêntrica (racista, colonizadora, classista) é muito forte. Esta, é exposta à suma clareza, quando observamos as grades fornecidas pelos cursos de direito, é possível entender tal questão, à medida que, o Direito Romano é uma matéria oferecida na graduação, e deste, é pautado diversas matrizes processuais com referências europeias.

A interpretação é a mesma quando se trata das estratégias policiais, advindas das já citadas origens históricas e culturais, remetidas ao “capturar escravos fujões” em referência à uma situação comum na atualidade: a “captura” de corpos negros, por meio do uso da violência e do braço armado do Estado alinhado a uma falta de discricionariedade de sua atuação em regiões mais pobres e da retirada da condição de sujeito sobre a pessoa que é criminalizada pela cor da pele e enquadrada em um estereótipo marginalizado.

Desse modo, fica claro que o Direito e a atuação em prol da segurança, precisa ser reformados, ao passo que, os efeitos gerados pelo reconhecimento de suspeitos por fotografias e as operações policiais mostram que existe um problema estrutural no seio da sociedade brasileira. Ademais, as estruturas intrínsecas a atuação policial no Brasil salienta uma forte influência racista na legislação antidrogas e em todo o aparato de segurança pública.

3. CONCLUSÃO

Ao analisar tamanhas entranhas consolidadas em séculos de manutenção de uma estrutura que privilegia classes e cor de pele, é possível concluir que o caos instaurado no Brasil, em face dos direitos minados de uma população historicamente excluída e marginalizada, é disseminado por uma política etnocêntrica e preconceituosa enraizada na cultura brasileira.

Nesse sentido, o presente trabalho apresenta como o pensar direito, embasado em um direito pronto advindo de uma matriz europeia. Fez com que na contemporaneidade os agentes comprometidos com a seguridade da ordem, trabalhem em uma disseminação e aprisionamento de corpos negros e da estruturação de uma linhagem que faz com tais ações sejam maiores em áreas periféricas.

Essas ações são baseadas em procedimentos usados pelas autoridades em um Brasil escravocrata e que as similaridades foram exemplificadas no presente texto. Como no fato, de que em 1830 o escravo encontrado com fumo de Angola era encarcerado por três dias, contudo, o homem branco e livre pagaria apenas uma multa. Portanto, fica evidente que a Lei de Drogas não provoca uma busca por apreensões de drogas, mas sim uma busca por possíveis suspeitos, evidenciados à luz de uma sociedade racista. Já que a atuação estatal tanto por meio da polícia quanto por meio da atuação do judiciário, tem suas ações maculadas pela crença colonial de que as transgressões penais são ligadas a uma raça e não uma resposta direta da violência e da desigualdade social do país.

As ações policiais espelhadas são passíveis de exemplificações infinitas, e nesta percepção outra conclusão, segundo a ótica desta redação, é que a polícia surge objetivando que seja feito encarceramento de homens negros. E esta atuação das entidades de controle, funciona da mesma forma hoje, à medida que, promove o encarceramento de afro-brasileiros por meio do reconhecimento por foto, ou a mera dedução que o jovem negro é por si só um marginal.

Logo, a visão colonial, que preceitua que a população negra apresenta preponderância em criminalidade, e esta, advém diretamente da forte influência da escola positivista em criminologia, que tem como pensador expoente o sociólogo Nina Rodrigues. Portanto, fica evidente que a cultura brasileira já racista e discriminatória assimilou fortemente a narrativa de Nina e justificou condutas discriminatórias sob a égide da reprodução de uma criminalidade biológica.

Por fim, é necessário solidificar o pensamento de que as prisões, também são um reflexo colonial. Neste segmento, como já anteriormente citado, é possível observar que a arquitetura e as ferramentas inerentes às penitenciárias brasileiras são muito parecidas com as estruturas das senzalas, o uso de algemas, a superlotação, e os colchões (o fato de dormir no chão), são alguns exemplos dessa similaridade.

De acordo com Quijano, “está na hora de aprender a liberar-nos do espelho eurocêntrico onde nossa imagem está sempre, necessariamente, distorcida. Já é hora, finalmente, de deixar de ser o que não somos.” (QUIJANO, 2005). Ou seja, é primordial que a estrutura racista do Estado brasileiro somado ao uso sem descrição de ferramentas de categorização racial seja extinta.

Ademais, é necessário expor que a lei antidrogas no Brasil é um mero instrumento de consolidação de estigmas e uma maneira efetiva do Estado promover operações policiais em periferias não contra as drogas, mas contra os corpos negros. A guerra às drogas no Brasil, ceifa diariamente vidas negras e aumenta os índices de desigualdade no país, solidificando ideias retrógrados de colonialidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* 1ª Edição. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018. 256 p.

ARAÚJO, Thayana; BARRETO, Elis. *Negros são maioria das vítimas de operações policiais em 5 estados*. 2020. Disponível em: < <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/12/09/negros-sao-maioria-das-vitimas-de-operacoes-policiais-em-5-estados-diz-texto>>. Acesso em: 3 de julho de 2021.

BIAVASCHI, Magda B. *Os direitos das trabalhadoras domésticas e as dificuldades de implementação no Brasil: condições e tensões sociais*. 2014. 18 p. Folheto. Fundação Friedrich Ebert Stiftung. São Paulo/SP.

BRASIL. Constituição Federal, 5 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de julho de 2021.

BRASIL. Lei no 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm>. Acesso em: 03 de julho de 2021.

BRASIL. Lei no 2.040, de 28 de setembro de 1871. Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daqueles filhos menores e sobre a libertação anual de escravos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm>. Acesso em: 03 de julho de 2021.

BRASIL. Decreto-Lei No 3.688, de 3 de outubro de 1941, Lei das Contravenções Penais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2021.

BRASIL. Lei no 3.353, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm>. Acesso em: 03 de julho de 2021.

BRASIL. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Congresso Nacional. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 03 julho de 2021.

CARLINI, Elisaldo. *et. al. Cannabis e Substâncias Cannabinóides em Medicina*. Brasília - DF: Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD, 2004. 240 p. Simpósio Cannabis sativa L. e Substâncias Canabinóides em Medicina.

CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva. *Psicologia social do racismo – estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. 6. Edição. São Paulo: Vozes, 2014. 192 p.

CARVALHO, Salo. *A política de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização*. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2014. 469 p.

DAVIS, Ângela. *Mulheres, raça e classe*. 1ª Edição. São Paulo: Boitempo, 1981. 248 p.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* – Período de Julho a Dezembro de 2020. 2021. Disponível em: < <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZmY1NjZlNmMtZmE5YS00MDIhLWEyNGYtYmNiYTkwZTg4ZmQ1liwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NG-MtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 10 de outubro de 2021.

DOMENICI, Thiago; BARCELOS, Iuri. *Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo*. 2019. Disponível em: <<https://apublica.org/2019/05/negros-sao-mais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-em-sao-paulo/>>. Acesso em: 10 de outubro de 2021.

EMICIDA, Ismália. In: AmarElo. Participação: Larissa Luz e Fernanda Montenegro. Rio de Janeiro: Laboratório Fantasma. 2019 (5min57seg).

ESCOHOTADO, Antônio. *História elementar das drogas*. 1ª Edição. Lisboa: Antígona, 2004. 225 p.

FRAGA, Gleide. *Sobre a solidão da mulher negra*. 2015. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/sobre-a-solidao-da-mulher-negra/>>. Acesso em: 28 de junho 2021.

FRANCO, Marielle. *UPP – A redução da favela a três letras: uma análise da política de segurança pública do estado do Rio de Janeiro*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: N- 1 Edições, 2018. 160 p.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. *Anuário brasileiro de segurança pública*. Edição XIV. São Paulo, 2020.

HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; Fórum Brasileiro de Segurança Pública (Org.). *Atlas da violência 2019*. Brasília; Rio de Janeiro; São Paulo: IPEA; FBSP, 2020

KARAM, Lucia Maria. *Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais*. 22 p. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. 7º v. São Paulo: Fórum. 2013. 266 p.

KARAM, Maria Lucia. *Proibições, riscos, danos e enganar: as drogas tornadas ilícitas*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 68 p.

KILOMBA, G. *Memórias da plantação: episódios de racismo cotidiano*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Cobogó, 2019. 249 p.

KOWARICK, Lúcio. *Trabalho e vadiagem: a origem do trabalho livre no Brasil*. 2ª Edição. São Paulo: Paz e Terra, 1994. 168 p.

MARICATO, Ermínia Terezinha Menon. *As ideias fora do lugar e o lugar fora das ideias*. In: A cidade do pensamento único: desmanchando consensos. Petrópolis: Vozes, 2013, 192 p.

LE BRESIL. *Racismo e as Violências Policiais*. 2020. Disponível em: < <https://lebresilresiste.org/racismo-e-as-violencias-policiais/>>. Acesso em: 04 de julho de 2021.

MIGNOLO, Walter. *Histórias Locais/ Projetos Locais: Colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. 505 p.

OLIVEIRA, Natália; RIBEIRO, Eduardo. *Massacre negro brasileiro na guerra às drogas*. 9 p. In: Revista Internacional de Direitos Humanos. 28 Edição. São Paulo: SUR, 2018. 245 p.

PEDRINHAS, Roberta Duboc. *Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica*. 18 p. In: XVII CONPEDI. Anais do XVII CONPEDI, Salvador/BA. 2008.

PUPPO, Eugenio (direção). *Sem Pena*. Produção: Heco Produções. Distribuição: Espaço Filmes. Codistribuição: Secretaria Municipal de Cultura de São Paulo. São Paulo (SP), 2014. 87 min. Color.

QUIJANO, Aníbal. *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina*. 2005. p. 117-278. Perspectivas Latino-americanas. Buenos Aires/AG.

RODRIGUES, Nina. *O animismo fetichista dos negros bahianos*. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, 2006. 139 p.

SAAD, Luísa Gonçalves. *“Fumo de negro”: a criminalização da maconha no Brasil*. 2013. 139 f.: Il. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador/BA.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Na oficina do sociólogo artesão*. 1ª Edição. São Paulo: Cortez, 2018. 408 p.

SCHWARCZ, Lília Moritz. *Nem preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociabilidade brasileira*. 1ª Edição. São Paulo: Claro Enigma, 2012. 149 p.

SILVA, Gilvan Gomes Da. *A Lógica da polícia militar do Distrito Federal na Construção do Suspeito*. 2009. 187 p. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília (UNB). Brasília/DF.

SMALL, Debora. *A guerra às drogas é um mecanismo de manutenção da hierarquia racial*. 2016. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-guerra-as-drogas-e-um-mecanismo-de-manutencao-dahierarquia-racial>>. Acesso em: 23 de junho de 2021.

VITAL, Danilo. *Reconhecimento por fotografia não serve para embasar condenação*. 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-out-27/reconhecimento-foto-nao-embasar-condenacao-stj>>. Acesso em: 3 de julho de 2021.

ZEVIANI, Mércia Brêda; SILVA, Lia Geraldo Augusto da Silva. *O cuidado ao portador de transtorno psíquico na atenção básica de saúde*. 2001. Pp. 471 – 480 . Ciência & Saúde Coletiva – Associação Brasileira de Pós Graduação em Saúde Coletiva – Rio de Janeiro, Brasil.

ANÁLISE DO TELETRABALHO COMO MODALIDADE CONTRATUAL: COMPARATIVO ENTRE O BRASIL, FRANÇA E CHILE

ANALYSIS OF TELEWORK AS A CONTRACTUAL MODE: COMPARATIVE BETWEEN BRAZIL, FRANCE AND CHILE

Maria Júlia Souza Diniz*

Rebeca Cavalcanti**

Resumo: O presente artigo científico desdobra-se sobre o teletrabalho, fenômeno advindo da Revolução Industrial 4.0, que implicou em diversas transformações tecnológicas, substancialmente, no que concerne às formas de interlocução e às relações laborais. Notadamente, tem por objetivo analisar as características dessa modalidade contratual no Brasil, comparando com o respaldo legal da França e do Chile, a fim de demonstrar o retrocesso nacional frente à problemática. Sendo assim, utilizar-se-á do método de abordagem indutivo, baseado em pesquisa bibliográfica, estatística, monográfica e legal e do método de procedimento comparativo para consumir as questões supracitadas. Nesses termos, é preciso considerar a decadente regulamentação jurídica brasileira sobre o assunto, que necessita de indispensáveis posicionamentos advindos do Poder Público, a fim de assegurar os direitos sociais dos trabalhadores.

Palavras-chave: Teletrabalho. Direito do Trabalho francês e chileno. Dignidade do Trabalhador.

Abstract: This scientific article is focused on telework, a phenomenon induced by the Industrial Revolution 4.0, which implied in several technological transformations, substantially, in regards to dialogue methods and labor relations. Notably, it aims to analyze the characteristics of this contractual modality in Brazil, comparing it with the legal support of France and Chile, in order to demonstrate the national setback in the face of the problem. Therefore, the inductive approach method will be used based on bibliographic, statistical, monographic and legal research and the comparative procedure method to complete the above-mentioned questions. In these terms, it

*Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Conciliadora Judicial pelo Tribunal de Justiça da Paraíba. Bolsista pelo Programa de Extensão da UEPB. E-mail: mariajuliadiniz03@gmail.com.

**Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Conciliadora Judicial pelo Tribunal de Justiça da Paraíba. E-mail: rebecacavalcant@gmail.com.

is necessary to consider the decaying Brazilian legal regulation on the subject, which requires indispensable positions from the Public Power, in order to ensure the social rights of workers.

Keywords: Telework. French and Chilean labor law. Dignity of worker.

INTRODUÇÃO

A Revolução Industrial 4.0, fenômeno iniciado no século XXI, engloba tecnologias para automação e troca de dados e utiliza conceitos de Sistemas ciber-físicos, Internet das Coisas e Computação em Nuvem, tendo como foco a melhoria da eficiência e produtividade dos processos.

Diante desse cenário, diversas modificações foram introduzidas na sociedade, dentre elas, nas relações interpessoais e nas formas de interlocução. À frente disso, emerge uma nova modalidade de trabalho – o teletrabalho – na qual os funcionários executam seu labor fora do pátio empresarial, através das plataformas digitais, fiscalizados por equipamentos telemáticos como a *Webcam* e os outros meios de comunicação.

Nesses termos, considerando que o Direito acompanha as transformações sociais, o arcabouço normativo brasileiro se tornou insuficiente para abarcar essa nova realidade laboral. Com isso, em 2017 tramitou no Congresso Nacional uma proposta legislativa que visava a alterar dispositivos da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) a fim de assimilar a questão ora discutida. Assim, foi introduzida a Lei 13.467/2017 no ordenamento jurídico nacional, que acrescentou o artigo 75-B, no citado diploma legal, encarregado de estampar o conceito de teletrabalho.

Entretanto, apesar de conferir maior segurança jurídica e uma certa pacificação sobre o tema, o teletrabalho engloba problemáticas que não são acolhidas com essa reforma no texto da CLT, ou caso envolvidas, são insuficientes. No bojo desta discussão, o presente artigo tem por objetivo pontuar as características advindas do teletrabalho, bem como comparar de que modo essa matéria é abordada no ordenamento jurídico da França e do Chile, uma vez que estes foram os países pioneiros a regulamentar alguns assuntos dessa modalidade contratual, destacando pontos inovadores da temática.

Desse modo, utilizar-se-á do método de abordagem indutivo, partindo de premissas particulares para alcançar conclusões gerais, baseado em pesquisa bibliográfica, monográfica, estatística e legal. Ademais, será empregado o método comparativo como forma de procedimento.

1. DO CONCEITO DE TELETRABALHO, DAS CARACTERÍSTICAS E SUA PREVISÃO LEGAL

São inúmeros os reflexos em todos os âmbitos da sociedade provocados com o avanço do processo da globalização¹, o desenvolvimento das tecnologias e o avanço da informática. O Direito do Trabalho, por sua vez, não ficou ileso às mudanças advindas da Era Digital. A constante renovação tecnológica, aplicada ao campo das comunicações e das atividades laborais, vem eliminando as antes impermeáveis barreiras do espaço e do tempo. Em acréscimo, a tecnologia, além de funcionar como mediadora da distância geográfica, permite o contato entre trabalhador e tomador de serviços, como ferramenta e espaço virtual de trabalho.

Nessa esteira, o que se percebe é que as novas tecnologias, somadas à descentralização laboral, vêm contribuindo para o surgimento de outras formas de prestações laborativas, dentre elas, o teletrabalho.

O conceito de teletrabalho deriva da etimologia da palavra “tele”, que significa longe, à distância (TELE, 2021, s.p.). Esta modalidade de prestação laboral, que está em constante expansão, muito em razão dos avanços tecnológicos, encontra previsão legal para sua caracterização no ordenamento pátrio. Nessa mesma ordem de ideias, a Lei 13.467/2017, incluiu o artigo 75-B na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e seu caput estampou o conceito de teletrabalho ao dispor que:

Art. 75-B. Considera-se **teletrabalho** a prestação de serviços preponderantemente **fora das dependências do empregador**, com a **utilização de tecnologias** de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. (BRASIL, 2017) (grifos nossos).

Além disso, o novo artigo art. 6º, caput e parágrafo único, da CLT, em conformidade com redação conferida pela Lei n. 12.551/2011, diz:

Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, **o executado no domicílio** do empregado e **o realizado a distância**, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (BRASIL, 2011) (grifos nossos).

Pela leitura do dispositivo legal, fica claro que o teletrabalho mantém os elementos jurídicos-formais exigidos para a caracterização do vínculo empregatício através de contrato, a saber: prestação de trabalho por pessoa física a outrem,

¹ Explica Singer que a globalização é um processo de reorganização da divisão internacional do trabalho, acionado em parte pelas diferenças de produtividade e de custo de produção entre países. (SINGER, 2001, p. 14).

com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e sob subordinação (DELGADO, 2018, p. 335). Mormente, importa destacar que a Lei 13.467/2017 traz a indispensabilidade de um contrato individual para o exercício do teletrabalho, conforme preceitua o *caput* do artigo 75-C ao estatuir que: “A prestação de serviços na modalidade de **teletrabalho** deverá constar **expressamente** do **contrato** individual de trabalho, que **especificará as atividades** que serão realizadas pelo empregado” (BRASIL, 2017) (grifos nossos).

Nessa esteira, fica claro que o contrato de trabalho é o instrumento hábil no qual deve constar, de modo claro e expreso, todos os aspectos e especificidades da atividade laboral a ser desempenhada.

Para além, Talita Nunes explica que o teletrabalho é uma modalidade de trabalho flexível e típica da sociedade informacional e se caracteriza pela conjugação simultânea de três elementos constitutivos: a distância, a tecnologia e a organização (NUNES, 2018).

A distância, consiste na separação física entre o local da atividade laboral desempenhada e a estrutura física da corporação empresarial, isto é, do parque fabril. A tecnologia, por sua vez, é a intermediadora entre o empregado e o empregador, que permite o desempenho das atividades laborais. Por fim, a organização se constitui como requisito flexível, já que o empregador ou o tomador de serviço é quem deve organizar o ciclo produtivo e considerar a logística do trabalho remoto. (NUNES, 2018, s.p).

Seguindo esses elementos, é possível verificar especificidades quanto à intensidade de conectividade entre o trabalhador e o empregador e quanto ao local preponderante de trabalho. Denise Pires Fincato, no artigo publicado sob o título “Saúde, higiene e segurança no teletrabalho” explica que quanto ao grau de conexão o teletrabalho pode ser *one way line*, *off line* ou *on line*. A modalidade *one way line* consiste no uso da comunicação tecnológica apenas para o envio ou a recepção de tarefas. Por sua vez, o teletrabalho *off line* ocorre “quando o trabalhador não mantém contato direto com o computador central da empresa”. Por fim, para a autora, o teletrabalho *on line*, é o que ocorre quando os trabalhadores se comunicam continuamente com a empresa, destacando que “não é necessariamente em tempo integral, mas em tempo real e constante”. (FINCATO, 2009, s.p).

Desdobrando o seu entendimento, Denise Pires Fincato explica que quanto ao local preponderante do desempenho das atividades laborais, tem-se: o trabalho a domicílio ou home office, no qual tem como centro de trabalho sua própria resi-

dência; o trabalho realizado em centros satélites ou telecentros (espaços de apoio pertencentes à empresa empregadora ou compartilhados entre duas ou mais empresas), o trabalho em *telecottages* que, por sua vez, são os espaços localizados em ambientes rurais ou de difícil acesso e o trabalho móvel ou nômade, que não tem local fixo. (FINCATO, 2009, s.p.).

Um dos pontos controversos que eclodiu, com Reforma trabalhista² de 2017, foi a inserção do art. 62, inciso III na CLT. Esse dispositivo excluiu os teletrabalhadores do capítulo “Da Duração do Trabalho”, de forma que o teletrabalhador não tem direito a hora extra, noturna, adicional noturno, intervalo intrajornada e interjornada, o que já é apontado pela maioria esmagadora da doutrina como uma clara violação aos Direitos Fundamentais positivados no ordenamento jurídico hodierno. Assim, cabe ao obreiro desempenhar suas atividades no horário que melhor lhe parecer favorável, a não ser que haja pactuação no contrato de trabalho.

Tal previsão pode ensejar, muitas vezes, confusão dos limites temporais entre o exercício da atividade laboral para além do previsto na relação contratual, ou seja, o recrudescimento da disponibilidade do teletrabalhador das demandas no ambiente virtual, lesionando o “direito à desconexão” (DELGADO, 2019, p. 1070). Com exceção, a exclusão do capítulo “Da Duração do Trabalho”, não se estende aos digitadores, tendo em vista o art. 72 do mesmo diploma legal, dispõe que: “nos serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo), a cada período de 90 (noventa) minutos de trabalho consecutivo corresponderá um repouso de 10 (dez) minutos não deduzidos da duração normal de trabalho.” (BRASIL, 2017).

Com a inserção das novas tecnologias na nossa sociedade, o teletrabalhador é monitorado através dos meios telemáticos e informatizados, como internet, telefone, webcâmera e o cumprimento de tarefas diárias. Nessa esteira, já elucida o parágrafo único do artigo 6º, que diz:

Parágrafo único. Os **meios telemáticos e informatizados** de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (BRASIL, 2011) (grifos nossos).

Em relação aos equipamentos e infraestrutura (fornecimento, manutenção, aquisição), necessários ao desenvolvimento da atividade laboral remota, diz

² Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

o artigo 75-D que deve ser pactuado no contrato. Complementa o parágrafo único, do mesmo artigo, que o fornecimento de equipamentos ou infraestrutura não compõe o salário do empregado. Assim, o legislador não determinou a fixação dos custos ao empregador (que, de acordo com o artigo 2º da CLT, deveria assumir os riscos do empreendimento), permitindo, dessa forma, a assunção ao empregado dos riscos com o material do trabalho, o que vai de contrário a um dos princípios mais elementares da seara trabalhista.

Demais direitos como férias e vale-refeição³, são extensivos aos teletrabalhadores, nos mesmos moldes destinados àqueles que desempenham atividade no parque empresarial.

Por ser uma modalidade cada vez mais atual e que está em constante expansão e, ainda, alavancada pelos efeitos do isolamento social decorrente da pandemia provocada pelo Covid-19, exige-se adequações legislativas para a ideal implantação e desenvolvimento do teletrabalho. A CLT, por sua vez, em suas novas regras sobre o teletrabalho, ainda não enfrentou temas candentes como a exacerbação da disponibilidade obreira às demandas laborais e o denominado “direito à desconexão”, assuntos que são importantes na dinâmica desse novo regime laborativo. Logo, a falta de regulamentação destes importa em evidente ameaça ao “princípio da proteção ao trabalhador”, assegurado pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

2. ANÁLISE DOS IMPACTOS DO TELETRABALHO COMO MODALIDADE CONTRATUAL

Diante das mudanças legislativas atinentes à matéria e a constante evolução dos meios telemáticos, faz-se mister analisar os aspectos concernentes à essa modalidade de trabalho e quais impactos ocasiona para vida em sociedade, uma vez que não há como negar que o teletrabalho estará cada vez mais presente nas relações laborais, uma vez que o avanço tecnológico, os serviços de automação e as trocas de dados são elementos intrínsecos à pós-modernidade.

Esse contexto se intensifica na nova realidade provocada pela COVID-19, que teve como uma das suas principais modificações a adoção da modalidade de teletrabalho, uma vez que obrigou grande parte dos trabalhadores a aderirem a forma

³ Agregue-se, ademais, que determinada utilidade não terá caráter salarial.

de serviço remota. Desse modo, as transformações e a utilização das ferramentas digitais após o ano de 2020 foram ampliadas, principalmente na seara trabalhista, tendência essa que veio para ficar.

Ademais, outro indicador que demonstra o crescimento do teletrabalho, é que antes da pandemia, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) anunciou, em 2018, um total de 3,8 milhões de pessoas trabalhando “no domicílio de residência”. Na semana de 21 a 27 de junho de 2020, já no contexto da PNAD-Covid-19, o IBGE estimou em 8,6 milhões o número de brasileiros que trabalhavam remotamente. (AGÊNCIA SENADO, 2020).

Outro ponto necessário de se mencionar, foi de como a pandemia além de intensificar a adoção do teletrabalho pela maioria das empresas, modificou as preferências dos empregados no tocante a modalidade de trabalho. Desse modo, a especialista em recrutamento e seleção do Vagas, Luciana Calegari, afirmou em matéria fornecida para o blog Cléber Barbosa, que em pesquisa feita entre os próprios funcionários da empresa que 70% (setenta por cento) dos trabalhadores preferem o trabalho à distância (BARBOSA, 2020, s.p.).

Em vista disso, afirma o jornalista Nelson Oliveira, em matéria publicada para o site Agência Senado, intitulada como: “teletrabalho ganha impulso na pandemia, mas regulamentação é objeto de controvérsia”, traz um comentário assertivo, ao dizer que:

Venha ou não a ser regulado em mais detalhes, o teletrabalho terá fatalmente de encontrar um formato apoiado em alguma forma de consenso, sob pena de se converter em uma fonte inesgotável de conflitos e, seguramente, de ações judiciais. (AGÊNCIA SENADO, 2020).

Dessa forma, analisar-se-á os efeitos que o teletrabalho gera tanto para o empregado como para o empregador, que, caso não seja regulamentado de maneira mais satisfatória pelo Estado brasileiro, acarretará em enorme prejuízo para o convívio social, considerando que estará cada vez mais presente nas relações laborais, principalmente no cenário pós pandêmico,

Nesse sentido, cabe aos órgãos deliberativos, juntamente com a sociedade civil, nortear as questões que perpassam sobre esse assunto e que ainda estão em sede de discussões incipientes ou indevidas, conforme será mostrado a seguir, para que sejam devidamente amparadas pelo ordenamento jurídico pátrio e, assim, se torne possível garantir os direitos inerentes aos trabalhadores previstos no art. 7º da Constituição Federal.

2.1 DOS ASPECTOS FAVORÁVEIS

Analisando as características acima expostas sobre essa modalidade de trabalho, é fundamental apreciar alguns impactos positivos que gera tanto para a vida em comunidade, quanto para a figura do empregado e do empregador.

Para o tomador de serviços, o teletrabalho representa uma verdadeira redução dos custos, uma vez que despesas destinadas a manutenção e a limpeza do ambiente laboral, como água, luz, energia e gastos relativos à logística do espaço de serviço, serão reduzidas.

Em benefício do trabalhador, algumas vantagens podem ser explicitadas, como a flexibilidade dos horários de trabalho, facilidade para conciliar a vida familiar e pessoal com as suas atividades laborais, ausência de gastos com deslocamento para o local de trabalho e das consequências advindas dele, possibilitando uma menor carga de estresse. Além disso, entende-se que o empregado presencia um aumento na sua capacidade produtiva, visto que está isento de distrações atinentes ao universo profissional.

Assim, em matéria publicada pelo G1 no ano de 2020, intitulada como: “Apesar de bancar custos e trabalhar além da jornada, trabalhador vê aumento da produtividade no home office”, redigida pela jornalista Marta Cavalinni, foi demonstrado em pesquisa feita pelo DataSenado, “Pandemia aumenta o número de brasileiros com experiência em teletrabalho”, que a maioria dos trabalhadores remotos afirmam que houve aumento de produtividade de 41% (quarenta e um por cento) em relação ao próprio desempenho e 38% (trinta e oito por cento) em relação ao da empresa ou organização empregadora. (G1, 2020, s.p).

Ainda, segundo os resultados do estudo mencionado, o teletrabalho também trouxe benefícios para a vida pessoal. A maioria dos trabalhadores remotos, 49% (quarenta e nove por cento), percebe aumento no nível de bem-estar pessoal e 48% (quarenta e oito por cento) melhoria no ambiente familiar (G1, 2020, s.p), uma vez que é conferido ao empregado maior autonomia para gerir os horários de funcionamento das suas atividades, o que implica, muitas vezes, em um convívio mais saudável na esfera pessoal.

Além disso, outro benefício atrelado ao teletrabalho é não precisar se deslocar ao ambiente laboral para o exercício das suas atividades, conforme foi supramencionado. Dessa maneira, de acordo com os dados da “Pesquisa de Mobilidade Urbana na Cidade” feita pelo Ibope Inteligência a pedido da Rede Nossa São Paulo, em

setembro de 2018, foi revelado que o tempo médio de deslocamento dos paulistanos é de 2 (duas) horas e 43 (quarenta e três) minutos por dia até o ponto de ofício.

Porém, durante uma semana, a BBC News Brasil acompanhou o trajeto diário de três trabalhadores, em que o tempo de ida até o local de trabalho se afasta desses números, de modo que passam até um terço de suas vidas dentro de ônibus ou trem. Um deles é o zelador Ludovico Jesus Tozzo, de 58 (cinquenta e oito) anos. Ele conta que quase nunca vê a luz do dia ao lado da mulher, de seus dois filhos e netos porque passa cerca de 7 (sete) horas do seu dia no trajeto de ida e volta do trabalho (BBC, 2019).

Nesse sentido, é notório que uma das principais vantagens que o teletrabalho pode proporcionar para algumas profissões, é, sem dúvidas, a possibilidade de realizar o seu serviço em qualquer lugar que se encontre, sem depender de deslocamento para tanto. Assim, como já elucida Dutra “não é mais necessário enviar o trabalhador ao trabalho, mas sim, enviar o trabalho ao trabalhador, onde quer que ele esteja, sem que isso prejudique ou influencie no bom andamento da realização da tarefa” (DUTRA, 2014, s.p.).

Finalmente, para a vida em coletividade, uma consequência positiva do teletrabalho é a redução da emissão de gases poluentes, em virtude da minoração do uso de veículos automotores. Logo, empresas que adotam esta modalidade, influem positivamente na imagem institucional, contribuindo para sua responsabilidade social e ambiental, agregando, portanto, valor ao negócio.

2.2 DOS ASPECTOS DESFAVORÁVEIS

Apesar das vantagens consideráveis que são apresentadas pelo teletrabalho, é possível sentir os seus efeitos negativos que, recaem, proeminentemente, sobre a figura do trabalhador. Um dos infortúnios que mais comumente se verifica é a violação do “direito à desconexão”.

O direito à desconexão pode ser entendido como uma garantia que o empregado detém para recompor as suas necessidades físicas e biológicas, utilizar seu tempo para desenvolver atividades de cunho familiar e pessoal, fora do ambiente e da jornada de trabalho.

No entanto, ocorre que o teletrabalho tem como aparato os meios tecnológicos, o que possibilita uma conexão em tempo absoluto com o empregador, realizando, muitas vezes, o seu trabalho em tempo integral. Assim, a utilização de

e-mails, Whatsapp, Telegram, ou qualquer outro aplicativo de comunicação remota, possibilita que o trabalhador fique conectado por tempo indeterminado. É neste sentido que Antunes afirma: “emerge do trabalho on-line a figura do ‘escravo digital’, ao revelar o esfacelamento da fronteira entre o tempo de vida no trabalho e fora dele”. (ANTUNES, 2018).

Diante desse cenário, é primordial pontuar sobre as “horas de sobreaviso”. Essa situação está evidenciada quando o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanece em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso. Esse quadro se configura como uma clara violação ao direito à desconexão, uma vez que restringe o período de descanso do trabalhador e a sua liberdade para desenvolver atividades pessoais, dado que estará sempre à disposição do seu patrono.

Em vista disso, afirma o jurista Jorge Luiz Souto Maior:

Dizem que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança. O homem, por sua vez, criou a máquina, mas esta, sem que se perceba, está recriando o homem à sua imagem e semelhança. Na era da informática, o homem está sendo transformado em sua essência: está se criando o homem cibernético. (MAIOR, 2003, s.p.).

Nesta senda, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), a fim de proteger o trabalhador do nítido descomedimento de poder, se pronunciou sobre a questão através da Súmula 428⁴, determinando o pagamento do sobreaviso quando houver “violação à desconexão ao trabalho”. Tal verba adicional trabalhista depende da instrução dada pelo empregador e do contexto em que o trabalho foi prestado.

Uma das muitas implicações que a inobservância do direito à desconexão pode causar, é o aparecimento de doenças psicológicas. Isto porque, de acordo com a Doutora em Psicologia Clínica Luana Pedrosa Caldas, em uma matéria fornecida para o Diário de Pernambuco, intitulada como “teletrabalho e impactos na saúde mental”, nesta modalidade há uma confusão entre tempo e lugar, de modo

⁴ SÚMULA N.º 428 - SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT.

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso. (Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25-9-2012).

que o trabalhador é exigido por organização, entregas, planejamento e gestão de tempo em um mesmo espaço: o seu lar. Assim, é cobrado um maior senso de responsabilidade e autodisciplina, o que acarreta, muitas das vezes, em desajustes emocionais e sintomas como agressividade, irritabilidade, compulsão, melancolia e tristeza. (DIÁRIO DE PERNAMBUCO, 2020, s.p.).

Ademais, é preciso pontuar que outro impacto negativo do teletrabalho recai sobre os custos de produção. Conforme dito na seção que trata do conceito de teletrabalho, suas características e previsão legal, o art. 75-D da CLT retira a assunção de riscos do empregador para fornecer os materiais de produção e passa a colocá-los sob a figura do empregado.

Em vista disso, na matéria do G1 supracitada, que relata a pesquisa feita pelo DataSenado, intitulada como “Pandemia aumenta o número de brasileiros com experiência em teletrabalho”, afirma que a maioria dos trabalhadores entrevistados não recebeu auxílio da empresa para ter os equipamentos necessários ao trabalho, nem ajuda para despesas com energia elétrica e internet.

Logo, percebe-se que a ocorrência desse fenômeno, lastimavelmente, é abarcado pelo ordenamento jurídico brasileiro, importando em uma clara violação aos direitos trabalhistas. É por isso que, não surpreendentemente, informa o mesmo estudo que apenas 3% (três por cento) dos empregados têm os seus custos bancados pela empresa. (G1, 2020, s.p.).

Não obstante, a flexibilidade de horários, que a princípio pode parecer um benefício conferido ao obreiro, pode se reverter em prejuízos às suas atividades laborais, configurando como um aspecto adverso desse gênero laboral. Sendo assim, acarreta, na maioria das vezes, em trabalhos realizados fora do horário de expediente. É nesse sentido que a matéria aqui discutida do G1, traz à baila o número impressionante de que 80% (oitenta por cento) dos trabalhadores remotos executam suas atividades fora do horário previsto contratualmente com a empresa. Sobre o tema, Almiro Eduardo de Almeida e Valdete Souto Severo observam que:

“Para o trabalhador (...) limitar a duração do trabalho e dar-lhe condições efetivas de descanso e lazer constitui proteção indispensável à sua higidez física e mental. Trata-se, portanto, do aspecto biológico: extensas jornadas acarretam a extenuação, a perda do convívio social, propiciando o aparecimento de doenças e a morte prematura. (SEVERO; ALMEIDA, 2016, p. 16-20).

Por fim, algumas desvantagens do teletrabalho apontadas por Alexandre Belmonte (2008), ainda podem ser consideradas, como a dispersão dos trabalhadores, a destruição da noção de coletividade e da divisão de tarefas e a falta de visão

de conjunto da empresa e de seus objetivos, que, inevitavelmente, podem suscitar prejuízos ao negócio.

3. O DIREITO À DESCONEXÃO SOB A ÓTICA JURÍDICA DA FRANÇA E DO CHILE

Considerando que o teletrabalho é um dos temas mais candentes para discussão, é de suma importância analisar, comparativamente, como essa modalidade laboral é disciplinada por outros países, a exemplo da França e do Chile, a fim de constatar o retrocesso do Brasil na regulamentação de alguns assuntos que envolvem a problemática.

A escolha desses países se justifica por serem os pioneiros na Europa e na América Latina a trazerem disposições acerca do direito à desconexão, como também, garantem ao empregado a limitação da jornada de trabalho, a assunção de riscos por parte do empregador e a garantia de direitos fundamentais ao trabalhador, tópicos estes que não possuem regulamentação no Brasil ou estão fadados à decadente normatização, conforme foi demonstrado na seção “Dos aspectos desfavoráveis do teletrabalho”.

Nesses termos, em 2004 a França vivenciou o protótipo do que viria a ser chamado de “direito à desconexão”, sendo o primeiro país a promover uma regulamentação sobre o tema na Europa. O caso ocorreu a partir de uma decisão do Supremo Tribunal Francês que determinou: “o fato de que [o trabalhador] não estava acessível em seu telefone celular fora do horário comercial não pode ser considerado uma má conduta” (FRANÇA, 2004, s.p.).

Em 2016 foi aprovada a *Loi El Khomri*, que objetivava modificar as condições do teletrabalho no país. No que se refere ao direito à desconexão, foi entendido que é necessário propiciar um equilíbrio entre a vida profissional e a vida privada, para permitir que as transformações digitais tenham um efeito positivo na qualidade de vida dos trabalhadores.

Nesse sentido, o artigo 55 do capítulo II, “adaptação do direito do trabalho à era digital”, do Código do Trabalho Francês, foi modificado para alterar o artigo L. 2242-8 do mesmo dispositivo, a fim de incluir o direito à desconexão, definido como:

Os procedimentos para o pleno exercício pelo funcionário do seu direito de se desconectar e o estabelecimento pela empresa de mecanismos para regulamentar o uso de ferramentas digitais, com o objetivo de garantir o respeito aos períodos de descanso e férias, bem como vida pessoal e familiar. Na falta de acordo, o empregador deve elaborar uma carta, após consulta ao conselho de

empresa ou, na sua falta, aos delegados do pessoal. Esta carta define esses procedimentos para o exercício do direito de desconectar e, além disso, prevê a implementação, para funcionários e pessoal de gerência, de atividades de treinamento e conscientização sobre o uso razoável de ferramentas digitais. (FRANÇA, 2016, s.p).

Essa alteração legislativa, de acordo com o artigo científico intitulado “Teletrabalho no Brasil e no mundo” da Confederação Nacional da Indústria (2020), teve por base um relatório feito em setembro de 2015, apresentado à Ministra do Trabalho francesa, Myriam El Khomri, daí o nome da lei. Aliado a isto, um estudo feito em 2016 aponta que 37% (trinta e sete por cento) dos trabalhadores estavam usando ferramentas digitais profissionais fora do horário comercial e 62% (sessenta e dois por cento) queriam maior regulamentação frente à questão.

Mormente, a Ugict-CGT, organização sindical francesa, em seu documento *Guide du Droit à la Déconnexion*⁵ elencou quatro razões pelas quais o tempo e a carga de trabalho deveriam ser reduzidos, são elas: I- trabalhar melhor e proteger nossa saúde; II- pelo trabalho de todos; III- proteção dos empregos da era digital; IV- viver melhor e em conjunto (UGICT-CGT, 2017). Assim, percebe-se que foi a partir desse desafio que atualmente na França os empregados estão legalmente autorizados a não responderem e-mails ou qualquer tipo de mensagem eletrônica fora do horário de expediente.

Entretanto, cabe salientar que empresas com mais de 50 (cinquenta) funcionários devem estabelecer um acordo com os empregados no tocante aos períodos de desconexão. Porém, caso não haja um consenso em relação ao horário, cabe ao empregado desenvolver um documento que regule tal questão. Logo, é perceptível que é facultado às empresas escolherem as maneiras pelas quais devem implementar esse direito.

Não obstante, cumpre ressaltar que o artigo supramencionado da Confederação Nacional das Indústrias, publicado no ano de 2020, informa que a França estabelece a assunção dos riscos e fornecimento dos materiais de produção ao empregador, quando se tratar de “despesas diretamente profissionais”, conforme está previsto no artigo L 1222-10 C do Código de Trabalho Francês. Tal previsão está em conformidade com as disposições do ordenamento jurídico chileno, como se verá a seguir, viabilizando a aplicação de direitos e garantias individuais dos obreiros, o que, diferentemente, não ocorre no Brasil.

⁵ Guia para o direito à desconexão.

Por fim, a L'ANI de 2005 (Acordo Nacional Interprofissional celebrado entre todas as organizações de empregadores e de empregados do país) assegura a igualdade de acesso à formação para os trabalhadores em situação comparável aos que trabalham na empresa e prevê que, adicionalmente, os teletrabalhadores recebam formação adequada, direcionada para o equipamento técnico à sua disposição e sobre as características dessa forma de organização do trabalho.

Por conseguinte, analisar-se-á as disposições legais sobre o teletrabalho aos olhos do ordenamento jurídico chileno, através da *Ley nº 21.220*, de 26 de março de 2020, que tem por nome: *modifica el Código del Trabajo em matéria de trabajo a distancia*⁶.

A primórdio, importa destacar que o Chile foi o primeiro país fora do continente europeu a incluir o direito à desconexão em sua legislação. Isso aconteceu no ano de 2020, durante a pandemia do Covid-19, através do dispositivo supracitado que dispõe sobre o trabalho remoto.

A legislação chilena estabelece que as partes – empregador e empregado – podem pactuar um acordo de trabalho de forma flexível, desde que respeite a jornada diária e semanal, *ipsis verbis*:

Artigo 152 J⁷

[...]

Se a natureza das funções do trabalhador remoto o permitir, as partes podem acordar que o trabalhador distribua livremente a sua jornada de trabalho nos horários que mais se adequem às suas necessidades, respeitando sempre os limites máximos da jornada diária e semanal de trabalho (CHILE, 2020, s.p.) (tradução nossa).

A lei determina, ainda, que deve ser considerado um período mínimo de 12 (doze) horas de folga entre dois turnos de trabalho. Adiante, o diploma legal também estabelece que no tempo de desconexão, o patrão não poderá, em nenhuma hipótese, estabelecer a comunicação, formular ordens ou qualquer outro requerimento em dias de descanso, licença ou feriados anuais dos trabalhadores.

Não obstante, versa, expressamente, no dispositivo mencionado, que os limites máximos da jornada diária e semanal devem ser respeitados. De acordo com a legislação chilena, mais especificamente no *artículo 22*, é estabelecido que o

⁶ Modifica o Código do Trabalho em questões de Teletrabalho.

⁷ Artículo 152 quáter J: [...] Si la naturaleza de las funciones del trabajador a distancia lo permite, las partes podrán pactar que el trabajador distribuya libremente su jornada en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades, respetando siempre los límites máximos de la jornada diaria y semanal. (CHILE, 2020).

trabalhador só poderá executar as suas atividades durante o período de 45 (quarenta e cinco) horas semanais e 10 (dez) horas diárias, além de assegurar, no *quáter* G, que: “todos os trabalhadores que prestam serviços a distância, gozarão de todos os direitos individuais e coletivos contidos neste código [...]”⁸ (CHILE, 2020).

Finalmente, uma das principais previsões do Código de Trabalho Chileno, que se contrapõe diretamente ao ordenamento jurídico brasileiro, é que versa, taxativamente, que os equipamentos relativos aos meios de produção, incluídos os elementos de proteção individual e os custos para manutenção, deverão ser garantidos pelo empregador, não podendo o funcionário ser obrigado a utilizar ferramentas de sua propriedade, conforme versa o *artículo* 152, *quáter* L:

Artículo 152, quáter L⁹:

Os equipamentos, ferramentas e materiais para trabalho remoto ou teletrabalho, inclusive itens de proteção individual, devem ser fornecidos pelo empregador ao trabalhador, que não pode ser obrigado a utilizar itens de sua propriedade. Da mesma forma, os custos de operação, manutenção e reparo dos equipamentos serão sempre arcados pelo empregador. (CHILE, 2020, s.p.).

Desta feita, o estudo da temática do ordenamento estrangeiro aponta para a necessidade do reconhecimento na legislação brasileira dos direitos fundamentais dos trabalhadores, precipuamente aqueles atinentes à desconexão ao labor, custos de produção, horas extras e noturnas e jornada de trabalho, visto que são matérias imprescindíveis de serem pacificadas, vez que refletem os principais pressupostos do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, apesar da deficiência legislativa mencionada, alguns incipientes movimentos aparecem visando a sanar a problemática. Nesta senda, destaca-se a existência do Projeto de Lei (PL) nº 4.044/2020, de autoria do Senador Fabiano Contarato. O projeto, em tramitação, prevê a inserção de três novos artigos na CLT, a saber: 65-A, 72-A, 133-A e a alteração do §2º do artigo 144.

Dentre as inovações, o PL 4.044/2020 contém a previsão sobre o direito à desconexão em si, disciplinando, inclusive, a proibição do empregador em acionar

⁸ Art. 152, quáter G: Los trabajadores que prestan servicios a distancia o teletrabajo gozarán de todos los derechos individuales y colectivos contenidos en este Código, cuyas normas les serán aplicables en tanto no sean incompatibles con las contenidas en el presente Capítulo.

⁹ Artículo 152, quáter L: Los equipos, las herramientas y los materiales para el trabajo a distancia o para el teletrabajo, incluidos los elementos de protección personal, deberán ser proporcionados por el empleador al trabajador, y este último no podrá ser obligado a utilizar elementos de su propiedad. Igualmente, los costos de operación, funcionamiento, mantenimiento y reparación de equipos serán siempre de cargo del empleador.

o empregado por ferramentas telemáticas no período de descanso, garantir o efetivo gozo das férias, sem qualquer comunicação do empregador no período, salvo em caso de “força maior ou caso fortuito” e para “atender à realização de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto, hipótese em que serão aplicadas as disposições relativas à hora extraordinária” (BRASIL, 2020, s.p.). O PL também regula o sobreaviso previsto na supracitada Súmula 428 do TST.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que o Direito e a sociedade convivem em uma relação de simbiose, na qual um é pressuposto para o outro existir. Nesse sentido, é necessário para a garantia do bem-estar coletivo que o ordenamento jurídico acompanhe paralelamente às transformações sociais, a fim de atender os desideratos da população.

Nesta senda, analisando as considerações acima pontuadas ao longo deste artigo, é indiscutível os benefícios advindos do teletrabalho para a relação empregatícia e para a coletividade, a exemplo do aumento da produtividade, da redução dos impactos ambientais e do exercício do labor a qualquer tempo e distância. Entretanto, não basta que traga somente algumas vantagens para que se possa aprovar a sua aplicabilidade, é necessário estar, mais do que nunca, de acordo com os pressupostos do Estado Democrático de Direito.

Em vista disso, em que pese os proveitos discutidos, alguns direitos e garantias individuais que são conferidos constitucionalmente ao trabalhador, foram suprimidos com os textos trazidos na Reforma Trabalhista de 2017. O retrocesso brasileiro fica claro no tocante, precipuamente, ao direito à desconexão, a limitação da jornada de trabalho e a assunção de riscos pelo empregado, o que possibilita um descomedimento de poder por parte do patrono ao explorar o funcionário além dos limites legalmente previstos, lesionando a saúde física, mental e acometendo a vida pessoal do obreiro.

Logo, ao observar a legislação do Chile e da França, foi constatado que ambos os países asseguram tais disposições ao trabalhador, sendo os pioneiros a legislar sobre o “direito à desconexão” e conferirem ao obreiro condições dignas para o exercício das suas atividades. O pontapé foi dado recentemente no continente europeu, pela França, através da Lei El Khomri, no ano de 2016. Por sua vez, na América Latina a iniciativa partiu do Chile, através da Ley nº21.220, de 2020. Dessa forma, fica ainda mais evidente o atraso do Brasil frente à temática, ratificando a premissa de que enquanto alguns ordenamentos jurídicos avançam, outros permanecem.

Porém, cumpre destacar que visando a propiciar a segurança jurídica e respeitar a dignidade do trabalhador, em 2020 foi lançado o Projeto de Lei 4.044, pelo Senador Fabiano Contarato, que versa sobre o “direito à desconexão” e tende a inserir três novos artigos que disciplinam a temática. Contudo, até o presente momento, o Poder Legislativo se encontra omissa diante à situação.

Portanto, tem-se que a reestruturação do ordenamento pátrio no que tange ao teletrabalho, aspirados dos modelos francês e chileno e adaptados para realidade brasileira, tende a ser uma medida eficaz no combate à problemática, possibilitando ao obreiro que desenvolva todas as vertentes de sua personalidade, lazer, convívio familiar e conjunturas mínimas para manutenção da saúde física e mental.

Destarte, conclui-se que assegurar condições adequadas de labor e o respeito aos direitos do trabalhador, é o caminho para atingir os moldes de uma sociedade fundada no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sob pena de fragilizar as instituições democráticas e debilitar o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2018.

BARBOSA, Cleber. *A tecnologia será mais aliada que concorrente no pós-pandemia*. Disponível em: <https://www.cleberbarbosa.net/a%E2%80%88tecnologia-sera-mais-aliada-que-concorrente-no-pos-pandemia/>. Acesso em: 29 jun. 2021.

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.552, de 1 de maio de 1943. *Consolidação das Leis Trabalhistas*. Brasília. DF.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 4.044, de 2020*. Altera o § 2º do art. 244 e acrescenta o § 7º ao art. 59 e os arts. 65-A, 72-A e 133-A ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o direito à desconexão do trabalho. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8871666&ts=1598305429608&disposition=inline>>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 428*. Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-428>. Acesso em 30 jun. 2021.

CALDAS, Laura. *Teletrabalho e impactos na saúde mental*. Disponível em: <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/opinioao/2020/05/teletrabalho-e-impactos-na-saude-mental.html>. Acesso em: 27 abr. 2021.

CHILE. Ley nº 21.220, de 26 de março de 2020. *Modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Santiago, 26 mar. 2020. Disponível em <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1143741>. Acesso em: 29 jun. 2021. Artículo 152 quáter J.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores – Mauricio Godinho Delgado. – 18. ed. – São Paulo: LTr, 2019.

DUTRA, Silvia. VILLATORE, Marco. *Teletrabalho e o direito à desconexão*. Artigos, 2014.

ELMONTE, Alexandre Agra. *Problemas Jurídicos do Teletrabalho no Brasil*. Anuario de La Facultad de Derecho, vol. XXVI, 2008.

FINCATO, Denise. *Saúde, higiene e segurança no teletrabalho*. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 3, n. 9, p. 101-123, 2009. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/467>. Acesso em: 26 abr. 2021.

FRANÇA. *Labor Chamber of the Cour de Cassation*, N° de pourvoi: 01-48.889, de 17 de fevereiro de 2004. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007473856>. Acesso em: 25 jun. 2021.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Do Direito à Desconexão do Trabalho*. Arquivo PDF. São Paulo, 2003.

NUNES, Talita Camila Gonçalves. *A precarização no teletrabalho: escravidão tecnológica e impactos na saúde física e mental do trabalhador*. Belo Horizonte: RTM, 2018.

OLIVEIRA, Nelson. *Teletrabalho ganha impulso na pandemia, mas regulamentação é objeto de controvérsia*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/07/teletrabalho-ganha-impulso-na-pandemia-mas-regulacao-e-objeto-de-controversia>. Acesso em: 10 mai. 2021.

SEVERO, Almiro Eduardo de; SOUTO, Valdete. *Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho*. São Paulo: 2016, LTr, 2014, p. 19- 20.

SINGER, Paul. *Globalização e desemprego: Diagnóstico e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2001.

SOUZA, Felipe. *Como é a rotina dos trabalhadores que passam quase um terço do dia dentro de ônibus, metrô ou trem*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46226332>. Acesso em: 27 abr. 2021.

TELE. In: *PRIBERAM, Dicionário Priberam da Língua Portuguesa*. 2008-2021. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/tele>. Acesso em: 20 ago. 2021.

A PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES EM MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS QUE VERSEM SOBRE DIREITOS REPRODUTIVOS

WOMEN'S PARTICIPATION IN EXTRAJUDICIAL METHODS ABOUT REPRODUCTIVE RIGHTS

*Beatriz Rocha Teixeira**

Resumo: A violação aos direitos reprodutivos das mulheres é um problema estrutural que requer o uso de métodos que privilegiem o diálogo. Para tal, os métodos extrajudiciais para tutelas coletivas apresentam-se como uma oportunidade de buscar soluções com espaço para a participação do grupo. A discussão sobre a legitimidade extraordinária e a participação pode ser lida sob outra ótica, que inclui a complementaridade ao invés do tratamento dicotômico. Assim, propõe-se a participação da coletividade no uso desses métodos a partir da observação de casos reais.

Palavras-chave: Participação. Métodos extrajudiciais. Direitos reprodutivos. Processo estrutural.

Abstract: *The violation of women's reproductive rights is a structural problem that requires the use of methods that privilege the dialogue. Therefore, the extrajudicial methods for collective custody present themselves as an opportunity to find solutions with scope for the group's participation. The discussion about the extraordinary legitimacy and participation can be seen under another perspective, which includes complementarity instead of the dichotomic treatment. Thereby, this paper proposes the participation of the collectivity in the use of those methods based on the observation of real cases.*

Keywords: *Participation. Extrajudicial methods. Reproductive rights. Structural process.*

*Graduanda pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Participante da 3ª edição do Afilhada(o) Acadêmica(o), programa do Projeto Mulheres no Processo do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Integrante do Grupo de Pesquisa Diálogos, certificado pela UFRRJ, na linha de pesquisa Epistemologias feministas e direito. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Processual e Democracia da UERJ. E-mail: beatrizrochatx@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Pensar em direitos reprodutivos sob a luz da tutela coletiva é o ponto de partida desse trabalho. E mais além: observar a utilização dos métodos extrajudiciais na busca de soluções para problemas estruturais como as violações aos direitos reprodutivos.

A discussão proposta visa analisar exemplos da utilização de métodos extrajudiciais, em especial o uso de TAC (Termo de Ajustamento de Conduta) e PA (Procedimento Administrativo), para intervir em violações de direitos que impactam mulheres pensando qual lugar a participação pode ocupar no decorrer da construção da solução.

Além do método de procedimento revisão bibliográfico, o artigo traz apontamentos, que visam acrescentar a discussão, sobre aspectos do caso Janaína e do Relatório da CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) da laqueadura. Por fim, a exposição sobre o TAC proposto pela Defensoria Pública de São José dos Campos para solucionar a violência obstétrica no Município e o Procedimento administrativo instaurado pelo MPRJ (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro) a fim de implementar protocolo para atenção em saúde das gestantes no sistema prisional.

Para tal, o trabalho foi dividido em três tópicos centrais: um de premissas necessárias para esse trabalho, um para pensarmos com atenção sobre como os direitos reprodutivos atravessam a questão de gênero e o que ela pode significar, e, por fim, um tópico para analisar a importância da participação.

Logo, a hipótese do trabalho é analisar os métodos extrajudiciais como possíveis instrumentos de potência do diálogo e promoção da participação, em busca da construção de soluções, sem violar a legitimidade extraordinária promovida pelo sistema de processo coletivo brasileiro. Assim, o artigo propõe-se a discutir, nesse cenário, a importância e a viabilidade de introduzir a participação das mulheres na celebração desses acordos extrajudiciais.

2. PREMISSAS NECESSÁRIAS: TUTELA COLETIVA, MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS E PROCESSO ESTRUTURAL

A ação coletiva é aquela em que se pretende discutir um direito coletivo, por meio de um legitimado autônomo, a fim de obter a tutela jurisdicional que atingirá um grupo (DIDIER; ZANETI, 2020, p.36). Diante disso, o processo coletivo seria o

instrumento no qual o direito coletivo é postulado e no qual se busca a tutela para um grupo de pessoas. Aqui é importante pontuar que o processo coletivo pode se manifestar através das ações coletivas e dos incidentes de demandas repetitivas.

A possibilidade de propositura de ações coletivas para solucionar o litígio que afeta a coletividade é uma solução apresentada pelo processo civil para, de certa forma, reunir as demandas do grupo em um só processo e tutelar essa lesão, direcionada à sociedade, de maneira mais complexa e direta.

Uma das mais importantes regras do processo coletivo é a necessidade de um legitimado extraordinário para defender a situação jurídica em discussão. Nesse caso, esse legitimado não faz parte da coletividade que teve seu direito violado, mas recebeu legitimidade para atuar por esse grupo através de determinação legal.

As ações coletivas no Brasil são regulamentadas através de mais de uma fonte normativa, fazendo parte desse conjunto a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Essas duas legislações dispõem sobre os legitimados a propor ação coletiva, sendo o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e, em alguns casos, a associação.

Para além da utilização das ações judiciais, o Código de Processo Civil traz uma nova abordagem que visa obter a tutela através da autocomposição. Essa transformação, que prevê o uso de métodos de autocomposição sem medida de hierarquia em referência à justiça estatal, se faz presente no âmbito individual, mas também alcança a busca por tutela coletiva de direitos.

Pautada no princípio da adequação, é facultado o uso de meios autocompositivos, na medida em que estes se mostrem adequados à resolução do litígio em pauta. Nesse ponto, é importante refletir que o legitimado extraordinário é quem buscará essa medida, que tem finalidade conciliatória, e participará da negociação direta com o possível réu da ação coletiva.

Uma das modalidades de acordo prevista na Lei de Ação Civil Pública é o compromisso de ajustamento de conduta, que é um negócio jurídico extrajudicial. É possível, ainda, além da utilização extrajudicial do ajustamento de conduta, a firmação de acordo no curso do processo, de modo que resolva o mérito.

O fato é que os mecanismos de autocomposição estão sendo valorizados para a resolução de litígios, para além do seu caráter conciliador, pela vantagem de evitar a via judicial e as consequências negativas dessa opção, como o tempo

médio de espera. O compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial pode ser homologado judicialmente, pois o judicial goza de características distintas, mas por possuir força de título executivo permite uma proteção aos interesses coletivos que estão sendo tutelados.

Conforme o título do texto sugere, trata-se de recorte quanto às violações de direitos reprodutivos relacionadas ao gênero¹, especificamente contra as mulheres, como discussão coletiva necessária ao direito processual. Enxergar as latentes demandas que versem sobre as violências contra mulheres como um problema coletivo, seja pelo fato das estruturas sociais serem naturalmente machistas, seja pelo fato das políticas públicas serem extremamente burocráticas, é uma tentativa de pensar nessa situação para além das demandas individuais que buscam obrigar o Estado a solucionar de forma plena a violação a um direito fundamental.

Observar o problema proposto como um problema coletivo talvez não se mostra suficiente, pois há raízes mais profundas que necessitam de uma mudança que alcance a estrutura da situação. Em litígios em que é necessário não apenas um provimento jurisdicional que apresente uma solução para aquela demanda coletiva proposta, mas de procedimento que enxergue a complexidade da situação e a necessidade de uma resposta que impacte a estrutura da burocracia, é importante discutir o processo estrutural.

Para Edilson Vitorelli (2018, P. 333-369), “o processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural”. Essa definição de processo estrutural pressupõe a existência de um problema estrutural.

Nesse ponto se faz fundamental expor que a doutrina trata essas definições de forma distinta, propondo leituras diferentes sobre problema estrutural e processo estrutural. Contudo, será seguida a proposta acima colacionada para delimitar o curso do presente texto.

Nesse viés, o problema estrutural pode ser visto como uma violação que decorre da maneira como uma estrutura burocrática de uma instituição opera, ou, como propuseram Didier e Zaneti (2020, P. 45-81), pode ser um estado de desconformidade, não necessariamente vinculado a uma violação.

¹ O artigo observará em especial as violências de gênero contra mulheres, entretanto, por mais que o texto tenha esse recorte, essas violações também impactam homens trans, que são sujeitos que possuem sistema reprodutor nomeado como feminino.

Analisar a busca pela tutela coletiva para discutir as violências de gênero passa por enxergá-las como um problema estrutural, que alerta para um estado de desconformidade que necessariamente denuncie uma violação aos direitos já fixados, pensar na importância desse direito para as mulheres e principalmente em discutir a participação desse grupo no curso dessas ações.

E nesse viés, tutelar coletivamente demandas que versem sobre violências obstétricas, violências domésticas, entre outras, que podem ser lidas como um problema estrutural é perfeitamente cabível a partir da utilização de métodos extrajudiciais, em especial o compromisso de ajustamento de conduta e o procedimento administrativo.

Falar sobre a utilização de meios extrajudiciais para solucionar problemas estruturais passa pela discussão sobre a complexidade do problema estrutural a ser resolvido e pelos seus benefícios e desafios. A utilização da via extrajudicial como alternativa ao ajuizamento é uma oportunidade para inserir o diálogo na busca de um método consensual de resolução do litígio.

A tutela extrajudicial dos litígios estruturais pode ser realizada a partir de um compromisso de ajustamento de conduta, conhecido como TAC, mas também é viabilizada a partir da utilização do inquérito civil, da recomendação, do procedimento administrativo.

Cada um desses instrumentos tem suas características e não há um manual que instrua quanto à utilização de um ou outro: é necessário que os legitimados, ao analisarem o litígio estrutural em pauta, entendam suas peculiaridades e conduzam o caso ao melhor método, mesmo que este seja o judicial.

Ao tratar violações estruturais, que nem sempre constituem uma violação, e sim um estado de desconformidade, é evidente que se deve utilizar a complexidade do conflito. Por isso, o meio extrajudicial se apresenta como uma via para alcançar o objetivo da tutela coletiva, pois permite uma flexibilidade que o meio judicial, com a figura do juiz e com o pouco espaço para que as partes possam discutir uma forma de solução adequada ao litígio, não permite.

O benefício do diálogo, acompanhado da proposta do legitimado, fundamentado nos laudos e relatórios técnicos e com a oportunidade para que o possível réu interfira na escolha da solução, bem como com o emprego de esforços de ambos os lados, permite que os instrumentos extrajudiciais, mesmo que possuam desafios e não sejam adequados a todos os litígios, sejam uma possibilidade.

A utilização de TACs e de Procedimentos Administrativos tem sido bastante evidente na construção de soluções para a tutela de direitos coletivos. Nos próximos tópicos, será abordada a importância da participação dos grupos, já que as decisões estruturais são dotadas de complexidade e multipolaridade de vontades e, após, o foco será analisar a utilização dos métodos extrajudiciais na busca por tutela coletiva de direitos reprodutivos das mulheres, na medida em que as violações precisam ser cessadas.

3. A AUTONOMIA DAS MULHERES E A IMPORTÂNCIA DA MANIFESTAÇÃO DE LIBERDADE SOBRE SEUS CORPOS E DECISÕES: PENSANDO EM DIREITOS REPRODUTIVOS

Há uma vantagem que se abriga no pleno exercício dos direitos reprodutivos e no controle da vida reprodutiva e da natalidade: a emancipação das mulheres. A partir do acesso à liberdade de escolha, permite-se que mulheres rompam com o poder patriarcal de opressão sobre seus corpos, tanto o que se limita a manifestar-se dentro de seus lares e convívios sociais, quanto o poder institucionalizado pelo Estado.

Reivindicar a autonomia de escolha tampouco se apresenta como tarefa fácil quando as vozes que lutam contra a maré habitam em corpos dominados ao longo de tanto tempo na história. É claro que a análise desse controle passeia entre a realidade de mulheres privilegiadas e não atravessadas pelos marcadores de opressão de classe e raça, também submetidas à vontade do homem, mas também visa evidenciar as violações sofridas por mulheres negras e em situação de vulnerabilidade.

Desde o tratamento obstétrico até a escolha pela laqueadura, verifica-se que os corpos femininos são violados. E essa violação ultrapassa a mera conduta individual do profissional de saúde e alcança níveis estruturais quando percebemos que o controle de corpos é estrutural.

A preocupação imprescindível aos que pensam em direito e gênero é interromper a utilização do Direito² como instrumento de opressão, como é facilmente verificável ao longo da história da legislação e das decisões. Em primeiro plano, é importante atentar-se quanto ao corpo legislativo que move a produção de leis do

² Como manifestação jurídica de normas do Estado.

país, que claramente não conta com representatividade expressiva e não atendeu plenamente às demandas dos movimentos sequer na Constituinte (PINTANGUY, 2019).

É óbvio que a pressão popular³ obteve muitas conquistas, como a inclusão do princípio do livre planejamento familiar e a Lei 9.263/96, mesmo com algumas ressalvas, entretanto deve-se olhar para os problemas, não para diminuir os feitos, mas para pensar em novas formas de solução.

E para além do congresso, as próprias pesquisas do Judiciário alertam para falta de representatividade nesses espaços, através das pesquisas periodicamente publicadas pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça). O sistema que julga e que produz leis é racista e sexista, e isso não é ofensa a um órgão ou aos que compõem o sistema, e sim uma afirmação que compreende os papéis históricos para que se possa evoluir da posição de negação de tal estado e produzir reparo a essas violações.

A defesa dos direitos reprodutivos das mulheres é necessária tanto para levar informação quanto para evitar que se torne um direito para as mulheres privilegiadas e um dever para as mulheres em situação de vulnerabilidade. Para tal, como exemplo de violação a direitos reprodutivos das mulheres, observe-se o relatório da CPI da laqueadura, o Relatório Nº 2 de 1993⁴, presidido pela Deputada Benedita da Silva.

A CPI foi instaurada para investigar, dentre outros, o abuso de esterilização cirúrgica feminina, averiguar a existência de políticas eugênicas ou racistas e o cumprimento da garantia constitucional de planejamento familiar, que consta no §7º do artigo 226.

O relatório concluiu que houve interesse internacional na implementação de controle demográfico no Brasil, confirmou a esterilização em massa em mulheres no Brasil, a partir de dados, e constatou que o contexto em que as esterilizações eram realizadas se aproveitava de ausência de informações sobre alternativas e sobre riscos, sequelas e irreversibilidade do procedimento cirúrgico.

³ Parte-se da perspectiva de que a pressão popular dos movimentos feministas foi essencial, ao longo da história, para alterar a dominação patriarcal e impulsionar mudanças.

⁴ Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/85082/CPMIsterilizacao.pdf?sequence=7&isAllowed=y>.

No relatório há a afirmação de que os dados oficialmente divulgados, que já são assustadores, não incorporam as esterilizações involuntárias e que o percentual de mulheres negras esterilizadas torna-se maior devido ao tamanho da população negra. O movimento de mulheres foi ouvido durante a realização desse relatório e um dos mais importantes questionamentos foi quanto à possível manipulação de dados pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), na tentativa de tirar de evidência que a esterilização atingiu mais mulheres negras e pobres (CONGRESSO, 1993, P.49-51).

E, dentre os outros dados sobre idade, quantidade de filhos e regiões em que reside, o que assusta é justamente notar que há um marcador de falta de informação e a clandestinidade do aborto.

A autonomia de decisão e o exercício pleno de escolha quanto à natalidade é imprescindível, mas se verifica o cuidado com que esse direito precisa ser tratado. Os direitos reprodutivos, como o adequado tratamento obstétrico e o acesso à laqueadura não podem ser utilizados como um método de punição ou de controle racista de natalidade em países subdesenvolvidos.

Com o histórico de dominação e opressão vivenciadas pelos corpos, pela dominação naturalizada da relação patriarcal e pelo apagamento do lugar de mulheres negras, que tiveram o direito às relações familiares negados, bem como da não entrega das liberdades que permitam o exercício de escolha sobre seus corpos, é necessário que se comece a propor mudanças.

É claro que esses problemas estruturais são muito mais complexos e exigem muito mais do que respostas simples e diretas, mas há algo que foi recusado durante muito tempo e que é necessário para uma entrega plena de direitos: espaço de manifestação.

Uma das formas de resistência das mulheres e do movimento negro está em se expressar. Falar não somente por falar, mas ser ouvido, ter sua opinião levada em conta nas decisões e também ter o espaço de manifestar suas vivências. Dar o espaço de participar pode não parecer muito para quem sempre esteve em posição de poder, mas o espaço é o início da luta.

Da expressão consciente da vontade retiram-se soluções que fazem sentido e abre-se espaço para a entrega de um direito tão negligenciado: o de denunciar violações. Só se pode exercer esse direito plenamente com a oportunidade de participação, ainda mais quando é tratado um problema na estrutura burocrática.

As violações referentes ao gênero e à raça que atravessam os direitos reprodutivos estão infiltradas na raiz da sociedade e, para evitar a perpetuação do uso do Direito como instrumento de normatização dessas estruturas, é necessário pensar em abrir os métodos de tutela e permitir o uso democrático dos institutos.

4. A UTILIZAÇÃO DO MEIO EXTRAJUDICIAL AMPARADO NA PARTICIPAÇÃO DO GRUPO EM ATUAÇÕES QUE VERSEM SOBRE VIOLAÇÕES DE DIREITOS REPRODUTIVOS.

Conforme explicitado no primeiro item do texto, a discussão quanto à adequada legitimidade no processo coletivo é ampla e o foco do presente é quanto à participação da coletividade nas atuações extrajudiciais. Ocorre que uma das características dessa legitimidade extraordinária é justamente a substituição autônoma, vez que o legitimado pode conduzir o processo/instrumento extrajudicial independente da participação do titular desse direito (DIDIER; ZANETI, 2020, P. 233).

Esse apontamento faz-se necessário para pensar sobre possíveis conflitos de interesses entre os legitimados e a coletividade representada. É claro que esse interesse e a adequada representação são focos de estudo da doutrina e há a afirmação de que os entes não possuem interesse pessoal na lide, restringindo-se o interesse puramente em solucionar o conflito.

Contudo, a vivência dos legitimados e dos funcionários que compõem as instituições acaba por afetar a ideia da melhor solução – e nesse caso a visão de que o judiciário é completamente imparcial já foi superada, eis que composto por seres humanos. Assim, a partir desse ponto, pensar na importância do diálogo, privilegiado pelos métodos consensuais de resolução de conflito, é refletir sobre a importância da participação do grupo afetado pode ser um caminho para alcançar uma solução prática.

Em se tratando de direitos reprodutivos das mulheres, há necessidade de direcionar um cuidado no manuseio dessas demandas, que são estruturais, pois as estruturas sociais, baseadas na construção de gênero, possibilitam que as violações dos direitos reprodutivos ocorram sem grandes repercussões de indignação.

Evidenciem-se os exemplos das violências obstétricas e das esterilizações compulsórias, ambas incluídas nos direitos reprodutivos das mulheres. Na primeira, há violações às grávidas, na gestação, no parto, no pós-parto e, em vezes nos momentos de abortamento. Ocorre que essa violência, que por vezes se dá de

forma absurda e digna da repercussão social, também ocorre de forma sutil e normatizada no âmbito da saúde.

A esterilização compulsória, que é a realização forçada do procedimento de laqueadura, também ocorre coletivamente e “às claras”, conforme denunciado pela CPI da laqueadura, ao passo que ocorre de forma tão natural que sequer é percebida, como nos casos de esterilização de mulheres em situação de vulnerabilidade.

A fim de esclarecer o que se pretende criticar quanto à esterilização compulsória, em termos de direitos reprodutivos violados, somada à crítica já apresentada quanto à esterilização em massa ocorrida no Brasil, destaca-se o caso Janaína.

Tratou-se de uma Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado em face do Município de Mococa, em São Paulo, a fim de obter a laqueadura tubária para Janaína Aparecida Quirino⁵. O MP (Ministério Público) utilizou como justificativa para realização do procedimento o fato da requerida apresentar grave quadro de dependência química, fazendo uso de álcool e outras substâncias entorpecentes e pelo fato de já ser mãe de cinco filhos, à época.

Em suma, o Município solicitou a indicação de curador especial à Janaína, bem como de realização de prova pericial, entretanto o MP considerou desnecessárias novas avaliações visto que suficientes os elementos existentes aos autos quanto à saúde mental e psíquica da requerida. O juízo considerou o processo pronto para julgamento antecipado e julgou procedente o pedido para condenar o Município à realização da laqueadura.

Houve apelação e o Tribunal de Justiça decidiu pelo provimento do recurso e reconheceu a inadmissibilidade da realização compulsória do procedimento⁶. O voto alertou para a incapacidade da requerida em manifestar sua vontade de forma plena, vez que não foi nomeado curador especial, bem como na ausência de audiência para ouvir Janaína, que demonstrou ao longo do processo instabilidade em sua manifestação – de acordo com os documentos médicos apresentados.

Mesmo se tratando de caso de direito individual e de uma atuação judicial do Ministério Público, reconhecida como ilegítima pelo acórdão, o caso serve de alerta para o conflito de interesses entre legitimados e o grupo, bem como sobre como

⁵ TJSP. Foro de Mococa. Ação Civil Pública dos autos nº 1001521-57.2017.8.26.0360. p 92-95 Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=A00000Q4M0000>.

⁶ O procedimento já havia sido realizado quando o Tribunal reconheceu a inadmissibilidade, causando prejuízo irreversível à vida reprodutiva de Janaína.

as instituições validam as violações aos direitos reprodutivos, o que evidencia a urgência de tutelar coletivamente esses problemas.

A tutela extrajudicial se apresenta então como uma forma de buscar a solução com um grau de flexibilidade que contribua principalmente na identificação do problema e na definição da solução (VITORELLI, 2020, P.164).

Sobre a participação, observe-se o modelo do processo civil brasileiro, pois a atuação extrajudicial segue as mesmas regras em termos de representação. A representação é substituta da participação dos titulares de direito: estes são representados por aqueles, que são legitimados pela lei para condução desse processo.

À luz do devido processo legal tem-se como base as garantias processuais constitucionais como o princípio do juiz natural, a garantia ao acesso à justiça e a ampla defesa e o contraditório. A participação do titular do direito se apresenta como um dos pilares do devido processo legal à medida que é necessária para que seja viável a ciência dos atos, a manifestação, o exercício do direito de resposta, dentre outros atos necessários.

O que ocorre então é uma flexibilização do devido processo legal quando se substitui a participação pela representação. Mesmo havendo motivos coerentes para a legitimação extraordinária instaurada no texto legal, é importante discutir de que modo pode ocorrer a participação desse grupo. E, além disso, é evidente que o interesse na solução que será advinda da tutela coletiva é latente no grupo ao qual o direito pertence, sendo certo que as considerações deste auxiliam para um rumo melhor do processo.

Deixando de lado a discussão da adequada representação e da averiguação que o juiz pode fazer quanto a isso, faz-se proporcional ouvir as vivências e expectativas de quem vai se beneficiar da tutela. Mesmo sendo os representantes dotados de presunção de idoneidade, há de se convir que mesmo entre os grupos existam manifestações de interesses distintos para a efetivação do direito, logo, uma resposta complexa não pode ser dada como se simples fosse.

Pontue-se que a ausência de participação não pressupõe que um processo será arbitrário e autoritário, bem como que a tutela jurisdicional será negativa e incompleta. O processo coletivo, construído com a essência da legitimação extraordinária, tem mecanismos para fluir de maneira justa – e a flexibilização do devido processo legal não pressupõe necessariamente o desrespeito a este. O que se coloca em pauta aqui é que quando é dispensada a participação, abre-se margem para essas possibilidades negativas – não que elas irão acontecer como regra.

Vitorelli (2019, P. 114-116) contribui ao tema quando apresenta os conceitos de participação essencial e instrumental, à luz do direito norte americano, para constatar que a participação não se apresenta como elemento essencial ao processo, eis que esse sobrevive sem àquela, bem como não é instrumental, pois, em suma, não depende do controle pelos próprios titulares⁷. Nas palavras do autor “A participação certamente pode auxiliar na construção de um processo visto como mais democrático, que incute nas partes um (certo) senso de legitimidade da decisão, e colabora para que esta seja mais aderente à realidade do direito material.” (VITORELLI, 2019, P. 116).

E nesse sentido, a participação dos grupos é entendida por esse trabalho como um instrumento auxiliador para o processo, bem como para a utilização dos meios extrajudiciais. Ao entender e aceitar a representação estabelecida em lei pode-se delimitar a participação não como forma de anular a representação, mas como instrumento que possibilite que o grupo também se manifeste.

O devido processo legal permite e recomenda que a coletividade seja ouvida, mesmo que respeitada a substituição processual, para dar maior efetividade para as decisões. A luz a essa possibilidade foi denominada por Vitorelli (2019, P. 134-137) como princípio da complementaridade entre representação e participação, no qual, pelo o que o próprio nome sugere, há a criação de um diálogo entre o representante e os representados, em que este tem oportunidades antes, durante e depois da atuação para participar. A construção dessa relação possibilita até mesmo a coleta de informações e a adequação de direção a ser seguida.

Em violações de direitos reprodutivos, já que se trata de um grupo complexo e com diversas vivências que se manifesta em uma série de interesses, o ideal seria ouvir as diferentes correntes. A autonomia do legitimado não é atacada quando a proposta é complementar e criar um diálogo para que a instituição responsável possa ter mais instrumentos para delimitar o curso de sua condução.

Veja-se o exemplo do que foi realizado, pela Defensoria Pública, para alcançar a reestruturação da política de assistência à saúde da gestante em São Paulo (AZEVEDO; CUNHA, 2019). Após a identificação da recorrente violência obstétrica por iniciativa de movimentos sociais em ações com o núcleo da defensoria, foram

⁷ Os conceitos dispostos no livro sobre os tipos de participação são “participação instrumental, é a que sustenta que a participação é um valor em razão e na medida em que proporciona acréscimo de qualidade ao resultado do processo.” e “A segunda possibilidade é a concepção essencial da participação (process based approach), categoria que assume que a participação é um valor processual importante em si mesmo, independentemente de sua contribuição para o resultado do processo.”.

empregados diversos esforços conjuntos para obter-se uma solução para um problema que, assim como o nosso, é estrutural e urgente.

A Defensoria Pública de São José dos Campos, município alvo da reestruturação, reuniu em sua atuação a promoção de reuniões com movimentos sociais, a coleta de depoimentos de mulheres atendidas nas redes públicas e privadas do local, reunião administrativas com o Poder Público, elaboração de recomendações administrativas, uma audiência pública, visitas de especialistas e representantes de organizações e, após mais de 4 (quatro) anos de atuação, firmou um TAC a fim de estabelecer compromissos e reestruturar o atendimento obstétrico do local.

É claro que foram relatadas dificuldades no enfrentamento dessa violência e na mudança das políticas públicas adotadas, entretanto, através da relação de diálogo entre a Defensoria Pública, que exerceu um trabalho comprometido com a escuta, e movimentos sociais e organizações de mulheres, foram dados passos para a visibilidade do problema e para cumprimento das metas estabelecidas.

A proposta utilizada por eles utilizou, conforme bem definida no artigo publicado referente ao caso (AZEVEDO; CUNHA, 2019, P. 57), “metodologia extrajudicial, cooperativa, democrática e estrutural de resolução do conflito”.

Veja-se que essa iniciativa utilizou o âmbito extrajudicial e, através do Termo de Ajustamento de Conduta, conseguiu inovar na resolução da demanda. Identificar problemas estruturais de violações naturalizadas não é tarefa fácil, muito menos mover esforços para reestruturar essas práticas.

Contudo, através do esforço conjunto conduzido pela Defensoria Pública no caso explicitado, há esperança de que, seja no meio judicial ou extrajudicial, violações tão usuais – que fazem parte da estrutura da sociedade – possam ter visibilidade e, como consequência, serem alvo de mudança.

A violência obstétrica está intimamente ligada à esterilização compulsória quando nota-se que os direitos reprodutivos das mulheres sofrem negligência pelas políticas públicas e pelos parâmetros pelas quais são realizadas. Aceitar isso como “normal” é recuar frente à possibilidade de reestruturar um mecanismo de tratamento de corpos que vai contra aos direitos humanos e à dignidade.

O viés democrático e a proposta participativa na elaboração do TAC revelam ser perfeitamente viável a movimentação conjunta entre representantes e representados. A escuta ativa potencializa a seriedade da condução do conflito e possibilita a emancipação e empoderamento das mulheres e da comunidade à medida que abrange a difusão do conhecimento e das informações.

Um dos graves motivos pelos quais esse tipo de violência é cometido sem que haja alarde é justamente a falta de informação. Os autores do artigo mencionado (AZEVEDO; CUNHA, 2019) ainda alertam para a importância dos movimentos sociais e ressaltam sua participação, bem como levantam a discussão sobre as mulheres atravessadas pelo marcador de raça, tema que também foi debatido aqui, para apontar que as mulheres negras estão ainda mais vulneráveis frente a essas práticas perversas.

O exemplo de participação acima se mostra promissor para a efetivação do princípio da complementaridade entre representação e participação utilizada extrajudicialmente. O importante é tratar as violações aos direitos reprodutivos das mulheres como um problema estrutural e pensar na reestruturação das políticas públicas, privilegiando a via extrajudicial, por seus benefícios na criação de um diálogo.

A utilização do TAC em São José dos Campos, que foi detalhada no artigo supramencionado (AZEVEDO; CUNHA, 2019), alerta para alguns possíveis instrumentos da participação possíveis no processo de construção de um compromisso de ajustamento de conduta. A oitiva de grupos que possuem conhecimento sobre o tema discutido, a audiência pública, a construção de diálogo com movimentos sociais que atuam na causa, dentre outros, podem ser auxiliares dos legitimados no aprofunda-se na raiz do problema.

Quando se trata de problema estrutural, trata-se de problema complexo que exige estudo e seriedade na busca pela tutela coletiva. O processo civil coletivo pode não ter estabelecido obrigatoriedade na participação do grupo, eis que a escolha legislativa foi pela legitimação extraordinária, contudo, percebe-se que em alguns casos, no manuseio de direitos personalíssimos que necessitam de tamanho cuidado, a utilização da participação como complemento ao conhecimento do legitimado pode funcionar.

Conforme explicitado, há mais de um instrumento de atuação extrajudicial coletiva. Para além do exemplo de utilização do TAC para enfrentamento às violências reprodutivas, nota-se o uso do Procedimento Administrativo. A 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde da Capital do MPRJ instaurou, em 2019, um PA⁸ (Procedimento Administrativo) com o objetivo de acompanhar a implementação do protocolo, fluxo e procedimentos para atenção em saúde das gestantes no sistema prisional.

⁸ PA nº 201901230447 obtido em Requerimento de Acesso à Informação ao MPRJ.

Um importante fator da instauração deste PA foi que o protocolo base a ser implementado fora construído em oficina realizada pelo grupo de pesquisa “Saúde nas Prisões”⁹, da FIOCRUZ, em uma oficina “Saúde Materno Infantil nas prisões: construindo propostas para o acompanhamento de saúde de gestantes e mães com seus filhos”, realizada em outubro de 2018.

O fluxograma, que visa a proteção da gestante por meio de métodos de atenção específicos que visem inclusive a realização de exames para identificação de possíveis doenças, foi montado por grupo especializado em saúde que fizeram pesquisas com mulheres em situação de cárcere, com auxílio da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária no fornecimento de informações.

O procedimento administrativo surgiu como instrumento mais flexível, no qual não há apuração de responsabilidades, que geralmente serve para acompanhar e fiscalizar políticas públicas ou instituições (VITORELLI, 2020, P. 134-135). O curso de um procedimento administrativo normalmente envolve a colheita de informações sobre a situação, por documentos e oitiva, e de reuniões técnicas, que reforçam o caráter conciliatório do instrumento extrajudicial usado e permite um ambiente favorável ao diálogo e a negociação de soluções.

No caso mencionado, o objetivo foi de acompanhar a implementação da recomendação adequada para viabilizar o atendimento das gestantes. São de grande alarde as diversas denúncias de violações da saúde gestacional e dos direitos reprodutivos das mulheres em situação de cárcere. A utilização de métodos extrajudiciais nessas situações de direitos coletivos violados pretende ser a proposta de mudanças internas com a ajuda do possível réu em uma ação.

A fiscalização da implementação é um instrumento importante para que o legitimado verifique se as violações ainda permanecem. Medidas, inclusive judiciais, podem ser tomadas caso as violações persistem, entretanto, o método extrajudicial visa a resolução do conflito sem que haja necessidade de vias extremas, com a possibilidade de haver diálogo.

No PA em questão, houve interrupção dos prazos devido à pandemia do COVID-19, contudo o Ministério Público esteve atuante no envio de ofícios e em medidas paralelas ao enfrentamento da pandemia no sistema prisional. Devido ao grande número de reuniões para enfrentamento do COVID-19, que atingiu a população encarcerada, os esforços foram direcionados a essa demanda que se mostrou mais urgente.

⁹ Registro do Grupo de Pesquisa disponível em: <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/534778>.

Contudo, o foco na implementação do fluxo de atendimento à saúde das gestantes foi mantido pelo MP e foi identificada que umas das maiores problemáticas eram a falta de profissionais de saúde para realizar o atendimento. Com os esforços do legitimado em conjunto com a Secretaria do Estado, foi certificado que a equipe responsável pelas unidades prisionais femininas foi implantada. Determinou-se, então, que a equipe fosse científica do fluxo a ser seguido e, logo após, realizou-se reunião para verificar como estava o treinamento da equipe.

O PA ainda está em andamento para garantir o cumprimento integral do fluxograma, mas o que se verifica é a utilização do instrumento extrajudicial para auxiliar na tutela coletiva. É claro que talvez essa medida não seja suficiente para suprir todas as dificuldades existentes na tentativa de reformar a saúde gestacional no sistema carcerário, mas é uma expressiva união de esforços na busca por melhorias.

Imprescindível apontar que, antes da instauração do Procedimento Administrativo, o Ministério Público adotou o uso de inquérito civil para verificar as unidades prisionais femininas e sobre o devido atendimento médico às internas. Para tal, foram feitas análises das unidades prisionais, dos prontuários e das equipes, da Unidade Materna Infantil em comparação a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher.

Além disso, um ponto importante a este trabalho foi a análise dos atendimentos prestados às mulheres que considerou também as queixas médicas dessas, o que evidencia a característica, do inquérito civil, de investigação da situação dos fatos. Em alguns trechos, algumas mulheres se manifestam informando “meu bebê não quer mexer tem 2 (dois) dias”, relatando sangramento vaginal e taquicardia, e até um aborto incompleto que denunciou a falha nos cuidados médicos prestados.

Há ainda um relatório técnico da psicologia em que as mulheres encarceradas em uma das unidades foram entrevistadas, dentre as quais há mulheres gestantes ou não. Há diversos relatos de mulheres sofrendo violações de seus direitos, desde a ausência de atendimentos básicos até relatos de violência aos direitos reprodutivos, como no caso da mulher em situação de cárcere que alegou estar sofrendo de dores abdominais, ausência de menstruação há mais de 5 (cinco) meses e que foi feita ultrassonografia, mas foi informada que “não havia nada” e não foi possibilitado a ela a realização de preventivo ou quaisquer outros exames.

A realização de entrevistas com as detentas pelo setor de psicologia permitiu a elaboração de relatório que foi considerado nos autos do Inquérito Civil. A partir dessa investigação inicial sobre a condição das unidades foi estabelecido

o fluxograma para atendimento em saúde da gestante em parceria com o grupo de pesquisa da FIOCRUZ.

A participação dos grupos não possui um formato predeterminado na construção de uma solução extrajudicial, mas os legitimados estão demonstrando tendência em se utilizar dela a fim de basear seu conhecimento e verificar a realidade dos fatos.

A condução processual ou extrajudicial permanece sendo função dos legitimados, bem como a busca por soluções através da utilização do diálogo. O acréscimo é a participação dos grupos/da coletividade sem compromisso de, necessariamente, haver atuação no desenvolvimento da solução, mas como manifestação da realidade que possa então gerar ideias para soluções criativas e efetivas.

Resolver problemas estruturais não é tarefa simples e fluida. É importante estudo, investigação e, como defendido neste trabalho, uma participação, mesmo que sutil, da coletividade atingida pela violação. A flexibilidade dos acordos extrajudiciais e dos diálogos possíveis através deles abrem portas para uma solução que seja construída também com a contribuição de mulheres que tiveram seus direitos reprodutivos violados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em todas as ponderações acima realizadas, é possível tecer considerações finais acerca do presente artigo, que não pretende dar respostas simples a um problema tão complexo, mas que se propôs a colocar o tema em discussão.

Visualizar as violações aos direitos reprodutivos das mulheres como um problema estrutural, quando é visível que a questão de gênero no Brasil está entrelaçada nas entranhas sociais, é o primeiro passo para pensar através da tutela coletiva. A utilização de métodos extrajudiciais que se propõem a oportunizar diálogos e uma busca fundamentada em estudos e trocas é uma possibilidade de tentar interromper violações.

Mesmo em respeito às limitações da representação, que já foram explicitadas e se repetem na atuação extrajudicial, o somatório da representação do legitimado com a participação dos representados potencializa o tratamento de direitos. Assim, as formas de participação que não violem a legitimação extraordinária fixada promovem uma condução do processo que pode favorecer ambas as partes. Viabilizar a participação de mulheres e coletivos e exercer uma escuta ativa através das

instituições é uma forma de tentar rumos melhores para a condução e resultado prático das soluções propostas.

Se a participação não se trata de instituto fundamental para tratamento das demandas coletivas, ela evidencia seu aspecto de adição. Pensar na utilização dos instrumentos extrajudiciais na tutela coletiva de direitos reprodutivos, em que o diálogo se apresenta como ferramenta potente e desafiadora, é uma tentativa de achar soluções para um problema estrutural com o auxílio da participação.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Júlio Camargo de; CUNHA, Juliana Frei. *O Renascimento do parto: a reestruturação da política de assistência à saúde da gestante em São José dos Campos – SP*. Anais do X Congresso da ABraSD: trabalhos completos. 2019.

CONGRESSO Nacional. *Relatório nº 2 de 1993 – CN*. Relatório final da comissão parlamentar mista de inquérito. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/85082/CPMIEsterilizacao.pdf?sequence=7&isAllowed=y> Acesso em: 29/09/2020.

DIDIER, Fredie Jr.; ZANETI, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo: Thomson Reuters, maio/2020, v.303/2020, p. 45-81.

DIDIER, Fredie Jr.; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo – 14. Ed.* – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

MIGALHAS, redação do. *TJ/SP reverte decisão que mandou esterilizar mulher compulsoriamente, mas procedimento já tinha sido feito*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/281580/tj-sp-reverte-decisao-que-mandou-esterilizar-mulher-compulsoriamente-mas-procedimento-ja-tinha-sido-feito> Acesso em: 08/10/2020.

PITANGUY, Jacqueline. *A carta das mulheres brasileiras aos constituintes: memórias para o futuro*. Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto. Organização Heloísa Buarque de Hollanda. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. 400p. Pag. 90-108

VITORELLI, Edilson. *Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças*. Revista de Processo. São Paulo: Thomson Reuters, outubro/2018, v.284, p. 333-369.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. 2. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural*: Teoria e Prática. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. 512 p.

A PROSTITUIÇÃO FEMININA E OS CRIMES SEXUAIS: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

THE FEMALE PROSTITUTION AND THE SEXUAL CRIMES: AN ANALYSIS OF THE PERFORMANCE OF CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

*Amanda de Melo**

*Luiza Ghisleri Mocellin***

*Maria Clara Florindo****

*Maria Júlia Zimmermann Pires*****

Resumo: É notório que ao longo da história desenvolveu-se um padrão comportamental feminino centrado na idealização de uma “moral sexual” baseada na castidade e subordinação, o qual influenciou no padrão de comportamento que é esperado das mulheres. Desse modo, a mulher prostituta, entendida como oposta a esse ideal feminino, foi criminalizada e marginalizada de várias maneiras pelo Estado brasileiro, especialmente, diante da condição de vítima de crimes sexuais. Nesse ínterim, o presente trabalho visa, por meio de uma metodologia bibliográfica com revisão da literatura tradicional, perceber e problematizar como a condição da mulher enquanto prostituta influencia no tratamento dado a ela pelo Sistema de Justiça Criminal, perante os crimes de violência sexual, considerando o emprego de uma moral sexual construída historicamente e do conceito de “mulher honesta”, em oposição ao discurso jurídico universalista de igualdade. Assim, evidencia-se o caráter androcêntrico do Judiciário brasileiro que baseado em uma moral sexual incompatível com a prostituição, desqualifica essas mulheres enquanto vítimas de crimes sexuais. Por conseguinte, ressalta-se sua atuação como parte da estrutura patriarcal e como um reforço a preconceitos historicamente construídos sobre as “garotas de programa”.

Palavras-Chave: Prostituição Feminina. Crimes Sexuais. Justiça. Moral Sexual.

*Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: amandademelo@gmail.com.

**Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: lugmocellin@gmail.com.

***Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: mariacflorind@gmail.com.

****Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: mariajuliazpires@gmail.com.

Abstract: It is notorious that throughout history a female behavioral pattern has developed, centered on the idealization of a "sexual morality" based on chastity and subordination, what influenced a pattern of behavior that is expected of women. In this way, the prostitute woman, understood as opposed to this female ideal of morality, was criminalized and marginalized in various ways by the Brazilian State, especially, facing the condition of victim of sexual crimes. In the meantime, the present work aims, through a bibliographical methodology with review of traditional literature, to understand and problematize how the the condition of the woman as a prostitute influences the treatment given to her by the Criminal Justice System, in the face of crimes of sexual violence, considering the use of a historically constructed sexual morality and the concept of "honest woman", in opposition to the universalist legal discourse of equality. Thus, the androcentric character of the Brazilian Judiciary is evidenced, which, based on a sexual morality incompatible with prostitution, disqualifies these women as victims of sexual crimes. Therefore, it emphasizes its performance as part of the patriarchal structure and as a reinforcement of prejudices historically constructed about "program girls".

Key-words: Female Prostitution. Sexual Crimes. Justice. Sexual Morality.

1. INTRODUÇÃO

Durante a pandemia de COVID-19, a questão da prostituição feminina ganhou novos contornos e problematizações, seja pela queda no número da clientela ou pela maior exposição ao Coronavírus nessa atividade. Desse modo, nesse cenário de vulnerabilidade, tais profissionais encontram-se mais sujeitas a violações dos seus direitos fundamentais, principalmente em relação à sua liberdade sexual, por meio dos chamados crimes sexuais. Com isso, até mesmo o não enquadramento desta prática no âmbito do direito do trabalho atua na perpetuação das violências sofridas por essas mulheres, assegurando a sua segregação que, em última instância, se expressa no tratamento desigual realizado pelo judiciário brasileiro. Nesse contexto, insere-se a pesquisa do presente trabalho, baseada em uma metodologia bibliográfica com revisão da leitura tradicional.

Tal estudo, visa responder a seguinte questão: Como a condição da mulher enquanto prostituta influencia no tratamento dado a ela pelo Sistema de Justiça Criminal, perante os crimes de violência sexual? Buscando questionar se o discurso jurídico universalista de igualdade se aplica às trabalhadoras sexuais, bem como, se as alterações na legislação brasileira de crimes sexuais impactaram na atuação dos magistrados, rompendo com o emprego de uma moral sexual construída historicamente e do conceito de "mulher honesta". Nesse sentido, ressalta-se que não se trata de uma pesquisa histórica, mas apenas da retomada de alguns

marcos temporais que influíram no desenvolvimento de um padrão comportamental feminino e de um moralismo acerca dos limites da sexualidade feminina, com vistas à perceber sua expressão na relação da prostituta perante o Judiciário brasileiro.

2. O PADRÃO COMPORTAMENTAL FEMININO

Em primeiro lugar, para a devida compreensão dos estereótipos estabelecidos acerca das mulheres prostitutas é preciso compreender a construção social do gênero feminino, isto é, o papel comportamental feminino esperado pela sociedade. Desse modo, faz-se necessária uma breve passagem sobre alguns momentos que contribuíram na definição dos papéis associados à mulher, de maneira que sendo

um aspecto cultural da vida humana [...] sua organização se estabelece à medida que a dinâmica social ocorre entre os indivíduos, fazendo com que aspectos organizados como tradicionais ganhem força e se torne uma regra, de força quase biológica, para a programação dos padrões comportamentais, como se fossemos programados para tal modelo de comportamento (CRUZ, 2013, p. 2).

Dessa maneira, entende-se que diversos fatores serviram como contribuição para a construção do padrão de comportamento social da mulher, dentre eles é possível citar, por exemplo, a Medicina, a qual ainda na antiguidade atribuiu à mulher um caráter biológico frágil, em que diante das vivências na esfera pública (restrita, portanto, ao homem) esta estaria se expondo e arriscando as questões atreladas ao outro espaço (esfera privada), reservado a ela “por meio do aprisionamento de sua sexualidade na função reprodutora e de seu trabalho no cuidado do lar e dos filhos” (ANDRADE, 2004, p. 15), contribuindo, assim, para a preservação de um ideal de família.

Ademais, de acordo com Pernoud (1990,p.39), até mesmo quando as mulheres se mostraram presentes no campo de batalha ao lado dos homens combatentes, e em alguns casos, participando diretamente do combate, tiveram na percepção dos cronistas da época, a condição de auxiliadoras, servindo somente como suporte dos homens, e não como coautoras. Nesse sentido, segundo Vagner de Oliveira Cruz (2013, p. 4), o surgimento do modelo de família monogâmica foi decisivo para a divisão dos espaços de atuação do homem e da mulher, sendo o espaço público e o espaço privado, respectivamente. Dessa forma,

desde a antiguidade, à medida que o homem passa a exercer a condição de agente do trabalho externo às práticas do lar, a mulher fica ligada à naturalida-

de da gestação e aos cuidados com os filhos, sendo pressionada a se recolher ao espaço das atividades domésticas. (CRUZ, 2013, p. 5).

Outrossim, o caráter econômico também teve importante atuação no desenvolvimento do comportamento esperado em relação às mulheres, pois, a busca pela sobrevivência por meio do trabalho restringiu-se ao sexo masculino, entendido, portanto, como provedor. Na mesma perspectiva, é impossível não citar a Igreja Católica, grande influenciadora das concepções às quais a mulher foi submetida historicamente, ademais, foi desenvolvida de uma moral sexual na busca pelo controle da mulher e da sociedade. Tal como ressalta Foucault (1999) essa instituição exerceu grande controle sobre a sexualidade conjugal e no desenvolvimento de discursividades e tabus sobre ela, como um mecanismo de censura do prazer e de controle dos indivíduos. Em conjunto, todos esses fatores propiciaram a falta de autonomia em relação à mulher, que se via pressionada e perseguida

pelas instituições de poder, como o Estado, que garantiu ao longo da história a autoridade do homem como um direito e a Igreja, que aliada ao ideal masculino burguês, utilizou sua influência sobre a mentalidade e comportamento dos indivíduos ao longo da história, resultou no estabelecimento ideológico do poder centrado no homem e autoridade sobre a sociedade e a família. (CRUZ, 2013, p. 9).

Sendo assim, na Idade Média o radicalismo religioso também enquadrava a mulher como representante da mulher bíblica Eva, fonte propiciadora da entrada do mal no mundo para os religiosos, considerando o sexo feminino como agente do mal e transgressor dos valores civilizados e corretos (BRANDEN, 1992, p. 30). Desse modo, a “percepção organizada a partir deste entendimento favoreceu a negação das atividades públicas à mulher num quadro de distinção onde ela era vista como detentora do poder de prejudicar a sociedade ordenada pelos homens.” (CRUZ, 2013, p. 6).

Desse modo, ainda em relação ao domínio sobre a mulher, a Igreja enraizou diversos “tabus”, que foram empregados senão de modo direto, indiretamente, na moral social. Dentre eles tem-se a ideia da virgindade feminina, tida como algo precioso e casto, o que influenciou na rejeição da sociedade à prática sexual antes do casamento, por exemplo. Nesse viés, até mesmo a compreensão de que a passagem da fase infértil para a fértil, por meio da menstruação, contribuiu para a associação da maternidade como condição social do sexo feminino. Logo, o entendimento de “honra” passou a estar cada vez mais evidente e carregado desses valores morais e culturais da sociedade (MORGADO, 1985, p. 89).

Assim, conclui-se que o controle sobre a mulher não se mostrou restrito a determinadas instituições, muito pelo contrário, teve diversos atores, de maneira que aquelas que não se adequassem ao modelo de comportamento sistematizado estariam propícias a inúmeras repressões. Em vista disso, fica expresso o quão forte é o entendimento de que a mulher esteve ao longo de diversos momentos em uma condição de opressão, a qual assegurou a dominação masculina ao mesmo tempo que restringiu as mulheres à esfera privada, no ambiente familiar, distante da ordem pública - local de tomada de decisões. Dessa maneira, de acordo com Cruz (2013, p. 6), inserida a mulher nesse idealismo comportamental imaginário, tido como correto e imposto a ela como algo “honroso”, esta passa a reproduzi-lo na educação de sua prole, fortalecendo os códigos de comportamento da sociedade vigente, de modo a reforçar e perpetuar os padrões comportamentais construídos ao longo da história, os quais perduram até os dias atuais.

Aqui, pode-se entender a problemática estudada, de modo que devido ao comportamento esperado pela mulher como sujeito do sexo feminino durante a história, conclui-se que as prostitutas são as que mais se mostram opostas a este, porque elas refletem o real afastamento do “padrão comportamental considerado ideal, estabelecido e perpetuado pela sociedade por meio dos seus interlocutores e que influenciaram ao longo dos séculos na construção da padronização do papel social relativo à mulher” (CRUZ, 2013, p. 5). Nesse sentido, o relato de Monique Prada (2018, p. 35) ressalta essa visão da sociedade sobre as mulheres que se prostituem, segundo a escritora, existe um imaginário popular construído sobre as trabalhadoras sexuais, que as entendem como mulheres enganadoras, loucas e desviadas, isto é, um padrão comportamental que as demais mulheres “honestas” devem se afastar. Isso porque,

uma mulher que enfrenta toda a cultura de uma sociedade violentamente machista, que se apropria de seu corpo e de sua sexualidade a ponto de fazer deles seu meio de vida, e que não se envergonha disso – muito pelo contrário – mete muito medo. Um dos dogmas mais potentes da sociedade patriarcal é que a palavra da mulher que faz sexo, muito sexo, e não esconde que faz, deve ser imediatamente desqualificada, e essa mulher, ela mesma destituída de valor (PRADA, 2018, p.94).

Por isso, a autora ressalta a existência de uma métrica da respeitabilidade que hierarquiza o feminino e o divide entre aquelas que são devotas e obedientes aos maridos (“mulheres honestas”) e aquelas que não possuem donos, pois são as “mulheres de todos” (“mulheres desonestas”). Essas últimas, seriam o mais baixo nível do feminino, o pior que pode ser ocupado por uma mulher e, por conseguinte, deveriam ser estigmatizadas, invisibilizadas e isoladas do social (PRADA, 2018, p.76-77).

Assim, com base no exposto, compreende-se que as mulheres que não se submetem ao papel feminino esperado, como é o caso das profissionais do sexo, tornam-se objeto de julgamentos, e as consequências repressivas vão para muito além desses, atentando até mesmo nos seus direitos fundamentais como cidadãs. Tais instrumentos funcionam como uma tentativa de marginalização e de segregação, inclusive através de dispositivos legais como será detalhado na sequência, daquilo que a moral social não consegue lidar e não aceita: uma mulher é livre e decide como dispor do seu corpo.

3. UM BREVE RELATO DA HISTÓRIA DA PROSTITUIÇÃO

Primeiramente, acerca especificamente do caso brasileiro, a prostituição surge somente a partir da colonização portuguesa, na conjuntura da expansão do capitalismo, uma vez que antes não havia condições propícias ao aparecimento da prática, pois, a propriedade privada ainda não era conhecida. No entanto, com a chegada dos portugueses, o país adquiriu todas as características de uma sociedade de classes, com a presença da família, da propriedade privada e, consequentemente, da prostituição. Nesse contexto, a distinção entre os termos mulher de “casa” e mulher da “rua” se prolifera, de modo que é comum até os dias atuais em diversas sociedades. Essa diferenciação entre os dois espaços, no caso da mulher, relacionava-se principalmente ao exercício da sexualidade, cujo entendimento baseava-se na cisão radical entre ambos, o primeiro tido como saudável e o segundo como degenerado (ROBERTS, 1998, p. 30).

Tal visão coloca as mulheres prostitutas como opostas ao padrão moral, explicado anteriormente, o qual exerce grande influência perante a sociedade ao longo da história, de modo que até mesmo a legislação brasileira, em diversos sentidos, reforçou esse estigma. Com isso, uma das maiores expressões dessa concepção estigmatizada no que concerne as profissionais do sexo foi o enquadramento dessas no chamado crime de “atentado ao pudor”, tipificado pelo Código Penal brasileiro de 1890 (decreto n. 847, 11 out. 1890) em seu artigo 282, o qual previa punição legal para todo aquele que ofendesse “os bons costumes com exhibições impudicas, atos ou gestos obscenos, atentatórios ao pudor, praticados em lugar público” (LEAL, 1918, p. 181-182). A partir desse texto, extrai-se um exemplo de que essas mulheres ficavam nas ruas, exibindo-se escandalosamente e, por conseguinte, ofendendo o pudor público.

No entanto, o fato de a força do trabalho ser caracterizada como mercadoria ocasionou uma mudança na postura do Estado Moderno no que tange à regula-

mentação da atividade da prostituição. Abandona-se, portanto, a ideia de controle ou proibição expressos por parte do poder público e se fortalece o fundamento formal da igualdade política entre os cidadãos. Por outro lado, mesmo no atual contexto em que quase tudo se torna produto, inclusive o próprio corpo humano, a moral conservadora ainda permanece sobre a prática. Assim, pode-se encarar a pós-modernidade como uma dualidade entre a moral, que visa proteger os valores da família tradicional, e a ideologia neoliberal¹, esta que propaga a máxima liberdade de mercado, em que até mesmo a sexualidade pode ser vendida e consumida (ROBERTS, 1992, p. 330-334).

Dessa maneira, enquanto a regulamentação da atividade tem se tornado tendência nos países mais ricos, tais como Austrália, Alemanha, Holanda e Nova Zelândia, o posicionamento antiquado e moralista que condena a prática, associado à forte oposição por parte do feminismo radical, ainda oferece grande resistência a esse processo (MACHADO, 2017, p. 16). Nesse caso, o feminismo radical ou conservador, hoje denominado de radfem, diz respeito ao braço do movimento feminista que propaga um discurso de abolição à prostituição como se essa fosse sinônimo de violência contra a mulher, colocando a prostituta como vítima do sistema e não reconhecendo o viés profissional da atividade. Nas palavras de Monique Prada (2018, p.33), uma trabalhadora sexual, autora da célebre obra “Putafeminista”, esse seria

um feminismo que nos vitimiza [prostitutas] e que pretende nos resgatar, negando nossa autonomia e nossa capacidade de escolha, e rechaçando violentamente a possibilidade de diálogo com aquelas de nós que não desejam a salvação oferecida e que discordam claramente da ideia, tão propagada, de que esse feminismo seria “contra a prostituição, mas a favor das prostitutas” [...] Primeiramente, pelo motivo óbvio de que não existimos – nós, as prostitutas – sem a prostituição.

¹ O capitalismo neoliberal é um sistema econômico dominante, regido pela competição absoluta e pela liberalização, orientada pela “supremacia dos mercados” e que se apropria frequentemente da mão de obra de mulheres pertencentes a classes sociais mais baixas. Essa apropriação ocorre por causa da existência de um sistema de valores, regras, normas e políticas próprios desse sistema que sustentam o capitalismo e reproduzem a lógica patriarcal. A partir do neoliberalismo fica mais perceptível a apropriação que o capitalismo faz dos grupos minoritários e de atividades consideradas imorais, de forma a lhes dar uma nova roupagem ou uma nova face para que possam oferecer lucros ao sistema, através da ideologia neoliberal. Essa pode ser percebida, no caso da prostituição, pela transformação dos direitos de personalidade, principalmente a liberdade, da teoria dos contratos e do princípio da autonomia contratual em discursividades fundamentais para que fosse alcançada uma nova concepção sobre as profissionais do sexo. Do mesmo modo, argumentos feministas, como a autonomia dos corpos das mulheres e a liberdade de escolha, passam a ser empregados para dar sustentação a teoria de que o trabalho da prostituta no sistema capitalista é como qualquer outro trabalho remunerado e sua sexualidade pode ser uma mercadoria (SILVA, 2017).

Explicita-se, assim, o paradoxo entre as expectativas de mulheres e o movimento feminista conservador, através da contradição do discurso de liberdade sexual propagada pelo referido movimento feminista, pois se por um lado a mulher pode escolher o que faz com seu próprio corpo, quando a escolha significa se prostituir a repressão é certa, uma vez que esta atividade é entendida como sinônimo de perda da dignidade e de expressão do domínio masculino, e não como um símbolo de autonomia feminina. Desse modo, há uma lacuna entre até onde a mulher possui direito sobre seu próprio corpo.

A partir do breve relato histórico da prostituição, pode-se notar que existem diversas formas do ordenamento interpretá-la. Dessa maneira, ela pode ser entendida como algo moralmente condenável e que deve ser combatido expressamente pelo texto legal em virtude da prostituta ser uma ameaça ao conceito tradicional de família, ponto de vista defendido por religiosos conservadores, por exemplo. Em contraposição, pode ser tipificada como uma profissão já naturalizada, e que deve ser regulamentada com vista a assegurar os direitos, em especial os trabalhistas, das cidadãs que a exercem (ANDO, 2014, p. 55). Além dessas, há uma terceira opção, adotada pelo Brasil, o chamado “sistema abolicionista”, no qual a prestação de serviços sexuais não é objeto direto de sanção pelo direito penal, contudo, são criminalizados pela legislação do Código Penal vigente tanto o cliente (art. 228) como aquele que vive da prostituição alheia, sendo crimes o rufianismo (art. 230), a manutenção de casa de prostituição (art. 299) e o tráfico interno e internacional de pessoas (art. 149 - A).

Todavia, entende-se que

O abolicionismo permanece num limbo entre a criminalização e a legalização: [pois] não considera a prostituta como criminosa, mas ao silenciar sobre os seus direitos, acaba fazendo uma opção política, ou seja, não protege a dignidade sexual das mulheres envolvidas e não consegue combater aquilo que criminaliza (ANDO, 2014, p. 58).

Nesse sentido, é preciso salientar que o comportamento da prostituta continua sendo encarado como desviante em relação àquilo que se considera “normal”, ou seja, o estigma permanece, independentemente do modelo adotado pelo Direito. Tal como, expressa Simone de Beauvoir (2016, p. 363-364):

[...] a existência de uma casta de “mulheres perdidas” permite tratar as “mulheres honestas” com o mais cavalheiresco respeito. A prostituta é o bode expiatório; o homem liberta-se nela de sua turpitude e a renega. Quer um estatuto legal a coloque sob a fiscalização policial, quer trabalhe na clandestinidade, é ela sempre tratada como pária.

Portanto, ainda que não haja um dispositivo legal que assegure a proibição da prostituição, a sociedade continua a tratá-las de modo desigual e degradante, como se evidencia na segregação entre mulheres perdidas e honestas, comum no imaginário popular. Isso porque, como explica Fernando Bessa Ribeiro e José Manuel de Oliveira Sá (2013, p.14), o direito tem uma importância fundamental para a produção social do preconceito, a qual não se refere apenas ao fato de a norma jurídica considerar a prostituição como um erro, um desvio comportamental, mas também à incorporação dos estigmas no corpo da lei e na mente dos seus operadores. Desse modo, até mesmo o não enquadramento da prostituição no âmbito do direito do trabalho atua na perpetuação das violências sofridas por essas mulheres prostitutas, seja negando direitos ou alimentando a exclusão das mesmas. Ademais, tal processo de marginalização pelo direito também se expressa no tratamento desigual do Estado brasileiro quando as “garotas de programa” são vítimas de crimes sexuais, como será detalhado na sequência.

4. A TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS NO BRASIL

Diante do exposto, é viável perceber o Direito Penal como um instrumento de produção de materialidades nefastas às mulheres, tal realidade se explana também por meio de uma análise histórico-legislativa, que demonstra como ele está sujeito aos valores sociais e à moral de cada tempo, principalmente no caso da tipificação dos crimes sexuais. Assim, nesse panorama histórico destacam-se, primeiramente, as Ordenações Filipinas, em que se tutelava a honra da mulher virgem e da viúva honesta. Assim, o ordenamento no Título XIII - “dos que cometem pecado de sodomia, e com animais”, tratava dos crimes sexuais, os quais apresentavam penas extremamente brutais, dada a influência que a Igreja exercia no controle da sexualidade. No entanto, ressalta-se que, com relação ao crime de estupro, este estipulava que ao homem que forçosamente dormisse com qualquer mulher seria imposta a pena de morte, contudo, havia uma ressalva quando o mesmo crime fosse cometido contra mulher que “ganhasse dinheiro com o próprio corpo” (ANDO, 2014, p. 45) não se faria a execução, porque esse crime era considerado menos grave que os demais.

Ademais, em 1830, foi instituído o Código Imperial, em que foram tipificados os crimes “contra a segurança e a honra” em seu capítulo II do Título II. Nesse sentido, no art. 219 da codificação encontrava-se a tipificação do crime de estupro, definido como o ato de deflorar uma mulher virgem, menor de 17 anos e, em seu

art. 222 estipulava uma pena de três a doze anos caso o crime fosse cometido contra mulher “honesta” e virgem. Contudo, se a vítima fosse prostituta a pena seria diferenciada, estando entre um mês e dois anos, representando uma clara estigmatização dessas mulheres (ANDO, 2014, p. 48-49).

Dessa forma, a proteção fornecida girava em torno da castidade feminina e à expectativa de matrimônio, além de que o casamento do agressor com a vítima constituía causa de extinção da culpabilidade (ZANATTA, 2016, *online*). Em vista disso,

a vítima do crime de estupro encontra seu lugar: contra sua violação restam a desonra ou o casamento, pois não há na letra da lei qualquer pretensão de proteger a carne em sua vulnerabilidade, mas destacar e qualificar a posição da mulher-vítima e sua relação com a lei e a “honra”. O casamento seria, portanto, uma forma de exclusão da pena desse autor, salientando que o Código não estava voltado para a proteção da vulnerabilidade do corpo da mulher, mas para a manutenção da estrutura social a qual ela pertence (ANDO, 2014, p. 49).

Na sequência, o Código de 1890, na abordagem dos crimes sexuais, definidos no Título VII denominado “Dos crimes contra a segurança da honra e da honestidade das famílias e do ultraje publico ao pudor”, tipificou em seus art. 268 e 269 o crime de estupro, tendo como proteção penal não mais a “mulher virgem”, mas a mulher “honesta”. Logo, constata-se que permaneceu a diferenciação entre mulheres “honestas” e mulheres “públicas”, como se verifica no texto da lei: “Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena – de prisão celular por um a seis annos. § 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta: Pena – de prisão celular por seis mezes a dous annos” (ANDO, 2014, p. 50-52). Nesse período, apesar de a prostituição não ser um tipo penal, a criminalização dela era realizada através do que era denominado de atentado ao pudor, ou seja, quando uma mulher cometia um crime que escandalizava o público, devendo ser presa.

Por outro lado, o Código Penal de 1940 tratou os crimes sexuais com uma nomenclatura diferenciada, ou seja, deixando de apresentar a questão da honestidade, ao menos no título, para implantar uma nova nomenclatura que garantirá a preservação da moral sexual até então posta: “Crimes contra os Costumes”. Além disso, abrangente aos crimes sexuais, a vítima precisava deixar claro que não consentia com a relação sexual, sendo submetida à violência física e/ou psíquica, mas permanecia intocada a indicação da vítima como “mulher honesta”, bem como a sedução da mulher virgem (ANDO, 2014, p. 53-55). Somente em 2001, com a Lei n. 10.224, houve alterações em tais aspectos moralizantes, com a eliminação do termo “mulher honesta” e a retirada da extinção da punibilidade em caso de matrimônio entre a ofendida e o agressor (ZANATTA, 2016, *online*). Por fim, em 2009

ocorreu a alteração do nome do capítulo que trata desses temas por “dignidade sexual” pela lei n.12.015/09.

Atualmente, o primeiro delito tipificado no Capítulo I do Título IV do Código Penal é o estupro (art. 213), definido como o constrangimento de qualquer pessoa, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal, isto é, a cópula entre vagina e pênis, ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, incluindo, também, a modalidade de estupro de vulnerável (ROSA, 2020, *online*). Ademais, destaca-se a previsão legal dos crimes de importunação sexual (art. 215-A) e de assédio sexual (art. 216-A). Entretanto, convém destacar a existência e a aplicação de teses de nítida influência patriarcal, como a legítima defesa da honra, que foi proibida de ser utilizada em casos de feminicídio pelo STF somente em 2021. Essa se caracterizava pelo fato de que o homem ao alegar agir por amor, por uma violenta emoção ou por ter sido traído, teria sua honra afetada, o que provocaria a perda do controle emocional. Com a breve exposição, percebe-se a justificativa, aos crimes contra a mulher, mesmo aqueles ocorridos mais recentemente, de 1992 a 2005 (OLIVEIRA; FERIANI, 2017, p.364).

Por conseguinte, é notório que houve uma mudança paradigmática a respeito da proteção da liberdade sexual das mulheres, evidenciada pelas mudanças no tratamento legal dos crimes sexuais. Sendo assim, tem-se uma passagem de uma tutela eminentemente moral para outra que busca a valorização e o respeito da autonomia dos sujeitos em suas vivências sexuais (FRANCO, 2019, p. 204). No entanto, é preciso considerar que a compreensão majoritária dos Tribunais, que representa a ideologia penal dominante com relação a estes crimes, permanece atrelada à moral sexual e a um simbolismo de gênero que define um modelo ideal de mulher, assegurando a permanência do domínio masculino, como demonstrado na questão da legítima defesa da honra.

5. A JUSTIÇA CRIMINAL E A PROSTITUIÇÃO

Outrossim, percebe-se que a construção do crime de estupro é, em grande parcela, fruto da decorrente influência do machismo e do patriarcado nas sociedades, que se reflete na imposição da responsabilidade do crime à vítima. Dessa maneira, a normalização da violência sobre as mulheres é um reflexo de uma cultura do estupro, perpassada, muitas vezes em meios midiáticos, como filmes, novelas ou até em livros, os quais perpetuam uma linguagem misógina que objetifica os corpos femininos. Por isso, a culpabilização da vítima refere-se a uma

normalização das relações de gênero, em que dentro de uma cultura do estupro culmina na responsabilidade do estupro à mulher, transferindo para ela a culpa e para a sociedade a ideia de uma conduta masculina totalmente normal, por estar em conformidade com os parâmetros estabelecidos culturalmente (SOMMACAL; TAGLIARI, 2017, 250-264).

Adentrando nessa temática, diante de todo um processo judicial, tem-se a “vitimologia”, termo empregado para o estudo da vítima, que consiste basicamente em uma análise que adentra a sua personalidade, buscando questões biológicas, psicológicas e sociais, por exemplo, propondo uma ligação entre o sujeito ativo e o sujeito passivo do crime, isto é, ocorre uma relação entre o infrator e sua vítima, reconhecida como “dupla penal”. Nesse viés,

de acordo com o Canadian Resource Centre For Victims of Crime (2009, p. 3, tradução nossa), existem dois tipos de atribuição de culpa; a interna, que consiste no reconhecimento que a causa do crime se deu em razão da característica pessoal da vítima; e a externa, que reconhece que o ambiente e demais circunstâncias motivaram a prática criminosa. (SOMMACAL, 2016, p. 62 e 63).

Dessa maneira, a partir desse entendimento, o magistrado responsável terá que se ater a questões comportamentais da vítima durante e antes da prática do crime, o que resulta na análise da roupa, local, horário, nível de álcool, desempenho sexual e o conhecimento acerca do sujeito ativo, ignorando o principal: a vítima. Portanto, tratando-se da figura feminina, o que está posto em julgamento é a conduta moral da vítima e não o delito por si só (LANA *et al.*, 2016, p. 169), de forma que tal prática delituosa é abordada diante da moralidade sexual feminina, promovendo uma inversão do ônus da prova ao repassar toda a responsabilidade para a mulher. Deste modo, se antes a mulher era tida como vítima e sentia-se como tal, ela passa a se enxergar como culpada, mediante um julgamento de si própria, que propõe em determiná-la como uma vítima irreal.

Destarte, o julgamento nos crimes sexuais não opera no sentido de reconhecer a violência ou violação da liberdade sexual da mulher, muito menos de julgar o homem pelo seu ato, ao contrário, trata-se da “lógica da honestidade”, caracterizada por um jogo de forças no qual

[...] “outros elementos probatórios nada mais são do que a vida pregressa da própria vítima. É nesse ponto que incide, no processo, o julgamento moral da vida sexual da mulher, se ela é “honesta”, etc. E toda a credibilidade de suas alegações dependem disso: “A vítima que acessa o sistema requerendo o julgamento de uma conduta definida como crime [...] acaba por ver-se ela própria ‘julgada’ (pela visão masculina da lei, da polícia, da Justiça), incumbindo-lhe

provar que é uma vítima real e não simulada (ANDRADE, 2005, p. 92 *apud* LANA *et al.*, 2016, p. 173).

Assim, as mulheres são estereotipadas como “desonestas” e vivem à margem do sistema, como ocorre com as prostitutas. Essas não são consideradas vítimas, pois, no julgamento dos crimes sexuais, a justiça avalia as adequações dos papéis sociais que os envolvidos desempenham e quando não a constatarem acabam por reforçar as assimetrias de gênero e as violências associadas às “garotas de programa”. Nesse sentido, como explica a psicóloga social Mariana Hasse (2014, *online*), evidencia-se que:

De uma forma geral, há um desdém com a violência que é “mais leve”. Há uma banalização dessa violência. E, com as prostitutas, isso é um pouco mais acentuado: “como você sofreu violência se o cliente estava pagando?” (UNESP, 2014, *online*).

Sendo assim, facilmente as prostitutas assumem o papel de “degeneradas” que se puseram em situação de risco e que de alguma maneira “merecem” o que lhe aconteceu. Esse entendimento decorre do fato de que elas não são consideradas mulheres que tenham respeito a si próprias e, por conseguinte, não deveriam esperar que outrem as respeitasse, como se a sua posição negativa ou “desvirtuante” numa escala assimétrica de papéis sociais fosse um motivo para o crime do qual foi vítima. Em vista disso, entra em conflito a posição de sujeito de direito (aquele que é titular de direitos) e os papéis adequados/esperados nas relações familiares, porque ao romperem com o comportamento esperado do gênero feminino (dispor do próprio corpo publicamente e não atuarem apenas na restrita esfera do lar, no ambiente privado), suas garantias fundamentais são menosprezadas (OLIVEIRA; FERIANI, 2017, p.362). Logo, devido ao fato de não suprirem as expectativas que a sociedade lhes impõe, ficam à mercê dos demais que acreditam que podem invadir seus direitos, em especial, sua liberdade sexual.

Em suma, a vítima prostituta, ao não se encaixar em seu papel esperado, acaba por sofrer um processo de culpabilização, por ser “desvirtuante”, torna-se um motivo para o crime. Nesse ponto, encontra-se a honestidade da mulher em um jogo de indagações, alegando a não-existência de tais atrocidades se tais mulheres mantivessem-se recatadas, de acordo com as boas maneiras e com os bons costumes pré-estabelecidos culturalmente (SOMMACAL, 2016, p.63). Ademais, em uma pesquisa realizada em 2014, denominada Tolerância Social a Violência contra a Mulher, 58% dos entrevistados concordaram que “se as mulheres soubessem como se comportar, haveria menos estupro” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMI-

CA APLICADA, 2014, p. 22). Entretanto, segundo o Anuário de Segurança Pública de 2020, a maioria das vítimas (57,9%) foram meninas de até 13 anos (PÚBLICA, 2020, p.13).

Em vista disso, ainda que os avanços sejam, em parte, evidentes, o Sistema de Justiça Criminal ainda opera a partir de preceitos discriminatórios enraizados no modelo patriarcal, estando ainda longe de assegurar a liberdade sexual como um direito garantido a toda mulher, independentemente de idade, virgindade, aspecto moral ou qualquer outra qualificação/adjetivação que se possa imaginar, como afirma Bitencourt (*apud* ANDO, 2014, p. 63). Dentre esses avanços, têm destaque a instituição de delegacias especializadas na mulher, com a presença de delegadas mulheres para recebê-las. Todavia, quando se pensa nas prostitutas, as quais realizam suas atividades durante o período da noite, percebe-se um claro descaso, uma vez que a maioria dos crimes sexuais que as acometem ocorrem no horário em que essas delegacias especializadas estão fechadas. Por isso, elas são obrigadas a se dirigirem às delegacias comuns, locais em que “elas são, muitas vezes, atendidas por homens. Então, o relato que se tem é de que eles não conseguem entender como uma prostituta pode sofrer violência sexual”, como afirmou Mariana Hasse (UNESP, 2014, *online*). Então, percebe-se a necessidade de se pensar as modificações de modo a garantir proteção a todas as mulheres na integralidade, considerando suas especialidades de raça, orientação sexual e de ocupação profissional.

Consequentemente, a tese de igualdade pretendida pelo direito moderno não se aplica na prática das instituições brasileiras, uma vez que os princípios constitucionais que legitimam o discurso jurídico padecem de eficácia social, já que na aplicação do Sistema de Justiça Criminal (SJC), como já demonstrado, podem ser identificados elementos que (re)produzem a discriminação da mulher, contrariando as promessas de liberdade e igualdade. Assim, como expressa Alessandro Baratta (1978, p. 9-10), essa ideologia legitimadora do machismo se perpetua sob as vestes do “mito do Direito Penal igualitário”, que se refere a discursividade propagada de que o direito penal protege igualmente todos os cidadãos e que a lei é igual para todos. Isso porque, a partir deste discurso neutro da igualdade, escondem-se as desigualdades estruturais e da sociedade havidas na pluralidade das mulheres, em especial as prostitutas, e impõem uma realidade como ‘universal’.

Posto isso, sob a ótica *foucaultiana*, ao considerar determinado discurso como universal, inventou-se um padrão de mulher, que determina quem são os indivíduos desejáveis e os que não são, o que se exprime na seletividade da justiça na escolha dos corpos que merecem ser juridicamente tutelados (a saber aqueles que se

adequam ao padrão heteronormativo, classicista, patriarcal e de branquitude) (BAGGENSTOSS; OLIVEIRA, 2019, p. 96-97). Essa padronização manifestada por meio do direito serve para um propósito, isto é, exprime um poder que visa a manutenção do status quo e da lógica patriarcal (BAGGENSTOSS; COELHO, 2019, p. 129). Logo, é preciso romper com a errônea ideia de um magistrado Hércules, cuja função é alcançar a justiça através da imparcialidade, tendo em vista que esse, enquanto pessoa, também se forma por processos de subjetivação que interferem na sua atuação como autoridade, que muitas vezes podem estar associados à estereótipos e preconceitos (BAGGENSTOSS; OLIVEIRA, 2019, p. 115).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o SJC é androcêntrico porque funciona como um mecanismo público de controle dirigido primordialmente aos homens como operadores de papéis masculinos, isto é, se apresenta como um “mecanismo masculino de controle de condutas masculinas, em geral praticadas pelos homens, e só residualmente feminino” (ANDRADE, 2004, p. 88). Dessa maneira, Samantha Buglione (2000, p. 1) destaca um aspecto oculto do Direito Penal, afirmando que, apesar de apresentar uma previsibilidade garantista em seu discurso, na prática há uma imprevisibilidade de questões de gênero, especialmente acerca dos crimes sexuais, tendo em vista que o direito adota um padrão de ser humano masculino, incompatível com modelos diversos, o que reflete em um tratamento diferenciado às mulheres de forma geral, como se evidencia pela inversão do ônus da prova, anteriormente relatado.

À vista disso, o SJC e o Direito Penal, além de refletirem, atuam na manutenção da ideologia patriarcal na medida em que se apresentam como um controle seletivo sexista, no qual a estrutura e o simbolismo de gênero operam desde as entranhas de sua estrutura conceitual, de seu saber legitimador e perpassam suas instituições (ANDRADE, 2004, p. 83), ainda que sob as vestes de um discurso jurídico centrado na igualdade. Por conseguinte, eles apresentam a sua eficácia invertida, uma vez que suas funções oficiais/declaradas apresentam uma eficácia meramente simbólica, porque não são e não podem ser cumpridas, ao passo que, na realidade, suas funções reais, não apenas diversas, mas inversas às socialmente declaradas por seu discurso oficial. Nas palavras de Vera Andrade (2004, p. 79):

A eficácia invertida significa, então, que a função latente e real do sistema não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao contrário, construí-la seletiva e “estigmatizantemente” e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça).

Logo, denota-se a ineficácia do sistema jurídico criminal na proteção das mulheres contra a violência sexual, em especial as prostitutas, porque sua pauta generificada é baseada em uma moral sexual que se inspira em estereótipos acerca da feminilidade e, que, ao invés de não prevenir novas violências, as reproduzem em suas práticas jurídicas e judiciais (SMART, 1999 *apud* BAGGENSTOSS; OLIVEIRA, 2019, p. 103). Com isso, é importante perceber que o discurso universal sobre o qual se estrutura o direito, apesar das alterações na legislação, na prática dos magistrados ainda é promovido através do não reconhecimento de direitos pessoais e fundamentais das garotas de programa, pois, estas não se enquadram no padrão moralista de conduta, o que provoca uma ordem de vulnerabilização das mesmas e invalida seus sofrimentos e suas dores, mesmo diante de uma condição de vítima e de um contexto pandêmico.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente análise da relação da prostituição com os crimes sexuais desnudou uma realidade encobrida pelo “mito do Direito Penal igualitário” (BARATTA, 1978, p. 9-10), em que a terminologia das “mulheres honestas” e a lógica da moral sexual, apesar de terem sido extintas do texto legislativo, ainda permeiam as decisões dos magistrados brasileiros e a moral social. Para tanto, em um primeiro momento, tratou-se acerca da construção histórica dos estereótipos femininos e, por conseguinte, do desenvolvimento de uma moralidade que reprime a sexualidade feminina e assegura o domínio masculino sobre seus corpos.

Em um segundo momento, buscou-se demonstrar de que modo a prostituição rompe com essa padronização comportamental feminina. Sob esta ótica, demonstrou-se que a legislação brasileira, norteadas por esse modelo ideal de mulher, possui uma postura abolicionista, que mesmo que não proíba explicitamente sua realização, permite a utilização de diversos mecanismos, em especial a repressão policial, para reprimê-la. Logo, foi possível compreender de que maneira essa postura adotada pelo Estado brasileiro atua na manutenção dos estigmas com relação a essas mulheres, o que coaduna com a prática moralista dos tribunais enquanto instrumento de repressão e de segregação.

Por fim, explicitou-se o caráter das práticas realizadas pela justiça brasileira no tratamento de crimes de violência sexual praticados contra garotas de programa, em que se verifica uma inversão do ônus da prova, no qual a culpabilidade pelo crime não está associada à conduta do agressor, mas à da vítima, em grande parte

por conta de seu meio de sustento. Assim, evidenciou-se a postura androcêntrica do Sistema de Justiça Criminal, tendo em vista que ele adota como padrão o ser humano masculino, incompatível com modelos diversos, que se reflete em um tratamento diferenciado às mulheres prostitutas, sendo, portanto, elemento reprodutor de desigualdades e de assimetrias de gênero.

Portanto, é notório o quanto esses discursos jurídicos fizeram e ainda fazem desaparecer as mulheres de “carne e osso” por trás da imagem construída das prostitutas, que carregam consigo o *status* de desviantes e sofrem com esses estereótipos criados historicamente, os quais as desqualificam enquanto sujeitos de direitos. Nessa visão, as prostitutas não podem ser vítimas de crimes sexuais, porque não merecem ser protegidas, já que são “vagabundas”, “putas”, mulheres “públicas”, cujo sofrimento pode ser invalidado, e é da perpetuação desse pensamento que emergem falas que defendem que não se poderia esperar dos homens que agissem de outra forma com elas. Em síntese, a partir do exposto, evidencia-se que é preciso questionar esses discursos e buscar ouvir as vozes daquelas que ousaram ser contra uma moral posta ao feminino e que clamam por uma justiça igualitária.

REFERÊNCIAS

ANDO, Vanessa Kubota. *MULHER, PROSTITUIÇÃO E ESTUPRO: uma análise através da moral sexual*. 2014. 80 f. TCC (Graduação) - Curso de Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/37862/126.pdf?sequence=1&isAllowed=>. Acesso em: 20 abr. 2021.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 71-102, jan. 2004.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra; OLIVEIRA, João Manuel de. Direito Brasileiro: discurso, método e violências institucionalizadas. In: BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra et al. (org.). *Direito e Feminismos: rompendo grades culturais limitantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 95-119.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra; COELHO, Beatriz de Almeida. *O Direito é um Homem, Branco e Europeu: uma análise do ensino jurídico na universidade federal de santa catarina sob o viés de uma teoria epistemológica feminista*

decolonial. In: BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra et al. *Direito e Feminismos: rompendo grades culturais limitantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 121-144.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e política penal alternativa. Tradução por J. Sérgio Fragoso. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 7-21, jul./dez. 1978. p. 9-10. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/revista-de-direito-penal-no-23/>. Acesso em: 09 set. 2021.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: a experiência vivida*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. 2 v.

BRANDEN, N. *A psicologia do amor romântico*. RJ: Imago, 1992.

BUGLIONE, Samantha. *A mulher enquanto metáfora do Direito Penal*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 38, 1 jan 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/946/a-mulher-enquanto-metafora-do-direito-penal>. Acesso em: 09 set. 2021.

CRUZ, Vagner de Oliveira. XXVII SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 22 a 26 jul. 2013, Natal. *Feminino: a construção histórica do papel social da mulher*. Natal: Anpuh Brasil, 2013. 14 p. Disponível em: http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1371176105_ARQUIVO_textorevisado.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

FOUCAULT, Michael. *História da Sexualidade 1: A vontade de saber*. Rio de Janeiro. Edições Graal. 1999.

FRANCO, Luciele Mariel. Da Moral à Liberdade Sexual: análise do novo paradigma da liberdade sexual sob uma perspectiva de gênero. In: BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra et al (org.). *Direito e Feminismos: rompendo grades culturais limitantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 199-215.

IPEA. *Tolerância Social à violência contra as mulheres*. Brasília, 2014b. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres_novo.pdf Acesso em: 23 abril 2021.

LANA, B. et al. *Meu Amigo Secreto: Feminismo além das redes*. 1. ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2016.

LEAL, Aurelino. *Polícia e Poder de Polícia*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1918, pp. 181-182.

MACHADO, Juliana Paulino. *PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO NO BRASIL: desmarginalização de uma profissão ou*

institucionalização da cafetinagem? 2017. 103 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis (Sc), 2017.

MORGADO, Belkis Frony. *A solidão da Mulher bem casada: um estudo sobre a mulher brasileira*. Rio de Janeiro: José Olimpio, 1985

OLIVEIRA, Marcella Beraldo de; FERIANI, Daniela. Direito, diferenças e desigualdades: gênero, geração, classe e raça. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 352-373.

PERNOUD, Régine. *A Mulher nos Tempos das Cruzadas*. São Paulo: Papirus Editora, 1990. 393 p.

PRADA, Monique. *Putafeminista*. São Paulo: Editora Veneta, 2018. 108 p. (Coleção Baderna).

PÚBLICA, Fórum Brasileiro de Segurança. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*. 14. ed. São Paulo: Fbsp, 2020. 331 p. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

RIBEIRO, Fernando Bessa; SÁ, José Manuel Oliveira. *Interrogando a prostituição: Uma crítica radical aos discursos hegemônicos*. 2013, p. 12-18. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/266487459_Interrogando_a_prostituicao_Uma_critica_radical_aos_discursos_hegemonicos. Acesso em: 11 set. 2021.

ROBERTS, Nickie. *As prostitutas na história*. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 1992, p. 26-334; Tradução de Magda Lopes.

ROMFELD, Victor Sugamoto. *UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA DOS SISTEMAS JURÍDICOS DE ENQUADRAMENTO DA PROSTITUIÇÃO FEMININA*. 2013. 81 f. Monografia (Especialização) - Curso de Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35580/84.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 abr. 2021.

ROSA, Mariana Carneiro. Crimes Contra A Liberdade Sexual: análise crítica dos reflexos à vítima mulher. *Revista mbito Jurídico*, [S.L.], 01 maio 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crimes-contra-a-liberdade-sexual-analise-critica-dos-reflexos-a-vitima-mulher/>. Acesso em: 20 abr. 2021.

SILVA, Mariana Farias. CONTRATO DE PROSTITUIÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE: um viés feminista e à luz dos direitos de personalidade. *Revista Ideias: Revista dos estudantes da Faculdade de Direito do Recife (UFPE)*, Recife, v. 1, n. 19, p. 69-92, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ideias/article/view/230460>. Acesso em: 09 set. 2021.

[S.l.]. *STF proíbe uso da tese de legítima defesa da honra em crimes de feminicídio*. 2021. Notícias STF. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462336>. Acesso em: 20 abr. 2021.

SOMMACAL, Clariana Leal. *CULPABILIZAÇÃO DA VÍTIMA DE ESTUPRO*. 2016. 88 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

SOMMACAL, Clariana Leal; TAGLIARI, Priscila de Azambuja. A cultura de estupro: o arcabouço da desigualdade, da tolerância à violência, da objetificação da mulher e da culpabilização da vítima. *Revista da Esmesc*, [S.L.], v. 24, n. 30, p. 245, 14 dez. 2017. Lepidus Tecnologia. <http://dx.doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v24i30.p245>.

UNESP, Repórter. *“Como você sofreu violência se o cliente estava pagando?”*. 2014. Disponível em: <http://reporterunesp.jor.br/2014/05/20/como-voce-sofreu-violencia-se-o-cliente-estava-pagando/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

ZANATTA, Marília Cassol. *Cultura do estupro no direito penal brasileiro*. Emporio do Direito. 2016. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/cultura-do-estupro-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 10 set. 2021.

BITCOIN E LAVAGEM DE DINHEIRO: A DIFÍCIL PERSECUÇÃO PENAL DO TIPO REALIZADO POR MEIO DA CRIPTOMOEDA

BITCOIN AND MONEY LAUNDERING: THE DIFFICULT CRIMINAL PROSECUTION OF THE TYPE CARRIED OUT THROUGH THE CRYPTOCURRENCY

*Rafael Henrique Mendes dos Reis**

*Christian Sant'Ana da Silva***

Resumo: Frente ao crescimento e difusão das criptomoedas, bem como aos desafios de legislar para evitar a anomia e a consequente prática deste crime, é necessário avaliar-se e analisar-se o cenário nacional na interseção do uso das criptomoedas e da lavagem de dinheiro com a prevenção e investigação criminal. Valendo-se de uma abordagem dedutivo-descritiva, com pesquisa documental, bibliográfica, análise doutrinária, histórico-normativa e principiológica do ordenamento jurídico brasileiro. Objetiva-se responder às seguintes indagações: por que o mercado de Bitcoins pode ser utilizado como instrumento de consecução do branqueamento de capitais? Como isso ocorre e quais são os atributos dessa prática que acentuam a dificuldade da persecução penal? Devido à ausência de fiscalização Estatal, marcante descentralidade e relativo anonimato (características notórias das criptomoedas), a persecução penal e o rastreamento da origem (lícita ou ilícita) do dinheiro tornam-se dificultadas, o que atrai o interesse de criminosos para realizar a lavagem de dinheiro. Para tal investigação, traça-se o histórico e definição das criptomoedas e do crime de lavagem de dinheiro, bem como a relação entre ambos. Ao fim, pode-se constatar-se que, de fato, as características inovadoras das criptomoedas, como a descentralização e a relativa ausência de tributação (as quais atraem os olhos dos investidores), possibilitam diversas formas de *colocação* (e consequente efetivação da lavagem) do dinheiro ilícito, com aparente licitude na economia formal, sendo necessária atenção para que a legislação acompanhe as inovações tecnológicas do mundo, desincentivando crimes como aquele de que trata este artigo.

Palavras-chave: Criptomoedas. Bitcoin. Lavagem de dinheiro. Persecução penal.

***Acadêmico de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; estagiário lotado no gabinete do Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, 1ª Câmara de Direito Público; monitor da disciplina de criminologia ministrada pelo professor Dr. Francisco Bissoli Filho; editor da Revista Acadêmica de Direito Avant (UFSC). E-mail: sofaelreis@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6030650883818372>.**

****Acadêmico de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; ex-estagiário de gabinete do Desembargador Luiz Felipe Schuch, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina; atualmente, estagiário lotado no gabinete do Promotor Marcio André Zattar Cota, 4ª Promotoria de Justiça de Jaraguá do Sul; E-mail: christian_santana_silva@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9021145309701169>.**

Abstract: Given the growth and spread of cryptocurrencies, as well as the challenges of legislating to avoid anomie and the consequent practice of this crime, it is necessary to evaluate and analyze the national scenario at the intersection of the use of cryptocurrencies and money laundering with crime prevention and investigation. Using a deductive-descriptive approach, with documental, bibliographical research, doctrinal, historical-normative and principiological analysis of the Brazilian legal system. The objective is to answer the following questions: why can the Bitcoin market be used as an instrument to achieve money laundering? How does this happen and what are the attributes of this practice that accentuate the difficulty of criminal prosecution? Due to the absence of State inspection, marked decentrality and relative anonymity (notable characteristics of cryptocurrencies), criminal prosecution and tracking of the origin (lawful or illicit) of the money become difficult, which attracts the interest of criminals to carry out the laundering Of money. For such an investigation, the history and definition of cryptocurrencies and the crime of money laundering are traced, as well as the relationship between them. In the end, it can be seen that, in fact, the innovative characteristics of cryptocurrencies, such as decentralization and the relative absence of taxation (which attract the eyes of investors), allow for various forms of placement (and consequent execution of the laundering) of illicit money, with apparent legality in the formal economy, requiring attention so that the legislation keeps up with the technological innovations in the world, discouraging crimes like the one dealt with in this article.

Keywords: Cryptocurrencies. Bitcoin. Money laundering. Criminal prosecution.

1. INTRODUÇÃO

O universo das criptomoedas vem ganhando bastante espaço nos últimos anos. A utilização em massa da Bitcoin, Ethereum, entre outras, muito simboliza a busca pelo livramento do controle e tributação estatais, porquanto são estes criptoativos descentralizados. Isto porque não há uma autoridade central estatal que fiscalize cada transação e que, por meio de sua regulamentação, influencie os rumos do mercado, sendo um grande atrativo para aqueles que defendem uma menor estatização, bem como para investidores que buscam simplesmente auferir lucro mediante especulação financeira.

Em termos econômicos, não havendo essa interferência, a análise usualmente feita pelos investidores na tomada de decisão (análise fundamentalista) é mitigada, vez que a compra de criptomoedas revela-se algo deveras intuitivo e especulativo, de alta volatilidade.

Dentre as criptomoedas, embora muitas tenham características similares (como a utilização da *blockchain*), a Bitcoin¹ é a que possui maior adesão e experimenta volatilidade² de valores³. Desta maneira, também é a que comporta maior debate e pesquisa pela comunidade acadêmica, razão pela qual é o foco temático deste artigo.

Como todo ato de investimento, a compra de um ativo, seja de uma ação ou de uma criptomoeda, representa o comportamento volitivo de auferição de lucro, embora este seja incerto. Contudo, no ambiente dos criptoativos, percebe-se a existência de outros interessados (*players*), que, por mais que possam também se beneficiar dos ganhos desta movimentação, visam, principalmente, a lavagem de capitais, vez que os valores que investem têm origem ilícita.

Os indivíduos ou organizações criminosas que realizam a lavagem de dinheiro por meio do mercado de Bitcoins, assim o fazem devido ao ambiente apresentar relativa anonimização, além da anteriormente citada ausência de fiscalização estatal, dado que a rede é descentralizada, dificultando qualquer perquirição quanto aos vestígios das transações efetuadas, o que torna a delimitação da trilha do dinheiro (*money trail*) de difícil perfectibilização.

Pretende-se responder às seguintes indagações: por que o mercado de Bitcoins pode ser utilizado como instrumento de consecução do branqueamento de capitais? Como isso ocorre e quais são os atributos dessa prática que acentuam a dificuldade da persecução penal?

Nesse sentido, traça-se a seguinte hipótese: a ausência de fiscalização Estatal, aliado à característica descentralidade (com branda tributação) e relativo anonimato (o que dificulta o rastreamento da trilha do dinheiro sujo) são características notáveis das criptomoedas que dificultam a persecução penal e o rastreamento

¹ Justamente por ser a Bitcoin o criptoativo mais conhecido e que possui maior adesão e expressão no contexto mundial, neste artigo será utilizado a referência ao nome "Bitcoin" como forma de se referir às criptomoedas em geral.

² Quanto à volatilidade, vale ressaltar que, apesar da grande variação de valores do Bitcoin (BTC), ela apresenta maior estabilidade se comparada a diversas criptomoedas menores, as chamadas "Altcoins".

³ Justamente para fins de comparação em outros momentos, registra-se que no dia 08 de julho de 2021, às 05h50m, o site <https://coinmarketcap.com/pt-br/currency/bitcoin/> analisa "o preço de agora de Bitcoin de hoje é de R\$169.523 BRL com um volume de negociação em 24 horas de R\$141.758.827.877 BRL. Bitcoin caiu 6,90% nas últimas 24 horas. A classificação atual na CoinMarketCap é de #1, com uma capitalização de mercado de R\$3.178.695.827.862 BRL. Há um fornecimento em circulação de 18.750.793 BTC moedas e um máximo. fornecimento máximo de 21.000.000 BTC moedas".

da origem (lícita ou ilícita) do dinheiro. Tal cenário atrai o interesse de criminosos para realizar a lavagem de dinheiro; sendo facilitada a realização das três fases⁴ da lavagem de ativos (colocação, ocultação/dissimulação e integração).

Para este fim, no primeiro capítulo será traçada a evolução histórica dos criptoativos, bem como uma conceituação das terminologias pertinentes ao tema. Na sequência, explicar-se-á sobre o funcionamento do Bitcoin, bem como notáveis características que atraem os olhares para tais ativos.

No segundo capítulo será tratado do tipo penal da lavagem de ativos, realizando uma abordagem histórica e normativa desde o início da documentação e perseguição ao citado crime até a sua definição, análise hermenêutica, instituições governamentais feitas para aprimorar o combate a tal delito e a explicação detalhada das fases da lavagem⁵.

Por fim, serão analisadas as relações entre o tipo penal e os criptoativos, de forma a vincular possibilidades do uso das criptomoedas e das fases da lavagem de ativos com a prevenção e investigação criminal versus a facilidade para a incursão no tipo penal regulamentado pelas Leis nº 9.613/1998, nº 12.683/2012 e nº 13.964/2019 - a lavagem de dinheiro⁶.

2. DEFINIÇÕES E CONSIDERAÇÕES SOBRE CRIPTOATIVOS

A fim de possibilitar uma análise metodológica para que se responda às indagações trazidas no presente artigo, este capítulo inicia traçando a evolução histórica dos criptoativos, bem como algumas terminologias pertinentes para o tema. Na sequência será explicado sobre o funcionamento do Bitcoin, para então traçar as relações com o crime de lavagem de ativos.

⁴Tais fases e demais informações serão melhor abordadas ao longo dos capítulos.

⁵De acordo com o site da Secretaria Especial de Fazenda e entendimento majoritário (sendo a corrente que este artigo se propõe a utilizar).

⁶Os termos “lavagem de dinheiro”, “lavagem de capital” e “lavagem de ativos” serão utilizados como sinônimos. Entretanto, no capítulo sobre o tipo penal será evidenciada a discussão que existe acerca das nomenclaturas e suas diferenças.

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CRIPTOATIVOS

Inicialmente, cumpre salientar a diferença entre os termos “criptoativo” e “criptomoeda”. O primeiro vocábulo é utilizado para denominar tudo aquilo que é virtualmente registrado no sistema *blockchain*, podendo ser qualquer tipo de dado, desde um histórico médico, até registros de imóveis. O segundo refere-se a qualquer moeda virtual que utilize o sistema *blockchain*. Portanto, criptomoedas não deixam de ser, também, criptoativos. Neste sentido, a associação e a equiparação quase naturais que se faz entre criptoativos e criptomoedas se deve ao fato de que a primeira destinação dada ao uso do *blockchain* se deu, justamente, com o Bitcoin, uma criptomoeda (GRUPENMACHER, 2019, p. 48).

Historicamente, ao passo que a *World Wide Web* (internet) se desenvolvia, fomentava-se o interesse quanto à criação de uma moeda totalmente virtual e, neste sentido, emergiram alguns protocolos anônimos como o *e-cash*, o qual utilizava conhecimento criptográfico primitivo. Este, assim, necessitava da atuação de uma autoridade central e de intermediários, razão pela qual obteve pouca adesão da comunidade *cyberpunk*, que aspirava uma criptomoeda não enviesada por uma agenda de interesses privados (BAMBARA, Joseph J.; ALLEN, Paul R. B, 2018).

Precedendo a implementação do *e-cash*, o criador da ideia, David Chaum, havia publicado um trabalho denominado “*Untraceable electronic cash*”, onde procurou eliminar o problema do gasto duplo, algo similar à falsificação de dinheiro físico. Contudo, do mesmo modo, o sistema do *e-cash* ainda não inspirava confiança para a comunidade de criptoanarquistas, o que o manteve com pouca adesão.

Posteriormente, em 1998, Wei Dai⁷ lançou “*B-money*”, aquele que pode ser considerado, por seu *modus operandi*, como o embrião das criptomoedas que conhecemos hoje (CUNHA, 2018, p. 15). A ideia introduzida por Wei Dai, em síntese, compreendia que cada membro com seu pseudônimo mantivesse um banco de dados que conteria a quantidade de dinheiro deste e, na esfera coletiva, definisse esta propriedade. Desta feita, qualquer transferência deveria ser sinalizada pelo portador e validada pelos demais participantes, de modo que a transação somente seria aprovada após todos a validarem, não havendo saldo negativo. No entanto, na prática, a *B-money* apresentava um problema: falhas no processo de consenso de validação das transações realizadas, o que acabou por impedir o seu crescimento (GRUPENMACHER, 2019, p. 48).

⁷ Informações obtidas no site <http://www.weidai.com/bmoney.txt>: Acesso em: 26 de maio de 2021.

Não obstante todos os empecilhos que permearam o desenvolvimento de moedas digitais, a comunidade adepta desta ideia não desistiu e mais estudos foram feitos ao longo das últimas décadas. A busca por um sistema eficaz perpassou pela inovação no fornecimento de dinheiro, segurança da rede, autenticação de registro de propriedade, extinção da questão do gasto duplo e, tudo isso, sem a atuação de intermediários ou de uma autoridade central.

Nesse diapasão, em 2008, por meio do documento denominado “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, é lançada a Bitcoin, criptomoeda que comporta a maior adesão e sucesso dentre todas já estabelecidas. Quanto ao seu criador, este utilizou-se do pseudônimo Satoshi Nakamoto, não se tendo certeza de que se trata de um grupo de pessoas ou de apenas um indivíduo. Em suma, assim emergiu a Bitcoin, uma moeda virtual criptografada, descentralizada e na forma *Peer-to-Peer* (P2P) (NAKAMOTO, 2008).

2.2. FUNCIONAMENTO DA BITCOIN E SUAS CARACTERÍSTICAS

No que diz respeito ao funcionamento da Bitcoin, dada a ligação intrínseca entre a criptomoeda e a *blockchain*, é possível definir a moeda virtual como uma cadeia de assinaturas digitais, na qual cada proprietário transfere a moeda para o próximo assinando digitalmente o *hash* da transação anterior e a chave pública do próximo proprietário (NAKAMOTO, 2008).

A *blockchain* atua como um verdadeiro livro de registros (*ledger*), que funciona a partir de uma chave privada criptografada (secreta como uma senha) e uma chave pública compartilhada com todas as outras partes da rede. Desta feita, cada bloco criado por uma transação possui uma espécie de impressão digital (neste caso, utiliza-se a função criptográfica SHA256), que se trata de um algoritmo matemático criptografado e extremamente difícil de ser revertido (NAKAMOTO, 2008).

Em se falando de segurança, importa frisar que a cada dez minutos o sistema da *blockchain* se “atualiza” por meio da “mineração” de um novo bloco, que vai fazer parte da nova sequência de blocos/registros, de forma a não haver tempo hábil para quebrar o código criptográfico e, assim, evitam-se fraudes. Em síntese, o processo de *hashing* não é passível de engenharia reversa em período tão curto de tempo. Nesse sentido, o dicionário computacional *Tech Terms* define:

Hash é uma função para conversão de um valor em outro. Submeter dados a hash (ação conhecida por hashing) é prática comum em ciência da computação e é utilizado para diferentes propósitos como criptografia, compressão e indexação de dados. Pilar basilar da criptografia porque é o que torna possível mascarar o dado original com outro valor. [...] Uma boa função de hash criptográfico não é reversível, ou seja, não é possível calcular o dado criptografado através da engenharia reversa.

Outra nuance importante do Bitcoin é a sua configuração peer-to-peer (P2P), que permite que as transações sejam feitas diretamente entre dois usuários, sem a presença de um terceiro de confiança (*Trusted Third Part*) (ZUMAS, 2020, p. 3). Essa situação somente é possível porque a *blockchain* age como se fosse esse terceiro, registrando a propriedade dos valores e, por meio da criptografia e validação pública da transação, de forma a não permitir que haja gastos duplos (*Double Spending Money*).

Todo o processo supra é validado pela atuação dos “mineradores”: pessoas ou organizações que dispõem de computadores potentes, os quais têm a capacidade de organizar e registrar os blocos de transações, realizando a chamada “*proof of work*” - em tradução livre, prova de trabalho. Cada mineração de um novo bloco é composta por um problema matemático de alta complexidade, e a rede de computadores que o solucionar primeiro ganha a “competição” de mineração, recebendo, além de uma taxa de serviço, uma recompensa em valores de Bitcoin.

Ao passo que mais máquinas potentes integram-se à rede, os problemas matemáticos para o processo de mineração tornam-se ainda mais complexos, de maneira a manter controlada a criação de novos Bitcoins. Tal procedimento ocorre para manter uma característica fundamental à qualquer moeda: a escassez. De maneira arbitrária, o próprio criador do Bitcoin - Satoshi Nakamoto - definiu vestibularmente que haveria, no máximo, vinte um milhões de Bitcoins disponíveis no mercado. Nesse sentido, bem leciona Fernando Ulrich (2014, p. 20):

O protocolo, portanto, foi projetado de tal forma que cada minerador contribui com a força de processamento de seu computador visando à sustentação da infraestrutura necessária para manter e autenticar a rede da moeda digital. Mineradores são premiados com bitcoins recém-criados por contribuir com força de processamento para manter a rede e por verificar as transações no blockchain. E à medida que mais capacidade computacional é dedicada à mineração, o protocolo incrementa a dificuldade do problema matemático, assegurando que bitcoins sejam sempre minerados a uma taxa previsível e limitada.

Enfatizadas estas minúcias que envolvem a criptomoeda Bitcoin, passa-se à análise do delito estipulado e regulamentado pelas Leis n. 9.613/1998 e 12.683/2012: a lavagem de dinheiro.

3. DEFINIÇÕES E CONSIDERAÇÕES SOBRE O TIPO PENAL DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Neste capítulo será abordado o tipo penal da lavagem de capitais, realizando-se um breve apanhado histórico. Também será tratado de sua definição, fases e análise das leis e instituições governamentais existentes para controle deste crime.

3.1. ABORDAGEM HISTÓRICA

Inicialmente, é importante ressaltar que o modelo econômico predominante no mundo (e no Brasil) é o sistema capitalista. Assim, observa-se que a conduta da lavagem de dinheiro (que é uma forma de transformar o dinheiro de origem ilícita em valores com aparente aspecto legal) acompanhou o desenvolvimento da sociedade desde tempos longínquos.

Como explica Silva (2017, p. 9), por mais que a conduta da lavagem de dinheiro seja tão antiga quanto o capitalismo, sua tipificação é relativamente recente, tendo ocorrido em 1978, na Itália, por meio do Decreto-Lei nº 59, de 21 de março de 1978. Este decreto alterou o Código Penal italiano ao criminalizar a conduta, passando a defini-la como substituição do dinheiro ou valores oriundos de atos ilícitos (crimes) por valores ou dinheiro que aparentassem ser lícitos. É interessante observar que, segundo o mesmo autor (2017, p. 9-10), que a motivação para a criminalização foi de cunho político, em um contexto onde a máfia havia sequestrado e assassinado um importante político da época.

Na sequência, Silva (2017, p. 10 e 11) e Gonçalves (2014) abordam questão ainda mais antiga relativa ao surgimento do ato e a origem do termo “lavagem de dinheiro”. Segundo os autores, na década de 1920, houve a Lei Seca nos Estados Unidos, proibindo o consumo de bebidas com teor alcoólico maior do que 0,5 grau no país; de maneira que surgiram organizações criminosas de contrabando, tráfico de entorpecentes, jogos de azar e demais atividades ilícitas como as de Al Capone (eternizadas no filme *Os Intocáveis*, de 1987) e as representadas pelo romance da máfia de Don Corleone, em *O Poderoso Chefão* (série de filmes inspiradas no romance homônimo de Mario Puzo).

Diante de tal cenário, os mafiosos americanos não podiam usufruir de seus lucros obtidos através das atividades criminosas de maneira direta e imediata, sendo necessário dissimular sua origem para parecer legal, para que assim, o dinheiro não fosse rastreado pelas autoridades públicas; eis que surgiu a necessidade de tornar o dinheiro “sujo” em “limpo”, o lavando.

A origem do termo vem justamente dessa ideia de que o dinheiro ilícito é sujo e deve ser lavado. Uma origem mais ilustrada remonta a figura de Al Capone, que teria comprado uma rede de lavanderias para serem utilizadas como fachada para que pudesse realizar depósitos bancários de notas com baixo valor nominal, que eram comuns nos serviços de lavanderia, mas advinham da venda de bebidas durante a Lei Seca e demais atividades ilegais (MAGALHÃES, 2008).

Gonçalves (2014) traz que Al Capone não foi preso por nenhum de seus crimes, exceto por sonegação fiscal. Ou seja, o mafioso conseguiu driblar as autoridades públicas para que não o ligassem aos crimes cometidos, sendo pego apenas quando os agentes da Receita Federal estadunidense investigaram suas empresas e perceberam a incompatibilidade entre os gastos e a declaração. Eis que foi processado por sonegação de impostos e condenado, em 1931, a 11 anos de prisão.

Ainda acerca da abordagem histórica referente à lavagem de capitais, é imprescindível citar o nome de Meyer Lansky e o uso do que hoje chama-se de “*offshore*” e paraísos fiscais. Em 1932, um ano após a condenação de Al Capone, Meyer Lansky foi um criminoso que conseguiu aperfeiçoar a técnica do citado crime, tendo realizado a primeira operação internacional de lavagem de dinheiro ao ter aberto uma conta bancária na Suíça e depositado dinheiro para o governador do estado de Louisiana, disfarçado na forma de empréstimo para que tivesse autorização para explorar jogos na cidade de Nova Orleans (GONÇALVES, 2014).

Segundo Silva (2017), os empréstimos simulados enquanto mecanismo para disfarçar o pagamento de propina poderiam ser declarados ao Fisco, de forma que servem muito bem ao princípio da lavagem de dinheiro. Não obstante, verificou-se que Lanky só ficou preso por uma semana durante uma das investigações.

Exemplos como o citado no parágrafo acima permitem perceber que as técnicas criminosas foram se desenvolvendo, de forma que as autoridades públicas também precisam atualizar seus métodos de investigação para combater tal crime - vez que permiti-lo representa não só uma falência do mecanismo estatal, mas uma legitimação tácita de uma conduta taxada como ilegal pelo Estado, mostrando que as normas não precisam ser respeitadas.

Gonçalves (2014) continua a traçar o histórico ao afirmar que em 1950, o Senado estadunidense promoveu diversas audiências públicas que mostraram quão complexas eram as organizações criminosas existentes, assim como a diversidade de atuação e o aspecto financeiro destas. Já na década de 1960, verificou-se um aumento de consumo de drogas nos EUA, de forma que o pagamento com dinheiro em espécie (para evitar rastreamento) gerou um aumento na necessidade

das organizações criminosas praticarem a lavagem de dinheiro. Por fim, em 1970, foi editada a Lei do Sigilo Bancário, que determinou que os bancos deveriam comunicar para as autoridades todos os depósitos em dinheiro acima de 10 mil dólares.

Porém, os bancos mostraram resistência para comunicar, movendo, inclusive, diversas ações contra o governo sob a alegação de invasão de privacidade de seus clientes. Tal resistência perdurou até 1980, quando um promotor do estado de Massachussets investigou e descobriu uma série de depósitos feitos por uma organização criminosa em um banco de Boston que não comunicara às autoridades. O promotor obteve mandado judicial e realizou a prisão dos altos executivos da instituição financeira; prisão esta que foi transmitida em rede nacional. Diante do exemplo coercitivo, a norma passou a ser respeitada pelos demais bancos do país (GONÇALVES, 2014).

Na mesma década, a Alemanha editou a primeira lei para punir o crime tema deste artigo e no ano de 1986, os EUA editou a lei de repressão à lavagem de dinheiro, criminalizando a conduta e aumentando os poderes das autoridades responsáveis pelo controle do delito. Entre os poderes, foi estabelecido o ônus da prova da aquisição dos bens para pessoas investigadas por tráfico de drogas (resaltando, por mais que seja lógico, que antes cabia à acusação - Estado - provar a ilicitude da procedência dos bens) (SILVA, 2017).

Em 1988, na cidade de Viena, na Áustria, foi assinada a Convenção das Nações Unidas para a Repressão do Tráfico Internacional de Entorpecentes (posteriormente ficando conhecida como Convenção de Viena de 1988); nesta, os signatários - incluindo o Brasil, passaram a criminalizar a conduta de lavagem de capitais em sua legislação. Um ano depois, foi criado um organismo internacional chamado Grupo de Ação Financeira, que tinha por principal função editar recomendações para o combate à lavagem de dinheiro (GONÇALVES, 2014).

Agora trazendo maior foco para as medidas tomadas (no próximo tópico será abordada com mais profundidade a análise das leis brasileiras) pelo Brasil no combate ao citado crime, tem-se a aprovação da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que criminalizou a conduta de ocultar ou dissimular a origem de bens advindos de crime, bem como criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, que é um órgão central encarregado de receber e analisar informações sobre movimentações suspeitas, encaminhando os casos com indícios de crime para a investigação aprofundada da polícia e do Ministério Público, bem como dialogar com as unidades de inteligência financeira dos demais países.

3.2. DEFINIÇÃO, LEIS E INSTITUIÇÕES GOVERNAMENTAIS PARA TIPIFICAÇÃO E CONTROLE DO CRIME

Como citado no tópico anterior, agora tratar-se-á das definições legais, das próprias leis (e sua evolução) e sobre os mecanismos de controle do crime de lavagem de dinheiro no Brasil.

Inicialmente importa salientar que, por mais que normalmente (inclusive nesse artigo) se trate os termos “lavagem de dinheiro” e “lavagem de capitais” como sinônimos, há diferenças sutis, mas muito relevantes ao tratar de assuntos como, por exemplo, os criptoativos. Ressalta-se tal ponto, pois reduzir a lavagem apenas a dinheiro, remete-se à imagem de moeda fiduciária, ao passo que o “lavar” o valor não se restringe apenas à moeda, mas sim a “valores” em geral, por exemplo, ouro, jóias, cripto ativos, entre outros bens que possuam valor - e aqui sim, possam ser medidos em moedas fiduciárias estatais. Inclusive, como será visto abaixo, a própria legislação brasileira já se antecipa à tal questão.

Vez destacado este ponto, parte-se à conceituação e demais análises propostas para este artigo. Como apresentado anteriormente, a lavagem de dinheiro é a conduta de substituir o dinheiro ou valores originados de atos ilícitos (crimes) por dinheiro ou valores que aparentam ser lícitos; ou seja, é dissimular ou ocultar a origem do dinheiro lucrado das atividades criminosas, que não poderia ser usado de maneira direta e imediata, em algo aparentemente lícito, para que ele possa ser utilizado sem despertar a atenção das autoridades públicas fiscalizadoras. Dessa forma, transforma-se o dinheiro “sujo” em “limpo”, lavando-o.

Pois bem, sendo assim, é imprescindível que se analise como a legislação pátria tipifica e trata a lavagem de dinheiro.

O Brasil aprovou a Lei da Lavagem de Dinheiro, a lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, alterada pela Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012 e com inclusões pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Assim sendo, a Lei da Lavagem de Dinheiro tipifica a conduta da lavagem de valores em seu artigo 1º⁸. Segue o texto:

⁸ Aqui pretende-se tratar do crime de lavagem de ativos sem entrar nas suas formas equiparadas e pena (abordadas nos parágrafos e incisos). Portanto, analisa-se apenas o *caput*.

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

[...]

§ 6º Para a apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes.

Denota-se que a lei, ao tipificar a conduta, traz em seus verbos nucleares as condutas de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

Analisando-a parte a parte, vê-se duas condutas expressadas pelos verbos “ocultar” e “dissimular”, bem como pelos seus objetos (substantivos) “natureza”, “origem”, “localização”, “disposição”, “movimentação” e “propriedade” (aqui, subdividindo-se em propriedade de “bens”, “direitos” ou “valores”); os modos (advérbios) que as ações (verbos nucleares) podem ser praticados: “direta ou indiretamente”; e a característica dos objetos (adjetivo): “de infração penal”.

Dessa maneira, através da interpretação (hermenêutica) gramatical do dispositivo, entende-se que a lavagem de valores não é algo abstrato, mas sim bem delimitado pela lei (seguindo o princípio da tipicidade penal).

Assim, não é apenas dissimular, mas também ocultar a origem ilícita dos objetos elencados pelo *caput*. Ou seja, comete o crime de lavagem de valores aquele que ocultar ou dissimular não apenas a origem, mas também a natureza, a localização, disposição, movimentação ou propriedade (sejam bens, direitos ou valores) de infração penal.

Por fim, evidenciando a conferência de (e o interesse governamental em combater a lavagem de valores) um maior poder combativo às autoridades públicas, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 acrescentou o § 6º, que permite a utilização da ação controlada e infiltração de agentes para a apuração do crime.

Vez evidenciado como a legislação pátria tipifica/define e trata o crime, é mister destacar que a mesma lei criou o Conselho de Controle das Atividades Financeiras - COAF. Este é, segundo Gonçalves (2014), a Unidade de Inteligência Financeira do Brasil e começou a funcionar em 1999 e, seguindo as recomendações internacionais (firmadas no âmbito da Convenção de Viena e do Grupo de Ação Financeira), é um órgão central, único no país e que possui a função de receber e analisar

informações suspeitas, encaminhando os casos em que há indícios de crime financeiro para a polícia e para o Ministério Público, para que estes aprofundem a investigação e denunciem os crimes, acionando todo o sistema de justiça. Ainda, o Coaf possui a prerrogativa de troca de informações com Unidades de Inteligência de outros países - efetivando a intenção internacional de combate coordenado, organizado e integrado ao citado crime. Por fim, o autor ressalta que o Coaf não possui função investigativa, mas apenas a de analisar e encaminhar para a investigação.

A Lei nº 9.613/1998 versa sobre o Coaf em seu artigo 14, o qual determina que a sua finalidade é disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas em lei. Já em seu artigo 15, é determinado que o Coaf comunicará às autoridades competentes as irregularidades encontradas para que sejam tomadas as medidas cabíveis. Segue o texto legal:

Art. 14. Fica criado, no âmbito do Ministério da Economia, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo das competências de outros órgãos e entidades.

§ 1º As instruções referidas no art. 10 destinadas às pessoas mencionadas no art. 9º, para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador, serão expedidas pelo COAF, competindo-lhe, para esses casos, a definição das pessoas abrangidas e a aplicação das sanções enumeradas no art. 12.

§ 2º O COAF deverá, ainda, coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores.

§ 3º O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas.

Art. 15. O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.

Ao tratar do Coaf é importantíssimo que seja citada a Lei nº 13.974, de 7 de janeiro de 2020, que reestrutura este órgão ressaltando que ele dispõe de autonomia técnica e operacional e vincula-se administrativamente ao Banco Central do Brasil.

3.3. FASES

Ao tratar da Lavagem de Dinheiro (lembrando que esta é uma forma popular de tratar este termo como sinônimo de “lavagem de valores”), não se pode deixar de falar sobre as fases da lavagem⁹, para que assim se entenda na prática como ocorre o citado crime.

Segundo as informações fornecidas pelo site do Ministério da Fazenda, na subseção da Secretaria Especial de Fazenda¹⁰, o crime de lavagem de dinheiro é caracterizado por um conjunto de operações comerciais ou financeiras que visam à incorporação de recursos de origem ilícita na economia de cada país - nota-se uma conotação mais ampla e uma macro visão deste crime econômico. Ainda, este crime ocorre de maneira dinâmica e envolve três fases. Estas, como também confirma Silva (2017, p. 14-15), são: i) colocação, ii) ocultação e iii) integração.

Assim, objetivando disfarçar os lucros ilícitos sem comprometer os indivíduos, a lavagem exige primeiro o distanciamento dos fundos de sua origem (para evitar que se relacione o fundo com o crime); em seguida o disfarce das diversas movimentações de forma a dificultar o rastreamento dos recursos e, por fim, a disponibilização do dinheiro para os criminosos, após ter sido bem movimentado e “limpo”.

Explicando melhor as três fases, tem-se que a fase chamada “colocação” é literalmente a incorporação do dinheiro ilícito no sistema econômico. Tal ato tem por finalidade ocultar a origem do dinheiro, desta maneira, o criminoso busca movimentar o dinheiro em países com regras mais brandas. Destaca-se que a colocação na economia é feita por meio de depósitos, compra de instrumentos negociáveis ou compra de bens. Por fim, com o intuito de dificultar a identificação da ilicitude do valor, são empregadas diversas técnicas como, por exemplo, o fracionamento dos valores e a utilização de estabelecimentos comerciais que trabalham com o dinheiro em espécie.

A segunda fase, a da “ocultação”, é, basicamente, dificultar o rastreamento contábil dos recursos “sujos”, apagando o caminho de evidências para que uma eventual investigação não chegue à origem do dinheiro. Eis a fase em que surgem os chamados “paraísos fiscais”, nos quais os criminosos transferem os valores

⁹ Para fins didáticos, utiliza-se a classificação de fases estipuladas pelo GAFI (Grupo de Ação Financeira Internacional). Contudo, alguns doutrinadores, em sua minoria, dividem o tipo em maneiras diferentes.

¹⁰ Sítio eletrônico no endereço (URL): <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro>>. Acessado em: 20 de junho de 2021.

para contas anônimas, realizam depósitos nas contas dos famosos “laranjas” ou, ainda, utilizam as empresas fictícias (“fantasmas”) ou de fachada.

A terceira e última fase é a da “integração”; nesta, os ativos são finalmente incorporados de modo formal na economia do país. Muitas vezes esse aporte é realizado por investimentos das organizações criminosas em empreendimentos que facilitem sua atividade - vez formada a cadeia (ou “esquema”) é cada vez mais fácil e rápido “lavar” o dinheiro.

Observa-se que o procedimento empregado para lavar o dinheiro é, muitas vezes, complexo e exige literalmente uma “organização” do grupo criminoso. Afinal, para que seja possível a dissimulação da procedência ilícita do ativo, faz-se necessário mais de uma pessoa, seja qual for o artifício empregado. Tal sistema criminoso denota o caráter de um crime eminentemente “estratégico e intelectual” com uma macro visão da economia e administração dessa “máquina de lavar” criminosa. Assim, mostra-se vital a importância dos órgãos e entidades envolvidas na análise, investigação e denúncia do crime tratado.

Trabalhados os conceitos e definições que permeiam a criptomoeda Bitcoin e o tipo penal de Lavagem de capitais, passamos à análise do *modus operandi* daqueles que incorrem no delito por meio da utilização do ambiente da moeda virtual.

4. CONSIDERAÇÕES E RELAÇÕES ENTRE CRIPTOATIVOS E LAVAGEM DE DINHEIRO

Como dito exordialmente, o crescimento exponencial do mercado de criptoativos atraiu não somente aqueles que são simpatizantes dos ideais de liberdade econômica - visando uma relativa ausência de tributação¹¹, por exemplo -, ou investidores que buscam, simples e puramente, especular e auferir lucro. Na realidade, este universo virtual atraiu¹², também, indivíduos praticantes de atividades delituosas que,

¹¹ Considera-se relativa devido à existência, por exemplo, em se falando do Brasil, da INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 1.888, DE 3 DE MAIO DE 2019 (<https://www.normaslegais.com.br/legislacao/instrucao-normativa-rfb-1888-2019.htm>), a qual dispõe sobre a obrigatoriedade em prestar informações quanto às operações realizadas com criptoativos.

¹² Aqui, faz-se a ressalva de que, apesar de haver a facilitação da lavagem de ativos com o Bitcoin, análises da Forbes mostram que o índice de lavagem de dinheiro com Bitcoin é menor do que o feito com dinheiro fiduciário (<https://www.google.com/url?q=https://www.forbes.com/sites/tatianakoffman/2020/09/27/the-hidden-truth-behind-money-laundering-banks-and-cryptocurrency/?sh%3D76aded1f7b37&sa=D&source=editors&ust=1626051609974000&usg=AOvVaw1Ht3eW9-eXufgcJSVYOfro>).

para usufruir do produto do crime, viram na Bitcoin um ambiente propício ao seu interesse concernente ao branqueamento de capitais.

As fases do tipo penal em comento podem ser, indubitavelmente, contempladas por aqueles que se utilizam do criptoativo e de todas as suas nuances.

4.1. DA PRIMEIRA FASE DO TIPO PENAL: COLOCAÇÃO

A primeira fase, de colocação, é de fácil perfectibilização, basta o acesso à internet e a um *client* de Bitcoin, para gerar um par de chaves e ter acesso a transações. (ESTELLITA, 2020). O capital ganho por origem delitiva pode ser colocado na economia de Bitcoin por meio de *exchanges*, que são corretoras que fazem o intercâmbio entre a moeda virtual e a moeda fiduciária de cada país. Contudo, a escolha por essa modalidade tem seus riscos - caso o objetivo seja a consumação do delito de lavagem de dinheiro -, dado que muitas nações, inclusive o Brasil, exigem dessas corretoras a captação de dados daqueles que tornam-se seus clientes, reforçando a política de KYC (*Know your costumer*), de modo a facilitar possíveis investigações quanto à origem do dinheiro investido.

A política pública citada acima tem muito a ver com o almejo dos Estados em tentar sobressair perante à descentralização das criptomoedas. Não obstante seja uma vantagem operacional, a descentralização apresenta esse ponto negativo, sob a ideia de administração da justiça, pois, em caso de perquirições sobre a trilha do dinheiro (*money trail*), o único recurso plausível é apelar para informações adquiridas pela atuação de um intermediário, como as *exchanges* (GRZYWOTZ, 2019, p. 98).

Além das *exchanges*, é possível colocar o capital por meio de plataformas que conectam usuários que desejam transacionar diretamente; caixas automáticos de compra de BTCs com valores em espécie; ainda, por meio da venda direta de bens obtidos com a prática de crimes e do recebimento do pagamento diretamente em BTC; pela aquisição direta de BTCs com o produto de crime; ou pela transferência de BTCs de um para outro endereço de BTC (GRZYWOTZ, 2019, p. 101-103).

Mister enfatizar o ato de colocação que se dá por meio de uma característica intrínseca à Bitcoin: transações Peer-to-Peer (P2P). A rede da *blockchain*, livro-escritura sustentáculo do sistema do criptoativo, como já dito em outro capítulo, permite que as transações sejam feitas exclusivamente entre dois usuários, sem a necessidade de um terceiro de confiança. Dessa maneira, é possível manejar recursos ilícitos dentro do ambiente da criptomoeda entre particulares, sem a fiscalização indireta que permeia as relações com as *exchanges*.

Em síntese, com o devido acesso à internet e o consequente endereço de IP válido, estão consumadas as exigências para adentrar ao mundo da moeda virtual, porém, não se pode olvidar da existência de *proxies* que são utilizados para mascarar o verdadeiro endereço IP de um usuário (ANDRADE, 2017, p. 51), simbolizando uma facilidade, em termos de anonimização, para a consecução do branqueamento de capitais.

No que tange, ainda, ao aspecto da anonimização, embora o livro-escritura da rede seja público e contenha, para cada transação, um endereço virtual dos usuários que estão transacionando, serviços de *wallets*¹³ permitem a criação de vários destes endereços virtuais, ou seja, é possível transacionar utilizando-se de um endereço diferente para cada operação, se assim o usuário desejar. Da característica de livro-escritura aberto e público é que é possível falar-se em pseudoanonimidade.

Nesse sentido, bem discorre Adriano Caravina (2017):

Qualquer usuário pode verificar diretamente a Blockchain (cadeia de blocos) e observar as transações quase em tempo real; existem vários sites que facilitam esse monitoramento, incluindo variáveis agregadas como o número de bitcoins em circulação, número de transações por hora e taxas de transação a cada momento e representações gráficas para auditorias. Um exemplo disso, é que o FBI conseguiu, com sucesso, rastrear transações da moeda (bitcoin) e acabar com a Silk Road e seus idealizadores, o que demonstra como o anonimato no Bitcoin, de modo geral, não é absoluto.

Em verdade, a Bitcoin não é um serviço de pagamento anônimo, contudo, indubitavelmente apresenta um grau elevado de privacidade, influenciando, sim, na colocação de empecilhos à persecução penal do tipo.

Como dissertou Grzywotz (2019), a Bitcoin comporta catalisadores para a realização do branqueamento de capitais. A análise minuciosa de manifestações de várias organizações internacionais sobre o tema - como, por exemplo, a Financial Action Task Force - FATF (Grupo de Ação Financeira Internacional), a Autoridade Bancária Europeia (Europäischen Bankenaufsicht – EBA), o Banco Central Europeu e a União Europeia - nos permite elencar estes catalisadores, quais sejam: a descentralização, a transnacionalidade livre de obstáculos e as já trabalhadas possibilidades de anonimato e de transição do mundo virtual para o mundo real viabilizada pelas *exchanges*.

¹³ As *wallets*, em síntese, são sistemas que permitem armazenar e fazer transações por meio da gestão de chaves criptográficas, tratando-se de softwares especializados e sofisticados.

Deveras, o processo de rastreamento dos fluxos de caixa atuantes no mercado de um ativo criptografado é mais difícil do que em um mercado controlado por uma autoridade central. Andrade (2017, p. 55.) ainda elenca outros fatores que fazem com que o ambiente da moeda virtual seja um catalisador do tipo penal trabalhado: falta de comunicação entre pessoas do ambiente real e contas de moeda virtual; a existência de serviços de *mixers* e *tumblers*; a possibilidade de abertura ilimitada de contas e, por fim, a falta de regulamentação que padecem muitos territórios.

4.2. DA SEGUNDA FASE DO TIPO PENAL: OCULTAÇÃO/DISSIMULAÇÃO

Na segunda fase, a de ocultação ou dissimulação, visualizamos, novamente, a facilidade proporcionada pelo ambiente que envolve a criptomoeda, de forma a influenciar no incremento deste tipo de atividade criminosa. Nesse sentido, como explica Zumas (2020), é mister salientar o relatório da empresa Cipher Trace, que trouxe à tona o crescimento em crimes envolvendo moedas virtuais. A quantia estimada no estudo foi de cerca de 1.3 bilhões de dólares lavados em ferramentas como os *tumblers* de criptomoedas.

Os serviços de *mixers* e *tumblers*, citados supra, têm grande atuação nessa fase do branqueamento de capitais. Eles consistem num processo terceirizado que almeja elidir a conexão entre emissores e receptores de criptomoedas. Em suma, esses serviços recebem criptomoedas e, mediante uma taxa, restituem o valor equivalente em criptomoedas que pertenciam a outros usuários, ou seja, depositam criptomoedas em uma grande “lava roupas” junto a criptomoedas de outras pessoas e restituem o valor equivalente advindo de diferentes transações, o que gera um hiato na “escrituração” da moeda virtual (ZUMAS, 2020, p. 5).

Para citar alguns sites que oferecem este tipo de serviço, a título de exemplo: o BitLaunder, o Bitcoin Fog e o Helix by Grams. Christiana Mariani da Silva Telles (2018, p. 74) traz a visão de Oswaldo E. Faverón Patriau, que afirma que alguns desses sites podem ser acessados de maneira prática na web, basta uma simples pesquisa nos mecanismos de busca usuais como Google e Bing. Contudo, Oswaldo adverte que “para se efetivar uma mistura de bitcoins é necessário recorrer à internet profunda”, leia-se, necessita-se de portais da famigerada *deep web*, como, por exemplo, o proporcionado pela rede de navegação anônima Tor, amplamente difundida mundo afora.

Andrade (2017, p.55) bem disserta quanto à similaridade entre os sinais da lavagem de dinheiro “real” e “virtual”, especialmente devido ao ambiente virtual das

bitcoins não suportar regulamentações ou mecanismos de identificação dos usuários independente de criptografia de dados. A moeda digital é descentralizada e pode ser considerada sigilosa, o que torna o ambiente satisfatório para a atuação destes *players* maliciosos.

Nesse diapasão, alguns sinais são proeminentes no que tange a levantar suspeitas quanto à presença da atividade de lavagem de capitais, entre eles, um grande número de contas bancárias pertencentes a um único administrador de moeda virtual - como ocorre nos serviços de *mixers* -, ou de uma empresa que comporta várias operações de trocas de moedas virtuais. Em ambos os casos, é possível deduzir, a partir de uma análise mais diligenciada, que se trata de “contas suspensas” muito atuantes na fase de dissimulação (ANDRADE, 2017, p. 55).

4.3. DA TERCEIRA FASE DO TIPO PENAL: INTEGRAÇÃO

Analisadas de forma diligente as duas primeiras fases que compõem o tipo penal cerne temático do presente artigo, passamos à fase final onde, de fato, torna-se possível usufruir do produto oriundo de uma atividade ilícita, de maneira a parecer que tais valores, bens e direitos adquiridos fossem, na verdade, lícitos e legítimos. Trata-se da fase de integração do capital ilícito - que, após a lavagem, aparenta ter origem idônea - à economia formal.

Dentre as formas de realizar a integração do capital, perfectibilizando a terceira fase do delito de branqueamento de capitais, importa discorrer, como o faz Telles (2018, p. 76), sobre a alternativa relativamente recente conhecida como *Initial Coin Offerings* (ICOs), que nada mais é do que um balcão de ofertas de novas criptomoedas em que podem ser trocadas por bitcoins ou outras criptomoedas.

A participação em ICOs permite que sejam comprados ativos legítimos, que não estão ligados a atividades delituosas, assim podendo ser vendidos de forma legal, gerando recursos lícitos aos seus titulares. Levando em consideração que as criptomoedas, precipuamente a Bitcoin - por ser a que possui o maior número de usuários -, possuem grande volatilidade em aspectos de cotação, já que o seu mercado é regido pela força clássica da lei da oferta e demanda, ainda é possível obter ganho de capital na hora da venda, em cima do valor ilícito investido na compra.

Ademais, soma-se à incidência da lei da oferta e demanda a questão das possíveis manipulações de mercado. Por exemplo, grandes organizações criminosas, possuidoras de vultosas quantias financeiras - mesmo que ilícitas -, podem investir

demasiadamente na aquisição de bitcoins, influenciando na cotação do criptoativo e, posteriormente, aliená-los por um valor acima do investido à época da compra. O lucro auferido nesse cenário pode ser considerado “artificial”, pelo fato dessas organizações só terem capacidade de realizar tal jogada de mercado pela presença de dinheiro sujo, ou seja, o mercado não foi influenciado de maneira legítima e natural.

A fase da integração ainda comporta outras duas alternativas. Como afirma Telles (2018, p. 76-77), não se pode olvidar da existência da atividade de mineração de Bitcoins, que é pouco regulada mundialmente. A partir de um investimento nessa operação, cria-se a possibilidade de ganhos (pretensamente) legítimos do criptoativo que, posteriormente alienado, pode gerar lucro de fonte artificialmente lícita. Além disso, a aquisição de bens e serviços de pessoas jurídicas ou físicas não sujeitas à regulação mediante pagamento em bitcoins também é enfatizada pela autora, devido à característica de ser possível realizá-la sem prestar informações que possam violar a anonimidade almejada quanto ao titular das criptomoedas.

O crime de lavagem de capitais, por si só, já pode ser considerado um tipo penal de difícil persecução penal, como bem defende Maria Dionísio de Andrade (2017, p. 56) quando da análise do estudo estatístico divulgado em 2012 sobre o crime, a partir de dados obtidos pelo Supremo Tribunal Federal e Conselho Nacional de Justiça, com ano base 2010. Tal iniciativa almejava apresentar os dados ao Grupo de Revisão da Implementação da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (UNCAC). O cotejo entre o número de procedimentos (inquéritos e ações penais) e sentenças com trânsito em julgado demonstrou a dura realidade quanto à persecução penal do tipo. Em síntese, o número de procedimentos em nada acompanha a realidade de condenações.

Em se tratando da incorrência no tipo penal por meio da Bitcoin, cristalino é o raciocínio que leva a crer no aumento de óbices que permeiam a persecução penal sobre o delito, devido a todas as nuances discutidas ao longo do presente artigo, a despeito da perene rastreabilidade que a publicidade da *blockchain* oferece. De fato, a moeda virtual em questão apresenta-se como uma catalisadora da lavagem de capitais, influenciando tanto aqueles que a utilizam como subterfúgio para tal prática delituosa, quanto os indivíduos que se dedicam a coibir a conduta criminosa. Contudo, como já abordado, a lavagem de capitais por este meio ainda é minoritária, se comparado aos meios tradicionais, embora já chame a atenção das autoridades públicas no que tange à evolução de legislações e políticas que possam combater esta nova forma de praticar o delito em tela.

4.4. POSSIBILIDADE E LIMITAÇÕES DO USO DE CRIPTOATIVOS NA LAVAGEM DE DINHEIRO

O Bitcoin, sem dúvidas, apresenta facilidades (mesmo que despropositadamente) para aqueles que querem praticar o branqueamento de capitais. No que tange à colocação, basta o acesso à internet e a um *client* que o usuário pode transacionar na rede. O investimento pode ser realizado por meio de *exchanges*, embora sofram políticas de fiscalização estatais como a KYC e, portanto, sejam menos visadas pelos agentes delitivos. O capital pode ser colocado, também, por meio de plataformas que conectam usuários que desejam transacionar diretamente na maneira P2P, entre outras formas. Ademais, plataformas de navegação anônima como o Tor, *proxies*, além de serviços de *wallets* (que geram vários endereços virtuais para um mesmo usuário operar), evoluem a pseudoanonimidade que a Bitcoin já dispõe aos seus usuários.

Contudo, a título de ressalva, importa frisar a característica de publicidade que envolve a *blockchain*, o que oferece às autoridades estatais um meio - ainda não muito eficaz - de rastrear operações realizadas no sistema da criptomoeda. Os abordados sistemas e serviços de *tumblers*, *mixers* e *wallets*, assim como discorrido quanto às *exchanges*, vêm suportando progressivas investidas das agências estatais, a fim de fornecerem informações sobre seus clientes ou usuários, porquanto as organizações internacionais de combate ao delito em comento estão a par da evolução na forma de cometer a lavagem de capitais que representa o uso de forma maliciosa e obscura dos criptoativos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, é interessante notar o que o Bitcoin representou - e ainda representa - para o mundo financeiro e tecnológico. A partir dos seus conceitos inovadores, como a utilização da *blockchain* enquanto uma plataforma que serve de sustentáculo para um criptoativo, além de todo o *modus operandi da proof of work* empreendida no sistema, a Bitcoin rompeu com o senso comum que definia criptomoedas como algo sem futuro, precário e carente de segurança operacional. O sucesso em termos de adeptos que a Bitcoin alcançou, em muito superou as desconfianças que projetos embrionários relativos a moedas virtuais como o *e-cash* e o *b-money* causaram na comunidade *cyberpunk*. Com efeito, a criptografia

de ativos, utilizando-se da função de *hash* SHA256, a atividade de mineração, e outras características que a envolvem, deveras, causam boa impressão, também, para operadores do mercado financeiro como investidores perseguindo lucros e indivíduos procurando subterfúgios para não incorrerem em tributações estatais.

Não obstante os avanços supramencionados, importa salientar a utilização da mesma por parte de usuários maliciosos que almejam facilidades para consumir suas atividades ilícitas. Cenário este que nos leva a analisar o tipo penal da lavagem de dinheiro, que é dissimular ou ocultar a origem do dinheiro lucrado das atividades criminosas, que não poderia ser usado de maneira direta e imediata, em algo aparentemente lícito, para que possa ser utilizado sem despertar a atenção das autoridades públicas fiscalizadoras.

Historicamente, verifica-se que a lavagem de dinheiro chamou a atenção (e consequente preocupação e documentação Estatal) no início do século XX, com a atividade de Organizações Criminosas estadunidenses que precisaram dissimular a origem dos lucros auferidos em suas atividades ilícitas. Destaca-se também o papel que os bancos tiveram em ocultar, sendo que na década de 1970 surgiu nos EUA a Lei do Sigilo Bancário, que obrigava a notificar depósitos de significativa quantidade pecuniária. Por fim, algo que incentivou a regulamentação no Brasil, ocorreu a Convenção de Viena de 1988, na qual, os signatários passaram a criminalizar a conduta de lavagem de capitais em sua legislação; bem como um ano depois, foi criado um organismo internacional chamado Grupo de Ação Financeira.

Analisando o cenário nacional, foi publicada a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que criminalizou a conduta de ocultar ou dissimular a origem de bens advindos de crime, bem como criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, que é um órgão central encarregado de receber e analisar informações sobre movimentações suspeitas, encaminhando os casos com indícios de crime para a investigação aprofundada da polícia e do Ministério Público, bem como dialogar com as unidades de inteligência financeira dos demais países. Ressalta-se a evolução legislativa trazida pelas leis nº 12.683, de 2012 e nº 13.964, de 2019 e nº 13.974, de 2020, que trouxeram atualizações importantes para a estruturação e combate à lavagem de ativos.

Ante todo esse panorama, é impossível não relacionar o branqueamento de capitais com algumas características próprias do Bitcoin. As fases do tipo penal em tela, em se falando do objeto valores (aquele que pode ser investido no mercado virtual em comento) são assim denominadas: colocação, como o nome já

sugere, trata-se de colocar um capital em determinado local; ocultação ou dissimulação, que compreende o ato de ludibriar a origem deste capital investido; e integração, momento no qual ocorre a união dos valores auferidos à economia formal, de maneira a parecer que são legítimos.

Na dissimulação, fortes atuantes são os serviços de *mixers* e *tumblers*, que funcionam como verdadeiras máquinas de lavar capital, jogando criptomoedas em uma “piscina”, restituindo o valor equivalente advindo de diferentes transações em criptomoedas que pertenciam a outros usuários, gerando um hiato na “escrituração” da moeda virtual.

Por fim, na terceira fase, ressaltamos a forma relativamente recente de integração conhecida como *Initial Coin Offerings* (ICOs), que trata-se de um balcão de ofertas de novas criptomoedas que podem ser trocadas por bitcoins ou outras criptomoedas. A utilização de ICOs permite que sejam comprados ativos legítimos, que podem ser vendidos e o capital auferido parecer legítimo. Ainda, a integração pode se dar pela manipulação artificial e suja da força de mercado oriunda da lei que rege a Bitcoin: oferta e demanda. Organizações criminosas com poderio financeiro vultoso, assim encontram-se devido a atividades ilícitas, portanto fraudam o mercado quando realizam operações financeiras deste tipo, as quais não conseguiriam sem o recurso ilícito. Ademais, a integração pode ocorrer pelo investimento na atividade de mineração de Bitcoins, assim como na aquisição de bens e serviços de pessoas jurídicas ou físicas não sujeitas à regulação mediante pagamento em bitcoins, pois há ainda mais privacidade quanto ao titular das criptomoedas.

Justamente por essas diversas possibilidades de colocação bem como pelas marcantes características da descentralidade e relativo anonimato, a persecução penal e o rastreamento da origem (lícita ou ilícita) do dinheiro tornam-se dificultadas, o que atrai o interesse de criminosos para realizar a lavagem de dinheiro. As evoluções legislativas e institucionais da Unidade de Inteligência Financeira do Brasil, o COAF, e demais mecanismos de controle, investigação e persecução para os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (e em ampla escala, mundial) são imprescindíveis para que se controle e não gere a anomia e a consequente prática deste crime. Afinal, é necessário a evolução da lei para acompanhar os diferentes subterfúgios para lavagem do dinheiro; para isto, basta voltar os olhos para a história e como Meyer Lansky inovou e despistou autoridades ao utilizar-se, ineditamente, das transações internacionais nos paraísos fiscais e como o mundo se movimentou na Convenção de Viena para agir coordenadamente no combate ao citado crime.

Portanto, de fato, se entende que a ausência de fiscalização Estatal, somado à característica descentralidade (com branda tributação) e relativo anonimato (o que dificulta o rastreamento da trilha do dinheiro sujo), que são características notáveis das criptomoedas, dificultam a persecução penal e o rastreamento da origem (lícita ou ilícita) do ativo. De forma que atrai o interesse de criminosos para realizar a lavagem de dinheiro; sendo facilitada a realização das três fases da lavagem de ativos (colocação, ocultação/dissimulação e integração). Mas, em contraponto, vê-se que o poder público está atento à evolução dinâmica das criptomoedas e formas que os criminosos encontram de lavar o ativo; a exemplo, a Lei nº 13.964/2019, que conferiu maior poder combativo às autoridades públicas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Dionísio de. *Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos bitcoins e o crime de lavagem de dinheiro*. Revista Brasileira de Políticas Públicas - CEUB [online]. v. 7, n. 3, 2017. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4897>. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4897>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BAMBARA, Joseph J.; ALLEN, Paul R. *Blockchain – A practical guide to developing business, law and technology solutions*. New York: McGraw-Hill Education, 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012*. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.974, de 7 de janeiro de 2020*. Dispõe sobre o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), de que trata o art. 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13974.htm#art14. Acesso em: 20 jun. 2021.

CARAVINA, Adriano. *Bitcoin e altcoins: fácil, prático e completo*. 1ª ed. Presidente Prudente, Brasil. 2017. E-book. [S. l.: s. n.], 2017. p. [27661].

CRYPTOBUZZ. *\$1.3 Billion in Cryptocurrency Laundered Through Bitcoin Tumblers*. Cryptography Buzz. Disponível em: <https://cryptographybuzz.com/cryptocurrency-laundered-bitcoin/>. Acesso em: 22 jun. de 2021.

CUNHA, Adryalisson da Silva; *O mercado de criptomoedas no Brasil: uma análise das perspectivas dos estabelecimentos que recebem criptomoedas como meio de pagamento*. 2018. 38 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Finanças). Faculdade de Economia, Administração, Atuária, Contabilidade Secretariado Executivo e Finanças, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/39787/1/2018_tcc_ascunha.pdf. Acesso em: 26 mai. 2021.

ESTELLITA, Heloisa. *Criptomoedas e lavagem de dinheiro*. Revista Direito GV [online]. 2020, v. 16, n. 1. Epub 27 Abr 2020. ISSN 2317-6172. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201955>. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172201955>. Acesso em: 19 jun. 2021.

GONÇALVES, Fernando Moreira. *Breve histórico da evolução do combate à lavagem de dinheiro*. Revista Consultor Jurídico, 12 de janeiro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-12/segunda-leitura-evolucao-combate-lavagem-dinheiro-mundo>. Acesso em: 19 jun. 2021.

GRUPENMACHER, Giovana Treiger. *As plataformas de negociação de criptoativos: Uma análise comparativa com as atividades das corretoras e da Bolsa sob a perspectiva da proteção do investidor e da prevenção à lavagem dinheiro*. 2019. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento). Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27595/grupenmacher_giovana_treiger._as_plataformas_de_negociacao_de_criptoativos_BIBLIOTECA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 jun. 2021.

GRZYWOTZ, Johanna. *Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.

HASH. In: TECH TERMS, The Tech Terms Computer Dictionary. 21 abr. 2018. Disponível em: <https://techterms.com/definition/hash>. Acesso em 20 jun. 2021.

MAGALHÃES, Luiz Felipe Mallmann de. *O crime de "Lavagem de Dinheiro"*. LFFM Advogados. Porto Alegre, 2008. Disponível em: <https://www.luizfelipemagalhaes.com.br/artigo/13/o-crime-de-lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 19 jun. 2021.

NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*. Bitcoin.Org, p. 1–9, 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.

SILVA, Wilson Macena da. *Análise sobre o crime de lavagem de capitais: seu surgimento e a lei 9.613/98 como forma de repressão estatal a sua prática*. 2017. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Escola de Ciências Jurídicas, Centro de Ciências Jurídicas e Políticas, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-tcc-wilson-macena-da-silva>. Acesso em 19 de jun. 2021.

TELLES, Christiana Mariana da Silva. *Sistema bitcoins, lavagem de dinheiro e regulação*. 2018. 146 f. Dissertação (Mestrado em Governança regulatória, Instituições e Justiça). Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27350/DISSERTACAO-FINAL-13fev19-Christiana%20M%20S%20Telles.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 jun. 2021.

ULRICH, Fernando. *Bitcoin: a moeda na era digital*. 1ª ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014. E-book. 100 p. Disponível em: <https://fasam.edu.br/wp-content/uploads/2020/07/Bitcoin-A-Moeda-na-Era-Digital.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

ZUMAS, Vytautas Fabiano Silva. *Criptomoedas, Críptocrime e Criptoinvestigação*. Revista Eletrônica Direito & TI. v. 1, n. 12, 8 p. mai. 2020. Disponível em: <https://direitoeti.emnuvens.com.br/direitoeti/article/view/90>. Acesso em: 20 jun. 2021.

EDUCAÇÃO E TRABALHO: A DUALIDADE ENTRE AS POLÍTICAS REFORMISTAS E A LÓGICA DO JOVEM TRABALHADOR COMO LEMA DA CLASSE DOMINANTE

WORK AND EDUCATION: THE DUALITY BETWEEN REFORMIST POLITICS AND THE YOUNG WORKER LOGIC AS DOMINANT CLASS LEMMA

*Jordana Soares de Araújo**

*Mariah de Moraes Lima Vieira***

Resumo: A dualidade entre as políticas reformistas e a lógica do jovem¹ trabalhador como lema da classe dominante, é enfocada neste artigo a partir da perspectiva classista amparada na teoria do materialismo histórico dialético, e a importância do enfrentamento às desigualdades sociais. A abordagem de marcos históricos jurídicos que norteiam a educação pública brasileira, objetiva a problematização da escola pública como reprodutora da lógica capitalista. A partir dos casos exemplificados, tecemos uma análise que reconhece o projeto formativo do modelo de sociedade que desempodera os jovens na relação do trabalho como transformação social, buscando evidenciar por meio de estatísticas, o público alvo desta política no Brasil.

Palavras-chave: Educação. Trabalho. Direitos. Juventude. Desigualdades.

¹ O presente estudo utiliza o termo “jovem” voltado à população na faixa de 15 a 24 anos, seguindo a classificação do IBGE disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv6686.pdf>>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

***Graduanda do curso de Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Bolsista CAPES de Iniciação Científica no Programa de Educação Tutorial em Direito. Email: jordanasoesaraujo@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8523282461670561>.**

****Graduanda do curso de Pedagogia pela Universidade Federal de Santa Catarina e Bolsista CAPES no Programa Institucional de Bolsa de Iniciação a Docência. Email: demoraesmariah@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5524118536867063>.**

Abstract: The duality between reformist politics and the young worker logic as dominant class lemma is approached in this article through the class perspective supported by the theory of dialectical historical materialism and the importance of confronting social inequalities. The legal historical landmarks that guide Brazilian public education aims to produce the Brazilians public schools as a reproducer of capitalist logic. From the exemplified cases, we weave an analysis that recognizes the formative project of the model of society that disempowers young people in their relation of work as social transformation, seeking to show through statistics, the target audience of this politics in Brazil.

Key-words: Education. Work. Rights. Youth. Social Inequality.

1. INTRODUÇÃO

A maioridade na vida dos indivíduos mostra-se um marco de tamanha expressão social. Isto porque, quando os 18 anos são completados, o jovem passa a ter uma responsabilidade simbólica diferenciada perante a sociedade, fruto de arranjos legislativos e, em especial, quando tratamos da esfera criminal. Conforme o estabelecido no art. 27 do Código Penal Brasileiro, a imputabilidade penal não pode ser atribuída antes dos 18 anos, ou seja, o jovem que cometer um crime e ainda não possuir os 18 anos completos, a ele não pode ser aplicada uma pena comum, ficando sujeito às medidas especiais de finalidade educativa e disciplinar, todas determinadas em lei (PASSETTI, 1987).

Em consonância, estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Assim, o presente trabalho é fruto de pesquisas bibliográficas realizada nos cursos de Pedagogia e Direito, que a partir do método de pesquisa dedutivo, entrelaça conceitos e alinha ângulos de ambas as áreas de estudos com o escopo de expandir os horizontes da discussão acerca da educação e trabalho. Partindo de uma construção normativa brevemente explorada, capaz de situar a criança e o adolescente no modelo do Estado Democrático brasileiro, pontuando a proteção legislativa vigente, bem como os ataques que apresentam-se como reformas educacionais.

O objetivo da pesquisa é, por meio de um levantamento bibliográfico e de dados secundários, apontar o desmonte que a educação básica a nível público vem sofrendo, em especial nos últimos cinco anos. Assim, tecendo a crítica ao caráter reformista das políticas educacionais em curso que é atribuído aos enunciados do Projeto de Lei nº 193/2016 (Escola sem partido), na Lei nº 13.415/2017 (Reforma do Ensino Médio) e no Plano Nacional da Educação(2014-2024), relacionando o dilema do “jovem empreendedor” que simultaneamente vem tomando espaço nos debates educacionais. Deste modo, explora suposições sobre a finalidade da dinâmica apresentada - desestímulo do trabalho intelectual e estímulo para entrada acelerada ao mercado de trabalho - sempre a partir de uma análise da realidade concreta, auxiliada pelo método crítico dialético, em que se reconhece o conflito de classes existente nas problemáticas expostas.

Ademais, quando averiguado o público alvo do problema investigado no presente artigo, busca-se refletir não somente a questão classista, mas, acima disso, dar enfoque para a necessidade da análise do racismo estrutural no sistema capitalista em conjunto, tendo a consciência que tanto a luta de classe quanto a luta antirracista são indissolúveis em virtude do modelo econômico vigente, logo, procura-se refletir a situação de forma ampla e concreta.

2. A HISTORICIDADE DA CONSTRUÇÃO JURÍDICA DE INFÂNCIA E JUVENTUDE

O artigo 27 do Código Penal brasileiro exerce um papel importante nos estudos e formação de doutrinas/jurisprudências acerca do Direito da Criança e do Adolescente, por ser uma área de pesquisa relativamente nova em comparação às demais, principalmente no contexto brasileiro, que segue não somente com discussões e debates ordinários quanto à relação jurídica da infância e juventude, mas também e, nesse ponto merece destaque, o Direito da Criança e do Adolescente é um ramo independente dos estudos jurídicos, caracterizado pela constante luta de traços classistas em prol da seguridade mínima dignificante a criança e jovem.

A perspectiva classista que deve ser empregada a este estudo, deriva de que a juventude, por exemplo, entendida inicialmente de forma simplória como um determinado período da vida em que uma pessoa se encontra, marcado pela imaturidade entre a infância e a fase adulta, não encerra seu significado em si mesmo, pois nos é remetido de imediato a necessidade de considerar um conjunto de particularidades que constituem a fase.

Portanto, avançando nessa conceituação, encontramos um impasse, isto porque definir juventude não é tão simples quanto definir um objeto uniforme qualquer, demanda a compreensão de aspectos relacionados à realidade material, pois, somente a partir dessa delimitação social concreta é possível tentar construir a subjetividade do indivíduo em fase infanto-juvenil, como bem pontuado no Livro das Juventudes Sul-americanas:

A pergunta “O que é ser jovem?” exige que se caracterize a sociedade de classes onde vivem diferentes juventudes atingidas por desigualdades de gênero, preconceitos étnicorraciais. A pergunta “O que é ser jovem hoje?” exige que se fale em capitalismo globalizado, marcado pelas novas tecnologias de comunicação e informação. (BORZESE, D. et al, 2010, p. 38).

À vista disto, é imprescindível que, antes do aprofundamento pretendido no presente artigo, traçarmos um breve panorama histórico que nos permita resgatar questões importantes que tragam contribuições para uma melhor compreensão. O ponto de partida aqui estabelecido é a Revolução Francesa, pois após tal evento histórico, houve um anseio humanista de caráter liberal que serviu como combustível para as discussões e reivindicações objetivando a exclusão da responsabilidade penal do menor de 18 anos, sendo aos poucos afastado o conceito preconceituoso “de menor”², que antes possuía ampla aceitação e utilização, com resquícios notórios ainda nos dias atuais. (PASSETTI, 1987).

Diante de pulos históricos no contexto brasileiro, têm-se durante o século XVIII até meados de do século XIX a presença das Rodas dos Expostos (instituições assistenciais de recolhimento de crianças). A partir de 1902 foi autorizada a fundação de Instituições Disciplinadoras que realizavam a internação de crianças e adolescentes consideradas “delinquentes” ou em situação de abandono:

Assim, como passados alguns anos após a abolição da escravidão, igualmente a família composta por ex-escravos ficou totalmente desprotegida e abandonada pelo Estado, que não lhe garantiu condições mínimas de sobrevivência ao novo regime assalariado implantado no país em função da substituição do modo de produção econômica. Preferiu-se investir na repressão, na coerção social e na criação de institutos disciplinares, como solução para resolver os problemas sociais que se agravavam cada vez mais, da mesma forma em que se mantinha o status quo da classe burguesa e a garantia de seus privilégios. (LIMA, VERONESE; 2012).

² Termo preconceituoso por geralmente se referir aos jovens e crianças socialmente vulneráveis, logo, é atrelado ao julgamento de “delinquente”.

Após, encontramos alguns marcos histórico-jurídicos como a formulação do Código de Menores de 1929 e, anos depois, o Código de Menores de 1979, dentre outros momentos históricos em que a infância e juventude receberam destaque no âmbito legislativo. Por fim, de maneira objetiva, houve a criação do art. 227 na Constituição Federal/88, com a posterior formulação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, conjunto legislativo que permitiu a elaboração da famosa Doutrina da Proteção Integral, que se opera nos seguintes termos:

A Doutrina da Proteção Integral reconhece que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, compreendidos como pessoas em processo de desenvolvimento e que, em razão disto, gozam de absoluta prioridade na consolidação de seus direitos fundamentais, principalmente no campo das políticas públicas. (LIMA, VERONESE; 2012, p. 10).

Neste ponto, é imperioso destacar que a criação da doutrina, fundamentada juridicamente pela Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é fruto de um esforço internacional que envolve sujeitos diversificados que buscavam a proteção da criança e do adolescente, sendo de diferentes áreas do conhecimento, longe de ser uma luta estrita ao Direito ou mesmo de fonte unicamente brasileira.

Para fins de situar a atuação da proteção integral, é considerado o seguinte:

Além disso, a proteção integral é globalizante no sentido de que cria estratégias de transformação da realidade social através da implantação de um amplo sistema de garantia de direitos, cuja funcionalidade perfeita requer o amplo investimento em redes institucionais de atendimento descentralizadas. Assim, a proteção 58 Coleção Pensando o Direito no Século XXI integral como o próprio nome contempla, tem na funcionalidade das redes de atendimento a sua perfeita formatação jurídico-política. (LIMA, VERONESE; 2012, p. 58 apud CUSTÓDIO, 2008, p. 30-31).

A rede de proteção integral (modo de efetivar a Doutrina da Proteção Integral), formada por entidades sociais, representantes do poder público, escola, entre outros serviços ligados à educação, segurança pública, assistência social e saúde, desempenha um trabalho, em conformidade com o artigo 227 da Constituição Brasileira e o artigo 86 do ECA, no apoio garantindo que os direitos da criança e do adolescente sejam respeitados.

Com destaque para o Estatuto da Criança e do Adolescente, muito surge atualmente a discussão acerca de seu conteúdo e aplicabilidade, nesse contexto, um ponto importante a ser discutido é que o ECA foi criado em 1990, assim, muitos

críticos e defensores do Estatuto reconhecem a necessidade urgente de atualizá-lo, uma vez que a realidade do sistema penal, dos jovens, dos crimes, das escolas e, em destaque, do procedimento de adoção, tiveram gritantes mudanças em 30 anos.

O art. 227 da Constituição Federal/88 define:

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

Nesse quadro, as escolas recebem ênfase como elemento responsável por garantir que os direitos da criança e do adolescente sejam respeitados, sendo uma das entidades da doutrina da proteção integral de maior peso quanto à transformação social. Portanto, o papel da escola compreendido baseado nas normativas e doutrina da proteção integral não se restringe somente a um local de aprendizagem e de socialização, mas sim, ferramenta de considerável poder modificador, se expressando, nessa perspectiva, como um espaço de disputa de interesses de classes.

Assim, adverte Dermeval Saviani:

[...] O domínio da cultura constitui instrumento indispensável para a participação política das massas. Se os membros das camadas populares não dominam os conteúdos culturais, eles não podem fazer valer os seus interesses, porque ficam desarmados contra os dominadores, que se servem exatamente desses conteúdos culturais para legitimar e consolidar a sua dominação. Eu costumo, às vezes, anunciar isso da seguinte forma: o dominado não se liberta se ele não vier a dominar aquilo que os dominantes dominam. Então, dominar o que os dominantes dominam, é condição de libertação (SAVIANI, 2012, p.55).

Em razão disso, surge a necessidade de uma análise ampliada das instituições de ensino, entendê-la como ferramenta poderosa de transformação que atua não somente a partir de suas premissas declaradas, mas sim, de suas funções de dominação, porquanto inserida em uma sociedade de contradições sociais.

3. A SUBORDINAÇÃO DA EDUCAÇÃO AO CAPITAL

Partindo desta análise, considera-se, ainda, que o ambiente escolar para além de ser um espaço de interatividade dos sujeitos e de organizar os *conhecimentos*

sistematizados tendo em vista o desenvolvimento humano em sociedade, possui mecanismos em que exerce poder sobre os corpos das crianças e adolescentes, isto é, preocupa-se em formar indivíduos em coerência com o propósito de mundo que rege o poder sócio político econômico. É portanto a educação um campo de disputa entre narrativas, desde as tradicionais às críticas em que os diferentes interesses norteiam-se por questões como: “Quem formamos?” “Para qual finalidade?” “E de que forma?”.

Quando falamos das finalidades da educação *no seio de uma determinada sociedade*, queremos dizer que o entendimento dos objetivos, conteúdos e métodos da educação se modifica conforme as concepções de homem e de sociedade que, em cada contexto econômico e social de um momento da história humana, caracterizam o modo de pensar, o modo de agir e os interesses das classes e grupos sociais. (LIB NEO, 2013, p.53).

Neste sentido, o ano de 2016 torna-se memorável pelo avanço de pautas reformistas que representam os interesses da classe social dominante, após o golpe de Estado do então Governo Federal de Michel Temer. As propostas não restringiram-se ao campo educacional, entretanto, destaca-se um conjunto de objetivos representados por um grupo político e que por meio de estratégias com auxílio da tecnologia, inaugurou uma nova política social: a das *Fake News*. Este é um marco recente que auxilia na análise crítica do que propomos a debater neste ensaio e que afirma uma lógica negacionista de conceber a realidade. Considera-se que o avanço tecnológico aliado a um projeto de sociedade conservadora e de educação neotecnicista, fez repercutir em âmbito nacional debates políticos acerca da finalidade educacional, como o Projeto de Lei nº 193/2016 em que o movimento Escola Sem Partido propôs uma inclusão na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB, Lei nº 9.394/1996), dos princípios:

Art.2º. A educação nacional atenderá aos seguintes princípios:

I - neutralidade política, ideológica e religiosa do Estado;

II - pluralismo de ideias no ambiente acadêmico;

III - liberdade de aprender e de ensinar;

IV - liberdade de consciência e de crença;

V - reconhecimento da vulnerabilidade do educando como parte mais fraca na relação de aprendizado;

VI - educação e informação do estudante quanto aos direitos compreendidos em sua liberdade de consciência e de crença;

VII - direito dos pais a que seus filhos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com as suas próprias convicções.

O enunciado põe luz à subjetividade do projeto proposto, que por meio da instrução política pedagógica para a comunidade escolar, responsabiliza alunos, seus familiares e direção escolar, enquanto árbitros do fazer docente, devendo estes estarem atentos ao conteúdo ministrado. Em nome de uma suposta neutralidade, defende-se discursos conservadores, que cerceiam o planejamento pedagógico do professor e da escola pública. Assim, pode-se afirmar que ao assumir uma defesa do discurso neutro, escolhe-se um lado a estar, neste caso, a tal neutralidade política, ideológica e religiosa, serve apenas quando o conteúdo é tangencial à política que rege. Além disso, propõe um cerceamento do pensamento crítico, uma vez que este questiona a ordem, podendo assim, contrapor-se a ela.

Ainda no âmbito de políticas reformistas, a Lei nº 13.415/2017, referencialmente conhecida enquanto Reforma do Ensino Médio, visa a formação neotecnista para os adolescentes que passam a ter uma carga horária de aula estendida, com a ementa de ensino integral, além do conjunto de novas fórmulas e organizações para o ensino profissionalizante. Desta forma, o aluno é norteado por um *itinerário formativo* em que as disciplinas de educação física, arte, sociologia e filosofia, deixam de pertencer ao currículo obrigatório do Ensino Médio de modo integral e passam a ser optativas, assim, hierarquizando as áreas de estudo enquanto “obrigatórias”, ou seja, essenciais para a formação dos sujeitos e as “optativas” que seriam aquelas cuja a necessidade não é elementar para a formação humana, apenas complementar e, com isso, propõe-se para escolha não obrigatória. Embora disfarçada de liberdade e autonomia, esta escolha é induzida pelos interesses do capital, que elenca os saberes necessários para que os jovens integrem o quanto antes, o mercado de trabalho.

Em contraste com a realidade vivenciada nas escolas públicas Brasil afora, a Lei prevê um investimento de R\$1,5 bilhão até 2018, com previsão de atender, aproximadamente, 500 mil novas matrículas de tempo integral⁴. Ademais, este é um projeto alinhado com a LDB e com o Plano Nacional da Educação (PNE), aprovado em 2014 e que vigora até 2024. Com a função de orientar, aprimorar e executar as políticas públicas na área da educação, o PNE estabelece, a partir de 20 metas e centenas de estratégias, a garantia de coerência entre fins e meios em conjunto com uma peça técnica que é referência para a ação pública.

⁴ Esses dados foram retirados do site oficial do Governo Federal, publicados no ano de 2016, pela Assessoria de Comunicação Social do Ministério da Educação, Governo Federal. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/211-218175739/43351-governo-federal-libera-r-850-milhoes-para-iniciativas-no-contexto-do-novo-ensino-medio>> Acesso em: 14 de setembro de 2021.

É nesta Lei, mais uma vez, que o fomento ao ensino profissionalizante estrutura-se enquanto política social. Até 2024, o PNE pretende disponibilizar educação em tempo integral em metade das escolas públicas do país, de modo a atender, no mínimo, 25% dos alunos da educação básica (Meta 6). Estes esforços justificam-se nas entrelinhas do enunciado, ao apontar instituições privadas como parceiras privilegiadas para execução e empenho pela “universalização da educação” que é engolfado por sua massificação.

Assim, o objetivo é claro: reduzir a formação humana às necessidades estritas do capital, que segundo a teoria do materialismo histórico dialético, refere-se às relações sociais entre os proprietários dos meios de produção e os trabalhadores (MARX, 1964). Uma vez instaurado o ensino médio integral, o jovem trabalhador de escola pública, deve optar por exercer uma atividade remunerada ou estudar. Sabe-se que, no Brasil, não é uma escolha, mas sim, uma necessidade básica. O Estado além de não assegurar políticas públicas para que a jornada formativa dos estudantes não seja interrompida, ainda promove o incentivo ao ensino profissionalizante a todo custo. A composição de manter os indivíduos mais tempo dentro da instituição sob o controle do que é feito, discutido, produzido e restringir o acesso ao ensino superior com fomento a cursos privados de formação rápida para o mercado de trabalho, resulta na caracterização da forma de pensar deste público alvo, promovendo repulsa a assuntos políticos e sociais.

Marx caracterizou acertadamente o trabalho na sociedade capitalista, em comparação com o trabalho geral, como *trabalho alienado* (ENGUITA, 1989). Isto porque a alienação está presente na relação entre o trabalhador e o produto, o processo e os meios de seu trabalho (MARX, 1977). Em outras palavras, o trabalhador ao vender sua força de trabalho para o capitalista, não detém os meios de produção, tão pouco, o resultado deste. Assim, aliena-se neste processo de exploração.

Da mesma forma, pode-se afirmar que os estudantes não têm posse dos seus meios de trabalho, que não se reduzem ao lápis, ao caderno, ao livro-texto e outros objetos similarmente acessíveis (ENGUITA, 1989). Entende-se o processo de aprendizagem em um amplo espectro de possibilidades, em que a escola exerce o papel de trabalhar não apenas com atividades cognitivas, mas operando diante do contexto em que se vive, neste caso, produz e reproduz as desigualdades sociais que estruturam o sistema capitalista.

Ao aprender a viver na escola, nosso estudante aprende a subjugar seus próprios desejos à vontade do professor e a submeter suas próprias ações no interesse do bem comum. Aprende a ser passivo e a aceitar a rede de normas,

regulamentos e rotinas em que está imerso. Aprende a tolerar as pequenas frustrações e a aceitar os planos e a política das autoridades superiores, mesmo quando sua justificação permanece inexplicada e seu significado obscuro. Como os habitantes da maioria das demais instituições, aprende a encolher os ombros e dizer: “Assim são as coisas” (JACKSON, 1968).

Faz-se possível comparar a relação aluno-professor, aluno-instituição e professor-instituição, de forma semelhante às relações de trabalho na sociedade capitalista, uma vez que durante sua jornada escolar, o aluno aliena-se ao conteúdo e à forma como é trabalhado, função esta que cabe ao ofício docente. Entretanto, mesmo o docente é regido por normas pré estabelecidas que consideram a padronização dos saberes escolares, promovendo uma falsa homogeneização, em que “todos aprendem da mesma maneira e ao mesmo tempo”.

Conforme já dizia o patrono da educação brasileira, Paulo Freire:

Em lugar de comunicar-se, o educador faz “comunicados” e depósitos que os educandos, meras incidências, recebem pacientemente, memorizam e repetem. Eis aí a concepção “bancária” da educação, em que a única margem de ação que se oferece aos educandos é a de receberem os depósitos, guardá-los e arquivá-los. Margem para serem colecionadores ou fichadores das coisas que arquivam. No fundo, porém, os grandes arquivados são os homens, nesta (na melhor das hipóteses) equivocada concepção “bancária” da educação (FREIRE, 1996).

Ademais, durante todo o período em que os estudantes encontram-se na escola, há um grande esforço para controlar todo o processo de ensino-aprendizagem, o qual o aluno pouco faz parte. A desocupação no ambiente escolar, levaria a uma desordem, por isso a obsessão pelo preenchimento de atividades auxiliadas, não havendo “tempo livre” para demais socializações que a espontaneidade produz.

A organização de um espaço serial foi uma das grandes modificações técnicas do ensino elementar. Permitiu ultrapassar o sistema tradicional (um aluno que trabalha alguns minutos com o professor, enquanto fica ocioso e sem vigilância o grupo confuso dos que estão esperando). Determinando lugares individuais tornou possível o controle de cada um e o trabalho simultâneo de todos. Organizou uma nova economia do tempo de aprendizagem. Fez funcionar o espaço escolar como uma máquina de ensinar, mas também de vigiar, de hierarquizar, de recompensar (FOUCAULT, 1987, p.173).

Diante desta lógica, considera-se oportuno que o ensino integral seja implementado. Em consonância ao projeto mercadológico da educação, os jovens das escolas públicas alienam a aquisição de seus conhecimentos à obsessão do con-

trole da instituição em tempo estendido, inviabilizando o acesso à cidade, cultura e lazer, para além do planejado entre os muros institucionais.

Visto que a formação neotecnicista é exclusiva para o mercado de trabalho, há uma intencionalidade nos currículos escolares, como enunciado na Lei nº 13.415/2017, que cerceia os saberes críticos e novas perspectivas profissionais, assim produzindo a inviabilização de acesso ao ensino superior, uma vez que este não produz uma resposta tão rápida para o mercado de trabalho quanto às formações técnicas. Assim, como forma de acelerar este processo e incluir o quanto antes o adolescente no mercado de trabalho, há programas de incentivo que realizam a tarefa, regulados pelo governo com proteção legislativa. O tipo de contrato que permite ao jovem menor de 18 anos trabalhar nos termos da CLT tem caráter especial, é realizado por meio do programa Jovem Aprendiz e regido pelo art. 428 da CLT, conforme se vê:

Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

Contudo, é evidente que esta não é a única forma do jovem exercer atividade laboral. A exemplo, nos últimos 4 anos com o aumento do uso de aplicativos para entrega de *deliverys*, simultâneo ao crescimento do desemprego no Brasil, muitos jovens encontram oportunidades nestes aplicativos para trabalhar com entregas e receber retorno financeiro. De fato, não é incomum se deparar com outros exemplos da mesma espécie, jovens desenvolvendo atividades laborais em que não exista a burocracia de uma carteira assinada e proteção dos direitos trabalhistas, ainda mais, inseridos em um contexto em que a taxa de informalidade atinge 37,4% da população brasileira ocupada, ou seja, 30,7 milhões de trabalhadores informais⁵. Compreende-se, portanto, que a constância destes meios laborais denunciam a falha de suporte social e educacional em relação aos jovens economicamente vulneráveis, sendo programas que regularizam o trabalho do jovem, aliados à lógica servil e desestímulo da produção intelectual.

⁵ Número de empregados com carteira chega a menor nível desde 2012. Agência Brasil. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-09/numero-de-empregados-com-carteira-chega-menor-nivel-desde-2012>>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

4. DOS INCENTIVOS DO MERCADO DE TRABALHO PARA CRIAÇÃO DE UMA MASSA DE MÃO-DE-OBRA BARATA E DESQUALIFICADA - O PÚBLICO ALVO DESSAS POLÍTICAS

O desmonte constante das instituições básicas de ensino público, dentro da lógica reformista apresentada, no sentido de desestimulação do trabalho intelectual dos jovens com sua entrada antecipada no mercado de trabalho, sendo, na maior das hipóteses, atrelado a um ensino neotecnista, toda essa dinâmica marcada pela pressão dos interesses da classe dominante no sistema capitalista, possui um público-alvo bem definido: jovens em vulnerabilidade socioeconômica.

Dados divulgados pelo IBGE/Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) no módulo Educação referente ao ano de 2019, revelam importantes orientações que devem ser relacionadas diretamente aos dados acerca do desemprego no âmbito nacional, pois, nesta lógica, nos é permitido compreender as causas e efeitos que partem da esfera educacional para o trabalho e, a partir de dados, estimativas e estatísticas, consolidar - apesar das manifestas indicações presentes na realidade vivida - quem é o jovem que está sendo delimitado no presente artigo.

Segundo estes dados, entre os jovens de 14 a 29 anos, no Brasil, cerca de 20,2% não completaram o ensino fundamental ou o ensino médio, equivalente a 10,1 milhões de pessoas sem a formação básica, ou pelo fato de abandonarem, ou por nunca terem ingressado na escola⁶.

Além disso, dos estudantes provenientes de escolas públicas que conseguem a formação no ensino fundamental e médio, apenas 36% ingressam nas universidades. A estimativa torna-se ainda mais gritante quando comparada aos ingressantes no ensino superior provenientes de instituições privadas, que chega a alcançar 79,2%, logo, o número mais do que dobra em relação aos estudantes de escolas públicas⁷.

⁶ PNAD Educação 2019: Mais da metade das pessoas de 25 anos ou mais não completaram o ensino médio. Agência IBGE Notícias. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28285-pnad-educacao-2019-mais-da-metade-das-pessoas-de-25-anos-ou-mais-nao-completaram-o-ensino-medio>>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

⁷ MARIA, Bárbara. Apenas 36% dos alunos da rede pública ingressam na faculdade. Agência Educa Mais Brasil/ACIDADEON. Disponível em: <<https://www.acidadeon.com/ribeiraopreto/cotidiano/cidades/NOT,0,0,1405779,apenas+36+dos+alunos+da+rede+publica+ingressam+na+faculdade.aspx>>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

Neste ponto urge a reflexão: considerando que uma grande quantidade de alunos provenientes de escolas públicas não irão exercer o trabalho intelectual, a que tipo de condições essa massa de estudantes sem qualificação superior irá atuar profissionalmente?

Ao ser mencionado “profissão”, a interpretação e compreensão não se limita à espécie ou *status* que geralmente são atrelados, mas sim ao exercício laboral necessário e urgente para a manutenção da vida, na lógica de prover o mínimo para a sobrevivência. Portanto, nesta dinâmica em que a maioria dos jovens que ingressam nas universidades vieram de escolas particulares, ao passo que um considerável número de jovens das escolas públicas abandonam o ensino básico pela necessidade de não “exercer uma profissão”, mas sim “vender sua força braçal para a sobrevivência”, discursos que incentivam a entrada do jovem no mercado de trabalho o quanto antes atribuindo características como “digno” e “merecedor”, tornam-se contraditórios.

Atribuir, portanto, qualidades positivas para programas/entidades que incentivam a entrada precoce do jovem no mercado de trabalho é, na realidade, uma ferramenta que busca reafirmar um discurso meritocrático injusto, colocando a liberdade do jovem como escopo para seu sucesso/insucesso e que, em contrapartida, cria uma exército de mão-de-obra desqualificada e barata:

Detalhemos: no mercado de trabalho, o trabalhador é livre para vender sua força de trabalho a quem quiser. É esta a liberdade de quem trabalha. Assim sendo, a liberdade, enquanto termo, fica reduzida às escolhas frente às coisas estabelecidas: eu escolho em quem votar dentre os que estão legalmente em condições de serem eleitos; faço determinadas ações que não firam as leis que foram feitas, não sei bem por quem nem para quê; compro aquilo que posso com o meu salário, etc (PASSETTI, 1987, p. 21).

Em 2013, um Supermercado Atacadão foi condenado pela 1ª Vara do Trabalho de Taguatinga do Distrito Federal (Distrito Federal) pela prática de assédio moral contra um jovem menor de 18 anos que trabalhava no local como Jovem Aprendiz. Os autos deixam evidente a esperança que o jovem tinha de “crescer” dentro da empresa, porém, quando subiu para o cargo de operador de caixa, a esperança de antes se transformou em tormento, conforme vê-se da decisão do Juiz no caso:

De efeito, e pelo quanto apurado nos autos, o Reclamante, trabalhador humilde e ainda dolescente, ingressou nos quadros da Reclamada na condição de menor aprendiz. Como todos os jovens humildes de sua condição social, alimentou o sonho legítimo de, pelo trabalho, ascender profissionalmente dentro de uma empresa, galgando um posto de maior destaque e de melhor remuneração. Obteve uma única oportunidade de ascensão profissional e a

agarrou com a melhor das expectativas, como convém a todos aqueles que não nasceram em berços adornados de ouro. Guardou com orgulho o convite patronal de seleção para participar do Programa de Desenvolvimento Operacional, devidamente assinado por seus genitores (vide fl.13), e finalmente veio a assumir a função de operador de caixa, modesta mas bem melhor do que a inicialmente exercida como empacotador. Na nova função, a esperança de progredir paulatinamente cedeu lugar ao aniquilamento psíquico e à destruição, vítima que se tornou, ainda tão jovem, de práticas perversas, tirânicas e de psicoterror por parte de seus superiores hierárquicos, prepostos da Reclamada. (TRT-10, RTSum: 0001023-14.2013.5.10.0101, Relator: JUIZ ALEXANDRE DE AZEVEDO SILVA, Data de Julgamento: 23/08/2013).

Outro caso de assédio moral contra Jovem Aprendiz menor de idade que chegou ao judiciário aconteceu em 2016, com o julgamento proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (Goiás) em 2018. Segundo os autos do processo n. 0010837-20.2016.5.18.0102, a adolescente recebia constantes mensagens do gerente em tom de “gracejo”, ou seja, assédio. As mensagens enviadas pelo gerente para a jovem, como “linda” e “cheirosa”, eram contextualizadas no sentido de paquera. (TRT-18, 1ª Turma, ATOrd: 0010837-20.2016.5.18.0102, Relator: WELINGTON LUIS PEIXOTO, Data do Julgamento: 21/02/2018).

Os casos exemplificados expressam bem a posição em que o jovem, em fase de maturidade, é submetido quando empurrado para o mercado de trabalho precocemente: passa a reproduzir o modelo hierárquico que presenciou boa parte da vida na escola, em que há o lado mais forte formador das normas e atos, e o lado fraco, o subordinado, que apenas obedece. Contudo, no sistema educacional, esse modelo repressor (destrinchado no subtítulo anterior) apresenta-se, por diversas vezes mais velado, pois de certa forma, ainda é apenas um preparador para a vida real fora dos muros das escolas, realidade que torna-se mais cruel na esfera do trabalho.

Deste modo, os adolescentes que se sujeitam às condições de um subemprego, o fazem por necessidade e carência financeira, nisto não há nada de merecedor ou enriquecedor de espírito, como muitas vezes é colocado nos programas de incentivo ao trabalho, nisto há desespero e desesperança. Considerando que, enquanto o adolescente socioeconomicamente vulnerável despense suas horas de vida no trabalho, o jovem com maiores chances de ingressar em um ensino superior encontra-se longe dessa possibilidade, pois suas horas serão investidas em cursos de idiomas, esportes, artes, música, cursinhos preparatórios para vestibular, etc.

Ainda, importante destacar que os casos citados são exceção por terem alcançado o judiciário, ou seja, as situações desconfortáveis as quais os jovens são

submetidos no ambiente de trabalho, sendo por fim possível e provável o cometimento do ato ilícito propriamente dito contra o adolescente, revela-se uma realidade de pouco destaque nos tribunais brasileiros, logo, estas situações restam abafadas.

As altas taxas de desemprego no Brasil confirmam a realidade alarmante a qual o país está inserido, com milhares de brasileiros sem ter a certeza de um prato de almoço para o próximo dia. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a taxa de desocupação no 1º trimestre de 2019 aumentou 1,1 ponto percentual em relação ao 4º trimestre de 2018⁸, conforme a figura abaixo:

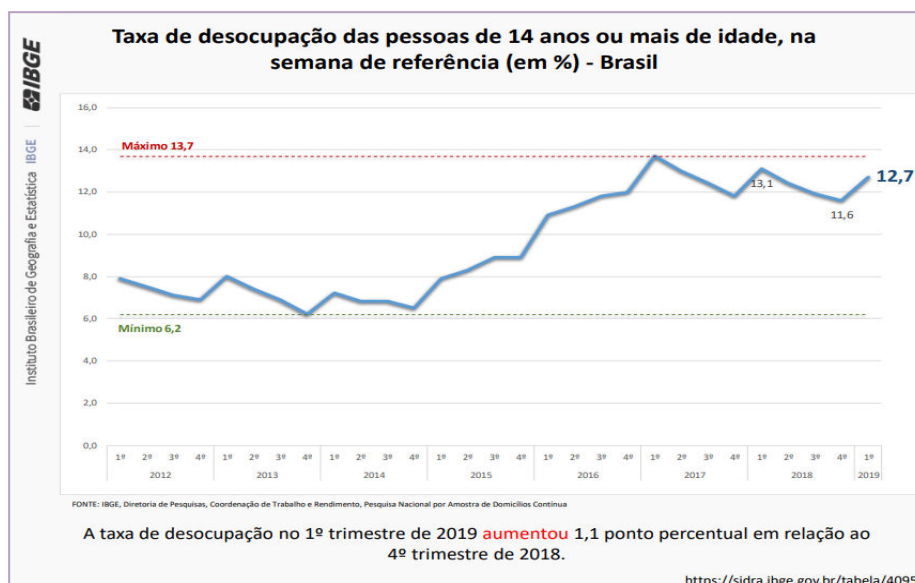


Figura 1: Taxa de desocupação das pessoas de 14 anos ou mais de idade, na semana de referência (em %) - Brasil.

⁸ Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua PNAD Contínua: Mercado de Trabalho Brasileiro; 1º trimestre de 2019; 16 de maio de 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/8ff41004968ad36306430c82eece3173.pdf>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

Em consequência disto, é inviável discutir desigualdades no acesso à educação e trabalho sem pautar o racismo e como o mesmo se opera na lógica apresentada, seja na falta de incentivo e no desestímulo educacional, seja na falta de oportunidades de empregos formais. Logo, em virtude do eixo problemático jovem-educação-trabalho anteriormente apresentado, observa-se um agravamento quando analisado a partir de uma vida negra socioeconomicamente vulnerável.

Deste modo, a ação antirracista deve atuar em toda e qualquer análise, sobretudo, quando o tema versa sobre desigualdades sociais, em que opressão de classes se relaciona diretamente com o racismo estrutural no sistema capitalista. Em síntese, nas palavras da pesquisadora Juliana Borges:

Acreditar que o elemento de classe não está informado pelo contexto e pelo elemento racializado e colonial da sociedade brasileira é invalidar que negros são 76% entre os mais pobres no país, que três em cada quatro negros estão presentes entre os 10% com a menor renda do país ou que, em 2015, negros recebiam, em média, 59,2% do rendimento dos brancos, mesmo com as políticas afirmativas e de incentivo implementadas nos últimos anos [...] (BORGES, 2020, p. 87).

Assim, a crítica aqui presente acerca dos modos de incentivo para entrada do jovem no mercado de trabalho em sintonia com os desestímulos educacionais recortados da conjuntura geopolítica do Brasil, reafirma a necessidade de repensar essa dinâmica, já então naturalizada nos dias atuais, partindo, sempre, de uma perspectiva de raça e classe, não se apartando um, muito menos prevalecendo um sobre o outro.

Recorre-se à análise primorosa da antropóloga e militante do movimento negro no Brasil, Lélia González:

O que existe no Brasil, efetivamente, é uma divisão racial do trabalho. Por conseguinte, não é por coincidência que a maioria quase absoluta da população brasileira faz parte da massa marginal crescente: desemprego aberto, ocupações “refúgio” em serviços puros, trabalho ocasional, ocupação intermitente e trabalho por temporada etc. Ora, tudo isso implica baixíssimas condições de vida em termos de habitação, saúde, educação etc (GONZALEZ, 2020, p.46).

No presente estudo, a busca por esclarecimentos quanto à relação trabalho-juventude-educação centrada em uma interpretação classista, logo, antirracista, resulta a todo momento em, não somente críticas sociais, mas, sobretudo, denúncias.

Em verdade, compreende-se que a realidade aqui exposta nos alcança a cada instante, portanto, a mera percepção erige-se, na maioria das vezes, na abstração passiva da problemática como estrutura dada. No entanto, há de se assinalar a

importância de tratar tais desigualdades educacionais e empregatícias como realidade construída e, por conseguinte, mutável, sendo um contexto passível de transformações através de nós, seres humanos como sujeitos ativos que somos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme explicitado, após reconhecida a importância da concepção de juventude atrelada à realidade social em que se vive, torna-se oportuno revisitar a historicidade de sua construção jurídica, uma vez que esta, apesar de refletir um crescente avanço da infância e juventude ao centro das pautas sociais, evidencia a necessidade de que discussões atualizadas passem a nortear o debate da Doutrina de Proteção Integral.

Em destaque à escola, instituição que garante uma das redes de proteção à criança e ao adolescente, evidencia-se a potência de por meio dela gerar um maior impacto social. No entanto, identifica-se por diversas vias: jurídicas, educacionais, de comoção social, etc, a insistente inviabilização de uma vertente pedagógica histórico crítica, uma vez que esta propõe a dinamicidade dos fatores sociais, implicando o aluno no processo de sua formação, que não lhe seja depositado em uma posição de subordinação.

O projeto político de formar jovens a baixo custo e em maior velocidade para o mercado de trabalho, tem seu resultado em uma massa de mão de obra barata, que irá exercer atividades laborais simplificadas, antagônicas ao conhecimento sistematizado do ensino superior. É por meio de discursos meritocráticos que tenta-se seduzir jovens de escola pública a ingressar no mercado de trabalho, como visto em qualquer propaganda de cursos profissionalizantes ou mesmo, na chamada de empresas que mediam consumidores e restaurantes para entrega de comida via aplicativos.

Programas e empresas se apresentam como um caminho, a princípio, rápido e fácil para conseguir algum tipo de remuneração. O que não se propaga, é que por maior que seja o esforço exercido para alcançar uma ascensão social superior àquela em que o jovem vive, seu percurso é limitado, quando comparado ao de jovens que partiram de outras realidades - e aqui reside a importância pela luta e garantia de políticas afirmativas em um país estruturalmente desigual.

Somado a isso, uma das estatísticas apresentada destaca-se dentre as outras para melhor enfrentarmos a problemática exposta: o alto índice de negros

(pretos ou pardos) desocupados no Brasil. Se por um lado, o jovem negro está inserido em uma sociedade de classes que o tempo todo lhe convence a seguir um caminho “pré datado”, por outro lado, é vítima de um sistema que rege 500 anos de história, calcado na colonização de povos originários e na escravidão (FERNANDES, 1978).

Partindo destes princípios, considera-se a não passividade dos atores sociais: crianças, jovens e adolescentes, que historicamente apresentam-se não só como produto, mas sobretudo, produtores de cultura. A exemplo disto, as Ocupações de escolas públicas protagonizadas pelos estudantes secundaristas no ano de 2016, evidenciam a tensão antagônica dos interesses políticos para o espaço escolar. A partir da organização estudantil, mobilizou-se o movimento em âmbito nacional, que em cerca de algumas semanas, ocupou e resistiu o espaço público, contra o avanço das políticas reformistas supracitadas neste artigo.

Em consonância ao movimento estudantil, faz-se necessário uma crítica social que contemple as raízes das desigualdades manifestadas sobretudo institucionalmente, construindo-se por fim, uma educação emancipatória, regida não para o projeto de sociedade que está posto, mas sim, para o que pretende-se fazer parte. Pois afinal, como já nos advertiu Paulo Freire (2006) “É preciso ter esperança. Mas tem de ser esperança do verbo esperar. Por que tem gente que tem esperança do verbo esperar. Esperança do verbo esperar não é esperança, é espera”.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.
- BORGES, Juliana. *Encarceramento em Massa*. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020.
- BORZESE, D. et al. *Livro das Juventudes Sul-americanas*. 1 ed. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase), 2010.
- BRASIL. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional n. 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: MEC, 1996. Disponível em: <<http://www.mec.gov.br/legis/pdf/LDB.pdf>>.
- BRASIL. *Lei nº 13.005, de 25 junho de 2014*. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, 2014. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/125099097/lei-13005-14>>.

BRASIL. *Lei nº 13.415, de 16 de fevereiro de 2017*. Altera as Leis nos 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e 11.494, de 20 de junho 2007, que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, a Consolidação das Leis do Trabalho CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e o Decreto-Lei no 236, de 28 de fevereiro de 1967; revoga a Lei no 11.161, de 5 de agosto de 2005; e institui a Política de Fomento à Implementação de Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral. Portal da Legislação, Brasília, 16 fev. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13415.htm>.

ENGUITA, Mariano. *A face oculta da escola: educação e trabalho no capitalismo*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

FERNANDES, Florestan. *A Integração do Negro na Sociedade de Classes*. 3a ed. São Paulo: Ática, 1978.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da esperança: um reencontro com a Pedagogia do oprimido*. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

GONZALEZ, Lélia. *Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos*. 1a edição. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

JACKSON, P.W. *Life in classrooms*, Chicago, Holt, Rinehart and Winston, 1968.

LIBÂNEO, José Carlos. *Didática*. São Paulo: Cortez, 2013.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito da Criança e do Adolescente: A Necessária Efetivação dos Direitos Fundamentais*. Florianópolis: Editora Boiteux, 2012.

MARX, K. *A Origem do Capital: a acumulação primitiva*. Tradução: Walter Maia. São Paulo: Editora Fulgor Limitada, 1964.

MARX, K. *Manuscritos: economía y filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1977.

PASSETTI, Edson. *O que é Menor*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

SAVIANI, Dermeval. *Escola e democracia*. Campinas, SP: Autores Associados, 2012.

ENTRE O BERÇO E O CÁRCERE: OS RESULTADOS DA NÃO OBSERVÂNCIA AO DIREITO DE PRISÃO DOMICILIAR PARA DETENTAS GESTANTES/MÃES DE CRIANÇAS

BETWEEN CRADLE AND PRISON: RESULTS OF NON-COMPLIANCE WITH THE RIGHT OF HOUSE ARREST FOR PREGNANT INMATES/MOTHERS OF CHILDREN

Amanda Borlita Vieira Martins*

*"O homem nasce livre,
mas por toda parte
se encontra acorrentado".
(Jean Jacques Rousseau)*

Resumo: Esta pesquisa objetivou analisar os reflexos que o aprisionamento gera aos filhos das encarceradas no Brasil, bem como descobrir qual o perfil das mães aprisionadas e em quais condições elas sobrevivem nas prisões, estando longe de suas crianças. Ainda, buscou verificar a não observância ao direito de prisão domiciliar a essas mães e as dificuldades decorrentes dessa realidade. O método utilizado foi de revisão bibliográfica, ao explanar leituras, observando teorias, casos e percentuais. Conclui-se neste estudo, que a pena das aprisionadas deixa de ser individual ao acarretar diversas consequências a seus filhos. Por isso, para amenizar os problemas gerados por tal situação, deve-se tornar a prisão domiciliar mais acessível para essas mulheres, pois a não observância desse direito tem condenado muitos inocentes.

Palavras-chave: Sistema prisional. Maternidade. Filhos. Prisão domiciliar. Direitos.

Abstract: This academical research aimed to analyze the reflections that imprisonment generates to the children of female prisoners in Brazil, as well as to discover what is the social and family profile presented by these imprisoned mothers and also investigate what are the background conditions in which they survive in the prisons, especially considering the circumstance of them being away from their children. Further, it aimed to verify the institutional failure to comply with the right of house arrest to those mothers as well as the difficulties that arise from this. The method used in this research was the one of bibliographic review, exploring scientific

*Graduanda em Direito na Universidade Federal do Paraná. Produziu este artigo durante o programa de Iniciação Científica da Universidade. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0649998063663986>.

readings, observing theories developed by specialists, study cases and statistical data. In this study it is concluded that the criminal sentences received by those female prisoners ceases to be individual by bringing various consequences to their children. Therefore, in order to alleviate the problems caused by such a situation, house arrest should be made more accessible to these women, because institutional failure to comply with this right has condemned many innocent mothers.

Keywords: Prison System. Maternity. Children. House Arrest. Right.

1. INTRODUÇÃO

A partir do momento em que aumentou significativamente o número de mulheres encarceradas, algumas discussões se mostraram necessárias. Uma delas se refere à maternidade e o cárcere, tendo em vista a necessidade de conciliação entre esses dois planos ao observar o número de mães aprisionadas no Brasil. Para que os filhos das detentas não sejam prejudicados com a pena determinada a elas, existem diversas garantias fixadas em lei, como o direito das genitoras amamentarem dentro dos presídios e o direito de prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças, que é objeto desta pesquisa.

A maior parte das mulheres encarceradas no Brasil responde por envolvimento com drogas, da mesma forma que a população carcerária geral do país. Ao observar as características das mães aprisionadas, se percebe que a maioria dessas são negras, possuem uma situação econômica desfavorável, baixa escolaridade e são solteiras. Com isso, a seletividade do sistema penal torna-se evidente.

Por isso, faz-se necessário refletir sobre a importância do direito de prisão domiciliar a essas mães, ao compreender as dificuldades enfrentadas pelas mães aprisionadas, que além de sofrerem uma seletivização do sistema prisional, possuem dificuldades em progredir para a prisão domiciliar, haja vista que mesmo cumprindo os requisitos dessa garantia, a maioria delas permanecem em regime fechado. Bem como, é preciso compreender que a distância de seus filhos não faz parte de uma ressocialização e sobretudo, observar o quanto essas crianças são prejudicadas e destinadas a um futuro de incertezas.

2. A CRIMINALIZAÇÃO DAS MULHERES E O TRÁFICO DE DROGAS

A imagem das drogas como inimigas mortais e como meio para destruição da sociedade se montou paulatinamente, a partir de contextos sociais específicos e

sobretudo, da influência das relações de poder. Na década de cinquenta, por exemplo, os países centrais e periféricos em geral, consideravam o uso de drogas uma patologia, sendo próprio de pequenos grupos. “Nos Estados Unidos, os opiáceos não eram assunto de grande preocupação nacional, pois estavam muito mais confinados aos guetos urbanos e, em especial vinculados aos negros...” (OLMO, 1990, p. 29).

Ao longo das próximas décadas, essas substâncias foram caracterizadas como causadoras de dependência química, representando perigo e destruição da ordem, sobretudo pelos países desenvolvidos. Na década de oitenta, a cocaína já havia se tornado o centro das atenções, principalmente nos Estados Unidos. Isso porque a preocupação passa ser no viés econômico e político. Aos poucos, passaram a culpar a oferta, ou seja, os traficantes, sem nunca observar a procura pelas drogas. A meta era investigar e acabar com a circulação da cocaína, porém, o consumo dessas substâncias se tornou mais elevado, o que evidencia como essas políticas foram ineficazes (OLMO, 1990).

É notório que essa guerra às drogas se torna cada vez mais intensa no Brasil. Apesar dos diversos crimes previstos no Código Penal Brasileiro, das mulheres aprisionadas no Brasil, 62% respondem por tráfico de drogas, segundo as informações disponibilizadas pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) em 2018. Ressalta-se que os dados oficiais referentes às mulheres aprisionadas e os delitos cometidos por elas não foram atualizados nos últimos anos, o que dificulta uma análise voltada à realidade atual dessa população.

Todavia, não basta a proximidade às drogas para alguém ser suspeito no âmbito penal, existe um perfil, que pode ser identificado dentro das penitenciárias. A maioria dos encarcerados por envolvimento com tais substâncias não são brancos e nem possuem condições financeiras apropriadas para suprir suas necessidades mais básicas. Isso porque, como explica Katie Arguello (2012), existe uma seletividade dentro das camadas mais vulneráveis da sociedade. A pesquisadora também evidencia como a maior parte dos criminalizados por envolvimento com drogas auferem uma remuneração insignificante. Isso porque realizam atividades secundárias, como o transporte de drogas.

Percebe-se com isso, que apesar de no Brasil muito se discutir acerca da aplicação da punição, somente parte da população é constantemente perseguida pelo direito penal. Como visto, grande parte das pessoas presas no Brasil foi criminalizada por tráfico de drogas e condutas afins, além disso, são negras e portadoras de indicadores sociais negativos. Ou seja, elas não possuem oportunidades no meio

social e não têm apoio financeiro familiar ou social, então, buscam no mundo das drogas modos subalternos de sobrevivência.

Um exemplo da seletividade do sistema penal é o fato de que uma pessoa negra envolvida com substâncias ilícitas gera mais incômodo às pessoas do que a porcentagem de assassinatos julgados no país, que segundo o levantamento “Onde Mora a impunidade”, realizado em 2017 pelo Instituto Sou da Paz, gira em torno de 5%. Um dos argumentos que usam para justificar tal impunidade é a falta de denúncias. Porém, tal empecilho não funciona na guerra às drogas, quando mesmo sem indícios, policiais que deveriam almejar a segurança da população, executam inocentes nas periferias. No morro da Rocinha, no Rio de Janeiro, houve o caso de Amarildo, que foi levado pelos policiais para uma suposta investigação e nunca mais voltou para casa. Antes disso, ele era sempre perseguido e revistado pelas autoridades. Os policiais afirmam que ele foi interrogado e saiu do respectivo local, porém, não há vestígios que confirmem tais palavras. A família de Amarildo tem certeza de que ele está morto (GRANJA, 2015). Diante disso, fica claro que há uma grande diferença na forma que as autoridades tratam as pessoas negras, sendo o caso uma representação da seletividade mencionada.

O grande número de presos por envolvimento com drogas hoje no Brasil abrange muitas mulheres, ao passo que a guerra às drogas vem se tornando cada vez mais intensa no país, trazendo um consequente aumento da população prisional. Entre as detentas existe grande taxa de desemprego e insuficiência salarial, ao tratar das profissões mais exercidas pelas mesmas, por isso, elas apelam ao mercado ilícito. Segundo dados levantados pela Diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas (Dapp/FGV), o número de mulheres aprisionadas no país, entre o ano de 2000 e 2018 aumentou em cerca de 700%, sendo que em torno de 62% delas, respondem por tráfico de drogas ou crimes relacionados.

Certo é que as mulheres passaram por uma transformação muito grande ao tratar dos seus papéis sociais. Na antiguidade, suas funções giravam em torno de reproduzir e cuidar do lar, desenvolvendo assim uma imagem de “boas mães”, se submetendo ao determinismo biológico então pregado, enquanto o pater, figura masculina, deveria prover o sustento da casa e se preocupar com todas as questões que fugissem das “atividades femininas”. Por não existirem oportunidades políticas e ampliação de trabalho para as mesmas, não havia uma forma delas crescerem socialmente ou de realizarem atividades que não fossem voltadas ao lar.

As conquistas femininas de acesso aos direitos civis, sociais e políticos, que durante tanto tempo lhes foram negados, configuram-se como consequência direta de movimentos e fenômenos sociais que causaram profundo impacto na sociedade. Dentre os fenômenos de maior impacto encontram-se as duas guerras mundiais e as diferentes ondas de movimentos feministas. (ÁVILA, 2019, p. 4).

Logo, através dessas conquistas, que ocorreram lentamente, a figura feminina deixou de ser representante do lar para também conquistar autonomia financeira e tomar decisões sem ser totalmente submissa ao homem. Com isso, tiveram que se preocupar cada vez mais com o sustento da família. Mas infelizmente a única alternativa acessível e imediata que muitas mulheres encontram na busca por uma remuneração é o envolvimento com drogas.

Diz “Orquídea” de 38 anos:

Eu acho que trabalhar com droga não é crime não. Crime pra mim, é quem mata um pai de família, rouba as coisas alheias, faz assalto. Eu só guardava a droga ou então ia levar para o cliente, depois recebia um dinheirinho que era pra dá de comer aos meus três filhos e minha mãe que vive doente. Num sei como é que um juiz tem coragem de me dar quatro anos de prisão só por isso. Agora, quando eu sair é que num vou mesmo mais arranjar emprego. Se antes já era difícil, agora, depois da cadeia, vai ser pior quem vai dar trabalho a uma ex- presidiária. (MOURA, 2005, p. 59).

Ao se voltarem para o mundo do tráfico, na busca por uma renda, muitas destas mulheres têm enfrentado as dores do cárcere, sobretudo por estarem desconectadas de seus filhos. Entretanto, tal situação poderia ser evitada caso o direito de prisão domiciliar fosse melhor efetivado.

3. AS MÃES CRIMINALIZADAS NO BRASIL

O número de mulheres presas no Brasil é considerado baixo por diversos órgãos de pesquisas. Em 2005, o Ministério da Justiça identificou que no país, as detentas representam 4% da população carcerária (MOURA, 2005). Nos últimos anos essa taxa permaneceu quase intacta.

Observando que a maior parte dos presos no país são homens e que o sistema carcerário foi construído para eles, para que as mulheres possam receber um tratamento adequado, de acordo com suas necessidades - sobretudo as mães e gestantes -, é preciso que exista uma análise voltada para essa minoria, reconhecendo seus desafios e suas demandas específicas.

O abandono sofrido pelas mulheres nas penitenciárias é bem maior em relação aos homens. Sendo assim, o sexo feminino tem uma maior invisibilidade nesses espaços. Em São Paulo, uma pesquisa realizada em 2016 por Howard, comprovou que nos espaços das prisões destinados às mulheres não havia ventilação ou luz. É notório que mulheres são extremamente prejudicadas no meio prisional e que existe uma diferença muito grande entre forma em que elas sobrevivem nesse ambiente em relação ao sexo oposto. Mesmo possuindo diversos problemas de saúde que merecem atenção, como demandas ginecológicas, depressão, complicações na gravidez e HIV, as reclamações das mulheres são frequentemente consideradas “invenções”, fazendo com que as mesmas adquiram complicações com extrema facilidade (SILVA, 2015).

Uma pesquisa realizada pela Pastoral Carcerária (2017) evidencia a situação financeira das mulheres presas em São Paulo. Das que participaram do estudo, 40,6% estavam desempregadas. Já as que exerciam atividades remuneradas, a maior parte exercia atividades de baixa qualificação, como no ramo da beleza e das pequenas vendas. Trabalhos esses que dependem da demanda social, que trazem em geral uma baixa remuneração e que em regra, não proporcionam crescimento profissional. Esses subempregos são facilmente destinados às mulheres, haja vista que a ideologia patriarcal que considerava que a renda das mulheres que exercessem atividades fora do âmbito doméstico seria complementar a dos homens das famílias ainda traz inúmeras consequências sociais (SAFFIOTI, 1979).

Com isso, é fácil compreender a precariedade presente entre a população carcerária feminina e o porquê dessas mulheres entrarem no trabalho informal ofertado pelo mundo das drogas. Relatou “Jasmim”, de 23 anos: “Quem é que aguenta ver seu filho chorando com fome e não fazer nada? [...] Eu já saí em todo canto procurando emprego mas não tem, eu não tenho mais onde ir procurar, não [...] O jeito é vender droga.” (MOURA, 2015, p.56).

Na mesma pesquisa, existem outras porcentagens que dizem muito sobre o perfil das mulheres encarceradas: 67,4% das mulheres cujos dados foram acessados não haviam cursado o ensino médio, tendo 55,2% completado o ensino fundamental. Ao tratar do ensino superior, apenas 1,4% possuía a formação completa. Já em relação a cor das detentas, 53% era negra. Um paralelo entre a escolaridade e a cor das detentas também foi realizado na pesquisa em questão, comprovando que as mulheres negras possuem uma escolaridade mais baixa em comparação das outras, além de residirem em regiões com precariedade nos serviços públicos e extrema vulnerabilidade. Além disso, tratando da maternidade, 48% das mulheres

eram mães. Por fim, o trabalho buscou pelo estado civil das reclusas, resultando que 86% era solteira (2017).

Ao verificar esses dados - que resumem o cenário do funcionamento punitivista do Brasil - é notório que a justiça possui classe social e cor. “O sistema penal não julga igualitariamente as pessoas, ele seleciona diferentes autores e vítimas, de acordo com sua reputação pessoal” (CAMPOS, 1999, p.114).

Com isso fica evidente que a criminalização secundária, que ocorre no momento em que a norma é de fato aplicada, somente funciona para aqueles que refletem o abandono do Estado e o desprezo social, considerando a situação das reclusas, conforme exposto.

Para as mães presidiárias, a maior dor é a distância dos filhos e o sofrimento dos mesmos. Tendo em vista que após a amamentação são obrigatoriamente separados das genitoras. Relatou “Bromélia”, de 32 anos: “Se eu não tivesse filho, em não ligava de tá presa não, mas a senhora não sabe o tamanho do meu sofrimento, os meus filhos tudo espalhado por aí e eu aqui sem puder fazer nada e sem ter quem cuide deles, eu choro todos os dias.” (MOURA, 2005, p.73).

Certamente as mães aprisionadas se martirizam cotidianamente, pois se culpam por seus filhos não desfrutarem da presença de uma figura materna e por se encontrarem em péssimas condições de vida.

Safira, após ter sofrido uma traição e se separado, precisou encontrar alternativas para alimentar sua família e arcar com as necessidades da casa. Entretanto, após passar um período sem encontrar um trabalho e perceber que ela e seus filhos estavam sem alimentos e itens de higiene, incluindo leite e fralda, ela decidiu se dirigir ao ponto de tráfico que conhecia e implorou para que pudesse prestar serviços auxiliares, pois precisava sustentar suas crianças. Após anos de prisão, ela tem dificuldades para reconquistar aqueles que um dia tentou cuidar. Desabafou Safira: “Eu não conheço meus filhos. Eu sou assim: eles sabem que eu sou a mãe deles, mas praticamente sou uma desconhecida.” (QUEIROZ, 2015, p.21).

Estas mães aprisionadas não possuem ferramentas para ressocialização, mas têm muito tempo para se culparem e sofrerem, enquanto estão nas péssimas condições do cárcere. Suas crianças vivem nas ruas, em orfanatos ou com familiares que por vezes não fazem questão de lhes darem uma vida digna. A maior parte dessas mulheres buscou modos de sobrevivência, mas não imaginavam que ao tentarem ser boas mães, poderiam ser presas, perdendo seus direitos sobre os filhos.

4. A CONDENAÇÃO DOS INOCENTES

A maior parte das unidades prisionais atualmente possuem ambientes específicos para as crianças que estão em período de amamentação. Essa implantação se fez necessária porque existe um direito previsto no art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, que prevê que as crianças em período de amamentação devem permanecer com suas genitoras por no mínimo seis meses. Do mesmo modo, a Lei de Execuções Penais exige que esses espaços existam, colaborando assim, para a aplicação real dos direitos das crianças e das mães que se encontram nas prisões.

Alguns acreditam que seja inapropriado o mantimento destas crianças nas prisões. Por outro lado, é de extrema importância o primeiro contato delas com as mães e a sua devida amamentação, sendo esses fatores necessários para um bom desenvolvimento futuro. Mas mesmo com a implantação destes direitos, a realidade dos filhos das presidiárias nunca é fácil. A estrutura das penitenciárias nem sempre estão adequadas para acolher os bebês. O estudo “Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade”, efetuado pelo Ministério da Justiça, ao percorrer pelas prisões de diversos estados, constatou que apesar de alguns diferenciais e pontos positivos nos espaços planejados para os imberbes, existem locais sem berços, o que leva o comprometimento da segurança dos bebês e lugares com péssimo arejamento, o que pode causar vários problemas de saúde, tendo em vista a imunidade baixa de crianças de pouca idade, que passam ao menos seis meses nesses espaços. Além disso, houve a identificação de surtos de doenças, como a catapora.

Em São Paulo, na Penitenciária Feminina Dra. Marina Marigo Cardoso de Oliveira, o mesmo estudo identificou que as mães viviam em uma situação de hipermaternidade, pois eram proibidas de acessar os cultos religiosos e cursos ofertados na penitenciária, permanecendo em geral, vinte e quatro horas por dia na creche com seus filhos (BRASIL, 2015). Claramente o exercício da maternidade é dificultado para essas mulheres, tendo em vista que a punição delas é “aumentada”.

Após alguns meses, existe a separação das mães e dos seus filhos mantidos nas prisões. Elas se sentem impotentes, não sabem em muitos casos, se verão suas crianças novamente. E as crianças, são condenadas a crescerem sem uma referência materna. Em grande parte das situações, as avós “substituem” o papel antes realizado pelas mães, porém, grandes traumas e conflitos surgem pelo fato de as genitoras se encontrarem presas e por isso, distantes. Ainda, nem todos os

imberbes possuem uma família disposta a recebê-los do lado de fora da prisão, o que também colabora para uma total destruição familiar.

Se os membros da família não podem mais sustentar a criança por razões de saúde ou por não atenderem às exigências financeiras do Estado para adquirir a guarda {...} os pequeninos se tornam alvo de disputa judicial e as mães presas podem perder sua guarda. (QUEIROZ, 2015, p. 94).

Um fato importante é que quase a totalidade dos filhos das mulheres que estão presas no Brasil estão sob os cuidados das avós, levando em conta que são raros os casos que outros membros da família aceitam assumir responsabilidades sobre os infantes, principalmente ao falar dos genitores. Segundo dados da Pastoral Carcerária, captados em 2012 no Estado de São Paulo, em torno de 39,9% das crianças ficam com as avós, 19,5% ficam com os genitores, 2,2% vão para orfanatos, 1,6 vão presos e 0,9% vão para reformatórios juvenis.

Grande parte dessas crianças perdem o contato com as mães. Isso porque, mesmo quando as mães desejam que elas adentrem nas penitenciárias para as visitas, esse encontro sempre vai depender da disponibilidade e vontade da pessoa que está exercendo tutela sobre as crianças, além de o funcionamento das visitas não ser adequado para menores, pois muitas vezes as crianças precisam faltar a escola, pois nem todos os presídios escalam para os finais de semana essas visitas (BRASIL, 2015).

As crianças afastadas de suas mães encarceradas sofrem com as consequências da desestruturação familiar forçada a que são submetidas. A figura materna é uma das mais importantes na vida de seus filhos, para que os mesmos possuam uma base familiar sólida, com ampla afetividade e cuidados necessários. Seja porque desde o ventre as crianças possuem uma conexão fisiológica com a mãe e a presença dessa figura é essencial durante a infância ou porque a maioria dos filhos das presidiárias tinha somente suas genitoras como base familiar, essas crianças não conseguem se reerguer emocionalmente após serem separadas de suas genitoras.

A família é o lugar privilegiado de realização da pessoa, pois é o locus onde ela inicia seu desenvolvimento pessoal, seu processo de socialização, onde vive as primeiras lições de cidadania e uma experiência pioneira de inclusão no laço familiar, a qual se reportará, mais tarde, para os laços sociais. (PEREIRA, 2014, p. 129).

Daniel Goleman (1995) explica que em meio a ameaças ou conflitos, a preocupação surge como uma tentativa de evitar mais problemas, sendo um mecanismo

de prevenção do ser humano. Através da sobrecarga mental que ela causa, surge a ansiedade, as crises de pânico, a angústia, as fobias e outras perturbações. Essas doenças psicossomáticas e sentimentos descrevem a realidade de muitas crianças e adolescentes que estão distantes de suas genitoras encarceradas. Sendo assim, fica claro que as genitoras aprisionadas e seus filhos facilmente sofrerão com diversos problemas de saúde, causados pela distância e pelo sofrimento trazido pelo cárcere.

Todos os filhos das aprisionadas têm algo em comum: sentem-se condenados. E infelizmente, realmente estão, ao estarem em uma situação de vulnerabilidade e abandono. Relatou Azálea, de 39 anos:

Meus quatro filho vive numa situação difícil. Eles estão passando necessidade, o pai deles nem sei por onde anda. Minha mãe disse que ia pedir esmola no sinal. Ela tá doente, com hérnia. E eu não tenho como sustentar. Hoje eu liguei para ela, ela disse que passou a noite todinha doente, né? A hérnia dela ainda entrou em crise. Os meus outros filhos tava dormindo, aí ela acordou a de 7 anos pra pedir ajuda aos vizinhos. E tá desse jeito, passando muita necessidade, meu irmão, num vai nem lá na casa da minha mãe, num tá nem aí, irmã eu não tenho, pois se tivesse eu tenho certeza que cuidava de meus filhos. (MOURA, 2005, p. 76).

Com isso, é possível perceber o quanto estas mulheres e suas famílias são atingidas faticamente e psicologicamente. As mães encarceradas enfrentam uma sensação de impotência, ao não poderem participar da vida de seus filhos, enquanto esses, vivem uma infância desestruturada.

5. O DIREITO DE PRISÃO DOMICILIAR PARA MÃES E GESTANTES

As Regras de Bangkok, que foram estabelecidas pelas Nações Unidas, com objetivo de fixar direitos específicos às mulheres presas, na Regra nº 2, determina que os interesses das crianças devem ser observados, havendo possibilidade, inclusive da suspensão da pena por determinado período. A Lei de Execução Penal dispõe na Regra nº 64, que para mulheres grávidas e com filhos, o regime fechado só será preferível quando elas representarem ameaça ou tiverem cometido crimes violentos. Ainda, o art. 117, IV, também permite o cumprimento da pena em residência ao tratar de gestantes. Da mesma forma, o Código de Processo Penal em seu art. 318, IV, V, garante que a pena das gestantes e mães de crianças até 12 anos possa ser cumprida em prisão domiciliar.

Para colocar em prática essas garantias, em fevereiro de 2018 o Supremo Tribunal Federal concedeu um *habeas corpus* coletivo, o qual foi um grande marco para o direito penal, ao incentivar o respeito à prisão domiciliar e trazer uma jurisprudência que incentive a continuidade dessa concretização. A decisão determinou que grávidas, mães de crianças até doze anos e mães de portadores de necessidades especiais fossem transferidas para prisão domiciliar (HC 143641/SP). Salienta-se que a decisão somente girou em torno das presas provisórias, ou seja, que ainda não haviam recebido uma sentença condenatória. Ainda, para receberem o *habeas corpus*, as mães não poderiam ter cometido crimes contra os próprios filhos ou não estar exercendo a guarda dos mesmos.

No relatório do *habeas corpus*, a importância de tal mecanismo foi ressaltada, tendo em vista que essas mulheres precisam de acesso à justiça, pois são em sua maioria pobres, privadas de informações e quase nunca desfrutam dos seus direitos previstos na legislação. Relatam também, a precariedade das penitenciárias, que não são adequadas para o mantimento dos infantes e das gestantes. Também destacam a justeza deste remédio constitucional em meio ao cenário atual do sistema prisional no Brasil. Vale ressaltar que em torno de 41% dos presos são provisórios e quando julgados, quase essa totalidade recebe absolvição ou penas alternativas. Em resumo, muitos inocentes estão aprisionados injustamente ou recebendo uma pena desproporcional: a pena máxima. E nos casos das mães encarceradas, seus filhos também são atingidos (BRASIL, 2018).

Os cuidados que devem ser dispensados à mulher presa direcionam-se também aos seus filhos, que sofrem injustamente as consequências da prisão da mãe, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, o qual estabelece a prioridade absoluta na consecução dos direitos destes: “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” Aqui, não é demais lembrar, por oportuno, que o nosso texto magno estabelece, taxativamente, em seu art. 5º, XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, sendo escusado anotar que, no caso das mulheres presas, a privação de liberdade e suas nefastas consequências estão sendo estendidas às crianças que portam no ventre e àquelas que geraram. (BRASIL, 2018, p.25).

Ainda, explica a decisão:

Conforme explicam, existe uma “experiência compartilhada” pela qual todos os seres humanos devem passar. E tal experiência é de suma importância para o desenvolvimento sensorial e emocional. Sem ela, os órgãos, assim como o

sistema nervoso, podem, sobretudo em épocas críticas do desenvolvimento infantil, sofrer danos permanentes. A consistência do afeto que recebem é da máxima relevância para a formação de pessoas saudáveis e capazes de estabelecer relações sociais profundas. Trazendo tais reflexões para o caso concreto, não restam dúvidas de que a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas. Nos cárceres, habitualmente estão limitadas em suas experiências de vida, confinadas que estão à situação prisional. Nos abrigos, sofrerão com a inconsistência do afeto, que, numa entidade de acolhimento, normalmente, restringe-se ao atendimento das necessidades físicas imediatas das crianças. Finalmente, a entrega abrupta delas à família extensa, como regra, em seus primeiros meses de vida, privando-as subitamente da mãe, que até então foi uma de suas únicas referências afetivas, é igualmente traumática. (BRASIL, 2018, p.28).

Sabendo que na prática o sistema prisional brasileiro não é preparado para receber gestantes e crianças, como amenizar o sofrimento dos mesmos? A prisão domiciliar certamente não acabaria com todos os problemas das detentas e de seus filhos. Isso porque não deixa de ser um modo de aprisionamento, então, pode eventualmente, limitar essas crianças e as tornar confusas. Mas, ainda assim é a alternativa mais palatável. Mesmo não sendo uma opção perfeita, é a mais adequada ao perceber a insalubridade do sistema prisional e o impacto que tal ambiente traz a tantas crianças.

Para que essa alternativa se torne mais acessível às mães encarceradas, é preciso que essas mulheres tenham uma defesa que constantemente as ampare. Tendo em vista que elas geralmente não possuem condições financeiras de arcar com isso, cabe à defesa pública representá-las, bem como, provocar discussões e projetos acerca do assunto. Ainda, é essencial que o Poder Judiciário busque respeitar a legislação referente à prisão domiciliar, ao procurar facilitar a concretização do direito. Dessa forma, aqueles que podem causar mudanças no mundo jurídico estarão contribuindo na busca ao respeito pelas garantias das mulheres presas.

As crianças que são abandonadas ao saírem do sistema carcerário, com a prisão domiciliar, podem permanecer com suas genitoras, diminuindo assim, o afastamento entre mães e filhos e evitando que familiares desinteressados ou abrigos precisem se responsabilizar por elas. Ainda, diferentemente da situação vivida por aquelas crianças que se encontram nas penitenciárias, na prisão domiciliar somente a genitora apenada é proibida de sair da sua residência, logo, as crianças, podem livremente ir a outros lugares, podendo ser tuteladas por outros familiares. Esse contato entre mães e filhos, em seus próprios lares, permite que os filhos das mulheres apenadas tenham um desenvolvimento mais próximo do das demais crianças, deixando de faltarem à escola para adentrar nos presídios e de não ter contato frequente com suas mães ou de serem totalmente afastadas das mesmas.

Para as mães apenadas, a prisão domiciliar não é agradável, pois uma prisão fora das celas não é um privilégio. Entretanto, elas com certeza se sentiriam melhores com tal alternativa. Deixariam de chorar todos os dias ao pensar em seus filhos abandonados. Ademais, como já exposto, a maioria das pessoas que se encontra em prisão provisória no Brasil, ao receber uma sentença, é absolvida ou recebe penas alternativas e não permanece em regime fechado. Por isso, essa alternativa também traz menos danos àquelas mães que, ao final, são declaradas inocentes.

Ao passo que a prisão é um ambiente extremamente violento e repressivo, causa revolta, angústia e desespero aos indivíduos, incentivando as pessoas inocentes ou que cometeram crimes insignificantes a reproduzirem os comportamentos agressivos que presenciaram, por isso, não é apropriado que crianças tenham contato com as prisões.

O problema criado por essas leis não são os criminosos violentos, mas sim o fato de encherem as prisões com aqueles que não fizeram nada, com uma altíssima probabilidade de convertê-los em criminosos violentos por efeito reprodutor. (ZAFFARONI, 2013, p. 291).

Se a função da pena é ressocializar de fato e não trazer vingança, a prisão domiciliar com certeza está mais próxima de alcançar tal objetivo. Pois, privar as detentas do direito à maternidade, afastando-as de suas crianças ou submetendo seus filhos a condições desumanas de vida, não parece ser um caminho para torná-las melhores.

6. CONCLUSÃO

As mulheres atualmente desempenham diversas funções na sociedade, pois não estão mais destinadas a somente exercer tarefas domésticas. Mas, mesmo com essa liberdade de escolha, muitas delas não possuem muitas alternativas para conquistar uma renda, sendo assim, acabam se envolvendo com o tráfico de drogas e por vezes, são aprisionadas. Ainda, em sua maioria são pobres e negras. Ficando evidente com isso, a seletividade do sistema penal brasileiro.

O cárcere não permite que a maternidade exista entre as aprisionadas. Além da pena prevista em lei, antes mesmo da condenação, elas perdem o direito à maternidade, haja vista que são obrigadas a ficar longe de seus filhos. Além disso, esses infantes são destinados ao fracasso: perdem a família, são em muitos casos abandonados e precisam aprender a conviver com os traumas e com os desafios que constantemente se deparam. Já os recém-nascidos ficam entre o berço e o

cárcere, ao permanecerem no sistema prisional para amamentação e após isso, se depararem com um futuro incerto.

As prisões que supostamente são destinadas à ressocialização não incentivam a busca por alternativas que garantam o bem estar das gestantes/mães e das crianças das mesmas. Existem várias normas que permitem a prisão domiciliar para essas mulheres, mas isso é pouco observado.

A prisão domiciliar não traz uma solução para todos os problemas que surgem com a triste mistura da maternidade com o cárcere. Entretanto, ao ser facilitada aproximará as mães criminalizadas de seus filhos e, com isso, essas crianças não crescerão sem uma base familiar ou abandonadas, nem mais deixarão de ir à escola para visitar penitenciárias.

REFERÊNCIAS

ARGUELLO, Katie. *O fenômeno das drogas como um problema de política criminal*: Seminário Nacional de Sociologia e Política: Pluralidade e Garantias dos Direitos Humanos no Século XXI. Curitiba, 2012. Downloads disponível em: <https://www.revistas.ufpr.br>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

ÁVILA, Rebeca Contrela. *MINHA HISTÓRIA DAS MULHERES*. Michelle Perrot. São Paulo, editora Contexto, 2007, 190p. 2012. Downloads disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br>. Acesso em 20 de abril de 2020.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. 1941. Brasília, DF: Senado Federal. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. *Habeas Corpus 143.641*. São Paulo, 2018.

BRASIL. *Lei de Execução Penal*. Brasília, DF: Senado Federal. Lei nº 7210 de 11 de junho de 1984.

BRASIL. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/51-Dar-a-luz-nasombra.pdf> Acesso em 10 de setembro de 2019.

CAMPOS, Carmen Heim. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.

GRANJA, Patrick. UPP: *O novo dono da favela*: Cadê o Amarildo? Rio de Janeiro: Revan, 2015.

Desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. Carcerária, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/documento-ittc-relatorio-mulheres-em-prisao-2017.pdf>. Acesso em 13 de agosto de 2015.

GOLEMAN, Daniel. *Inteligência emocional*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.

Homicídios no Brasil são pouco elucidados, diz pesquisa. Carta Capital. São Paulo, 2017 Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/homicidios-no-brasil-sao-poucoelucidados-diz-pesquisa/>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Depen. Brasil, 2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em 20 de janeiro de 2020.

LISBOA, Vinícios. *População carcerária feminina no Brasil é uma das maiores do mundo*. Agência Brasil. Brasil, 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-11/populacao-carceraria-feminina-no-brasil-e-uma-das-maiores-do-mundo>. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

LOBATO, Aline et al. *Mulheres criminosas: analisando a relação entre desestruturação familiar e criminalidade*. "S.I", 2010 Disponível em: http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/242.%20mulheres%20criminosas.pdf. Acesso em: 18 de novembro de 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Há 726.712 pessoas presas no Brasil*. Justiça. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

MOURA, Maria Juruena. *Porta fechada, vida dilacera - mulher, tráfico de drogas e prisão*: estudo realizado no presídio feminino do Ceará. Programa de pós-graduação em Políticas Públicas e Sociedade. Universidade Estadual do Ceará. Ceará: 2005. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UECE-0_c990becad9d3aec2555a71870c36831. Acesso em 10 de setembro de 2019.

OLMO, Rosa Del. *A Face Oculta da Droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

Penitenciárias são feitas por homens e para homens. Carcerária. São Paulo, 2011. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2014/03/relatorio-mulherese-presas_com_propostas-de-PLs.pdf. Acesso em: 25 de setembro de 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*. Curitiba, 2004. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf. Acesso em 13 de outubro de 2019.

QUEIROZ, Nana. *Presos que menstruam*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2015.

Regras de Bangkok: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras/ Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

SAFFIOTI, Heleieth Iara B. *Emprego doméstico e capitalismo*. Rio de Janeiro: Avenir Editora Limitada, 1979.

SILVA, Amanda Daniele. *Mãe/Mulher atrás das grades: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina* [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. Downloads disponível em: <http://books.scielo.org/>. Acesso em 05 de março de 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. 1ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2013.

O DIREITO AO VOTO DO PRESO PROVISÓRIO NO CONTEXTO PANDÊMICO

THE RIGHT TO VOTE OF THE PRISONER IN THE PANDEMIC CONTEXT

*Dafné José Neri da Silva**

Resumo: A Constituição Federal (CF) de 1988 garante que todo poder emana do povo, que o exerce através de representantes eleitos. Além disso, preceitua o voto direto, secreto, universal e periódico. Uma parte da população brasileira não tem essas garantias preservadas, os presos provisórios. A CF garante, ainda, que ninguém terá seu direito político cassado a não ser por condenação transitada em julgado. Apesar disso, desde que os pesquisadores vêm estudando sobre esse assunto, na prática, os presos que aguardam julgamento, não são assistidos da forma que a lei prevê. Essa situação mostra-se mais complexa nas Eleições 2020 devido à Pandemia de COVID-19. Pensando nisso, este trabalho objetivou estudar o direito ao voto dos presos no contexto pandêmico. Dados coletados revelam que, em 2020, o número de presos provisórios que efetivamente foram às urnas é o menor de toda a série histórica.

Palavras-chave: Análise crítica. COVID-19. Democracia. Direitos políticos. Eleições 2020.

Abstract: The 1988 Federal Constitution (FC) guarantees that all power emanates from the people, who exercise it through elected representatives. In addition, it prescribes direct, secret, universal and periodic voting. Part of the Brazilian population does not have these guarantees preserved, the provisional prisoners. The Federal Constitution also guarantees that no one will have their political right revoked except for a final conviction. Nevertheless, since researchers have been studying this subject, in practice, prisoners awaiting trial are not assisted in the way the law provides. This situation is more complicated in the 2020 Elections because of the Covid-19 Pandemic. With this in mind, this work aimed to study the right to vote of the weights in this pandemic context. Data collected reveal that democratic chaos occurred in 2020, as the situation was even worse compared to previous years.

Keywords: Critical analysis. COVID-19. Democracy. Political rights. Elections 2020.

***Graduando em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (FDR) vinculada à Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). E-mail: djnsacademico.dafne@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6783980743849822>.**

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil (CF), promulgada em 1988, consagrou no seu artigo 1.º, parágrafo único¹ o exercício do poder democrático direto através de votações periódicas para eleição dos governantes (art. 14)². Previu, ainda, a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a igualdade perante a lei como fundamentos da República (art. 1.º, II e III, art. 5.º, *caput*)³, não à toa foi apelidada de *Constituição cidadã*, e assim é conhecida pelo incremento do idealismo republicano de cidadania ampliada, somado à democracia participativa (CRUZ, 2011, p. 32).

Além dessas consagrações essenciais, garante às pessoas presas provisoriamente, ou seja, sem condenação transitada em julgado, o exercício do direito ao voto, desde que estejam regularizadas com a Justiça Eleitoral, sob a égide do princípio da presunção de inocência e do devido processo legal (art. 5.º, LIV e LVII da CF). Todavia, na prática, percebe-se que ainda há uma distância significativa entre os fatos e as normas. Os Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), em conjunto com o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), adicionam alguns empecilhos normativos que colocam em xeque as garantias constitucionais, tais como: logística, segurança e, principalmente, aumento na burocracia⁴ (FERRAZ; OLIVEIRA, 2018, p. 221).

No Brasil, hoje, um grande contingente da população carcerária é formado por presos provisórios, como revelam dados do Departamento Penitenciário

¹ Diz o texto do art. 1.º, parágrafo único da Constituição Federal:
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

² É o caput do art. 14, da Constituição Federal:
Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (grifo do autor).

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e dos Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana

(...)

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (grifo do autor).

⁴ Sabe-se que o Brasil é um país altamente burocrático, mas exige-se ainda mais dos que estão presos do que àqueles que estão em liberdade para exercer o mesmo direito.

Nacional (Depen) referentes ao período de julho a dezembro de 2019⁵. Essas pessoas possuem o direito de participar do processo democrático para eleições dos seus governantes como qualquer outro brasileiro em liberdade (princípios da igualdade e da dignidade humana), como observa Cruz (2011, p. 56):

O cidadão transgressor de regras, por ser ele destinatário da tutela penal, tem direito de decidir, opinar e contribuir na forma pela qual se dará esta intervenção estatal na sua vida, para que mesmo cumprindo pena, ou sendo preso provisório, continue cooperando para a sociedade à qual pertence, pois em momento algum da execução penal estará fora dela.

Contudo, não é essa a realidade vivida por milhares de cidadãos que estão presos. Desde a promulgação da Constituição Federal que essa garantia constitucional não é estendida de forma significativa a todos, atingindo uma pequena parcela dessa população. A situação narrada merece ser estudada, pois, presume-se que foi mais gravosa em 2020, se comparada aos anos eleitorais anteriores e seus contextos, dado que as Eleições Municipais foram realizadas em contexto pandêmico por coronavírus (MOREIRA, 2018, p. 72).

Mesmo assim, o presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Ministro Luís Roberto Barroso, em outubro de 2020 quando se comemorou os 32 anos de promulgação da Constituição Federal, disse em vídeo institucional que (BRASÍLIA, 2020c, mídia digital):

(...) conseguimos uma expressiva *inclusão social*...

Um país é aquilo que a gente consegue fazer ao longo do tempo, e *uma forma de participar da construção de um país é votando*. Teremos eleições agora nos dias 15 de novembro e 29 de novembro. Participe, *ajude a consolidar a democracia brasileira* e a fazer um país melhor e maior.

Será que a inclusão social presente na fala do presidente do TSE estende-se aos cidadãos que aguardam julgamento em prisões? De qualquer forma, é de salutar importância que o TSE *entende que uma forma de participar da construção de um país é votando*, como alertou Cruz (2011, p. 56). É importante ajudar na consolidação da democracia brasileira, mas tem-se garantido efetivamente a inclusão dos presos no processo democrático?

Por esses motivos, considerando a literatura produzida sobre o voto do preso provisório em eleições anteriores e a atual situação anômala, este trabalho estudou

⁵ Os dados serão exibidos ao decorrer do trabalho.

os efeitos do Decreto Legislativo n.º 6/2020 e de outros atos sobre o direito de voto dos presos provisórios.

Para atingir os objetivos propostos, a pesquisa foi elaborada a partir da coleta de dados estatísticos junto aos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e do Departamento Penitenciário Nacional (Depen).

Fez-se necessário, ainda, solicitar informações complementares às ouvidorias dos TREs com fulcro na Lei de acesso à informação (Lei n.º 12.527/2011) de modo a esclarecer alguns aspectos pragmáticos relacionados à garantia do voto aos presos provisórios.

Após a obtenção dos dados e informações, interpretou-os a partir de observações empíricas sobre sistema prisional brasileiro, com base em revisão bibliográfica e em análises jurisprudenciais e de legislação. Em seguida, ao aplicar o método sociojurídico-crítico, apontando para três elementos – realidade social, jurisprudência e análise crítica – chegou-se às considerações que seguem (FONSECA, 2009, p. 66).

2. O DIREITO AO VOTO DO PRESO PROVISÓRIO NA TEORIA

Para introduzir este tópico, agora, é importante compreender o *Estado democrático de Direito*. Assim, recorrer-se-á à literatura no interesse de obter esclarecimentos sobre os termos, a exemplo de Silva (1988, p. 15-16) que ilustremente apresenta esse conceito como sendo a união do *Estado democrático com o Estado de Direito*, ressaltando que não persiste em ser uma mera conjunção formal dos elementos constituintes dos dois Estados, mas, sim, um conceito novo que, além de incorporar os princípios daqueles, ainda apresenta um novo “componente revolucionário de transformação do *status quo*”.

O autor observa que na Constituição Portuguesa o emprego do termo *Estado de Direito democrático* caracteriza como *democrático* o Direito e não o Estado, evidenciando que a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 emprega *Estado democrático de Direito*, entendendo-se por *democrático* não só o Estado, mas também a ordem jurídica (SILVA, 1998, p. 21).

José Afonso da Silva indica, ainda, quais são os princípios do Estado democrático de Direito:

- a) princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre da jurisdição constitucional;
- b) princípio democrático que, nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1.º);
- c) sistema de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais (Títulos II, VII e VIII);
- d) princípio da justiça social, referido no art. 176, *caput*, no art. 198, como princípio da ordem econômica e da ordem social;
- e) princípio da igualdade (art. 5.º, *caput*, e inciso I);
- f) princípio da divisão de poderes (art. 2.º) e da independência do juiz (art. 100);
- g) princípio da legalidade (art. 5.º, II);
- h) princípio da segurança jurídica (art. 5.º, XXXVI a LXXIII) (SILVA, 1998, p. 23-24).

Complementarmente, Sundfeld (2009, p. 56-57) demonstra quais são os *elementos caracterizadores do Estado democrático de Direito*, a saber: (i) a criação e regulamentação por meio de uma Constituição; (ii) a realização de eleições periódicas com a participação popular, objetivando escolher os agentes públicos fundamentais que responderão pelo cumprimento de seus deveres; (iii) o exercício do poder político de forma direta pelo povo ou por órgãos estatais independentes que trabalhem em harmonia no controle uns dos outros; (iv) a observação dos demais Poderes às leis emanadas pelo Legislativo; (v) a garantia de que os cidadãos, detentores e titulares de direitos sociais e políticos, possam apresentar objeções ao Estado quanto à sua forma de condução; (vi) o dever estatal de atuar para gerar desenvolvimento e justiça social.

Os elementos apresentados por esses juristas são coerentes com o que antevê o artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal⁶. Dessa forma, o *Estado democrático de Direito* apresenta-se como essencial para a garantia das previsões constitucionais, inclusive a do voto direito, secreto, universal e periódico (art. 60, § 4.º, inciso II, da CF) e o livre exercício da cidadania, consubstanciada com a dignidade humana.

⁶ Art. 5.º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Essas passagens podem, ainda, ser confrontadas e comprovadas ao observar-se o que está disposto no artigo 1.º, parágrafo único, da própria Carta Magna, que após elencar os fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída como Estado democrático de Direito, entre eles cidadania e a dignidade da pessoa humana, prescreve que: todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Quanto aos direitos políticos, o constituinte reservou o Capítulo IV do Título I da Constituição Federal para tratar sobre. No artigo 14, *caput*, é previsto o exercício da soberania popular pelo sufrágio universal pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos. Além disso, o artigo 15, inciso III observa que:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...)

III – Condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

Em 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, ao apreciar o tema 370 da repercussão geral, que a regra de suspensão dos direitos políticos, acima mencionada, é autoaplicável e consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado, independentemente da natureza da pena imposta (privativa e liberdade, restritiva de direitos, suspensão condicional da pena, dentre outras hipóteses)⁷.

Com essa decisão, o STF reafirmou a previsão constitucional: o direito político só pode ser cassado nos casos acima mencionados. Todavia, existem dois grupos – que apesar de possuírem formalmente tal direito – não conseguem exercê-los, sendo impedidos de votarem e/ou serem votados: presos provisórios e jovens que cumprem medidas socioeducativas (JUNIOR RANGEL; NOBREGA, 2018, p. 50).

Neste trabalho, aprecia-se a situação dos presos provisórios, mas vários fatos aqui apresentados são condizentes às situações vivenciadas pelos dois grupos, como, por exemplo, a quantidade mínima de pessoas com títulos de eleitor regularizados por local para que seja implantada uma seção eleitoral, como se verá adiante.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 601.182, Repercussão Geral tema 370. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 08 de maio de 2019. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 02 out. 2019. n. 214, p. 135. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20191001_214.pdf. Acesso em 16 ago. 2021.

Apesar da consagração da presunção de inocência e do devido processo legal no ordenamento brasileiro (art. 5.º, incisos LIV e LVII da CF)⁸, o artigo 313 do Código de Processo Penal Brasileiro (CPP)⁹ elenca as possibilidades legais de decretação de prisão preventiva. Os requisitos presentes no CPP servem para evitar o abuso e o arbítrio da autoridade judicial, que deve observar a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Apesar de ser uma medida acionada com frequência no sistema criminal brasileiro, essa não pode afrontar o princípio constitucional da presunção de inocência.

Com os fatos apresentados é possível observar que: muitos dos que hoje estão presos não tiveram sua culpabilidade comprovada ou sequer um julgamento¹⁰, o que, em tese, significa que possuem direitos políticos, tanto ativos quanto passivos, visto que somente a sentença transitada em julgado poderá culminar no cerceamento desse direito (MARCAL, 2020).

Garantir a participação no sufrágio universal é um dever do Estado brasileiro não somente frente às imposições da legislação nacional, mas também daquelas que são indicadas pelo direito internacional, uma vez que vários tratados internacionais foram assinados e/ou recepcionados pelo ordenamento pátrio.

⁸ São os textos dos referidos incisos:

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

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁹ É o texto do referido artigo:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – se tiver sido condenando por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7/12/1940;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo Único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 1.º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

§ 2.º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

¹⁰ Mais adiante, dados serão apresentados.

São exemplos de legislação desse tipo:

1) O artigo 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 12 de dezembro de 1948:

1. Todo ser humano tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.

2) O artigo 23 do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil foi signatário e recepcionou-o por meio do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992:

1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

a) de participar da direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

b) de votar e se eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

3) Por fim, artigo 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que também foi internalizado por meio do Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992:

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas:

a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos;

b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores;

c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

Essas regras evidenciam o direito de votar dos presos provisórios devido por parte do Estado – por ser um direito subjetivo – aos que cumprem prisão processual, pois, como já visto, há variadas legislações – nacionais e internacionais – que convergem no mesmo sentido: enquanto não houver sentença transitada em julgado, o indivíduo não pode ser considerado culpado mesmo quando aguarde julgamento em prisão, logo não se aplica o disposto no art. 15, inciso III da CF.

Em relação aos direitos subjetivos, deveres e garantias constitucionais em que o Estado aparece como sujeito de dever a alguém algo, Dimoulis (2011, p. 227) apresenta que:

As constituições garantem uma série de direitos subjetivos. Sua importância é dupla. Primeiro, porque vinculam o próprio Estado e não somente outros particulares. Segundo, porque são garantidos no mais elevado escalão da hierarquia das fontes do direito, não podendo em princípio, sofrer restrições pela legislação ordinária ou pela vontade de particulares.

Feitas essas considerações, agora, cabe observar se, e de que forma, a previsão legal está sendo colocada em prática a fim de garantir a dignidade humana e a participação no sufrágio universal das pessoas que se enquadram no disposto do artigo 15, inciso III da CF e concomitantemente no artigo 313 do CPP.

3. O DIREITO AO VOTO DO PRESO PROVISÓRIO NA PRÁTICA

A fim de comparar a situação observada nas Eleições Municipais de 2020, deve-se compreender como e em qual contexto as eleições anteriores foram realizadas e como esses fatores influenciaram na participação dos presos provisórios.

Para tanto, primeiramente, far-se-á análise dos antecedentes das Eleições Municipais de 2020. Em seguida, considerando o principal diferencial, – a pandemia – uma breve contextualização sobre os efeitos da COVID-19 no Brasil. Consecutivamente, os efeitos da COVID-19 sobre as Eleições Municipais de 2020.

3.1 ANTECEDENTES DAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 2020

Apesar da existência dos fatos já aludidos, nem todas as obrigações estatais e direitos constitucionais são garantidos, e um dos vários exemplos é o cerceamento do voto dos presos que aguardam julgamento em ambientes penais. Ao analisar os dados do estudo realizado por Moreira (2018), observa-se quão marcante é a disparidade entre a letra da lei e a realidade, pois, em 2008, apenas 11 estados brasileiros garantiram o direito de votar aos reclusos provisoriamente, contrariando de forma inequívoca a Constituição Federal e o Código Eleitoral Brasileiro (CE), que em seu artigo 136¹¹ prevê a instalação de seções eleitorais em estabelecimentos de internação coletiva.

¹¹ Assim prevê o Código Eleitoral Brasileiro:

Art. 136. Deverão ser instaladas seções nas vilas e povoados, assim como nos estabelecimentos de internação coletiva, inclusive para cegos e nos leprosários onde haja, pelo menos, 50 (cinquenta) eleitores.

Após 10 anos, os dados sofreram modificações, mas continuaram distantes da realidade. Em 2018, segundo dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0), administrado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2018), havia 241.090 presos sem condenação no Brasil, o que equivale a 40,14% do total de presos daquele ano. Mesmo assim, nas Eleições Gerais de 2018, apenas 12.346 eleitores votaram em seções eleitorais especiais para presos provisórios, correspondendo a 220 seções em 21 estados (BRASÍLIA, 2018).

Assim, apesar do aumento de estados garantindo esse direito – de 11 para 21 Unidades Federativas – a quantidade de seções oferecidas não foi suficiente para haver participação em massa, porquanto permitiu que apenas 5,1% dos presos provisórios tivessem essa oportunidade. Tal discrepância deve-se principalmente à redação da Resolução TSE n.º 23.554/2017 que colocou alguns empecilhos extras, a saber, entre outros: a ausência de inscrição eleitoral regular; o número mínimo de 20 eleitores aptos a votar na seção a ser instalada e/ou a não intenção de votar por parte do recluso.

Diz o texto da referida resolução:

Art. 43. Os presos provisórios e os adolescentes internados que não possuírem inscrição eleitoral regular deverão, para votar, *ser alistados ou ter a situação de sua inscrição regularizada até 9 de maio de 2018*.

Art. 44. A seção eleitoral destinada exclusivamente à recepção do voto nos estabelecimentos penais e nas unidades de internação de adolescentes *deverá conter no mínimo 20 (vinte) eleitores aptos a votar*.

Art. 45. A transferência de eleitores para as seções instaladas na forma do art. 34 poderá ser feita no período de 17 de julho a 23 de agosto de 2018.

(...)

§ 5.º Os eleitores submetidos a medidas cautelares alternativas à prisão, atendidas as condições estabelecidas no deferimento da medida, ou que obtiverem a liberdade em data posterior a 23 de agosto de 2018, poderão, observadas as regras de segurança pertinentes:

I - votar na seção em que foram inscritos no estabelecimento; ou

II - apresentar justificativa na forma da lei.

Percebe-se, dessa forma, que a situação é complexa e sensível por conta das barreiras adicionadas pela referida resolução. Barreiras essas que não são enfrentadas pelos cidadãos que estão em liberdade, gerando uma desigualdade de oportunidades ao invés de igualdade, condição constitucional tão necessária na efetivação dos direitos políticos.

Argumenta Lucinéia Marques sobre os empecilhos colocados pelo Estado na garantia desse direito:

Ainda que seja preciso um planejamento logístico que viabilize a instalação de urnas nos locais de detenção bem como outros trâmites administrativos relacionados à atualização da situação cadastral eleitoral destes presos, estes ônus bem como a questão da falta de segurança *não devem compor um obstáculo para o exercício dos direitos políticos destes indivíduos*. O Estado que, diga-se de passagem, é o tutor dos direitos fundamentais, é quem deve arcar com estes custos (MARQUES, 2014, p. 24).

Se em situações *normais* – entendendo por normal momentos anteriores não pandêmicos – essas pessoas tiveram seus direitos reprimidos, como será que foi em 2020, nas Eleições Municipais, em plena pandemia por SARS-Cov-2¹²? Houve alguma mudança significativa? Para mais próximo do ideal ou mais distante? Dedicou-se as próximas seções na tentativa de responder esses questionamentos.

3.2 EFEITO PANDEMIA

Desde 11 de março de 2020, quando a Organização Mundial da Saúde (OMS) classificou o surto do Novo Coronavírus como pandemia, considerando a disseminação global, viu-se quão complicada seria a situação dali em diante devido ao vírus responsável pela pandemia da COVID-19. Logo em seguida, o presidente da República, Jair Bolsonaro, solicitou ao Congresso Nacional, por meio da Mensagem n.º 93, de 18 de março de 2020, “o reconhecimento de estado de calamidade pública com efeitos até 31 de dezembro de 2020, em decorrência da pandemia da COVID-19 declarada pela Organização Mundial da Saúde.” O estado de calamidade pública foi reconhecido pelo Congresso Nacional em 20 de março de 2020, por meio do Decreto Legislativo n.º 6, de 2020 (BRASIL, 2020a; BRASIL, 2020b).

Após aprovação do Decreto Legislativo n.º 6/2020, os entes federativos e as organizações redigiram normas que visassem diminuir os efeitos da crise sanitária sobre a saúde pública, tentando diminuir, principalmente, o contágio (BRASIL, 2020b; OPAS, 2020).

Nesse sentido, agiu também o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que editou a Recomendação n.º 62, de 17 de março de 2020 com várias restrições e procedimentos a serem observados pelos tribunais e juízes no âmbito dos estabelecimentos penais (BRASIL, 2020e).

¹² Denominação do vírus responsável pela doença COVID-19.

Não se pode negar que essas recomendações foram essenciais na garantia e manutenção da saúde dos presos, um dos pressupostos da dignidade humana dos que estão em prisão, principalmente quando se observa os dados divulgados pelo Depen (2020a). Até 11 de novembro de 2020, 36.132 (65,23%) presos testaram positivo para COVID-19, 121 (0,22%) desses vieram a falecer, além de 19.137 (34,55%) suspeitas. Esses dados contrastam com a realidade geral do país: mais de 5,5 milhões de casos confirmados, com 161.106 óbitos (2,9%) (BRASÍLIA, 2020b).

Todavia, imagina-se que esses atos normativos apesar de garantirem a saúde desses indivíduos também pôs em risco as suas devidas participações no processo eleitoral realizado em novembro de 2020. Resta levantar os dados que comprovem tais efeitos.

Por isso, as próximas seções e tópicos visam estudar os dados e compreender de que forma eles apresentam-se para a compreensão do fenômeno eleitoral de 2020 nas unidades prisionais, bem como para desenvolver uma crítica fundada na coerência, e para tentar vislumbrar a situação das Eleições Gerais de 2022 e subsequentes, claro, sempre comparando com as eleições anteriores e as estatísticas disponíveis.

3.3 O VOTO DO PRESO PROVISÓRIO NAS ELEIÇÕES DE 2020: O CAOS DEMOCRÁTICO E CAOS SANITÁRIO

Dados do World Prison Brief (2020), banco de dados sobre os sistemas prisionais de todo o mundo atualizado mensalmente, revelam que o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo (755.274 presos) atrás apenas de China e Estados Unidos, como pode ser observado no Gráfico 1.

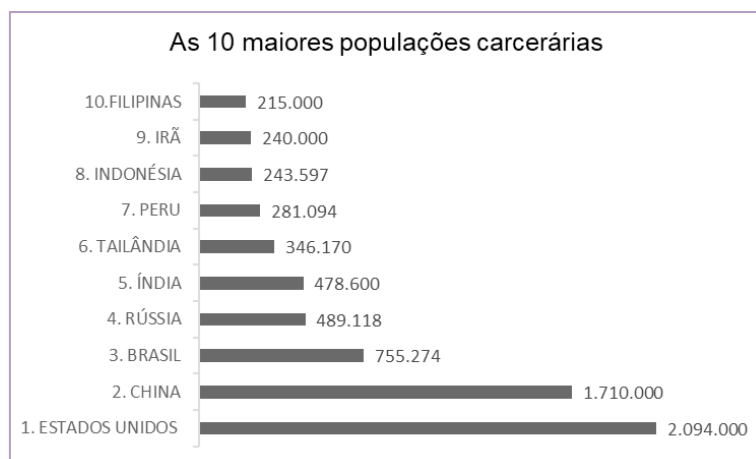


Gráfico 1: As 10 maiores populações carcerárias em 2020.

Fonte: Elaborado com base em *World Prison Brief*, 2020.

As informações do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) (BRASÍLIA, 2020a), referentes ao período de julho a dezembro de 2019, mostram que havia 222.558 presos em situação provisória, equivalente a 29,75% do total. Isso implica dizer que um grande contingente aguardava julgamento nas prisões e que poderia exercer o seu direito de voto em 2020. De modo a ilustrar melhor, produziu-se, com base nos dados do Depen, os Gráficos 2 e 3:

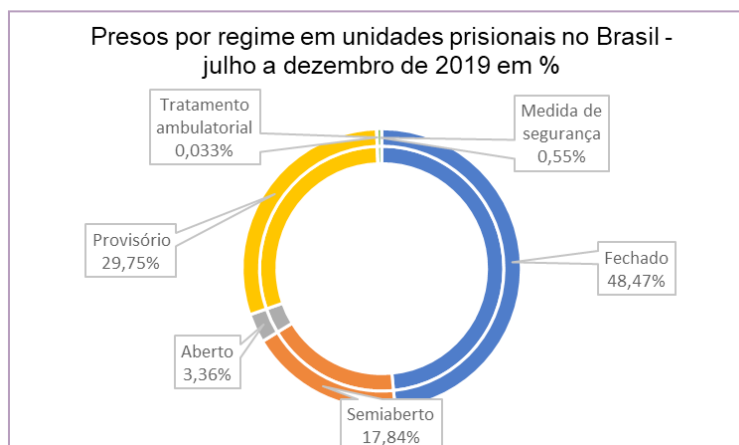


Gráfico 2. Presos por regime em unidades prisionais no Brasil em porcentagem – período de julho a dezembro de 2019.

Fonte: Elaborado com base em Depen/Infopen, 2020.

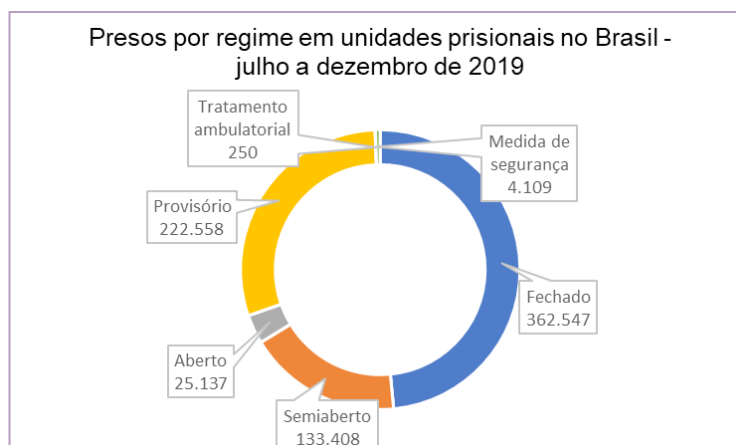


Gráfico 3: Presos por regime em unidades prisionais no Brasil em números absolutos – período de julho a dezembro de 2019.

Fonte: Elaborado com base em Depen/Infopen, 2020.

A quantidade de presos provisórios no Brasil (Gráfico 3) é superior ao total de presos em todos os regimes das Filipinas (Gráfico 1), país detentor da 10.^a maior população carcerária do planeta. Entretanto, ao avaliar-se a taxa (%) de presos provisórios em relação ao total, o Brasil ocupa a posição 103 de 217 países observados pelo World Prison Brief (2020).

Objetivando garantir o exercício do voto dos 222.558 presos provisórios, como de praxe, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), impôs, por meio da Resolução TSE n.º 23.611/2019 que:

Art. 41. A seção eleitoral destinada exclusivamente à recepção do voto nos estabelecimentos penais e nas unidades de internação de adolescentes deverá conter no mínimo 20 (vinte) eleitores aptos a votar.

Mesmo assim, dos 21 estados que possibilitaram o voto ao preso provisório em 2018, apenas 11 repetiram tal feito em 2020, como se verá adiante. Esses e outros dados que serão apresentados merecem ser explicados conjuntamente considerando todos os fatores que se mostram de importância para a discussão que segue.

Unidade Federativa	Nº de presos provisórios	Nº de eleitores	% de eleitores
Bahia	7.336	267	3,64
Espírito Santo	7.835	268	3,42
Maranhão	4.433	143	3,23
Minas Gerais	29.082	97	0,33
Pará	5.823	34	0,58
Paraíba	4.217	47	1,11
Pernambuco	12.249	51	0,42
Piauí	1.983	33	1,66
Rondônia	1.782	28	1,57
Santa Catarina	5.686	21	0,37
São Paulo	46.298	1.869	4,037
TOTAL	126.724	2.858	2,26

Quadro 1: Presos provisórios, eleitores habilitados pelos TREs e porcentagem de eleitores atingidos por Unidade Federativa nas Eleições Municipais de 2020.

Fonte: Elaborado com base em TSE/Repositório de dados eleitorais e Depen, 2020.

Ao todo foram instaladas 56 seções para as Eleições de 2020: Bahia (7), Espírito Santo (5), Maranhão (3), Minas Gerais (2), Pará (1), Paraíba (1), Pernambuco (2), Piauí (1), Rondônia (1), Santa Catarina (1) e São Paulo (32).

Comparando com os dados consolidados das últimas eleições realizadas no país, 2020 apresentou o menor número de seções especiais instaladas para o voto dos presos provisórios, sendo uma redução superior a 75% se colocada com a situação das Eleições Gerais de 2018.

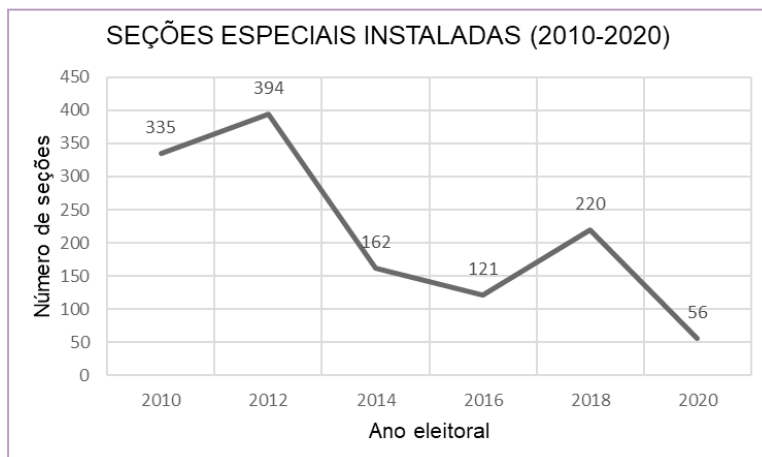


Gráfico 4: Seções eleitorais especiais instaladas de 2010 a 2020.

Fonte: Elaborado com base em TSE/Repositório de dados eleitorais.

A mudança justifica-se, principalmente, por atos dos próprios Tribunais Regionais que decidiram não instalar seções especiais temendo contaminações por COVID-19, seguindo as recomendações dos governos locais. Certamente é um argumento válido, considerando a crise sanitária pela qual o país e o mundo passavam. Mas será que tal constatação é uma exceção das Eleições Municipais de 2020? O Gráfico 5 mostra a evolução do número de presos provisórios que tiveram a oportunidade de votar de forma efetiva nas eleições dos respectivos anos.



Gráfico 5: Evolução histórica dos presos aptos a votar nas eleições (2010-2020).

Fonte: Elaborado com base em TSE/ Repositório de dados eleitorais.

Até então, foi nas Eleições Municipais de 2016 que o número de presos provisórios havia sido o mais baixo, inclusive exibindo queda de 57,9% comparado às Eleições anteriores (2014). Naquele contexto, Pereira (2018, p. 34) argumenta que a ineficiência da resolução do TSE foi o fator determinante para a diminuição de tais números. Nas Eleições Municipais de 2020, não só se apresentou em número mais baixo de eleitores aptos em cumprimento de prisão processual nos últimos 10 anos de eleições; a quantidade fora inferior inclusive às de 2016 (2.858×5.973); e, ainda, mais: maior queda no número de eleitores em porcentagem se comparado ao ano anterior, superando a marca de 2016 ao demonstrar que neste ano a baixa foi de 76,85%.

Todos os dados apresentados são suficientes para mostrar que em 2020 o artigo 15, inciso III da Constituição Federal não se mostrou eficaz, entendendo-se por eficácia a não aplicação da norma como deveria ser aplicada, tampouco as

disposições do TSE e dos TREs. Todavia, a fim de complementar esta exposição, o Gráfico 6 também possui peso relevante para a argumentação que se seguirá.

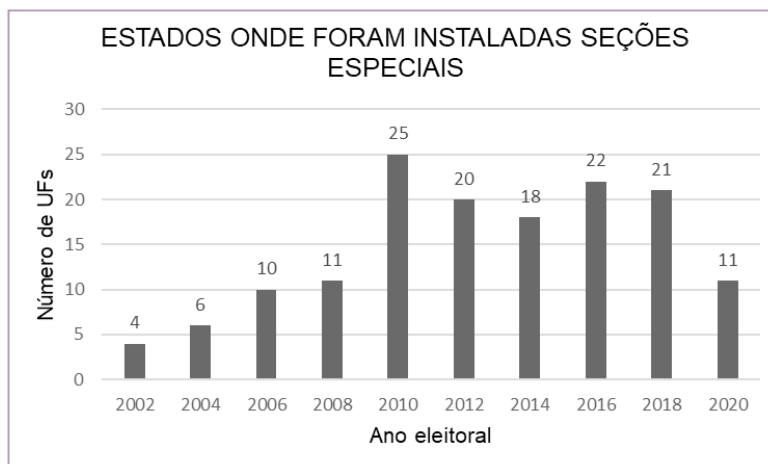


Gráfico 6: Quantitativo de estados onde os presos em regime provisório puderam votar entre 2010 e 2020.

Fonte: Elaborado com base em TSE/ Repositório de dados eleitorais.

Desde 2002 – a partir de quando os presos começaram a votar – não ocorreu em nenhuma eleição a participação dos presos provisórios nos 26 estados e no Distrito Federal de forma paralela. Esse fato será levantado novamente na seção seguinte, restando aqui mais uma observação: desde 2010 – quando o TSE padronizou as eleições para presos provisórios – não houve menor participação dos TREs na garantia do voto ao preso do que em 2020, pois, apenas 11 estados seguiram o disposto na CF, como se elencou mais acima, apesar da situação pandêmica.

Após consultar os Tribunais Regionais Eleitorais via suas respectivas ouvidorias, constatou-se, de modo geral, que os motivos apresentados para a não instalação de seções especiais foram:

1. Decisão colegiada¹³ por não instalar seções tendo em vista a segurança física dos que estariam envolvidos no pleito;

¹³ Ao falar sobre *decisão colegiada* refere-se à decisão tomada pelo Pleno do Tribunal Regional Eleitoral local.

2. Decisão colegiada por não instalar seções considerando as recomendações dos governos a fim de garantir a saúde dos presos e dos que estariam trabalhando;
3. Ausência do número mínimo de eleitores (20) para instalação de seção no local, como prevê a Resolução TSE n.º 23.611/2019;
4. Atendimento ao disposto na Recomendação CNJ n.º 62/2020;
5. Falta de interesse dos presos em votar.

Na seção seguinte, discutir-se-á sobre a validade, do ponto de vista lógico, jurídico, histórico e social, dos motivos apresentados pelos Tribunais Regionais Eleitorais locais.

4. ANÁLISE CRÍTICA

Após a avaliação desses dados, não restam dúvidas quanto ao impacto da pandemia no exercício do voto pelos que aguardam julgamento em reclusão. Entretanto, somente a pandemia não é justificativa suficiente. Como citado mais acima, é um argumento válido e necessário, pois a vida deve vir em primeiro lugar. Porém, da mesma forma que medidas foram tomadas para garantir que a população em geral pudesse ir às urnas, a Justiça Eleitoral deveria assim proceder com os eleitores que aguardam em reclusão.

Reconhece-se que a crise sanitária foi a principal justificativa para a baixa efetividade da norma constitucional, mas os dados históricos são convincentes: vários tribunais fizeram esforços mínimos para a aplicação correta da lei, como preceitua o Estado democrático de Direito. As Eleições Gerais de 2022 poderá ser uma contraprova das justificativas dadas em 2020. Caso a situação não mude o suficiente para ser classificada como novos rumos¹⁴, a COVID-19 só foi mais uma desculpa para evitar esforços desses que desprezam as garantias legais ou para esconder os reais motivos que os levam a serem omissos de forma demasiada.

É importante destacar que não se está a discordar da decisão dos tribunais em utilizar a crise sanitária como justificativa. Pelo contrário, fazia-se necessária, porém há contradição quando se observa os cuidados que foram tomados para permitir que os demais brasileiros fossem votar. Apesar de ser uma crítica frente à

¹⁴ Sendo *novos rumos* os fatos que farão dizer se a realidade está mais próxima do ideal do constituinte.

situação anormal de 2020, até mesmo os estados que já garantem esses direitos devem expandir essa possibilidade, pois a quantidade de seções instaladas e eleitores aptos não é representativa numericamente com o total de presos provisórios por estado, como mostra o Quadro 1.

Esses dados revelam, ainda, que apenas 2,26% dos presos provisórios desses estados tiveram a oportunidade de votar, o que equivale a aproximadamente 1,28% da quantidade geral de presos provisórios no Brasil em 2019. Não se pode omitir que apesar da existência de seções especiais nessas Unidades Federativas, ainda há possibilidades de aperfeiçoamento e extensão. Políticas públicas devem ser criadas para expandir essas possibilidades para o maior número possível, lembrando sempre que não é um favor, é um direito garantido e conquistado.

O exercício da soberania por meio do voto além de ser um direito constitucional garantido, como já visto, serve para lembrar a essas pessoas que se encontram à espera de julgamento, que elas fazem parte da sociedade e que sua voz tem poder, logo o voto age também como agente de socialização e reafirmação cultural. Como observa Cruz (2011, p. 39-40):

O voto do preso provisório é uma das garantias constitucionais importante sob diversos aspectos. Por meio do voto, os presos provisórios podem escolher o representante que julguem ter comportamento com a viabilização de condições dignas de encarceramento, a inclusão do egresso no mercado de trabalho, a viabilização de medidas alternativas à privação de liberdade, entre outros (p. 39-40).

As Eleições gerais de 2018 servem como uma prima ilustração do que foi narrado. Naquelas Eleições, enfrentaram-se no 2.º turno da Eleição presidencial: Jair Bolsonaro (PSL) e José Haddad (PT). Durante toda a campanha eleitoral o presidente – que se consagrou vencedor nas urnas – se apresentava como candidato do centro ideológico de direita e oferecia propostas para endurecer o combate ao crime, tratando os presos como pessoas não merecedoras de atenção estatal. Enquanto isso, o candidato do Partido dos Trabalhadores apresentou uma postura contrária a essa, o que influenciou o voto dos presos provisórios. Sem simplismo, pois estudos ulteriores devem ser realizados para estudar os fatores subjetivos, mas é perceptível que o voto é essencial para os presos.

Essa importância ficou evidente no pleito citado, pois 82%¹⁵ dos que puderam votar preferiram depositar sua confiança num candidato que possuía um projeto de governo mais progressista¹⁶, José Haddad (PT), em oposição ao que mais atacava aqueles que estavam detidos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dados e observações levam a perceber a dificuldade que há em garantir o amplo direito de voto aos presos que estão aguardando julgamento, principalmente em 2020, onde se viveu uma crise sanitária internacional e, consecutivamente, trouxe maiores dificuldades na garantia ao voto dos cidadãos brasileiros. Não é só uma questão política, mas social e legal.

Como observado, a crise sanitária apresentou-se como principal argumento dos TRFs para a inviabilização de instalação de seções eleitorais. Todavia, mesmo com a pandemia, todas as medidas de segurança foram tomadas para garantir que a população em geral pudesse participar do pleito. Poder-se-ia ter vislumbrado os mesmos esforços para preservar o direito ao voto dos que estavam em reclusão.

Ademais, percebe-se que ainda não houve adequação – paralelamente – nas 27 Unidades Federativas em nenhuma das eleições anteriores. Dessa forma, o Tribunal Superior Eleitoral em conjunto com os Tribunais Regionais deve aprimorar as políticas administrativas, procurando preservar a dignidade humana por meio do voto dos presos que aguardam julgamento em reclusão, inclusive consignando formas de editar as próximas resoluções sem condicionar um mínimo necessário de eleitores para que haja a instalação de seção especial em unidades prisionais ou quaisquer outras burocracias que não são exigidas do cidadão em liberdade.

Não se pode esquecer que aqueles que estão presos de forma provisória possuem direito constitucional de participação ativa e passiva nas eleições, pois não têm sentença transitada em julgado, logo é dever estatal e dos cidadãos defender esse direito, pois ele pertence a todos (presos ou não).

As Eleições Gerais de 2022 serão o divisor de águas dentro dessa mancha histórica na luta democrática. E aqui se faz importante ressaltar o papel das pesquisas acadêmicas. Elas devem continuar e serem amplamente divulgadas. Quando os dados forem divulgados em 2022, poder-se-á saber se se terá avanços significativos ou retrocessos.

¹⁵ MARIZ, Renata. Bolsonaro ou Haddad? Veja em quem os presos votaram. O Globo, Brasília, 10 jan. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/bolsonaro-ou-haddad-veja-em-quem-os-presos-brasileiros-votaram-23359518>. Acesso em 16 ago. 2021.

¹⁶ No sentido que apresentou propostas para efetivar o maior grau de socialização dos presos e na garantia dos direitos humanos e fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Mensagem nº 93, de 2020*. Presidência da República. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 18 mar. 2020a.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 6, de 2020*. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 20 mar. 2020b.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 107, de 02 de julho de 2020*. Adia, em razão da pandemia da Covid-19, as eleições municipais de outubro de 2020 e os prazos eleitorais respectivos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 03 jul. 2020c.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAUDE. *Sobre a doença*. 2020d. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/index.php/sobre-a-doenca>. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. *Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020*. Conselho Nacional de Justiça. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Diário Eletrônico da Justiça. Brasília, DF, 17 mar. 2020e.

BRASÍLIA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Painel de Monitoramento dos Sistemas Prisionais*. 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/acoes-contrapandemia>. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASÍLIA. MINISTÉRIO DA SAUDE. *Coronavírus Brasil*. 2020b. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASÍLIA. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. (org.). *Presos provisórios poderão votar em 220 seções eleitorais em 21 estados e no DF*. 2018. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/faltam-19-dias-presos-provisorios-poderao-votar-em-220-secoes-eleitorais-em-21-estados-e-no-df-1>. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASÍLIA. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. (org.). *Barroso exalta 32 anos de estabilidade no aniversário da Constituição Federal*. 2020c. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Outubro/barroso-exalta-32-anos-de-estabilidade-no-aniversario-da-constituicao-federal>. Acesso em: 22 dez. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: cadastro nacional de presos*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. 100 f. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf> Acesso em: 12 nov. 2020.

CRUZ, Mariana Barros Rodrigues da. *A efetivação do direito ao voto da população carcerária provisória do Distrito Federal*. 2011. Dissertação (Pós-Graduação em Política Social) – Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/10869>. Acesso em 21 dez. 2020.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 285 p. ISBN 978-85-203-3884-1.

FERRAZ, Gabriela Cunha; OLIVEIRA, Renata. *Universalidade discriminatória do sufrágio: porque os presos devem votar*. Revista da Defensoria Pública da União, Brasília, v.1, n. 7, p. 211-234, 2018. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/125>. Acesso em 21 dez. 2020.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Iniciação à pesquisa no direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção*. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. 170 p. ISBN 978-85-352-3451-0.

JUNIOR RANGEL, José Carneiro; NOBREGA, Adriano César Oliveira. *Os direitos políticos do preso provisório: uma análise da (im)possibilidade do voto*. Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos, Salvador, v.4, n.1, p. 39-55, 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistateoriasdemocracia/article/view/4314>. Acesso em 21 dez. 2020.

MARCAL, Vitor de Medeiros. *O cerceamento do preso provisório ao direito de exercer o sufrágio universal*. 2010. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2010. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/2695>. Acesso em 20 dez. 2020.

MARQUES, Lucinéia. *A restrição do direito ao voto imposta ao preso provisório no Brasil*. 2014. Monografia (Especialização em Gestão Pública) – Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Pato Branco, 2014. Disponível em: <http://repositorio.roca.utfpr.edu.br/jspui/handle/1/6053>. Acesso em 12 nov. 2020.

MOREIRA, Giselle Marciano. *Um olhar hermenêutico sobre o direito de voto dos presos provisórios e adolescentes internados*. Saber Digital, [S.l.], v.2, n. 1, p. 67-76, dez. 2018. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/SaberDigital/article/view/716>. Acesso em 20 dez. 2020.

Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS). *OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional por surto de novo coronavírus*. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6100:oms-declara-emergencia-de-saude-publica-de-importancia-internacional-em-relacao-a-novo-coronavirus&Itemid=812. Acesso em: 04 jun. 2020.

PEREIRA, Jennifer Lima de Araújo. *A crise da democracia representativa no Brasil e a invisibilidade do voto do preso provisório nas eleições de 2010, 2012, 2014 e 2016*. 2018. 48 f. TCC (graduação) – Curso de Direito, Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2018.

SILVA, José Afonso da. *O Estado democrático de direito*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-34, 1998. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v173.1988.45920>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920>. Acesso em 11 nov. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. 189 p. ISBN 85-7420-170-7.

WORLD PRISON BRIEF (Londres). *Highest to Lowest - Prison Population Total*. 2020. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/>. Acesso em: 22 dez. 2020.

O FENÔMENO DA UBERIZAÇÃO EM DUAS PERSPECTIVAS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: TRABALHO AUTÔNOMO OU RELAÇÃO DE EMPREGO?

THE PHENOMENON OF UBERIZATION IN TWO PERSPECTIVES ON BRAZILIAN COURTS: SELF-EMPLOYMENT OR EMPLOYMENT RELASHIONSHIP?

*Rebeca Cavalcanti**

*Maria Júlia Souza Diniz***

Resumo: O presente artigo científico debruça-se sobre o fenômeno mundial da uberização, consequência dos avanços tecnológicos e da telecomunicação. Especificamente, tem por objeto a análise do enquadramento jurídico da relação laboral desenvolvida entre os motoristas e os aplicativo-empresas no âmbito dos tribunais brasileiros. Utilizando do método de abordagem jurídico-indutivo e baseado nos métodos de procedimento bibliográfico, monográfico, legal e jurisprudencial, busca-se compreender o entendimento dos aplicadores do direito, isto é, dos magistrados, no que tange ao dilema: os motoristas de aplicativos são empregados ou trabalhadores autônomos? Não se pode relegar a segundo plano os direitos sociais do trabalho historicamente conquistados pelos obreiros. Em virtude disso, é necessário conciliar as proteções jurídicas típicas do Direito do Trabalho com as novas relações laborais, constituídas através das plataformas virtuais, como condição sine qua non para exploração digna do trabalho humano.

Palavras-chave: Uberização. Trabalho por Aplicativo. Relação de Emprego. Jurisprudência Brasileira.

*Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Conciliadora Judicial pelo Tribunal de Justiça da Paraíba. E-mail: rebecavalcant@gmail.com.

**Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Conciliadora Judicial pelo Tribunal de Justiça da Paraíba. E-mail: maria.julia.diniz@hotmail.com.

***Abstract:** This scientific article is focused on the worldwide phenomenon of uberization, a result of technological and telecommunication advances. Specifically, its object is analysing the legal framework of the employment relationship developed between drivers and apps-companies in the brazilian courts scope. Using the legal-inductive method and based on bibliographical, monographic, legal and jurisprudential research, it aims to comprehend the understanding of law applicators, that is, the magistrates, regarding the dilemma: app drivers are employees or self-employed workers? The historically self conquered social rights to work cannot be relegated to the background. As a result, it is necessary to reconcile the legal protections typical from Labor Law with the new labor relations, established through virtual platforms, as a sine qua non for the dignified exploitation of human labor.*

***Key-words:** Uberization. Digital Labor. Employment Relationship. Brazilian Jurisprudence.*

INTRODUÇÃO

A chegada do aplicativo-empresa UBER revolucionou o transporte privado de passageiros no Brasil. Em várias cidades do país houve conflitos entre taxistas e os motoristas da plataforma. Com forte apelo midiático, mesmo contrariando a legislação trabalhista do ordenamento pátrio, em 2018 foi publicada a Lei nº 13.640 que regulamentou o serviço remunerado de transporte de passageiros. A referida lei, comemorada pelas empresas-aplicativo, em nenhum artigo aborda sobre o vínculo entre a empresa e o obreiro, o que revela a total convivência do Estado Brasileiro com a realidade precarizada dos motoristas das plataformas.

Frise-se: não há limite de jornada de trabalho, não há proteção dos direitos previdenciários, não há fixação de salário mínimo para os obreiros. Diante desse cenário, é certo que não se pode relegar a segundo plano as raízes dos movimentos operários e a força dos direitos que protegem os trabalhadores ante a chegada do fenômeno da uberização.

Nesse diapasão, em virtude da ausência de normatização da atividade, surgiu um debate candente e pertinente entre os estudiosos e aplicadores do direito acerca da existência ou não de vínculo empregatício entre os trabalhadores de plataformas e as empresas-aplicativo de tecnologia e transporte.

Mundo afora, os tribunais estrangeiros já estão se posicionando no que tange ao reconhecimento dos direitos dos motoristas de plataforma. Entretanto, a jurisprudência brasileira ainda não firmou posicionamento sumular, sendo dispersas, divergentes e incipientes as decisões.

Diante do acirramento do debate, este artigo, através do método de abordagem jurídico-indutivo, baseado nos métodos de procedimento bibliográfico, monográfico, legal e jurisprudencial, faz, em um primeiro momento, uma breve análise histórica do Direito do Trabalho, necessária para compreendê-lo, que culmina na chegada da uberização, fenômeno mundial recente que trouxe uma nova forma de gestão, organização e controle do trabalho.

Depois, analisar-se-á os relevantes estudos publicados que enxergam ou não o enquadramento dos motoristas de plataforma no vínculo empregatício. Por fim, através da análise de algumas decisões no ordenamento pátrio, este artigo tem por objetivo pontuar os argumentos levantados em duas situações, uma que não reconhece a existência de vínculo empregatício e outra que reconhece.

Ao final, verificar-se-á que ante a precarização das condições de trabalho, o entendimento do direito estrangeiro, o princípio da norma mais favorável ao obreiro e a função típica do Direito do Trabalho, que é a proteção do empregado, parte hipossuficiente da relação trabalhista, depreender-se-á que no atual enquadramento jurídico os direitos dos trabalhadores de aplicativos são sonegados. Sem adentrar num papel de Pitonisa, é preciso que haja normatização do novo labor e/ou alinhamento jurisprudencial, para resguardar tanto a segurança jurídica do ordenamento pátrio como os direitos sociais trabalhistas do obreiro.

1. BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES E A UBERIZAÇÃO: REGRESSÃO AO *STATUS QUO ANTE*?

A história dos direitos sociais dos trabalhadores sob a ótica da relação empregatícia advém da primeira Revolução Industrial, século XVIII, que teve como epicentro a Inglaterra, onde surgiu a primeira máquina a vapor. Uma série de transformações marcaram esse período, que culminou com o desenvolvimento da indústria têxtil e provocou a transição do sistema feudal para o capitalismo (DELGADO, 2019, p. 163).

A substituição da manufatura para maquinofatura impactou a vida dos trabalhadores. Nessa nova modalidade de produção, a máquina realizava a maior parte do serviço, necessitando apenas do auxílio do empregado para manuseá-la. Com a explosão das indústrias têxteis e ante a ausência de direitos dos trabalhadores, os obreiros eram submetidos a jornadas de trabalhos exaustivas, com salários insignificantes, sem condições mínimas de salubridade no ambiente e segurança profissional, além do emprego de crianças e mulheres, que recebiam proventos ainda menores dos que os homens.

Essa situação degradante despertou nos trabalhadores o desejo de mudar esse cenário e, pouco a pouco, mobilizaram-se contra seus patrões, o que levou à criação das organizações de trabalhadores, as chamadas *trade unions* (DELGADO, 2019, p. 1.620).

No desdobramento da história, em 1850 ergueu-se a Segunda Revolução Industrial, que durou até o fim da Segunda Guerra Mundial. Nesse período, observou-se o nascimento da Constituição Mexicana em 1917 e da Constituição de Weimar em 1919, que inovaram ao positivar direitos sociais aos trabalhadores (DELGADO, 2019, p. 106), no chamado *Welfare State*, no qual o Estado se posicionava como garantidor dos direitos sociais. No Brasil, o marco dos direitos trabalhistas ocorreu durante a Era Vargas, com a publicação da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) em 1943 (DELGADO, 2019, p. 542).

A terceira Revolução Industrial, também conhecida como Revolução Técnico-Científica-Informacional, corresponde ao período pós-Segunda Guerra Mundial que se caracteriza pela implantação de novas “tecnologias da informação, tendo por base o desenvolvimento da eletrônica: microeletrônica, computadores e telecomunicações” (ALVES, 2009, p. 40).

Em seguida, surge a quarta Revolução Industrial, conhecida como indústria 4.0 ou *Gig Economy*, cujo marco foi o início no século XXI e está em constante evolução até os dias atuais. Nesse sentido, Francisco de Assis Barbosa Junior explica que o termo *Gig Economy* se refere a um mercado de trabalho que envolve obreiros com contrato de atividade por tempo certo e sem vínculo empregatício e empresas que contratam aqueles para realização de tarefas feita à distância por meios telemáticos, não havendo submissão às regras trabalhistas dos empregados (BARBOSA JÚNIOR, 2020, s.p.)

Esse fenômeno hodierno, destaca-se pelo desenvolvimento e a predominância de sistemas *ciber*-físicos (associação entre computação, rede e processos físicos), a internet das coisas, a computação em nuvem, a inteligência artificial. Essas inovações têm impactado significativamente na produtividade, uma vez que eleva a eficácia do uso de recursos e contribuído com o desenvolvimento de produtos em larga escala, propiciando a integração em cadeias globais de valor.

Diante do exposto e das transformações tecnológicas advindas, precipuamente, da terceira e quarta Revolução Industrial, surge a uberização. Esta pode ser entendida, em linhas gerais, como um processo de transformação do trabalho pelo qual os empregados fazem uso de bens privados – como aparelho celular e carro –

para prestar serviços através de uma plataforma digital. Aliás, essa foi a principal ideia de Travis Kalanick e Garrett Camp que despontaram a visão de desenvolver um aplicativo que permitiria acionar motoristas que tivessem disponibilidade em seus veículos particulares para transportarem passageiros e objetos, após não conseguirem um táxi tradicional em um forte dia de nevasca no ano de 2008 em Paris (GAIA, 2018, p. 211).

Desta feita, o que se observa é um processo de reestruturação produtiva que tem como ponto central o emprego de inovações e novas tecnologias no processo produtivo. Nesse quadro, não raras são as empresas ligadas ao setor de informática, como é o caso da UBER. (GAIA, 2018, p. 231). Márcio Toledo Gonçalves denomina esse fenômeno como “uberização das relações laborais”. Nas palavras do autor, *ipsis verbis*:

a chamada uberização das relações laborais é um fenômeno que descreve a emergência de um novo padrão de organização do trabalho a partir dos avanços da tecnologia e deve ser compreendido segundo os traços da contemporaneidade que marcam a utilização das tecnologias disruptivas no desdobramento da relação capital trabalho (GONÇALVES, 2017, p. 63).

Guilherme Feliciano e Olívia Pasqualetto, defendem que essa nova modalidade de trabalho do século XXI é uma evolução:

Se, contudo, evitarmos as previsões extremas – de perfil apocalíptico -, reconheceremos, pelos próprios indícios presentes nas primeiras constituições do século XXI, que o futuro do trabalho ainda se pautará, no trinômio realeano (fato-valor-norma), pela convergência dos valores constitucionais hoje vigentes, e, notadamente, a dignidade da pessoa humana (contrária a qualquer processo de coisificação do ser humano) e o valor social do trabalho (contrário a qualquer lógica que se baste pelo consequencialismo econômico), de que deriva uma matriz semântica compositiva dos direitos constitucionais da pessoa no âmbito do trabalho (FELICIANO; PASQUALETO, 2019, p. 19).

Por ser um fenômeno procedente da evolução tecnológica, que impactou diretamente no campo das relações trabalhistas, carece de regulamentação normativa, a fim de garantir os direitos constitucionalmente previstos para todos os trabalhadores.

Nessa esteira, o cenário remonta aos primórdios da Revolução Industrial e a consequente ausência de direitos que visassem a proteger o trabalhador, uma vez que os profissionais que compõe o cenário da uberização sofrem com a inobservância do Poder Público frente a algumas questões, como a ausência de fixação

de horas trabalhadas e salário mínimo, de modo que as garantias que lhe foram constitucionalmente atribuídas, estão delegadas a decadente normatização.

Assim, não pela primeira vez, observa-se acontecimentos passados se repetindo no presente, apenas mudando os sujeitos e fatos geradores. Segundo as lições de Waldemar Ferreira “nenhum jurista pode dispensar o contingente do passado a fim de bem compreender as instituições jurídicas dos dias atuais” (FERREIRA, 1962, p.1). Por isso, nada mais eficiente do que se observar a história para depreender a contemporaneidade e solver as problemáticas dela decorrentes.

2. A REALIDADE PRECARIZADA DOS TRABALHADORES DE APLICATIVO-EMPRESAS

O fenômeno da uberização é uma modalidade recente decorrente do *work on-demand*¹ (GAIA, 2018, p. 216), através do uso de plataformas digitais que conectam, reflexo imediato do *Gig Economy*². Em face da ausência da normatização do novo labor, a doutrina vem alertando para a precarização dos direitos dos trabalhadores. Nesse sentido, assevera Ricardo Antunes que “a precarização não é algo estático, mas um modo de ser intrínseco ao capitalismo, um processo que pode tanto se ampliar como se reduzir, dependendo diretamente da capacidade de resistência, organização e confrontação da classe trabalhadora” (ANTUNES, 2018, p. 65).

Paralelamente, os tribunais brasileiros vêm enfrentando um amplo debate se há ou não relação de emprego, discussão que vai além da natureza jurídica, pois, de fato há de se tratar, no mínimo, de uma relação de trabalho.

Nesse diapasão, o debate é assíduo (e está longe de ser pacificado) acerca da existência ou não de vínculo empregatício entre os trabalhadores de plataformas e as empresas-aplicativo de tecnologia e transporte, atividade que quando contratada se amolda tanto no artigo 730 do Código Civil pátrio, *in verbis*: “Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.” (BRASIL, 2002, n.p.), como se enquadra na Lei 12.587 que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, especificamente na disposição do inciso X do artigo 4º, *in verbis*:

¹ Trabalho baseado na demanda (tradução nossa).

² *Gig Economy* é o termo que nomeia a sobrevivência dos obreiros que laboram por meio de contratos de trabalho temporário, por meio das ferramentas telemáticas, como exemplo a atividade do UBER.

Art. 4º [...]

X - transporte remunerado privado individual de passageiros: serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede. (BRASIL, 2012, n.p.).

Esse debate mostra-se pertinente, tendo em vista que os trabalhadores que prestam serviços nesta modalidade têm pleiteado, no Brasil e também no mundo, a sua inclusão no sistema jurídico protetivo das relações de trabalho, inclusive na luta pelo reconhecimento do vínculo de emprego (NETO, 2020, p. 153). Essa questão, pode ser elucidada pela imprecisão do Princípio da Primazia da Realidade Sobre a Forma, segundo o qual “em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos” (PLÁ RODRIGUEZ, 2015, p. 345).

Há também os que defendem que entre o obreiro e o aplicativo-empresa não há vínculo empregatício. Nesse sentido se destaca o posicionamento da socióloga Ludmila Costhek Abílio, que diz, *ipsis verbis*:

se olharmos para o presente da economia digital, com seus motoristas Uber [...], já podemos ver o modelo funcionando em ato, assim como compreender que não se trata apenas de eliminação de vínculo empregatício: a empresa Uber deu visibilidade a um novo passo na subsunção real do trabalho, que atravessa o mercado de trabalho em uma dimensão global, envolvendo atualmente milhões de trabalhadores pelo mundo e que tem possibilidades de generalizar-se pelas relações de trabalho em diversos setores (ABÍLIO, 2017, s.p.).

Noutro giro, a socióloga também associa o fenômeno da uberização a um processo de transformação do motorista autônomo em um “microempreendedor”, o qual se engaja com o trabalho, se autogerencia, arca com riscos e custos, que decide sobre a sua dedicação ao trabalho quando define sua própria jornada (ABÍLIO, 2017, s.p.). O principal argumento que fomenta essa tese é a liberdade que o trabalhador tem para definir sua jornada de trabalho, para recusar ou aceitar clientes. Também, é apresentado que a empresa não emite ordens diretas para os motoristas, além de que os instrumentos de trabalho (o veículo, o aparelho celular) são pertences do próprio trabalhador.

Convém ainda destacar que as próprias companhias, a exemplo da Uber, argumentam que os obreiros são “parceiros comerciais”, sob a égide de que não contratam os motoristas, mas estes é que as contratam para utilizarem o aplicativo com o fim de prestarem serviços de transporte aos usuários. (NETO, 2020, p. 153). Nesse

sentindo, os aplicativos-empresa não reconhecem que os motoristas sejam trabalhadores, sustentando que na realidade são “empreendedores”, que se valem dos serviços que as plataformas oferecem (de captar e administrar o envio de usuários-clientes). Por conseguinte, as plataformas se intitulam como meras intermediadoras da relação entre o cliente e o “empreendedor”.

Entretanto, há também aqueles que defendem que o vínculo entre o motorista e o aplicativo-empresa é uma relação de emprego, dentre eles o juiz do Trabalho e Prof. Dr. Fausto Gaia, na tese de doutorado publicada na Universidade Católica de São Paulo em 2018, cujo título é *As novas formas de trabalho no mundo dos aplicativos: o caso “UBER”*.

Antes de abordar sobre os elementos-fático jurídicos típicos da relação de emprego, é de fundamental importância observar que a definição tradicional de relação de emprego foi construída levando-se em conta a realidade fática do seu tempo, isto é, a realização da atividade laboral comumente ocorria no interior do pátio do estabelecimento empresarial.

Contudo, não há o que se discutir que a implementação de tecnologias vem (re)moldando a sociedade. Para isso, exige-se do operador do direito uma nova interpretação para as mudanças, a evolução e os novos significados das relações sociais, até mesmo porque, nas palavras do professor Paulo Nader, “a sociedade cria o Direito e, ao mesmo tempo, se submete aos seus efeitos” (NADER, 2014, p. 51). O Direito do Trabalho, por conseguinte, e em especial os pressupostos da relação empregatícia, que passar-se-á a analisar, não se mantiveram alheios às mudanças advindas da Revolução 4.0.

De modo geral, para que seja caracterizada a relação de emprego é preciso observar a redação do *caput* do artigo 2º, que diz “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” (BRASIL, 1943, n.p.), bem como do artigo 3º, que tem como redação: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (BRASIL, 1943, n.p.), ambos da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Nesse sentido, a doutrina depreende que é preciso que haja, cumulativamente, os seguintes requisitos: prestação de trabalho por *pessoa física*; com *personalidade* pelo trabalhador; com *não eventualidade*; efetuada ainda sob *subordinação* ao tomador dos serviços; prestação de trabalho efetuada com *onerosidade* (DELGADO,

2019, p. 337). Fausto Siqueira Gaia, seguindo essa linha de raciocínio, entende que empregado é, *ipsis verbis*:

Toda aquela pessoa física ou natural, que realiza uma atividade em favor de outrem, com habitualidade e mediante o pagamento de uma contraprestação, cuja força de trabalho é funcionalmente indispensável para a regular atividade do empreendimento econômico, e os frutos do seu trabalho sejam previamente divididos em razão do contrato de trabalho celebrado. (GAIA, 2018, p. 272).

Passa-se, a partir de agora, à análise do enquadramento dos elementos fáticos-jurídicos para que se ateste o vínculo empregatício entre a empresa-aplicativo e os motoristas.

2.1. TRABALHO POR PESSOA FÍSICA

Esse requisito é de fácil compreensão, tendo em vista que “na verdade, a própria palavra trabalho já denota, necessariamente, atividade realizada por pessoa natural, ao passo que o verbete serviços abrange obrigação de fazer realizada quer por pessoa física, quer pela jurídica.” (DELGADO, 2019, p. 339). Por óbvio, a prestação laboral de transporte, pela plataforma UBER, é realizada por um motorista.

2.2 PESSOALIDADE

Esse elemento, por sua vez, verifica-se em razão do caráter da infungibilidade ou intransferibilidade no que tange ao trabalhador. De acordo com o professor Mauricio Godinho Delgado, a relação jurídica de emprego pactuada deve ser *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados (DELGADO, 2019, p. 339). Também corrobora nesse sentido Aumauri Nascimento quando elucida que a pessoalidade “pode ser compreendida como a intransferibilidade ou infungibilidade, por iniciativa unilateral do prestador dos serviços, própria dos contratos *intuitu personae*”. (NASCIMENTO, 2014, p. 416).

No caso dos motoristas de plataformas, verifica-se que a pessoalidade na contratação do motorista é um ato complexo no qual é investigado e avaliado as condições pessoais do candidato, se não há antecedentes criminais que desabone sua conduta e se ele possui as condições técnicas – carteira de habilitação - e psicológicas para realizar a atividade.

Além disso, o perfil do motorista é intrasferível, portanto, exclusivo. Ao ser contratado pela empresa-aplicativo o motorista compromete-se, mediante a aceitação dos termos da empresa, a não compartilhar sua conta com terceiros.

2.3 HABITUALIDADE

Também nomeado de “não eventualidade” esse requisito reside na ideia de permanência da relação de trabalho. Pelo Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, o contrato de trabalho tende a ser incentivado pelas normas trabalhistas. Nas palavras do professor Maurício Godinho Delgado “para que haja relação empregatícia é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado), não se qualificando como trabalho esporádico” (DELGADO, 2019, p. 341).

Defende a professora Vólia Bonfim Cassar que o ordenamento pátrio, no que tange ao Direito do Trabalho, adotou a teoria mexicana, na qual a habitualidade está relacionada ao empregador, isto é, à necessidade permanente da mão de obra. (CASSAR, 2018, p. 52). Desse modo, esse requisito diz respeito ao caráter habitual da atividade do trabalhador para que haja o empreendimento, isto é, que seja realizado de forma contínua ou intermitente.

Nessa esteira, a pesquisa intitulada como “Precário não é, mas eu acho que é escravo: Análise do Trabalho dos Motoristas da Uber sob o Enfoque da Precarização” e realizada por Robson Gomes André, Rosana Oliveira da Silva e Rejane Prevot Nascimento revelou que os motoristas dos aplicativos-empresa desempenham a atividade de modo permanente, como se destaca:

Os motoristas entrevistados, com exceção de dois, mencionaram que trabalham regularmente uma carga horária muito maior do que as 8 horas diárias consideradas normais pela CLT. O motorista 5 menciona que chega a trabalhar 20 horas por dia e o motorista 7 afirma não ter sequer um dia de descanso apesar de trabalhar de 10 a 12 horas por dia. Um dos motoristas relatou que a média do trabalho dos motoristas é de 10 a 16 horas diárias (ANDRÉ; DA SILVA; NASCIMENTO, 2019).

Por isso, no caso da empresa UBER, fica claro que a atividade do motorista é indispensável para o regular funcionamento da empresa e para que a mesma atinja os seus fins, tendo em vista que a plataforma, por si só, não atinge seu propósito se não existirem motoristas que executem a atividade.

2.4 SUBORDINAÇÃO JURÍDICA

Esse é o aspecto mais polêmico dos elementos da relação jurídica de emprego no caso dos motoristas de plataforma. A ciência do direito aponta que a dimensão clássica é aferida na atividade exercida, isto é, no modo de concretização da atividade laboral. Nessa seara, Maurício Godinho Delgado, esclarece que:

Ela ocorre quando o poder de direção empresarial exerce-se com respeito à atividade desempenhada pelo trabalhador, no *modus faciendi* da prestação de trabalho. **A intensidade de ordens no tocante à prestação de serviços é que tenderá a determinar, no caso concreto, qual sujeito da relação jurídica detém a direção da prestação dos serviços:** sendo o próprio profissional, desponha como autônomo o vínculo concretizado; sendo o tomador de serviços, surge como subordinado o referido vínculo (DELGADO, 2019, p. 397). (grifos nossos).

Mormente, a partir da inclusão de novas tecnologias é certo que os meios telemáticos e informatizados se equiparam aos meios pessoais e diretos de controle e supervisão. Nessa esteira, dispõe o parágrafo único do artigo 6º da CLT: “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.” (BRASIL, 2011, n.p.). Seguindo esse entendimento, Fausto Gaia desenvolveu o conceito jurídico de subordinação jurídica disruptiva que é:

O liame jurídico, oriundo do **uso de aparatos tecnológicos** no processo produtivo, que vincula o empregado ao empregador, por meio do qual este, em razão da dependência funcional do uso da força de trabalho para o desenvolvimento da atividade produtiva, **exerce a gestão, o controle e o poder disciplinar sobre a força de trabalho contratada.** (GAIA, 2018, p. 277) (grifos nossos).

No mesmo sentido, Francisco de Assis Barbosa Júnior sustenta que:

Na *gig economy*, o nível de subordinação presente talvez não seja entendido suficiente para reconhecimento de um contrato de emprego sob a égide da ótica do trabalho tradicional. Não obstante, **o elemento em tela necessita ser avaliado de outra forma**, levando em conta a presença da **direção remota do trabalho**, de padrões comportamentais, incentivos, **punições e metas** impostos pela empresa, além da existência de uma remuneração acordada a ser paga por tarefa realizada (BARBOSA JUNIOR, 2019, p. 123-124). (grifos nossos).

Além disso, é importante destacar que entre a relação cliente-motorista-UBER, verifica-se, também, a subordinação subjetiva, fato constatado nas pesquisas veiculadas em “Uberização do trabalho: aspecto da subordinação jurídica disruptiva”

(GAIA, 2020, p. 237). Desdobrando esse entendimento, Gaia percebeu que os motoristas das plataformas estão em constante monitoramento, quer seja diretamente pela plataforma ou quer seja indiretamente pelo cliente, através da avaliação ao término da corrida. Além disso, a emissão de ordens, cobranças, controle é exercida de forma indireta e sutil, como o envio de mensagens ao trabalhador para que ele permaneça online ou indicando locais com um maior número de clientes, desse modo, a cobrança por produtividade é presente. Nessa esteira, diz Xerxes Gusmão, professor e Juiz do Trabalho:

É especialmente o **estrito controle do labor prestado que nos conduz a aderir à corrente que sustenta a existência do vínculo empregatício**, pois ele nos parece ser prova de uma nova forma de subordinação, distinta da tradicional subordinação jurídica às ordens diretas do empregador, mas, ainda assim, uma vinculação estrita às diretrizes da plataforma. (GUSMÃO, 2020, p. 195). (grifos nossos).

Em razão disso, há o efetivo exercício do poder disciplinar exercido pela UBER sobre os motoristas, tendo em vista que condutas ilícitas praticadas pelo motorista ensejam punições pecuniárias ou, até mesmo, o desligamento da plataforma.

2.5 ONEROSIDADE

Outro pressuposto indispensável para caracterização da relação de emprego é a contraprestação pecuniária, através do pagamento regular, merecida ao empregado em razão de suas atividades desempenhadas.

Explica o professor Delgado (2019, p. 346-347) que a onerosidade se distingue em dois planos: no plano objetivo, manifesta-se pelo pagamento, realizado pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato pactuado. Paralelamente, no plano subjetivo, a onerosidade revela-se pela intenção contraprestativa, isto é, o desejo oneroso, econômico, conferido pelas partes em razão da prestação de trabalho.

A onerosidade, por sua vez, se verifica facilmente na análise do vínculo entre os obreiros/motoristas e a empresa UBER. Isso porque, o valor das tarifas cobradas para o desempenho do labor é definido, unilateralmente, pela empresa-aplicativo, sem que o motorista possa participar na definição do *quantum* a ser cobrado ao cliente. Ainda, a plataforma é a responsável por efetuar os pagamentos aos condutores dos veículos. Outro aspecto que merece destaque é a política de bonificações da empresa, quer seja pelo cumprimento de metas quer pelo tempo em que o motorista permanece *online*, a disposição da plataforma.

Mormente, a onerosidade não decorre apenas do pagamento, pelo empregador, ao empregado, mas também da obrigação que este tem de se colocar à disposição do empregador e de executar os serviços determinados. Tradicionalmente é o empregador quem assume o risco da atividade, entretanto, modernamente, a divisão tradicional do trabalho vem sofrendo profundas transformações na pós-modernidade, isto é o que ensina Gaia:

As transformações operadas na organização do trabalho levaram a modificação parcial da divisão tradicional, como forma de tornar mais competitivas as empresas. A eficiência do negócio passa pela redução dos custos envolvidos na produção, em vista a aumentar a realização da mais-valia. Uma das modificações praticadas foi a de estabelecer que o empregado fosse responsável pela aquisição de parte ou mesmo da totalidade das ferramentas necessárias à realização da atividade. A alteração não se restringe apenas ao ferramental necessário à produção. A aquisição dos *meios de produção*, sua *conservação* e *manutenção* foram transferidas gradativamente para a responsabilidade do trabalhador, como se observa, por exemplo, em situações de teletrabalho. (GAIA, 2018, p. 187).

Analizados os elementos-fático jurídicos da relação de emprego, passa-se agora a esmiuçar algumas decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho. Em que pese, há divergência jurisprudencial significativa.

3. A UBERIZAÇÃO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Seguindo a análise, é possível constatar várias decisões afastando a relação de emprego entre as partes. Exemplificativamente, o TST no acórdão prolatado no Recurso de Revista 1000123-89.2017.5.02.0038 entendeu pela inexistência do vínculo empregatício. Nesse mesmo sentido, é possível verificar a decisão que correu no TRT da 3ª região na Ação Trabalhista 0011098-61.2019.5.03.0113. Seguindo essa linha de raciocínio, o TRT da 2ª Região também afastou o vínculo empregatício na Ação Civil Pública número 1000100-78.2019.5.02.0037.

Diferentemente, também é possível encontrar várias decisões nos tribunais brasileiros reconhecendo o vínculo empregatício entre a UBER e os motoristas de plataforma. Exemplificativamente, há decisão do TRT da 2ª Região na Ação Trabalhista 1000513-28.2019.5.02.0058, bem como do TRT da 12ª Região, nos autos da Ação Trabalhista 0000975-77.2020.5.12.0061, assim como também há decisão perante o TST da 15ª Região, no Recurso Ordinário 0010813-32.2020.5.15.0135.

Nesse momento, utilizar-se-á como objeto de estudo a decisão proferida na Ação Civil Pública número 1000100-78.2019.5.02.0037 que afastou o vínculo empregatício entre os motoristas de aplicativo e a UBER. De outra banda, far-se-á a análise da decisão presente no Recurso Ordinário 0010813-32.2020.5.15.0135 que entende pelo reconhecimento da relação empregatícia.

3.1. DO NÃO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

A sentença proferida pela juíza Shirley Aparecida de Souza Lobo Escobar, do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região, 37ª Vara do Trabalho de São Paulo, expõe as razões pelas quais nega a existência do vínculo empregatício.

Trata-se de uma Ação Civil Pública, ingressada pelo Ministério Público do Trabalho - Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª região – em face de Rapiddo Agência De Serviços De Entrega Rápida S/A e Ifood.Com Agência De Restaurantes Online S/A.

A parte autora alega, em apertada síntese, que as requeridas contrataram os funcionários na modalidade de trabalhadores autônomos, com a finalidade de so-negar os direitos trabalhistas decorrentes do vínculo de emprego. Desse modo, postulam para que seja reconhecida a relação empregatícia dos entregadores e condutores profissionais que prestam serviços de transporte de mercadoria intermediados por suas plataformas digitais.

Ademais, pleiteiam que as partes promovidas sejam condenadas a se absterem de contratar trabalhadores como autônomos, quando presentes os requisitos amparados pelos artigos 2º e 3º da CLT ou manter intermediadores de mão de obra para mascarar o vínculo de emprego.

A juíza, ao proferir a sentença, perpassa pela natureza da situação em comento, afirmando que:

O tema é novo, global e desafiante uma vez que, com a evolução tecnológica, um mesmo modelo de operação comercial, industrial ou de serviços se espalha pelo mundo quase que de forma instantânea, com elementos de figuras jurídicas diversas entremeados e que precisa ser tutelado de acordo com o ordenamento jurídico de cada um dos países nos quais passa a ser utilizado (ACPCiv 1000100-78.2019.5.02.0037 SP, Juíza SHIRLEY APARECIDA DE SOUZA LOBO ESCOBAR, Data de Julgamento: 27/01/2020, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, 37ª Vara do Trabalho de São Paulo).

A princípio, a douta julgadora pondera a respeito dos requisitos necessários para caracterizar a relação de emprego, que acima já foram discutidos, previstos no art. 2º e 3º da CLT. São eles: a) prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer; b) prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador; c) também realizada com não eventualidade; d) disposta ainda sob subordinação ao tomador dos serviços; e) prestação de trabalho verificada com onerosidade.

Em seguida, expõe as peculiaridades do trabalhador autônomo que, nas suas palavras, “consiste, entre todas as figuras próximas à do empregado, naquela que tem maior generalidade, extensão e importância sociojurídica no mundo contemporâneo”.

No entendimento da Meritíssima, nessa modalidade de trabalho, o obreiro se afasta da relação jurídica de emprego pela ausência, precipuamente, da subordinação, podendo também abranger a pessoalidade. Para a Juíza, o primeiro elemento não se faz presente porque “autonomia” é conceito antitético de “subordinação”. Na primeira, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços preserva-se com o prestador de trabalho. Já na segunda, o poder de direção empresarial exerce-se com respeito à atividade desempenhada pelo trabalhador, no *modus faciendi* da prestação de trabalho.

A jurisprudência abarca dois outros modos de subordinação para além da visão clássica: a dimensão objetiva – ocorre pela harmonização entre a atividade do trabalhador e os fins do empreendimento a que se vincula – e a dimensão estrutural – desponta da inserção do obreiro na organização e no *modus operandi* de seu tomador de serviços, incorporando sua cultura e diretrizes, independentemente das funções específicas que exerça.

Logo após, a Juíza elucida as diferenças entre o contrato empregatício e o de prestação de serviços.

O contrato de prestação de serviços corresponde a pactuação da grande maioria das relações autônomas. Pode ser acordado com ou sem pessoalidade no que tange à figura do trabalhador. Caso a pessoa natural do prestador tenha característica insubstituível àquele contrato específico firmado, ele irá se posicionar, mais proximamente, à figura da relação de emprego. Contudo, se não houver a pessoalidade, o contrato irá se distanciar do pacto empregatício.

Porém, a diversidade principal que afasta as duas figuras é a dicotomia entre autonomia versus subordinação. A prestação de serviços abarca, necessariamente, atividades laborais autônomas, ao passo que o contrato empregatício abrange prestações laborais subordinadas.

No caso concreto, levando em consideração os conceitos supracitados e analisando as provas acostadas aos autos do processo, a Juíza concluiu que não há a constituição da relação de emprego. Isto porque, sob o crivo do contraditório, no caso em concreto restou demonstrado que não existia obrigatoriedade do funcionário se vincular a um operador logístico e que o entregador, na forma de vinculação direta, era livre para escolher se quer trabalhar, quando e por quanto tempo, estando limitado ou motivado apenas pela necessidade de se auferir renda e quanto desta deseja captar.

Diante desse contexto, a Magistrada entendeu que o entregador detinha de liberdade para escolher a entrega que fará, o aplicativo pelo qual irá realizar e, ainda, escolher a rota por intermédio do aplicativo que melhor lhe convier, podendo recusar, inclusive, sem qualquer punição, as chamadas recebidas. Assim, para a Douta Julgadora, restou evidenciado que não está presente na relação em análise o requisito da pessoalidade.

Ademais, dependendo da opção do trabalhador de se colocar ou não à disposição para a prestação do serviço também está ausente a habitualidade, entendida em sentido diametralmente oposto ao da eventualidade. Outra interpretação desse fato considerado pela Juíza, foi de que uma vez que o trabalhador pode escolher quando realizar a atividade laboral, podendo permanecer dias, semanas ou meses com o aplicativo desligado, não está presente na relação em análise a indispensável figura da subordinação, seja na dimensão clássica, objetiva ou estrutural, para a caracterização do vínculo de emprego.

Noutro giro, outro ponto importante levado em consideração pela Togada, é que o trabalhador possui as ferramentas que serão utilizadas na atividade laboral, isto é, a moto. Nesse sentido, afastou da figura do empregado que presta seus serviços utilizando-se dos meios de produção do empregador e o aproximou mais da caracterização de autônomo e, portanto, do contrato de prestação de serviços.

Diante do exposto, o pedido de reconhecimento do vínculo de emprego entre os entregadores e as partes promovidas, ingressado em Ação Civil Pública, pelo Ministério Público do Trabalho, foi julgado improcedente, uma vez que se atesta a ausência dos requisitos para caracterização da relação empregatícia e das peculiaridades dessa forma de organização do trabalho.

3.2 DO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO

São várias as decisões que orbitam nos tribunais brasileiros que reconhecem o vínculo de emprego na relação laboral desempenhada por um motorista à empresa-aplicativo UBER. Seguindo essa linha de raciocínio, analisar-se-á o Recurso Ordinário 0010813-32.2020.5.15.0135, no qual o Meritíssimo Juiz Valdir Rinaldi Silva, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, reconheceu o vínculo empregatício entre o motorista da plataforma e a UBER.

Na fundamentação da decisão, o Magistrado ressaltou, de forma expressa, todos os elementos fático-jurídico da relação de emprego destacados pela doutrina clássica. Na fundamentação da decisão, o Julgador destacou que: “[...] a relação jurídica em exame ocorreu entre a pessoa física [...]”.

Sobre o elemento pessoalidade, ressaltou que “[...] colhe-se do contrato modelo, elementos que configuram a exigência da pessoalidade na execução da prestação laboral, ao determinar que o dispositivo (App) é de uso exclusivo do motorista [...]”.

No que tange a habitualidade, disse o Magistrado: “a não-eventualidade na prestação de serviços decorre do fato de que a prestação de serviços do autor se desenvolvia numa das atividades preponderantes da ré (transporte de passageiros) e que com razoável habitualidade [...]”.

Sobre a onerosidade, explicita o Douto Julgador que: “A onerosidade não decorre apenas do pagamento, pelo empregador, ao empregado, mas também da obrigação que este tem de se colocar à disposição do empregador e de executar os serviços determinados [...]”.

Por fim, examinando o aspecto da subordinação objetiva, o magistrado disse: “[...] infere-se que o autor sempre esteve inserido no âmbito organizacional dela [da empresa UBER].” E complementa, ao dizer que “A compreensão desta inserção está muito bem definida no fato acima já examinado, cuja conclusão inafastável é a de que a atividade da UBER é dependente do trabalho do motorista para existir, sem o qual o negócio é inviabilizado [...]”. Ao tratar da subordinação subjetiva, o Douto Julgador entendeu a presença do elemento ao dizer que:

Destaque-se que os próprios usuários exercem, em favor da ré, a fiscalização comportamental, recebendo do aplicativo mensagem para que façam avaliação do motorista, sem contar com o sistema operacional via satélite por ela utilizado, que permite saber todas as movimentações do trabalhador em tempo real, enrijecendo, ainda mais, a subordinação subjetiva. (RO 0010813-32.2020.5.15.0135, SP, Juiz Valdir Rinaldi Silva, Data de Julgamento: 19/01/2021, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 4ª Vara do Trabalho de Sorocaba).

Nesse interim, o Magistrado conclui, na decisão a presença do vínculo de emprego entre as partes, exercendo labor como motorista, enquadrando-o na modalidade prevista no §3º do artigo 443 da CLT, que diz:

Artigo 443 [...]

§3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria. (BRASIL, 2017, n.p.).

Seguindo essa linha de raciocínio, o juiz condena a ré a efetuar o registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social do autor, bem como ao recolhimento das contribuições previdenciárias e a danos morais.

Mormente, importa sobrepujar que esse sentido, isto é, do reconhecimento de direitos aos motoristas de plataformas, vem sendo levado em consideração nos tribunais estrangeiros. Antes de adentrar no assunto, é imprescindível destacar que o Direito Comparado é uma importante fonte ao ordenamento pátrio, tendo em vista que tem o propósito de revelar as conquistas alcançadas em determinado ramo da árvore jurídica e que podem orientar os legisladores pátrios (NADER, 2014, p. 11).

Desta feita, em abril de 2018 da Suprema Corte da Califórnia, que inclusive deu origem à lei AB 5 de 2019, no Estado da Califórnia, proferiu decisão que determina o vínculo de emprego entre duas empresas-aplicativo e seus motoristas. Nesse mesmo sentido, em 2020 a *Cour de Cassation*³, Tribunal Francês, reconheceu o vínculo empregatício entre a UBER e o motorista, ao considerar que o *statut* do trabalhador independe atribuído ao motorista-parceiro é fictício.

Mais recentemente se posicionou a Suprema Corte do Reino Unido, em fevereiro de 2021, numa batalha que se arrastava, perante o tribunal inglês, desde 2016. A Suprema Corte Britânica entendeu que a relação entre motorista e app era definido pela Uber, tendo em vista o controle que a empresa tem sobre as tarifas cobradas tanto dos passageiros quanto dos motoristas. Nessa esteira, reconheceu direitos como salário mínimo, férias e aposentadoria aos “workers”.

³ A *Cour de cassation* é a jurisdição mais elevada da ordem judiciária francesa, cuja função consiste em verificar a conformidade das decisões dos tribunais às normas jurídicas e assegurar a uniformidade da jurisprudência francesa. .

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade e o Direito estão interligados por uma relação de simbiose. O Direito surgiu em face da existência da sociedade, do mesmo modo que esta somente se sustenta pela presença do Direito. Logo, um é pressuposto para o outro existir. Tal pensamento foi explanado por Ulpiano, ao escrever o provérbio no *Corpus Juris Civilis*, em 1583, que diz: *ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*, isto é, onde existe o homem, há sociedade, onde há sociedade, há Direito.

Nesse sentido, é possível afirmar que uma das funções teleológicas do Direito é servir aos interesses da coletividade, atendendo aos fins preestabelecidos em determinado contexto histórico, político e social. Desse modo, na seara justrabalista, de acordo com Professor Maurício Godinho, a sua finalidade consiste na “melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica” (DELGADO, 2019, p. 56).

Sendo assim, analisando o fenômeno da uberização e a decadente normatização que regulamenta tal relação trabalhista, é notório que a Legislação Brasileira falha com a missão que lhe foi constitucionalmente atribuída, uma vez que deixa de garantir os direitos elementares aos empregados que utilizam dessa modalidade laboral como fonte de subsistência, ao considera-los, em alguns casos, como profissionais autônomos.

Ademais, entende-se que o enquadramento da uberização como uma relação trabalhista e não de emprego, fere também o princípio da norma mais favorável. Como bem assevera Alice Monteiro de Barros: “o princípio da proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsume à essência do Direito do Trabalho” (BARROS, 2016, p. 122). Tal valor dirigente pode ser compreendido em três dimensões: informadora, interpretativa/normativa e hierarquizante.

Dessa maneira, a análise trabalhada no presente artigo, recai sob a segunda dimensão. Nesta senda, se há interpretações dissidentes em um mesmo caso concreto, deverá optar-se por aquela que trará maior benefício ao trabalhador. Assim, entre classificá-lo como profissional autônomo ou empregado, esta trará mais proveitos e proteção do que aquela, o que a torna compatível com a função teleológica justrabalista.

Mormente, utilizando-se da disciplina do Direito Comparado – que tem por objetivo o estudo dos ordenamentos jurídicos de diferentes Estados – é perceptível que a temática abordada já é pacificada favoravelmente aos obreiros em alguns

países, como nos Estados Unidos, França e Reino Unido, o que evidencia, ainda mais, a morosidade do ordenamento jurídico-legal pátrio em acompanhar as modificações advindas da tecnologia e, concomitantemente, em tutelar aqueles que carecem de proteção.

Por isto exposto, depreende-se que o Estado Brasileiro tem falhado na defesa do trabalhador, parte hipossuficiente da relação jurídica trabalhista, o que torna necessário que o Congresso Nacional, juntamente com a sociedade civil, debata e discuta a problemática, acordando uma pacificação sobre o tema, a fim de que se possa resguardar os direitos sociais inerentes ao trabalhador e assegurar condições mínimas de trabalho, o esperado de uma sociedade que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. *Uberização do trabalho*: a subsunção real da viração. O Uber evidencia a tendência de transformação do trabalhador em microempreendedor e em trabalhador amador produtivo. Passa Palavra, 19 fev. 2017 Disponível em: < <https://passapalavra.info/2017/02/110685/> >. Acesso em: 07 de set. 2021.

ALVES, Giovanni. *A condição de proletariado*: a precariedade do trabalho no capitalismo global. Londrina: Praxis, 2009.

ANDRÉ, Robson Gomes; DA SILVA, Rosana Oliveira; NASCIMENTO, Rejane Prevot. “*Precário não é, mas eu acho que é escravo*”: Análise do Trabalho dos Motoristas da Uber sob o Enfoque da Precarização. Revista Eletrônica de Ciência Administrativa, v. 18, n. 1, p. 7-34, jan. 2019.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão [recurso eletrônico]*: o novo proletariado de serviços na era digital - 1. ed. - São Paulo: Boitempo, 2018.

BARBOSA JUNIOR, Francisco de Assis. *Gig Economy e contrato de trabalho*: aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de trabalho da nova economia. São Paulo: LTr, 2019.

BARBOSA JUNIOR, Francisco de Assis. *Motoristas de aplicativos precisam de uma normatização específica*. Revista Consultor Jurídico, 25 mai. 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-mai-25/barbosa-juniornormatizacao-trabalhista-aplicativos-transporte> > Acesso em: 07 de set. 2021.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.552, de 1 de maio de 1943. *Consolidação das Leis Trabalhistas*. Brasília. DF.

BRASIL. *Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012*. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Brasília. DF.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Ação Civil Pública nº 1000100-78.2019.5.02.0037* da 37ª Vara do Trabalho do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 27 de janeiro de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Ação Trabalhista nº 1000513-28.2019.5.02.0058* da 58ª Vara do Trabalho do Estado de São Paulo, São Paulo, SP, 23 de agosto de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *Ação Trabalhista nº 0011098-61.2019.5.03.0113* da 113ª Vara do Trabalho do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 02 de abril de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. *Ação Trabalhista nº 0000975-77.2020.5.12.0061* da 61ª Vara do Trabalho do Estado de Santa Catarina, Blumenau, SC, 02 de junho de 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. *Rito Ordinário nº 0010813-32.2020.5.15.0135* da 4ª Vara do Trabalho de Sorocaba, Sorocaba, SP, 19 de janeiro de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista nº 1000123-89.2017.5.02.0038*, Relator Breno Medeiros. Brasília, DF, 07 de fevereiro de 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Resumo de direito do trabalho / Vólia Bomfim Cassar*. – 6. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores – Mauricio Godinho Delgado. – 18. ed. – São Paulo: LTr, 2019.

FERREIRA, Waldemar. *História do Direito brasileiro*. São Paulo. Ed. Saraiva, 1962, v. 1, p.1.

GAIA, Fausto Siqueira. *As novas formas de trabalho no mundo dos aplicativos: o caso “UBER”*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

GAIA, Fausto Siqueira. *Uberização do trabalho: aspectos da subordinação jurídica disruptiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GONÇALVES, Márcio Toledo. *Uberização: um estudo de caso – as tecnologias disruptivas como padrão de organização do trabalho no século XXI*. Revista LTr, São Paulo, vol. 81, n. 3. 2017.

GUSMÃO, Xerxes. *Trabalhador de plataformas digitais: empregado ou autônomo?* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Brasília, DF, v. 24, n. 2, p. 189-198, 2020.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 36ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro / NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 29. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

NETO, Raimundo Dias de Oliveira. *ELEMENTOS fático-jurídicos da relação de emprego no trabalho dos motoristas de aplicativo*. Rev. TST, São Paulo, vol. 86, nº 1, jan/mar 2020.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho: fac-similada*. – São Paulo: LTr, 2015.

O NASCIMENTO DE UMA NAÇÃO, DE GRIFFITH: O RACISMO ESTADUNIDENSE, O RESSURGIMENTO DA KU KLUX KLAN E O MOVIMENTO DE RESISTÊNCIA NEGRA POR DIREITOS CIVIS NO SÉCULO XX

GRIFFITH'S BIRTH OF A NATION: NORTH-AMERICAN RACISM, THE RESURRECTION OF KU KLUX KLAN AND THE BLACK RESISTANCE MOVEMENT FOR CIVIL RIGHTS IN THE 20TH CENTURY

*Taisi Copetti**

Resumo: O presente artigo busca evidenciar a importância do filme *O nascimento de uma nação* (1915) de David Wark Griffith para a história do cinema, principalmente os impactos cinematográficos e, sobretudo, sociais e jurídicos no século XX. Pensando nisso, busca-se verificar se *O nascimento de uma nação* além de ser importante para o cinema, foi um dos motivos desencadeadores para o retorno do movimento Ku Klux Klan e em resposta, para o fortalecimento do movimento negro pela luta por direitos civis. Assim, em um primeiro momento realiza-se uma breve contextualização sobre a história do cinema e representações sociais, após, aborda-se brevemente o primeiro cinema, buscando entender a conjuntura de produção de filmes naquela época. Do mesmo modo, aborda-se a importância de Griffith e suas produções, buscando compreender, especificamente, como o filme representou a pessoa negra e, conseqüentemente, desencadeou o ressurgimento da Ku Klux Klan e o fortalecimento de movimentos de resistência negra nos Estados Unidos da América por Direitos Civis. O método de abordagem escolhido para chegar ao objetivo proposto é o dedutivo. O presente estudo é configurado por revisão bibliográfica de artigos científicos, filmes, livros específicos, jornais, *websites* e discussões realizadas nas aulas da disciplina de História de Cinema I, do curso de Cinema da Universidade Federal de Santa Catarina.

Palavras-chave: O nascimento de uma nação. Ku Klux Klan. Resistência negra. Direitos Civis.

***Graduanda da décima fase do curso de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Membro do grupo de Estudos Avançados em Meio Ambiente e Economia no Direito Internacional (EMAE), do corpo editorial da Revista Avant e da Latin American Climate Lawyers (LACLIMA). Estagiária no Rejane Silva Sánchez Bureau de Direito. E-mail: taisi.copetti@gmail.com.**

Abstract: The following article intends to highlight the importance of the film *The Birth of a Nation* (1915) by David Wark Griffith for the history of cinema, mainly in relation to its cinematographic, social and legal impacts in the 20th century. Therefore, the article seeks to verify whether *The Birth of a Nation*, in addition to being important for cinema, was one of the triggering reasons for the return of the Ku Klux Klan movement and, in response, for the strengthening of the black movement for the struggle for civil rights. Thus, at first there is a brief contextualization about the history of cinema and social representations, thereafter, the first cinema is briefly approached, seeking to understand the situation of film production at that time. Likewise, it addresses the importance of Griffith and his productions, seeking to understand, specifically, how the film represented the black person and, consequently, triggered the resurgence of the Ku Klux Klan and the strengthening of black resistance movements in the United States of America for Civil Rights. The approach method chosen to reach the proposed objective is the deductive one. The present study is configured by bibliographic review of scientific articles, films, specific books, newspapers, websites and discussions held in the classes of History of Cinema I, of the Film course at the Federal University of Santa Catarina.

Keywords: Birth of a nation. Ku Klux Klan. Black resistance. Civil rights.

1. INTRODUÇÃO

O título do filme objeto do presente estudo, *O nascimento de uma nação* (1915), sendo *Birth of a Nation* o título original, de David Wark Griffith, expressa de maneira direta a preocupação do diretor em narrar o nascimento da nação dos Estados Unidos da América (EUA) através da representação da Guerra da Secessão e do período de Reconstrução. O longa, com quase três horas de duração, novidade na época, gerou sentimentos diversos no público. O nacionalismo inflamado transpassa as palavras de Ward Greene, crítico de cinema do *The Atlanta Journal*, em 1915:

[...] os corações pulsam com patriotismo quando os garotos em cinza marcham para a batalha com as tremulantes bandeiras ao som de “Dixie”, você torce com compaixão pela mãe e pelas garotas desoladas em casa; você fica chocado com o clamor dos canhões dos exércitos em conflito; sua garganta sufoca por um garoto que morre com um sorriso no rosto ao lado de outro corpo inimigo; depois “o melhor amigo do Sul” sucumbe ante a ala do assassino e a terra da Causa Perdida se curva como uma ferida aberta ao veneno do novo regime dos negros. Repugnância, nojo e ódio o envolvem. O sangue quente clama por vingança até que as cruzes em chamas na noite que uma vez queimavam nas Colinas da Escócia conduzem o Império Invisível ao resgate, e é nesse momento que seu cabelo fica arrepiado e você fica extasiado (GREENE, 1915, p. 45).

Observa-se que os termos inflamados e repletos de sentimentos evidenciam uma reação do público que parecia estar adormecida desde o fim do combate sangrento que marcou a história dos Estados Unidos. Sentimentos estes, que transparecem uma posição sulista, dentre outras características, que se coloca como uma defensora da instituição escravagista.

Tal colocação será abordada com maior profundidade durante este trabalho, que busca evidenciar a importância de *O nascimento de uma nação* para a história do cinema, principalmente em relação aos seus impactos cinematográficos e, sobretudo, sociais e jurídicos. Deste modo, através da percepção de que o filme causou impactos sociais na época em que foi lançado, objetiva-se verificar se *O nascimento de uma nação*, além de ser importante para o cinema, foi um dos motivos desencadeadores para o retorno do movimento Ku Klux Klan (KKK) e em resposta, para o fortalecimento do movimento negro pela luta por direitos civis. A hipótese inicial formulada foi de que o filme foi fator fomentador do ressurgimento do movimento fascista denominado Ku Klux Klan nos Estados Unidos entre os anos 1915 e 1944, mas também para o fortalecimento de movimentos de resistência negra, que anos depois, em 1960, desencadearam a Luta por Direitos Civis.

Para tanto, em um primeiro momento realiza-se uma breve contextualização sobre a história do cinema e representações sociais, após, aborda-se brevemente o primeiro cinema, buscando entender a conjuntura de produção de filmes naquela época. Do mesmo modo, aborda-se a importância de Griffith e suas produções, conhecido como o “pai do cinema”, sendo um importante nome do cinema estadunidense, foi o primeiro diretor a executar filmes mais longos. Por fim, busca-se compreender, especificamente, como o filme *O nascimento de uma nação* representou a pessoa negra e, conseqüentemente, desencadeou o ressurgimento da KKK e o surgimento de movimentos de resistência nos EUA por Direitos Civis.

Deste modo, o método de abordagem escolhido para chegar ao objetivo proposto é o dedutivo. O método dedutivo, é o método que parte do geral para o específico. A partir de princípios, leis ou teorias consideradas verdadeiras e indiscutíveis, prediz a ocorrência de casos particulares com base na lógica. Além disso, todas as premissas são consideradas como verdadeiras, assim, a conclusão também deverá ser verdadeira (LAKATOS, 2002). O presente estudo é configurado por revisão bibliográfica de artigos científicos, filmes, livros específicos, jornais, websites e discussões realizadas nas aulas da disciplina de História de Cinema I, do curso de Cinema da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE HISTÓRIA DO CINEMA E REPRESENTAÇÕES SOCIAIS

A história possui um peso muito importante para a compreensão do tempo passado e presente. Com o cinema não é diferente. O pensamento do cinema através da história pode ser considerado um fenômeno recente. Em 1970, falava-se muito sobre a falta de comunicação entre cinema e história e foi a partir disso, que surgiu o que conhecemos como História Social do Cinema. No Brasil, os estudos cresceram nas últimas décadas, sobretudo a partir de 1990, pois houve maior reconhecimento da relevância de estudar a emissão, a mediação e a recepção dos filmes de maneira interligada (VALIM, 2012).

Para Lagny (2009), o cinema é um bom meio para compreender as temporalidades, entretanto, é muito curto para compreender as rupturas da história, pois esta não é linear. Considerando que um filme sempre representa artisticamente uma verdade, que é fruto de uma interpretação de uma realidade, pode-se, através do estudo do cinema entender o contexto que levou àquela produção e, consequentemente, compreender uma ruptura da história, visto que as representações são frutos de uma realidade que muda constantemente.

Para David Bordwell, vide Alexandre Valim (2012), a narrativa cinematográfica pode ser estudada como 1) uma representação, um conjunto de ideias que compõem a trama; 2) uma a estrutura, mais próxima de uma abordagem sintática ou; 3) um o ato, processo dinâmico de apresentação de uma história ao receptor. Ainda, o autor afirma que os filmes possuem, necessariamente, uma ligação com as relações sociais.

Para Lagny (1997), todo processo de produção de sentido é uma prática social e que o cinema não é apenas isso, mas também um gerador de práticas sociais, não sendo somente um testemunho das formas de agir, pensar e sentir de uma sociedade, mas também um agente transformador. Analisando criticamente *O nascimento de uma nação*, é possível entender como Griffith buscou induzir sua ideologia e sua visão de mundo para a sociedade, sendo, portanto, um agente transformador.

Aqui, é importante ressaltar que existe uma discussão sobre a relação entre cinema e história quanto à sua capacidade de “retratar” o passado de forma significativa e precisa. Para Valim (2012), no aspecto cultural, os filmes, ainda que fonte documental importante para o estudo das representações, não dizem muito sobre o público que os viu, tampouco sobre o sistema em que foram produzidos. Deste

modo, é mais importante considerar como revistas, jornais, rádios e outros produtos culturais interpretaram aquela produção, pois através destes, é que o público escolhia os filmes que veriam, como ainda hoje escolhem. Ainda, é possível afirmar que os filmes acabam assumindo o papel de transmissores de ideologias:

[...] um filme sempre transmite um conteúdo ideológico, mesmo que não intencionalmente, isso ocorre devido o processo de produção, pois há elaboração, acumulação, formação e produção de ideologia e se, esse conteúdo ideológico reproduz a ideologia dominante, é porque ela exerce todo o seu peso sobre aqueles que realizam e consomem os filmes. Os filmes mostram imagens de vidas, de atitudes e de valores de grupos sociais, criados a partir de aspectos reconhecíveis, porém muito selecionados desses grupos. Dessa forma, o público tende a interpretar como verdadeiras as descrições de lugares, atitudes e modos de vida de que não se tem conhecimento prévio. No tocante ao cinema, a ideologia se refere especificamente à maneira como as lutas de poder são levadas a cabo no âmbito do discurso, ou para ser mais preciso, da significação (VALIM, 2012, p. 288).

Para o autor, o que ele denomina de “circuito comunicacional”, se constitui através da relação que os filmes possuem com seu contexto e com outros meios, sendo um contato que dinamiza a veiculação de representações sociais e sua compreensão pelos atores sociais. O sentido e a significação das representações são contextuais. Sendo assim, considerando que o cinema é um gerador de práticas sociais e que também dá sentido para representações sociais, busca-se nas próximas seções entender, a partir de *O nascimento de uma nação*, a relação que o filme possuiu com o contexto social da época.

3. O PRIMEIRO CINEMA E GRIFFITH

Antes de abordar especificamente o trabalho de Griffith, é preciso contextualizar o primeiro cinema. O cinema surge a partir do século XIX sem um lugar específico, advindo da primeira e segunda Revolução Inglesa que desencadearam uma transformação muito veloz no mundo. Segundo Flávia Costa (2005), há certa dificuldade em lidar com esse período, devido as suas muitas transformações, pouca estabilidade e poucos materiais sobre a época.

O primeiro cinema possui sete aspectos comuns: 1) são breves; 2) não possuem uma lógica; 3) possuem senso de humor; 4) muitas truncagens; 5) possuem muita improvisação; 6) há muito movimento, várias coisas acontecendo ao mesmo tempo e; 7) são filmes descontínuos. Por muito tempo, esse cinema foi visto como algo de pessoas não respeitáveis – as conhecidas pessoas de bem -, na qual havia

muitas denúncias sobre não ser uma atividade realizada por pessoas sérias. É por isso que o primeiro cinema possui uma característica muito forte com a classe baixa, pois era acessível, diferente da arte consumida pela classe alta, como teatros e óperas. Tanto que o início do século XX é conhecido como a fase da domesticação, trazida por Costa (2005), na qual houve diversas tentativas de saneamento social.

Até a década de 1910, a realização dos filmes era feita de maneira arcaica, na qual uma pessoa fazia tudo, inclusive a atuação, como George Méliès. Anos depois, entre 1915 e 1919 o nome que mais se destacava no cinema era o de David Wark Griffith. Conhecido por ter inovado o cinema, sendo um importante nome do cinema estadunidense, foi o primeiro diretor a executar filmes mais longos, com mais de duas horas de duração, além de possuir técnicas inovadoras, como a aproximação da câmara para mais perto dos rostos dos atores. Segundo Nazário (1999), Griffith extraía novas formas de interpretação dos atores, trazendo para a superfície da tela os sentimentos ocultos dos personagens, transformando a câmara num meio de expressão dramática tão sensível quanto o olho humano.

Griffith ficou conhecido por desvincular o teatro do cinema através de suas técnicas: há muito *close-up* dramático, sistematização do plano americano, técnicas de campo e contracampo. Buscava uma clareza denotativa, uma marca fundamental de Hollywood que beira ao óbvio. Além disso, os personagens são bem delineados em estereótipos, característica forte de *O nascimento de uma nação*, para permitir que o público os identifique imediatamente. O bem e o mal são claramente representados, fazendo com que o público torça pelos bons e odeie os maus. Da mesma forma, como um consolo moral aos espectadores, Griffith concedia um final feliz depois de muito sofrimento acometido aos personagens (NAZÁRIO, 1999).

Outra característica das produções de Griffith eram os planos de duas ações simultâneas que se intercalavam até se fundirem num mesmo plano (NAZÁRIO, 1999). De fato, fica claro com *O nascimento de uma nação*, a montagem paralela de planos e cenas transcorridas em dois tempos e espaços distintos, manipulando, num mesmo filme, intrigas diferentes, sem que o público se perdesse numa história contada por quase três horas. Ainda, complementando as características cinematográficas de Griffith, segundo Bordwell (2015), os personagens entram em conflito com outros personagens ou circunstâncias externas. A história finaliza com uma vitória ou derrota decisivas, há a resolução do problema e a clara consecução ou não consecução dos objetivos.

Griffith possuía uma visão grandiosa sobre o cinema, o vendo como um meio de comunicação redentor, que unificaria a humanidade. Acreditava que o cinema

seria capaz de espalhar o ensinamento a nível mundial, não sendo necessária a existência de escolas, por exemplo. Um fato interessante sobre o cinema de Griffith, foi que seis anos antes do advento do som, ele já tinha realizado o primeiro filme falado, *Dream Street* (1921). Entretanto, se arrependeu ao vê-lo projetado em Nova York, afirmando “*Suicídio. Vou perder meu público*”, pensando nos 95% da humanidade que não sabiam falar inglês (NAZÁRIO, 1999).

Pensar o cinema deste modo, pressupõe uma hierarquia de artes ou saberes, e levando em consideração somente as produções de Griffith, é possível afirmar que a ideia de que o cinema unificaria a humanidade e ensinaria um ensinamento mundial não funcionaria na prática. Como pode-se ver através de *O nascimento de uma nação*, Griffith conseguiu, por meio de suas ideologias representar uma sociedade que desencadeou movimentos anti-unificação, sendo contrário, portanto, ao seu ideal de humanidade.

4. O NASCIMENTO DE UMA NAÇÃO

O nascimento de uma nação é uma adaptação do romance e peça de teatro *The Clansman* (1905), de Thomas Dixon Jr., que na época, era consumida principalmente pela elite estadunidense. O objetivo de Griffith com esse filme era mostrar a verdadeira versão da Guerra da Secessão nos EUA e do período de Reconstrução.

O filme possui diversos aspectos sobre o tradicionalismo estadunidense. O ponto central da história é a vida de duas famílias, uma no Sul e a outra no Norte dos EUA, ligadas pelo romance dos filhos que foram separados pela Guerra. Na primeira parte, surge a imagem de uma pequena cidade, de homens que viviam uma vida em comunidade e possuíam valores comuns, como a religião e o ideal democrático, representação que se constrói através da família sulista Cameron, que vivia em Piedmont na Carolina do Sul. Griffith aqui, demonstra como aquele tipo de vida era o ideal: família tradicional branca, filhos educados e, portanto, felizes. Nem mesmo a implicação de uma relação com escravos parecia ser um problema. O filme passa a impressão de uma vida harmoniosa, sem conflitos e com os escravos parecendo satisfeitos com aquela submissão.

Já na segunda parte, Griffith traz para as telas as suas percepções sobre o que foram “as corrosões da guerra”, como evidencia o intertítulo:

Segunda parte – Reconstrução. Da agonia que o Sul suportou, poderia nascer uma nação. A corrosão da guerra não termina enquanto não cessam as hostilidades.

Aqui, surge outros dois personagens importantes que colocam em xeque a típica vida perfeita da família sulista, o abolicionista Austin Stoneman e o republicano Silas Lynch, que Griffith chamou de “mulato e líder dos negros”. É importante destacar que Griffith não escolheu esses nomes por acaso. O personagem de Stoneman foi inspirado em Thaddeus Stevens, um deputado republicano da Pensilvânia que era contra a escravidão. Do mesmo modo, o sobrenome do vilão Lynch foi inspirado no senador John Roy Lynch, que foi um expoente na luta pelos direitos dos negros na década de 1873 (MOÇO, 2010).

Nesta parte do filme, os sulistas são representados como subjugados pelos negros que foram recém-libertos da escravidão e pelos radicais políticos do Norte. Somente com a chegada da Ku Klux Klan que a paz volta a reinar e o casal, que fora separado pela guerra, se reencontra. Após a análise do filme sob a ótica das representações sociais no cinema abordadas anteriormente, fica claro que Griffith tentou colocar a representação do filme como a história verdadeira não contada, como uma retratação da Guerra, principalmente através dos intertítulos, que passam a ideia de serem verdadeiros documentos históricos.

4.1 A REPRESENTAÇÃO DO NEGRO

Contextualizada a história, o ponto central desta seção passa a ser a representação das pessoas negras em *O nascimento de uma nação*. Segundo Donald Bogle (1973), este filme foi o primeiro a introduzir o típico estereótipo de negro brutal. Griffith apresentou todos os tipos de força e poderes negros através de sua visão de mundo e intolerância, que se tornou uma onda controversa, visto que evidenciou um movimento antinegros jamais produzido num filme antes. Para Griffith, havia uma ordem moral e natural de divisão social: brancos assumindo o poder e negros em seus devidos lugares. Isso, naturalmente, ficou evidenciado no filme. Nas palavras de Bogle,

Os mecanismos da trama do épico de Griffith podem hoje ressoar como absurdos melodramáticos, mas a ação, os atores e a direção não. A viagem final do Klan foi uma peça impressionante de propaganda cinematográfica, soberbamente iluminada e brilhantemente editada. Na verdade, estava mexendo com o público, torcendo pelos heróis brancos e vaiando, assobiando e xingando os militantes negros. *O nascimento de uma nação* continua a ser significativo, não apenas por causa de sua ampla influência. Pode-se detectar nesse único filme as tendências e os sentimentos que permeiam quase todos os filmes negros feitos por muito tempo depois. Mais tarde, os cineastas pegariam as

ideias de Griffith - suas próprias imagens - mas as mantinham “bem” atenuadas para não ofender o público¹. (1973, p. 12-13).

Ainda de acordo com Bogle (1973), Griffith usou três variedades de negros. As primeiras foram as “almas fiéis” como os personagens Mamma e o tio Tom, que permanecem com a família Cameron e os defendem firmemente dos rebeldes. Por meio desses personagens, assim como dos escravos piadistas vistos dançando, cantando e fazendo palhaçadas em seus aposentos, Griffith propagou o mito do contentamento escravo e fez com que parecesse que a escravidão havia elevado o negro de seus supostos instintos bestiais.

A segunda variedade eram os negros brutais, assim como o estereótipo do *coon* pode ser dividido em subgrupos, o negro brutal também pode ser dividido em duas categorias: os negros brutos e os negros fanfarrões. Entretanto, eram os negros brutos que eram as figuras realmente estereotipadas de Griffith. Eles são grandes, super sexualizados, selvagens, violentos e frenéticos, como se desejassem carne branca. Tanto o personagem Lynch, o mulato, quanto o personagem Gus, o renegado, se enquadram nessa categoria. Entre outras coisas, esses dois personagens revelaram o vínculo entre sexo e racismo na América.

A terceira categoria, alinhada com os fanfarrões e brutos de *O nascimento de uma nação*, é a da personagem Lydia. Ela é apresentada como a amante do abolicionista Stoneman. Segundo Bogle, é através de Lydia que Griffith explorou as possibilidades da sombria e sinistra mestiça como uma trágica dama principal. Griffith foi o primeiro diretor importante de cinema a dividir sua mulher negra em categorias com base nas cores de cada uma: Lydia e Mamma são interpretadas por atrizes brancas vestidas de preto, o que conhecemos hoje como *blackface*, mas Mamma é mais escura. Nas palavras de Bogle, “ela é a representação da mulher toda negra, acima do peso, de meia-idade e tão morena, tão completamente negra, que é absurdo até sugerir que ela seja um objeto sexual²” (1973, p. 14).

¹ Tradução de: the plot machinations of the Griffith epic may today resound with melodramatic absurdities, but the action, the actors, and the direction did not. the final ride of the Klan was an impressive piece of film propaganda, superbly lit and brilliantly edited. Indeed, it was stirring the audiences in delight, cheering for the white heroes and booing, hissing, and cursing the black militants. *The birth of a nation* remains significant not only because of its wide-ranging influence. One can detect in this single film the trends and sentiments that were to run through almost every black film made for a long time afterward. later film makers were to pick up Griffith's ideas - his very images - but were to keep them “nicely” toned down in order not to offend audiences.

² Tradução de: she is representative of the all-black woman, overweight, middle-age, and so dark, so thoroughly black, that it is preposterous even to suggest that she be a sex object.

Existem muitas problemáticas sobre a visão das pessoas negras de Griffith neste filme, porém destaca-se o fato de o diretor não ter selecionado atores negros para fazer os papéis principais dos personagens negros. O *blackface* nada mais é do que a representação de um estereótipo negativo da pessoa negra. No século XIX, muitos espetáculos utilizavam disso para ridicularizar as pessoas negras a fim de entreter as pessoas brancas.

Ainda de acordo com Bogle (1973), após *O nascimento de uma nação* nunca mais o negro poderia ser retratado sob o disfarce de um verdadeiro vilão. Esse tratamento era muito delicado e controverso. *O nascimento de uma nação* de Griffith teve sucesso devido ao talento artístico do diretor e técnicas inovadoras, mas nenhum estúdio se atreveu a arriscar novamente. Consequentemente, os negros nos filmes de Hollywood foram escalados quase exclusivamente para papéis cômicos. E assim, mesmo a grande tradição cômica do negro no cinema americano tem suas raízes em Griffith.

Analisando as relações sociais marcadas por um racismo estrutural no Brasil, por exemplo, que na sua estratégia e nas suas táticas age sem demonstrar a sua rigidez (MOURA, 1994), entende-se que são as sutilezas que escancaram os problemas. Tanto no Brasil, quanto nos EUA, a percepção que fica é a herança de uma expansão do liberalismo como doutrina econômica, que buscava ampliar um domínio europeu colonial pelo mundo, financiada pelo comércio de escravos e, principalmente, do corpo negro.

Conforme Mbembe (2018, p. 152), “na democracia liberal, a igualdade formal pode, portanto, caminhar lado a lado com o preconceito natural que leva o opressor, muito tempo após a alforria do escravo, a seguir desprezando aquele que fora seu inferior”. Com *O nascimento de uma nação*, esse preconceito natural dos brancos foi escrachado e de certa forma instigado por Griffith. Aqui, não cabe dizer se essa foi a intenção do diretor, mas é certo que uma obra cinematográfica eminentemente racista, com tantos estereótipos cinematográficos da pessoa negra e com a intenção de evidenciar o lado “certo” da história estadunidense, incitou o ódio das pessoas brancas pelas pessoas negras fora das telas do cinema.

4.2 O (RE)NASCIMENTO DA KU KLUX KLAN

A Ku Klux Klan foi fundada em 1866, por seis oficiais do antigo Exército Confederado no Tennessee, simbolizando duas coisas durante sua história: (1) as feridas não cicatrizadas da Guerra Civil, na qual os brancos do Sul não se conformaram

com a libertação dos negros e; (2) a força da Primeira Emenda Constitucional americana, que limita a violação de seis direitos fundamentais, como a liberdade de expressão.

Estima-se que em 1867 a KKK contava com aproximadamente 40.000 membros na Carolina do Norte. Através de uma organização rápida e massiva, em 1870, com a ajuda da KKK, os antigos confederados conseguiram retomar seus postos no comando da política local e, em 1871, prenderam o governador Holden, primeiro governador na história dos Estados Unidos a ser impedido de exercer sua função depois de uma eleição democrática (MOÇO, 2010).

No filme, a KKK é vista como o movimento que assegura a supremacia branca do Sul. Na vida real, a Klan, usando roupas brancas e capuzes, atuava como uma gangue de vigilantes que defendia a propriedade privada dos brancos. Depois de um tempo, passou a promover ataques noturnos para matar os negros libertos (MOÇO, 2010). Sem dúvidas, o racismo era o fator principal que incentivava esse movimento, mas a KKK também pregava resistência contra direitos civis estabelecidos pelo lado vencedor da Guerra, como o direito ao voto. Em 1882, a Suprema Corte dos EUA declarou o grupo como inconstitucional, o que fez, na época, o movimento desaparecer.

Anos depois, os EUA passavam por muitas mudanças, como a chegada de imigrantes europeus e o próprio movimento migratório interno, como o deslocamento de populações negras para áreas preponderantemente brancas. Através dessas mudanças, em 1915, em Atlanta, William Simmons lançou as bases para a segunda onda da KKK, inspirado no livro *The Clansman* e no filme *O nascimento de uma nação*. A princípio o grupo era pequeno, mas propagavam um ódio mais abrangente, que incluía a xenofobia e o antissemitismo, baseado na defesa do patriotismo e do modo de vida branco sulista. A reação reveladora do público com *O nascimento de uma nação* ascendeu este nacionalismo que até então se mostrava invisível. Aqui, é importante ressaltar que o conceito de nacionalismo para os estadunidenses, em geral, se fundamenta na ideia de excepcionalidade (SEYMOR, 1997).

Excepcionalidade, pois os EUA se colocam como uma nação com valores superiores a outras, muito presente na construção da figura de Abraham Lincoln, por exemplo, homem que fundou o Estado Nacional e que se colocava como um herdeiro dos peregrinos, reforçando a ideia de uma nação diferente de todas (JUNQUEIRA, 2004). A presente análise, então, considera que o filme de Griffith interferiu nessa dimensão da mitificação de Lincoln como um grande herói que manteve a união do país depois da Guerra Civil e isso se dava, sobretudo, pela compaixão para com os sulistas (MOÇO, 2010).

O que o filme fez foi representar a nação que só seria realizada com a supremacia branca, principalmente em cargos de poder. Esse talvez tenha sido o ponto central para o retorno do movimento KKK, pois a trama buscou representar a realidade adormecida, ou pelo menos pouco evidenciada, de que esse ideal de nação estadunidense proposto por Lincoln só seria de fato possível com a união entre os cidadãos brancos e não com os cidadãos negros, migrantes e outras minorias.

Claro que o contexto social da época também influenciou a retomada do movimento, na década de 1920, o comunismo russo também foi um combustível para a ascensão da KKK, que se expandiu geograficamente, chegando a ter mais de 4 milhões de membros. A popularidade se deu através do apelo generalizado: o receio pelas mudanças do estilo de vida tradicional estadunidense (ideal de nação) e a migração. Tendo tantos apoiadores, a KKK exerceu influência política, conseguindo eleger xerifes, deputados, senadores e juízes.

A decadência da KKK se deu com o fortalecimento dos opositores, como a organização dos judeus e com a Grande Depressão na década de 1930. Ambos fizeram o movimento ficar cada vez mais fragmentado, mas agindo de maneira mais escancarada, com ataques com bombas, por exemplo. Na década de 1960, com o surgimento do Movimento pelos Direitos Civis e a mobilização para o fim da segregação racial, o movimento perdeu força e, anos depois, passou a ser coibido.

5. A RESISTÊNCIA NEGRA E O NASCIMENTO DE UMA NAÇÃO

A importância de *O nascimento de uma nação* não se limita somente ao cinema e ao ressurgimento da KKK. Apesar de ter sido muito bem visto pela elite branca estadunidense, o filme também foi alvo de protestos. No cinema, um diretor negro pioneiro, Oscar Micheaux, inspirado por Booker Washington e Horace Greeley, produziu em 1919, uma resposta ao filme de Griffith: *Within or Gates*, onde mostra o pesadelo de uma família negra perseguida por linchadores, injustamente acusada da morte do dono da plantação.

Esse filme gerou repercussões negativas na sociedade da época, as igrejas – brancas e negras – de Chicago tentaram impedir a exibição do filme temendo conflitos raciais. Em outras cidades, Micheaux teve que lutar contra exibidores que desejavam cortar a sequência. O filme desapareceu e só foi reencontrado em 1980, num arquivo espanhol, sob título de *La Negra*. Até 1948, Micheaux realizou mais de 40 filmes (NAZÁRIO, 1999).

Fora do cinema, o movimento de resistência desencadeado foi mais significativo, sendo o *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), fundado em 1909, em resposta à violência contínua contra os negros nos EUA, o mais importante. A NAACP foi publicamente contra o filme, fazendo piquete no teatro de estreia em Nova York, chamando o filme de propaganda racista. Mais tarde, as filiais de Chicago e Boston da NAACP conduziram manifestações massivas contra sua apresentação. Outras organizações de direitos civis e organizações religiosas protestaram, e motins raciais estouraram em várias cidades. Editoriais de jornais e discursos também censuraram o filme.

Segundo Bogle (1973), críticos negros, como Laurence Reddick, afirmaram que o filme glorificou a Ku Klux Klan, acrescentando que o imenso sucesso do filme foi pelo menos um dos fatores que contribuíram para a grande e crescente popularidade que a organização desfrutou durante aquele período. No Sul, o filme era frequentemente anunciado como calculado para “*levar o público ao frenesi ... isso vai fazer você odiar*”.

Após duras críticas e protestos, Griffith produziu o filme *Intolerância* (1916), realizado para se defender dos “intolerantes” que criticaram seu primeiro épico como uma propaganda racista. Com os anos, Griffith passou a utilizar um discurso ameno, se defendendo como um mero cineasta sem visão política ou ideológica. Surpreso e aparentemente magoado quando chamado de racista, Griffith fez discursos por todo o país, escreveu cartas à imprensa, acusou a NAACP e seus apoiadores de tentarem provocar a censura na tela e até chegou ao ponto de publicar um panfleto intitulado “*A Ascensão e queda da liberdade de expressão na América*”, tudo em um esforço para silenciar a polêmica (BOGLE, 1973).

Com a luta por direitos civis, o filme passou a ser banido nos EUA e em 1978, por exemplo, era banido em cinco Estados e em noventa cidades. A tentativa de revivificação do filme em 1947 pela *Dixie Film Exchange* foi detonada pelo Congresso dos Direitos Civis, e a NAACP fez piquete no *Republic Theatre* de Nova York, onde seria exibido. “*Isso traz ódio racial à cidade de Nova York*”, disse o secretário da NAACP Walter White, “*E não o queremos aqui*” (BOGLE, 1973). Atualmente, a NAACP é a maior e mais proeminente organização de direitos civis norte-americana. Possui mais de duas mil unidades e filiais, contando com mais de 2 milhões de ativistas.

6. O MOVIMENTO NEGRO E A CONQUISTA DE DIREITOS CIVIS NOS EUA

Inicialmente, é importante ressaltar que falar do movimento negro implica o tratamento de um tema cuja complexidade não nos permite uma visão unitária (GONZALEZ; HASENBALG, 1982). Deste modo, o presente estudo reflete uma escolha: aborda-se o movimento negro a partir de alguns fatores considerados importantes para a conquista de direitos civis nos EUA que foram intensificados após o filme *O nascimento de uma nação*.

Segundo Lélia Gonzalez e Carlos Hasenbalg (1982), no período após à abolição, o negro buscou se organizar em associações. Nas palavras dos autores, Hamilton Cardoso as caracteriza como

Consequências direta de uma confluência entre o movimento abolicionista, as sociedades de ajuda e da alforria e dos agrupamentos culturais negros. Seu papel é o de legitimar a existência do negro dentro da sociedade, diante da legislação. Elas reúnem os negros oficialmente de forma independente, para praticar o lazer e suas culturas específicas. Escondem seu interior pequenas organizações familiares de ajuda e solidariedade, para o desenvolvimento social (1982, p. 21).

As associações que se organizam em massa sempre foram objeto de controle por parte das autoridades, nas palavras de Lélia e Carlos (1984, p. 22) “elas sempre tiveram que se submeter às regras impostas por tais autoridades”. Nos EUA, a luta negra por emancipação social e política possui uma vasta história, desde a abolição da escravidão até a conquista gradual do direito ao voto. A década de 1960 foi o momento em que a luta por cidadania, liberdade e igualdade se acentuou, liderados por figuras como Martin Luther King Jr., Angela Davis, Malcolm X e Elaine Brown. Entretanto, na primeira metade do século XX, ocorreu a reivindicação por direitos civis no país, marcada por uma herança de lutas desde a Revolução, que constituiria os EUA um Estado independente (SILVA, PESSANHA, 2019).

Ressalta-se que o ódio racial na sociedade, inclusive com a influência da KKK nos anos 1920, era de fato uma preocupação política na sociedade estadunidense, principalmente entre os negros que compreendiam bem a segregação racial na sociedade e desejavam uma democracia fortalecida no país (RODRIGUES, 2013). A partir disso, os EUA se configuram como um país em que se buscava a igualdade, gerada pela valorização da liberdade, através da garantia constitucional (SILVA, PESSANHA, 2019).

É importante destacar que a reivindicação da população negra por liberdade e igualdade nos EUA já ocorria muito antes do filme. No contexto da escravização de

africanos no país, movimentos contrários à exploração de escravizados já existiam desde o século XVIII, tendo como pilares o período de Independência do país e a elaboração da *United States Bill of Rights*, a Declaração dos Direitos, criada no ano de 1789 e ratificada em 1791 (BAY, 2006).

No século XX, em meio ao contexto da Primeira Guerra, os perigos do nacionalismo fascista e o temor diante dos ideais anarquistas e comunistas geravam preocupação. Assim, buscou-se redefinir as bases da formação cultural e social dos Estados Unidos através da existência de um pluralismo cultural na sociedade. A existência de diferentes raças convivendo no país é descrita por Du Bois³, que via a democracia como heterogênea, em que os negros precisariam se esforçar para possuírem a garantia de liberdade e igualdade na sociedade, assim como outras raças. Para o autor, a necessidade da conservação da divisão racial se mostrava como uma garantia da prosperidade nessa sociedade democrática e heterogênea e, até mesmo, para manter o país distante do nacionalismo extremado (SILVA, PES-SANHA, 2019).

Deste modo, os estadunidenses negros possuíram uma importância fundamental na construção da sociedade norte-americana e a para a sua ideia de americanismo. O movimento negro, que ganhou força após a repercussão racista de *O nascimento de uma nação*, reivindicava um Estado que garantisse a cidadania, igualdade, liberdade e tolerância entre os diversos grupos étnicos existentes. Ainda, ressalta-se que Du Bois teve uma significativa influência sobre o movimento dos direitos civis nos Estados Unidos, além de resgatar um sentimento americanista que servisse aos anseios das pessoas negras para reivindicar os privilégios até então exclusivos de pessoas brancas (RODRIGUES, 2013).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entender nossa história é fundamental para a compreensão do presente e do que nos sucederá. Sem dúvidas, esse pensamento deve ser também aplicado para a compreensão do cinema e do direito. Griffith, através de suas produções mudou o modo como se via e fazia cinema, trouxe para si uma grande responsabilidade, que não podemos afirmar se realmente a queria. Aparentava ser um sonhador, tanto por acreditar que o cinema seria capaz de transformar o mundo, tanto por depositar toda a sua vida nisso.

³ Du Bois também foi um importante fundador da NAACP.

De fato, conseguiu ser um agente transformador, positivamente por ter sido precursor de técnicas cinematográficas nunca utilizadas antes e, negativamente por representar a ideia de nação que só seria realizada com a supremacia branca, principalmente em cargos de poder, que até então parecia ter sido esquecida. Trazendo o debate moral de ser ou não possível separar a obra do artista, entende-se que nesse caso, não seria possível. Griffith passa a ideia de ser ingênuo, mas decidiu adaptar e comercializar a história que até então vinha sendo consumida por pessoas ricas. Além disso, o estereótipo da pessoa negra criado por Griffith escancarou um racismo que acompanha a nossa história desde as colonizações. O corpo negro, antes escravizado, passou a ser ridicularizado no cinema, e não se pode retirar essa responsabilidade de Griffith.

Em contrapartida, a última parte deste estudo, evidenciou que o movimento negro não se calou, pelo contrário, se manteve firme contra a obra de Griffith, que anos mais tarde, veio a fortalecer conquistas históricas por igualdade racial. Conclui-se, portanto, que a sociedade muda constantemente e entender seus processos é fator fundamental para que não repitamos os erros cometidos anteriormente. Com o cinema não seria diferente.

REFERÊNCIAS

_____. *A história da Ku Klux Klan: origem, ascensão e decadência*. Pragmatismo político, 2017. Disponível em <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2017/08/historia-da-ku-klux-klan-origem-ascensao-decadencia.html>. Acesso em 10 dez. de 2020.

BAY, Mia. “*See Your Declaration Americans!!!*”: Abolitionism, Americanism, and the Revolutionary Tradition in Free Black Politics. In: KAZYN, Michael; MCCARTIN, Joseph A. (Eds.). *Americanism: New Perspectives on the History of an Ideal*. Chapel Hill: UNC Press, 2006. p. 25-52.

BOGLE, Donald. *Toms, coons, mulattoes, mammies, and bucks; an interpretive history of Blacks in American films*. The Viking Press Inc. New York, 1973, pp 10 -18.

BORDWELL, David. *O cinema clássico hollywoodiano: normas e princípios narrativos*. In: RAMOS, Fernão Pessoa (Org.). *Teoria contemporânea do cinema: documentário e narrativa ficcional*. Volume II. São Paulo: Senac, 2005.

COSTA, Flávia Cesarino. *O Primeiro Cinema: espetáculo, narração, domesticação*. Rio de Janeiro: Azougue, 2005, pp.17-70.

GONZALEZ, Lélia; HASENBALG, Carlos. *Lugar de negro*. Editora Marco Zero, Rio de Janeiro, 1982.

GREENE, Ward. *The Atlanta Journal*. IN LANG, Robert. D.W. Griffith, director. New Jersey: Rutgers University Press, 1994.

JUNQUEIRA, Mary. *Estados Unidos: a Consolidação da nação*. São Paulo: Editora Contexto, 2004.

LAGNY, Michele. *O cinema como fonte de História*. In: Cinematógrafo. São Paulo: Ed. UNESP, 2009, pp. 99-132.

LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. Marina de Andrade Marconi, Eva Maria Lakatos. - 5. ed. - São Paulo: Atlas 2003.

MBEMBE, Achille. *Crítica da Razão Negra*. Tradução por Sebastião Nascimento. São Paulo: n-1, 2018.

MOÇO, Aline C.P. *Em defesa do americanismo: O nascimento de uma nação de Griffith*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

MOÇO, Aline C.P. *O ideal de Nação de Griffith no filme "O Nascimento de uma Nação"*. Projeto História, São Paulo, n.36, 2008, p. 397-404.

MOURA, Cóvis. *Particularidades do racismo brasileiro*. Revista Princípios, 1994 ed. 32, p. 62-64.

_____. *National Association for the Advancement of Colored People*. Disponível em <https://www.naacp.org/>. Acesso em 10 dez. 2020.

NAZÁRIO, Luiz. *Um mundo feito para a câmera*. In: Nazário, Luiz. *As Sombras Móveis: atualidade do cinema mudo*. Belo Horizonte, MG: Ed. UFMG, 1999, pp.15-48.

RODRIGUES, Vladimir Miguel. *Contexto histórico: Malcolm X, um protagonista de uma sociedade racista*. In: _____. *O X de Malcolm X e a Questão Racial Norte-Americana*. São Paulo: Ed. UNESP, 2013. p. 23-56.

SEYMOUR, Martin Lipset. *American Excepetionalism: a double-edge sword*. New York: W.W. Norton and Company, 1997.

SILVA, João Mateus Ferreira; PESSANHA, Edmilson Júnior do Amaral. *DU BOIS E OS ABOLICIONISTAS: O AMERICANISMO NEGRO NA LUTA PELOS DIREITOS CIVIS DURANTE O SÉCULO XX*. Revista Discente Planície Científica, Campos dos Goytacazes – RJ v. 1, n. 2, 2019.

VALIM, Alexandre B. *História e cinema*. In: Novos Domínios da História. VAINFAS, Ronaldo; CARDOSO, Ciro Flamarion. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2012, pp.283-300.

O PRÉ-REQUISITO DA CONFISSÃO PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: REFLEXÕES SOBRE SUA (DES)NECESSIDADE E (IN)COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE PREREQUISITE OF THE CONFESSION FOR THE NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT: REFLECTIONS ON ITS (UN)NECESSITY AND (IN)COMPATIBILITY WITH THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Luísa Tramarin Hoffmann*

Rafael Della Giustina Basilone Leite**

Resumo: O presente artigo pretende investigar como o pré-requisito da confissão no acordo de não persecução penal está inserido no ordenamento jurídico brasileiro e quais são suas principais problemáticas. A exigência de uma confissão do delito para que possa haver a celebração do acordo vem gerando diversas polêmicas e discussões entre doutrinadores e operadores do direito, com questionamentos sobre sua constitucionalidade em face do princípio *nemo tenetur se detegere* - segundo o qual ninguém deve ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Nesse sentido, busca-se analisar não somente essa possível inconstitucionalidade, como também as implicações práticas do pré-requisito da confissão, a possibilidade de seu uso como meio de prova no processo judicial e sua improdutividade no curso da persecução penal. Constatou-se, ao fim, que não há necessidade de se manter a condição da confissão para a realização do instituto negocial, podendo esta ser descartada sem nenhum prejuízo ao investigado ou ao processo penal. O estudo se localiza no campo teórico do garantismo penal, de modo a preocupar-se com os direitos e garantias individuais do acusado diante de um instituto negocial ainda recente e discutível. O método utilizado é o dedutivo, a partir de revisão bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial.

Palavras-chave: Justiça Consensual. Direito Processual Penal. Acordo de Não Persecução Penal. Confissão.

*Graduanda no curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1058146643617893>. E-mail: luisathoffmann@gmail.com.

**Graduando no curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8493645894536581>. E-mail: rafaeldellag@hotmail.com.

Abstract: *This paper aims to understand how the requirement of confession in the non-criminal prosecution agreement is inserted in the Brazilian legal system and what are its main problems. The requirement of a confession of the crime so that the agreement can be signed has generated several controversies and discussions between legal scholars and jurists, with questions about its constitutionality in view of the principle *nemo tenetur se detegere* - according to which no one should be obliged to produce evidence against themselves. In this sense, we seek to analyze not only this possible unconstitutionality, but also the practical implications of the confession requirement, its use as a proof in the judicial process in cases of non-signature of the agreement and its unproductivity in the course of criminal prosecution. We found, in the end, that there is no need to maintain the requirement of confession, which can be discarded without any loss to the investigated or to the criminal proceedings. The study is located in the theoretical field of penal guaranteeism, in order to be concerned with the individual rights and guarantees of the accused in a consensual institute that is still recent and debatable. The method used is the deductive one, based on bibliographical, doctrinal and jurisprudential review.*

Key-words: *Consensual Justice. Criminal Procedural Law. Non-criminal Prosecution Agreement. Confession.*

1. INTRODUÇÃO

O acordo de não persecução penal (ANPP) foi integrado ao direito penal brasileiro por meio da Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, como mais uma forma de direito penal negocial. Inserido no artigo 28-A do Código de Processo Penal (CPP), estipula a possibilidade de que seja realizado o acordo entre o órgão acusador, o acusado e o defensor. Após firmado, passa pela verificação de legalidade pelo magistrado. Cumprido o acordo, é extinta a punibilidade.

A possibilidade do oferecimento do acordo já era prevista desde 7 de agosto de 2017, pelo artigo 18 da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), mas com alguns dispositivos diferentes. O objetivo do instituto é a despenalização de condutas menos gravosas e evitar o processo penal, para aliviar o judiciário da sua alta quantidade de processos e torná-lo mais célere.

Contudo, entre os requisitos para a proposição do acordo, está a “confissão formal e circunstancial” da prática da infração penal pelo investigado. Logo, surgiram controvérsias e discussões acerca da forma e da natureza da confissão e a sua não submissão aos princípios constitucionais processuais penais - alguns autores apontam uma possível afronta ao princípio da presunção da inocência -, tendo em vista as possíveis implicações de se exigir a confissão de um delito para que se possa pactuar um acordo benéfico ao réu.

Assim, com a presente pesquisa, pretendeu-se responder às seguintes problemáticas: é necessária a exigência da confissão como requisito para a celebração do acordo de não persecução penal? Essa obrigatoriedade da confissão é adequada aos princípios do ordenamento jurídico brasileiro? Quais são as suas consequências práticas no processo penal? Se essa exigência for relativizada, haverá prejuízos para o cumprimento dos objetivos e fundamentos do referido acordo?

A partir desses questionamentos, buscou-se chegar a uma conclusão sobre se há ou não uma praticidade e necessidade dessa confissão e, portanto, se esta pode ser relativizada - mas sem a intenção de esgotar o debate, tendo em vista a profundidade e recenticidade do tema. Ao proceder a essa análise, serão sempre observados os preceitos do ordenamento jurídico brasileiro, com embasamento teórico na vertente do minimalismo e garantismo penal, visando tornar o acordo o mais justo e equilibrado possível para o acusado, enquanto parte mais vulnerável do negócio jurídico processual, perante o Ministério Público.

Para tanto, utilizou-se como método de abordagem o dedutivo, já que o estudo partiu da análise de um objeto geral para um mais específico. Já em relação ao procedimento técnico, realizou-se tanto um levantamento documental, com a análise de leis, como a Constituição Federal de 1988 (CF/88) e a Lei nº 13.964/19, e da jurisprudência; bem como o levantamento bibliográfico, com a leitura e sistematização de livros doutrinários, notadamente aqueles especializados em processo penal, bem como de artigos científicos publicados sobre o tema.

Ademais, o presente artigo foi dividido em quatro capítulos. O primeiro se destinou a fazer uma contextualização e compreensão ampla acerca do acordo de não persecução penal, quanto aos seus aspectos legais, históricos, forma de aplicação e demais discussões que dele decorrem, incluindo o recente paradigma da justiça consensual na qual o acordo está inserido. O segundo capítulo, por sua vez, visou analisar, em um primeiro momento, o instituto da confissão (e suas espécies) no processo penal brasileiro de modo geral; e em um segundo momento, expor, especificamente, como o requisito da confissão para a celebração do acordo de não persecução penal está inserido no ordenamento jurídico.

No terceiro e quarto capítulos, partiu-se para as principais investigações do artigo, sendo abordado o conjunto de problemáticas envolvidas na obrigatoriedade da confissão para a celebração do ANPP e suas consequências. Isto posto, analisou-se a conformidade de tal exigência com os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, a sua relação com o princípio da presunção da inocência e com os próprios acusados inocentes, a viabilidade de utilizar a confissão como meio de prova e qual seria a utilidade desta para o acordo e para o processo penal.

2. CONTEXTUALIZANDO O ANPP: O NOVO PARADIGMA DA JUSTIÇA CONSENSUAL E OS ASPECTOS LEGAIS DO ACORDO

Diante de tantas problemáticas que denotam a falência do sistema penal brasileiro, como o encarceramento em massa, a violação de direitos fundamentais e humanos dentro das prisões, a morosidade do poder judiciário, os altos índices de violência policial e estatal e a não redução de práticas delituosas, alguns legisladores e operadores do direito têm concentrado seus esforços em elaborar formas de trazer maior segurança jurídica, celeridade e eficiência ao modo de fazer justiça no âmbito criminal.

Assim, em contraposição ao modelo de justiça retributiva, pautada na retribuição do mal do crime com o mal da pena (NUCCI, 2020), surge o modelo de justiça consensual, dentro de um paradigma de fomento à utilização de novos instrumentos e institutos despenalizadores, ou seja, que confrontam a ideia já plenamente consolidada no imaginário popular da pena de prisão como única medida possível a ser tomada em face de conduta delituosa (PIRES, 2004).

Importa reiterar que a justiça consensual se insere no marco teórico do garantismo e minimalismo penal: preocupa-se com a tutela dos direitos individuais em face do poder estatal e de eventuais abusos dos órgãos do Estado, como a ampla defesa e o contraditório para quem é criminalmente acusado, antes que se possa limitar o direito à liberdade (NUCCI, 2020). Ademais, visa fomentar o respeito ao princípio da intervenção mínima e ao caráter subsidiário e fragmentário do direito penal, ao oferecer possibilidades alternativas e céleres em contraposição ao processo penal condenatório e à tradicional pena privativa de liberdade enquanto violência estatal legitimada. Nesta senda, por meio de ritos especializados e saídas alternativas à persecução, tem-se promovido consideráveis mudanças no próprio processo penal (LEITE, 2009).

O acordo de não persecução penal é mais um instituto de “justiça negociada”, ao lado da transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada. Ainda que sejam distintos e submetidos a diferentes requisitos e consequências, todos integram um verdadeiro espaço de consenso, de negociação (LOPES JR., 2020). Conforme estabelecido pelo Pacote Anticrime, o acordo de não persecução penal constitui negócio jurídico de natureza extrajudicial, no âmbito da justiça penal consensual, utilizado no caso de infrações penais sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos.

De acordo com o doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2020), a criação do

acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico tem como fundamento a necessidade de implementação de soluções alternativas no processo penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos de médio ou baixo potencial ofensivo, gerando a possibilidade de priorização dos recursos financeiros e humanos da máquina estatal para processamento e julgamento dos casos mais graves. Além disso, pretende, em tese, proporcionar aos acusados uma chance de evitar uma condenação penal, reduzindo os efeitos sociais negativos da pena e desafiando os estabelecimentos prisionais.

Quanto ao seu histórico, foi instituído, inicialmente, pelo art. 18 da Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), o qual gerou discussões quanto à sua constitucionalidade no que tange à competência legislativa de um conselho administrativo para editar uma norma de matéria processual penal e, portanto, de competência privativa da União, conforme expressamente previsto no artigo 22, I, da Constituição. A Lei 13.964/2019, então, pôs fim à discussão acerca da eventual incompetência legislativa do CNMP, sanando, inclusive, lacunas legais deixadas pela resolução supramencionada, ao introduzir o ANPP no Código de Processo Penal (CPP), em seu art. 28-A:

Art. 28-A. 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, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

O *caput* do dispositivo estabelece um rol exemplificativo de condições a serem cumpridas pelo acusado, ajustadas de modo cumulativo ou alternado entre acusado e MP. Dentre essas condições, estão a possibilidade de reparação do dano, a renúncia voluntária de bens ou direitos provenientes do crime, a prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas e o pagamento de prestação pecuniária.

O art. 28-A estabelece que o ANPP deve necessariamente ser homologado pelo juízo competente e celebrado entre o Ministério Público (MP) e o acusado, assistido por seu defensor, desde que confesse formal e circunstancialmente a prática do delito e cumpra as condições previstas legalmente - daí, nasce a polêmica exigência de confissão para a realização de um acordo pautado na consensualidade.

Há, ainda, a exigência de outros requisitos, como, por exemplo, a não realização de outro acordo de mesma natureza (por exemplo, o próprio ANPP, a transação

penal ou o *sursis* processual, os dois últimos estabelecidos pela Lei 9.099/95, a Lei dos Juizados Especiais) em um período de 5 anos anteriores ao cometimento da infração penal; não se tratar o crime de violência doméstica, familiar ou praticado contra a mulher em razão da condição de sexo feminino; não haver o acusado maus antecedentes ou reincidências.

Cumpridas as condições e requisitos previstos em lei, o *Parquet* se compromete a não oferecer denúncia contra o investigado. Assim, caso o acordo seja integralmente cumprido sem qualquer necessidade de revogação (que ocorre quando há eventual descumprimento das condições pré-estabelecidas), extingue-se a punibilidade do agente delituoso (LIMA, 2020). Importa ressaltar o caráter de não-reflexividade do acordo na culpabilidade do investigado, conforme preceitua o § 12 do art. 28-A. Nesse sentido, o ANPP não constará na certidão de antecedentes criminais, exceto para o fim de impedir a celebração de novo acordo dentro do prazo de 5 (cinco) anos.

3. A CONFISSÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A confissão pode ser conceituada como a aceitação por parte do acusado da imputação da infração penal, perante a autoridade judiciária ou policial, ou seja, a admissão feita por aquele a quem é atribuída a prática da infração penal da veracidade da imputação (LIMA, 2020). É um ato personalíssimo, livre, espontâneo, retratável e divisível. Em certo período da história processual penal (especialmente no processo inquisitório medieval e em sistemas de prova tarifada), a confissão era considerada a “rainha das provas”, capaz de, por si só, permitir a condenação independentemente dos outros elementos probatórios do processo (LOPES JR., 2020).

Esse entendimento era justificado pela falsa lógica de que ninguém melhor do que o próprio acusado para dizer se é ou não culpado. Assim, a confissão era um elemento probatório de caráter absoluto. Hoje, nenhuma prova é absoluta, nem mesmo a confissão. Todas as provas são relativas e devem ser interpretadas em análise ampla e comparativa que envolva a totalidade probatória do processo. Assim, a confissão passa a ter, também, um caráter relativo, devendo ser avaliada a partir das especificidades e em conjunto com as provas produzidas em cada caso, nunca isoladamente. Deve ser verossímil e ter compatibilidade com as demais provas (LOPES JR., 2020).

Lopes Jr. entende que somente pode ser valorada a confissão feita em juízo, e não aquela feita extrajudicialmente. Segundo o autor:

A confissão deve ser analisada no contexto probatório, não de forma isolada, mas sim em conjunto com a prova colhida, de modo que, sozinha, não justifica um juízo condenatório, mas, por outro lado, quando situada na mesma linha da prova produzida, em conformidade e harmonia, poderá ser valorada pelo juiz na sentença. Deve-se insistir na necessidade de abandonar-se o ranço inquisitório (e a mentalidade nessa linha estruturada), em que a confissão era considerada a “rainha das provas”, pois o réu era portador de uma verdade que deveria ser extraída a qualquer custo (LOPES JR., 2020, p. 724-725).

A própria Exposição de Motivos do CPP afirma, categoricamente, que a confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Nenhuma das provas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra (LOPES JR., 2020). Em suma, a confissão não é mais a rainha das provas - atualmente, nenhuma prova recebe esse título. Ademais, em consonância com os nossos princípios constitucionais, somente pode ser valorada a confissão feita com plena liberdade e autonomia do réu; que ele tenha sido informado e tenha “compreendido substancialmente” seus direitos constitucionais; que ela tenha se produzido em juízo (jurisdicionalizada); e que tenha sido assistido por defensor técnico (CHOUKR, 2005).

Conforme explica Lima (2020), a confissão extrajudicial é aquela feita fora do processo penal, sem a observância do contraditório e da ampla defesa, sem a presença dialética das partes. Diante disso, o autor também assevera que uma confissão extrajudicial não pode, por si só, fundamentar um decreto condenatório, sob pena, aliás, de violação ao preceito do art. 155, caput, do CPP. Há duas exceções em que a jurisprudência tem admitido a valoração da confissão extrajudicial: a) no plenário do júri, em virtude do sistema da íntima convicção do juiz, que vigora em relação à decisão dos jurados; b) quando a confissão extrajudicial é feita na presença de defensor.

Dentre outras classificações doutrinárias da confissão, a mais comum é aquela que a divide entre simples ou qualificada. A confissão simples ocorre quando o acusado confessa a prática do fato delituoso, porém não invoca qualquer excludente da ilicitude ou da culpabilidade em seu benefício. Já a confissão qualificada ocorre quando o acusado confessa a prática do fato delituoso, mas alega, em sua defesa, teses defensivas discriminantes ou exculpantes, como, por exemplo, que teria o praticado sob uma excludente da ilicitude ou da culpabilidade, ou a desclassificação do tipo penal para outro de menor potencial ofensivo (LIMA, 2020).

3.1 DO REQUISITO DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A confissão como requisito do acordo de não persecução penal deve ser realizada extrajudicialmente perante o Ministério Público, ou seja, não é feita dentro do processo perante o magistrado. O *caput* do artigo 28-A, do CPP, define que ela deve ser formal e circunstancial. Formal, porque deve ser formalizada perante MP; circunstancial, porque deve conter detalhes dos fatos que envolvem o delito (LOVATTO, A. C. e LOVATTO, D. C., 2020). Como a lei não especifica como deve ser sua forma, pode ser tanto escrita quanto audiovisual.

Operadores do direito divergem quanto à obrigatoriedade da confissão, de um ponto de vista interpretativo. Enquanto alguns estudiosos acreditam que o dispositivo legal deixou clara a obrigatoriedade do acordo, ao dispor que o ANPP poderá ser realizado “tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal (...)”, outros defendem, em contrapartida, que o acordo poderia ser proposto mesmo que o acusado não tenha confessado o crime, nos moldes do artigo 28-A do CPP, conforme sustentado, por exemplo, em publicação da revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, de autoria de Aline Correa Lovatto e Daniel Correa Lovatto:

Ademais, de forma alguma a confissão, mesmo que formalizada e circunstanciada, é exigida como parte do acordo. A confissão é um ato, o acordo outro. O artigo 28-A do CPP não previu a necessidade de o mesmo acompanhar o acordo levando à homologação e não deve ser interpretado diferentemente (LOVATTO, A. C.; LOVATTO, D. C., 2020, p. 76).

Apesar disso, o posicionamento majoritário e aplicado na prática é de que, da análise do dispositivo legal, depreende-se que a confissão constitui, sim, um pré-requisito para a celebração do acordo, posicionamento do qual se parte na presente pesquisa, a fim de questionar essa exigibilidade. Masi (2020) aponta que a exigência de confissão formal no ANPP é um resquício da mentalidade inquisitória do processo penal, ao antecipar uma conclusão de mérito sem conferir a possibilidade do contraditório e ampla defesa, inclusive em razão da inexistência de acusação formal.

Isso contrapõe a “dimensão epistêmica” do processo penal, da qual se infere que a parte acusatória só pode ter um resultado favorável para sua pretensão caso se desincumba de ônus probatórios e processuais. O autor explica que tão perseguida busca pela verdade (especialmente na lógica inquisitorial) “não tem espaço dentro do viés acusatório, porque o juízo de verdade ou falsidade somente poderá incidir sobre uma afirmação acerca da existência do fato, e nunca sobre o fato em si, que é inatingível” (MASI, 2020, p. 278).

No sistema processual acusatório pretendido pela Constituição Federal e vinculado ao Estado Democrático de Direito, o acusado não é objeto, e sim sujeito do processo. A confissão não pode ser um instrumento de busca pela verdade, tampouco de coação ou obtenção de arrependimento. Contudo, de forma contraposta ao sistema acusatório, a exigência da confissão para que o investigado possa se beneficiar do ANPP faz com que a atribuição de responsabilidade independa da produção válida do conhecimento (MASI, 2020). Para além das dúvidas formais e hermenêuticas quanto a sua obrigatoriedade e sua adequação ao processo acusatório, é ainda mais vigoroso o debate acerca de sua constitucionalidade e utilidade ao processo penal, como será visto a seguir.

4. O ESTIGMA DE UM PROCESSO PENAL SOBRE O ACUSADO: O INTERESSE NA REALIZAÇÃO DO ANPP POR PARTE DE “CULPADOS” E “INOCENTES”

Inicialmente, infere-se que, como o acordo requer a confissão, o redator da lei pressupõe que só tem interesse em celebrar o acordo quem cometeu a conduta pela qual está sendo investigado. Contudo, isso não se verifica na realidade. Mesmo uma pessoa que está sendo acusada por algo que não fez, e que deveria ter sua inocência mantida no julgamento, pode querer celebrar o acordo para evitar o medo e o sofrimento de ter que responder a um processo penal. Afinal, “a tortura, nas formas mais cruéis, está abolida, ao menos sobre o papel; mas o processo [penal] por si mesmo é uma tortura” (CARNELUTTI, 1995, p. 33).

Em um ponto de vista oposto, poderia se sustentar que o investigado inocente não precisaria recorrer ao acordo, uma vez que, enquanto inocente, será absolvido. No entanto, há controvérsias nessa posição, haja vista que: a) a própria persecução penal gera um ônus muito grande ao acusado, o qual, além de arcar com os custos do processo, também acaba por ter sua imagem e reputação maculada perante a sociedade, etiquetado socialmente como “criminoso” (BARATA, 2011), mesmo não o sendo, conforme aponta a teoria criminológica do etiquetamento social ou *labelling approach*¹; b) a máquina judiciária não é 100% eficaz e acertada em seus julgamentos, não sendo rara a condenação de inocentes (INOCENCE PROJECT BRASIL, 2020) - de modo que não se pode exigir do investigado inocente uma confiança em relação ao Poder Judiciário.

¹ Nesse sentido, para aprofundamento do assunto, ver BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

Além disso, é mais benéfico para o investigado inocente que confesse o crime, mesmo não o tendo cometido, levando em consideração também a redação do § 12 do art. 28-A do CPP, que determina que o acordo de não persecução penal não constará na certidão de antecedentes criminais do investigado. Assim, fica evidente a pretensão do legislador de fazer com que o acordo não reflita negativamente na culpabilidade do investigado, não gerando reincidência ou maus antecedentes (LIMA, 2020). Portanto, de um ponto de vista lógico, parece menos árduo ao investigado confessar uma prática delituosa do que esperar uma persecução inteira para provar sua inocência, sendo a ele possibilitado que resolva sua pendência processual já de início.

Como visto, a justificativa para o requisito da confissão seria de que “a verdade prevaleceria” no processo penal e que “inocentes” (aqueles que não cometeram a infração) teriam o processo arquivado. Entretanto, a verdade do processo é construída nele e pode estar muito distante da “verdade real” (NUCCI, 2019). Sobram exemplos para confirmar, como o caso de Antônio Castro, condenado injustamente em 2014 pelo crime de estupro e inocentado após passar 5 anos na prisão (INOCENCE PROJECT BRASIL, 2020). Dentro do acordo, a confissão não revelaria a realidade, apenas confirmaria a futura hipótese acusatória para que o negócio se torne possível. Assim, o que deveria ser uma relação negocial fundada no consenso acaba revelando uma situação de desequilíbrio entre as partes na qual o investigado é desfavorecido e vulnerabilizado.

Carlo Velho Masi trata do risco de se prejudicar acusados inocentes com a exigência da confissão, suscitando o questionamento acerca da constitucionalidade deste pressuposto de validade, uma vez que no ANPP não se discute a culpa nem há exame de mérito. Para o autor,

[...] o único controle é sobre a voluntariedade, porém isso não garante que o investigado de fato inocente, que tenha praticado crime menos grave ou que esteja albergado por causas de justificação ou exculpação (caso de confissão qualificada), não esteja confessando apenas para evitar o risco de uma condenação criminal, gerando uma falsa confissão (MASI, 2020, p. 284).

Dessa forma, a confissão no acordo guarda grande proximidade com o estudo realizado por Juliana Ferreira da Silva (2019), que analisa a confissão virar meramente objeto de troca, distante da realidade, fenômeno denominado pela autora como “falsas confissões involuntárias”: quando a confissão é motivada por procedimentos que ocorrem nas investigações, relacionados a técnicas manipulativas e coercitivas e à vulnerabilidade do suspeito. Dessa forma, enquanto uma confissão

no processo penal seria comparada e interpretada em conjunto com todo o complexo probatório, a confissão como condição do ANPP é tomada como verídica sem contraditório e sem compromisso com a realidade, não buscando o culpado pela infração, mas “um culpado” qualquer (LOVATTO, A. C. e LOVATTO, D. C., 2020).

É essa a “responsabilidade flutuante, em busca de um responsável para a pena, que libertará o clã da impureza com que o crime o contaminou” (SHECARRA, 1993, p. 25). Assim, parece no mínimo contraditório um ordenamento jurídico que despreza confissões obtidas por meio da chantagem e da tortura psicológica cobrar que um sujeito profira uma confissão falsa para obter a possibilidade do ANPP. Em que pese a confissão no ordenamento jurídico brasileiro, quanto ao seu conteúdo, seja dividida entre simples e qualificada, Rufino e Valença (2019, p. 44) afirmam que a confissão só poderia ser levada em consideração para o acordo se dada de uma forma simples.

Para os autores, a confissão qualificada “exige o trâmite judicial conflitivo, com o devido processo legal, uma vez que o reconhecimento das circunstâncias levantadas pelo investigado pode resultar em exclusão da sua responsabilidade” (RUFINO; VALENÇA, 2019, p. 44). Assim, defendem ser inconstitucional o acordo, haja vista que este preceitua que a confissão deverá ser circunstanciada. Constantino (2020) concorda que a confissão deverá se dar de forma simples. Em contrapartida, afirma que a confissão circunstancial não é sinônimo de qualificada, não significando compelir o confitente a definir juridicamente o fato confessado ou entrar em controvérsia com o Ministério Público sobre a classificação do crime, mas tão somente revelar pormenorizadamente o acontecimento criminoso.

O professor Paulo Queiroz (2020) reforça tal posicionamento, ao compreender que a “confissão formal e circunstancial” (nos termos do dispositivo legal) deve ser entendida como uma confissão simples e voluntária, em que o investigado menciona o essencial da infração cometida, narrando a motivação e as circunstâncias juridicamente relevantes. Nesse sentido, não haveria inconstitucionalidade. Vale ressaltar que as confissões qualificadas não têm sido aceitas pelo Ministério Público, apenas as simples. A título de exemplo, menciona-se o julgamento do Superior Tribunal de Justiça do Habeas Corpus 636.279 – SP, caso em que o investigado, em sua confissão, afirma estar confessando apenas para celebrar o ANPP, embora seja inocente.

Sob relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik, foi julgado que a confissão não era válida, pois, conforme Queiroz (2020), só o réu que se declara culpado cumpre o requisito do art. 28-A, do CPP, não o que se considera inocente. Portanto, a

confissão qualificada deveria resultar ou no arquivamento do processo ou no oferecimento da denúncia para que seja discutida e julgada a justificativa do acusado como legítima ou não. Nesse aspecto, resta ainda mais evidente a injustiça de tal requisito para com os inocentes que almejam celebrar o acordo, haja vista que sua confissão não poderá ser considerada para fins de perfectibilização do negócio jurídico processual se admitirem terem confessado apenas com esse objetivo.

Diante disso, constata-se que, se a lei tivesse sido elaborada de forma racional, tendo em mente que qualquer investigado poderia querer realizar o ANPP, não apenas aqueles que de fato cometeram o crime, não deveria ter sido estabelecido o requerimento da confissão. Uma vez que o ANPP possa ser considerado mais benéfico do que responder a ação penal (diante do peso de um processo penal na vida do acusado, conforme anteriormente analisado), mesmo que esta tenha um fim absolutório, é irrazoável impossibilitar tal recurso aos que sequer cometeram a infração da qual estão sendo acusados (LOPES JR., 2020), sob o risco da prática do crime se tornar, de certa forma, “vantajosa” do ponto de vista procedimental.

5. A CONFISSÃO COMO MEIO DE PROVA: HÁ OFENSA AO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*?

O ANPP é inspirado do modelo adotado nos Estados Unidos, denominado “*Plea Bargain Agreement*”, uma negociação realizada entre promotor e réu, em que “este confessa voluntariamente a prática de uma infração penal (*guilty plea*) ou deixa de contestá-la (*plea of nolo contendere*), em troca de um benefício oferecido pelo promotor” (ALVES, 2018, p. 203). Trata-se de influência do modelo *common law* de justiça negociada no sistema brasileiro, embora este seja regido pelo sistema *civil law* (VIANA, 2019). Todavia, o ANPP se difere do instrumento norte americano em um aspecto muito importante: aqui, havendo o descumprimento do acordo, o MP oferta a denúncia, com plena instrução processual para aplicação da pena.

Já no *plea bargain* a pena é aplicada diretamente, sem necessidade de denúncia e instrução. No modelo brasileiro, portanto, há um maior respeito às garantias do acusado, haja vista que, mesmo tendo confessado o crime, entende-se que deverá ter direito ao devido processo legal antes de ter a si aplicada uma condenação penal. Assim, o ANPP possibilita que a confissão não seja considerada de forma absoluta e incontestável, mas sim sujeita ao crivo do contraditório e ampla defesa (VIANA, 2019). Ademais, o ANPP, ao contrário do *plea bargain*, não visa a imposição imediata de uma “pena”, mas sim de condições alternativas às penas.

No ANPP, o investigado não é sumariamente condenado, portanto, não se torna reincidente (MASI, 2020).

Há também uma semelhança entre o ANPP e o instituto da transação penal, trazido pela Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), que igualmente se desenvolve em uma fase administrativa preliminar (pré-processual), impedindo a instauração de uma ação penal. Ocorre que ambos os institutos levam à aplicação de “penas” sem processo, embora sejam alternativas à pena tradicional de prisão (MASI, 2020). Nucci (2020) destaca que o ANPP se afasta da transação ao exigir confissão, mas também se afasta do instituto do *plea bargain*, uma vez que é anterior ao processo e tem caráter de acordo definitivo, sem o devido processo legal.

Dessa maneira, pela própria forma em que o acordo de não persecução penal foi concebido no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se refletir que o legislador não pretendeu que a confissão no acordo fosse considerada como uma prova absoluta ou de maior valor que o restante das provas a serem produzidas nos autos - ao contrário do que ocorre no modelo dos EUA. Contudo, para além disso, é necessário analisar se é justo e viável utilizar a confissão, realizada no âmbito do acordo, como um meio de prova a ser considerada para o convencimento do magistrado. Uma parte da doutrina considera que seria possível o uso, por parte do *Parquet*, da confissão formal e circunstanciada do investigado em sede de acordo de não persecução penal como suporte probatório no momento de oferecimento da denúncia.

É o entendimento de Renato Brasileiro de Lima (2020): segundo o doutrinador, se o próprio investigado deu ensejo à rescisão do acordo ao deixar de cumprir com as condições impostas pelo MP, não se poderá desprezar os elementos de informação fornecidos por ele. No mesmo sentido, o Enunciado n. 27 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) preceitua que “havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo)”.

Um argumento que coaduna esse posicionamento seria referente ao princípio processual da comunhão das provas, segundo o qual as provas produzidas pertencem ao processo, não importando quem as produziu (NUCCI, 2019). Esse ponto de vista é contestável, tendo em vista que, embora a confissão seja válida administrativamente, a fim de que o Ministério Público proponha o acordo, quando ela é levada ao direito penal, precisa se submeter a novos princípios, de modo que

não necessariamente se manterá válida para fins penais e tampouco se submeterá automaticamente ao referido princípio processual (LOVATTO, A. C. e LOVATTO, D.C., 2020).

A confissão, como pré-requisito do acordo de não persecução penal, é realizada extrajudicialmente, perante o Ministério Público. É um ato pré-processual e sequer faz parte do acordo, é apenas um requisito para que este seja proposto. Nesse sentido, reitera-se que uma confissão extrajudicial não pode, em tese, servir como fundamento em uma condenação judicial, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório e ampla defesa (art. 155, CPP). No entanto, nesse ponto em específico, pelo fato da jurisprudência aceitar a valoração da confissão extrajudicial se realizada na presença de defensor técnico (LIMA, 2020), não haveria óbice à utilização da confissão realizada na celebração do ANPP como prova, tendo em vista que obrigatoriamente deverá haver um defensor técnico presente para assinar o termo de não persecução em conjunto com o investigado, conforme previsto no § 3º do art. 28-A.

Contudo, para que esta confissão possua validade dentro do processo, segundo o art. 155, do CPP, é necessário submetê-la ao contraditório judicial. Ou seja, ela deve ser confirmada perante o juízo pelo acusado. Conforme a doutrina, é inválida a confissão prestada sem a presença do juiz que não for confirmada perante ele, pelo acusado:

Atualmente, com a exigência do contraditório e da ampla defesa, as provas produzidas na fase pré-processual destinam-se ao convencimento do Ministério Público, e não do juiz. Por isso, devem ser repetidas na fase instrutória da ação penal. Daí a previsão expressa do art. 155, caput, CPP, em redação dada pela Lei nº 11.690/08. A confissão, sobretudo, não terá valor algum quando prestada unicamente na fase de inquérito (ou administrativa), se não confirmada perante o juiz. (PACELLI, 2020, p. 518).

Confirma isso, também, o art. 200, do CPP, ao garantir que a confissão é retratável. Consequentemente, a confissão proferida com fins negociais, antes mesmo do oferecimento da denúncia, não pode ser considerada prova a menos que assim queira o réu. Além de não ter sido emanada voluntariamente durante o processo penal, observados todos os direitos e garantias individuais do acusado, perante o juízo competente, conforme defendido idealmente por Nucci (2019), infere-se, a partir das características do acordo já mencionadas, que há grandes chances dessa confissão ter sido produzida sob condições de pressão psicológica, em um momento de vulnerabilidade do investigado perante a possibilidade de evitar o processo penal.

Da leitura e interpretação do próprio dispositivo legal que trata do ANPP é possível visualizar essa técnica de pressão psicológica por meio do poder de barganha estatal consubstanciado na proposição do acordo, mecanismo analisado por Vasconcellos (2014) ao investigar as nuances da justiça criminal negocial brasileira. Nesse momento, o investigado se vê diante de uma encruzilhada, em que precisa sopesar dois caminhos: ou ele poderá confessar a autoria delitiva, sendo assim taxado socialmente como criminoso, com a recompensa de evitar o processo penal por meio da celebração do acordo, ou ele deixa de confessar e perde a chance de se ver livre de um processo dispendioso e moroso.

Diante do peso que um processo judicial gera na vida de uma pessoa, a primeira opção parece um sacrifício válido, mesmo para um inocente, ainda mais considerando o caráter de não reflexividade nos seus antecedentes criminais. Assim, tendo em vista as circunstâncias em que a confissão foi proferida, sua veracidade pode facilmente ser questionada (SILVA, 2019). Segundo Inellas (2000, p. 73), a relevância do instituto da confissão como “testemunho” seria duplamente qualificada: objetivamente, porque ela recai sobre fatos contrários ao interesse de quem confessa; subjetivamente, porque provém do próprio acusado e não de terceiro.

Contudo, no bojo do acordo de não persecução penal, a confissão perde o aspecto objetivo, pois, embora recaia sobre fatos contrários ao interesse da vítima, sua realização é feita em favor do interesse do investigado em prol da celebração do acordo, ou seja, a confissão (mesmo que falsa) pode se tornar uma prática favorável ao réu. O aspecto subjetivo também perde sua força, pois o acusado não faz uma confissão voluntariamente, com o objetivo de revelar a verdade, apenas a profere por exigência do Ministério Público para receber a proposta de acordo.

Segundo Masi (2020), a confissão realizada pelo ANPP, por ser administrativa e fora do exercício da ação penal, não observa o contraditório, de modo que não poderia projetar seus efeitos para fora do próprio acordo ou ser utilizada posteriormente como elemento de prova. Além disso, para o doutrinador Guilherme Nucci (2020) a utilização dessa confissão no processo penal feriria o princípio constitucional *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém deve ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Para o autor, tal princípio também pode ser entendido como imunidade à auto-acusação, consequência natural da presunção da inocência, e se fundamenta pelo fato de que “o Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o agente da infração

penal” (NUCCI, 2019, p. 83). Seria a admissão da fraqueza de seu aparato e de suas autoridades depender do suspeito para colher elementos aptos a embasar a ação penal.

O princípio está presente no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), em seu art. 8º, item 2, alínea “g”, que foi recebido pelo nosso ordenamento como norma constitucional, bem como no art. 186, do CPP, e no art. 5º, incisos LV, LVII e LXIII, da CF/88. Nucci, inclusive, considera a norma como inconstitucional, visto que, após a confissão, se o acordo não for cumprido, o MP pode denunciar o investigado, valendo-se da referida admissão de culpa. Logo, a confissão somente teria gerado danos ao confitente.

Lima (2020) destaca o “direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal” como um desdobramento do princípio *nemo tenetur se detegere*, aduzindo que, com base no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14, § 3º) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, “g”, e § 3º), o acusado não pode ser compelido a realizar uma confissão. Lopes Jr. (2020), por sua vez, define o *nemo tenetur se detegere* como um princípio segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio. Em suma, do exercício do direito de não se auto-incriminar, não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado.

Aqui, tem-se mais um fundamento para se interpretar a exigência da confissão como uma ofensa ao referido princípio, uma vez que, ao decidir não confessar para o MP, no âmbito do ANPP, o investigado sofrerá, de certa forma, um prejuízo ao ter contra ele oferecida uma denúncia, não podendo ter o direito ao acordo. Considerando que, optando por não confessar, o investigado deverá passar por um processo penal de qualquer modo para aferir sua autoria delitiva e sua culpa, não há qualquer vantagem em exigir tal ato: não torna o processo mais célere (pelo contrário), nem menos custoso. Trata-se apenas de um obstáculo ilógico à realização do acordo.

Constata-se que a obrigatoriedade da confissão é, portanto, inútil e desnecessária, colocando-se como uma condição incompatível com o sistema processual penal, haja vista que exerce uma pressão psicológica desnecessária no investigado, o qual optará por confessar o delito para evitar o prejuízo de um processo penal e isso terá impacto anímico e psíquico em sua decisão, de modo a constrangê-lo. Em sentido diverso, Lima (2020) entende que, desde que o acusado seja formal-

mente advertido de seu direito de não produzir prova contra si mesmo e de seu direito ao silêncio - podendo, ciente disso, optar pela confissão a fim de celebrar o acordo -, não haveria incompatibilidade da exigência de confissão em relação ao princípio *nemo tenetur se detegere*.

No entanto, tal posicionamento parece também considerar que somente o investigado que de fato cometeu o delito a ele imputado teria o interesse de celebrar o acordo - pensamento falho, como já visto, uma vez que inocentes também optam pela realização do acordo diante da estigmatização causada pela persecução penal. Cunha considera tal aspecto ao expor seu entendimento e afirma, ainda, que a confissão de culpa no acordo não deve repercutir no processo, devendo, para tanto, ser submetida ao contraditório e ampla defesa, haja vista seu caráter meramente moral:

Importante alertar que, apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa do investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal (CUNHA, 2020, p. 129).

Afinal, a confissão de um delito não denota, necessariamente, que o confitente pode ser condenado penalmente por ele. Há um longo caminho processual a ser percorrido entre a confirmação da autoria delitiva e a sentença absolutória ou condenatória. Não se pode confundir confissão com admissão de culpa *latu sensu* e, mesmo que estas se confundissem, ainda existem diversos outros elementos a serem analisados - como, por exemplo, excludentes de ilicitude - que romperiam essa automática conexão feita pelo senso comum entre confissão e condenação. A averiguação de todos esses elementos só poderá ser feita com o devido processo legal, com direito ao contraditório e à ampla defesa. Nesse viés, ainda que se considere a confissão como meio de prova, esta não deve ser tomada como uma confissão de culpa, tampouco como sinônimo de futura condenação.

Como visto, não existe previsão específica sobre vedação ao uso da confissão do investigado em caso de descumprimento do acordo. Da mesma forma, não há garantia de que a confissão não possa ser utilizada para outros fins além do ANPP, como nas esferas cível e administrativa. A princípio, diante da lacuna legal, caberá à defesa negociar esses aspectos no caso concreto, de modo que os limites do uso da confissão no ANPP em tese estariam apenas vinculados às cláusulas estipuladas pelas partes (MASI, 2020). Assim, a confissão pode ser utilizada até mesmo, por exemplo, como prova em um processo cível que vise a condenação do réu ao

pagamento de danos morais à vítima. Nesse sentido, percebe-se que o investigado possui mais uma razão para se sentir constrangido a confessar para realizar o acordo, de modo que a confissão perde seu caráter subjetivo de voluntariedade.

Além disso, tal situação agrava o prejuízo aos investigados inocentes, que se verão ainda mais vulneráveis e inseguros diante da possibilidade de serem responsabilizados em outras esferas jurídicas. Masi (2020, p. 281), diante de tal discussão, questiona até que ponto é justo exigir “que os investigados abram mão de certas garantias fundamentais, especialmente quando isso pode implicar violação maciça de direitos, caso o ANPP torne-se, tal como é a perspectiva, um dos principais institutos despenalizadores do processo penal brasileiro”. Destarte, constata-se que a exigência da confissão não só é contraproducente à justiça criminal, como também vai contra os objetivos do instituto.

Como visto, o ANPP foi instaurado com o intuito de tornar o sistema judiciário mais célere e eficiente, mas frequentemente a necessidade da confissão deixa o investigado inseguro e atrasa a realização do acordo. Até mesmo o custo do processo pode aumentar, como na comum situação em que o acusado pede mais tempo e é marcada outra audiência para que seja feita a confissão, conforme relatado pelo promotor de Justiça de Minas Gerais, André Luis Alves de Melo (2020). Por fim, compreende-se que a confissão não deveria ser tomada como um meio de prova, pelos diversos fatores já mencionados: a violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, seu caráter contraproducente ao objetivo de proporcionar maior celeridade ao processo penal, o desequilíbrio entre as partes no negócio jurídico processual e a pressão psicológica e vulnerabilidade do investigado diante da possibilidade de ter contra si imposto um processo penal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na pesquisa, procurou-se compreender como o ordenamento jurídico brasileiro, englobando tanto as leis quanto a doutrina e a jurisprudência, incorpora o requisito da confissão no acordo de não persecução penal e quais são suas consequências no processo. Com o estudo, obteve-se o resultado de que o requisito da confissão formal e circunstancial à propositura do acordo de não persecução penal é inconstitucional por ofensa ao princípio *nemo tenetur se detegere* e aos demais princípios que dele decorrem, além de acrescentar amarras desnecessárias e improdutivas ao curso do processo penal.

Em que pese o acordo de não persecução penal seja uma novidade processual que tem a função de tornar os processos mais céleres e possibilitar uma saída alternativa à tradicional persecução penal, a condição da confissão deve ser percebida como um traço arcaico que busca atribuir responsabilidade a um “culpado” qualquer, sem função nem fundamento no processo penal acusatório e democrático proposto pela Constituição Federal. Trata-se de um requerimento disfuncional e ilegítimo para a celebração do ANPP: é um obstáculo desnecessário que cria gastos e morosidade processual, razão pela qual se propõe que seja descartada essa exigibilidade, por meio de alteração formal do dispositivo legal (*caput* do art. 28-A do CPP).

Um acordo de não persecução penal efetivado sem a condição da confissão, além de ser mais prático e eficiente, não traria prejuízo algum, nem para as partes, nem para o processo penal. Nesse sentido, tem-se os exemplos da transação penal e da suspensão condicional do processo, os quais não dependem de confissão. Por outro lado, caso o acordo seja desfeito, a confissão carece de valor processual e deve ser descartada, sob risco de ferir o ideal de um sistema penal acusatório, conforme defendido pela nossa Constituição.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 13 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 636.279 – SP*, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 09/03/2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205683649/habeas-corpus-hc-636279-sp-2020-0346777-0/inteiro-teor-1205683659>. Acesso em: 13 maio 2021.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução de José Antonio Cardinalli. São Paulo: Conan, 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal – comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. *Considerações sobre a confissão como pressuposto para o Acordo de Não Persecução Penal (Lei nº 13.964/19)*. Revista da Defensoria Pública RS, Porto Alegre, v. 26, pp. 620-639, jun. 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/issue/view/2/6>. Acesso em: 05 ago 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 - comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPODIVM, 2020.

GNCCRIM. *Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 - Lei Anticrime*, do Grupo Nacional de Procuradores Gerais. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf. Acesso em: 02 jun. 2021.

INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. *Da Prova em Matéria Criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda., 2000.

INNOCENCE PROJECT BRASIL. *Prova de Reconhecimento e Erro Judiciário*. São Paulo; 2020. Disponível em: https://3799ec6a-9bf8-4819-8b28-e4393e4772f0.filesusr.com/ugd/800e34_dde9726b4b024c9cae0437d7c1f425bb.pdf. Acesso em: 26 jun. 2021.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 8ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. *Confissão como (des)acordo de não persecução penal*. Revista da Defensoria Pública RS, Porto Alegre, v. 26, pp. 65-84, jun. 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/issue/view/2/6>. Acesso em: 13 maio 2021.

MASI, Carlo Velho. *O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo*. Revista da Defensoria Pública RS, Porto Alegre, v. 26, pp. 264-293, jun. 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/issue/view/2/6>. Acesso em: 07 ago 2021.

MELO, André Luis Alves de. *A Disfuncional Confissão no Acordo de Não Persecução Penal (ANPP)*. Consultor Jurídico, dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-21/mp-debate-disfuncional-confissao-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 13 maio 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964 de 24.12.2019*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PIRES, Álvaro. *A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos*. Novos Estudos nº 68. CEBRAP. pps 39-60, 2004.

RUFINO, Emanuel dos Santos Costa; VALENÇA, Manuela Abath (Orient.). *Introdução dos mecanismos de consenso na Justiça criminal brasileira: o acordo de não persecução penal (resolução 181/183 do CNMP)*. 2019. TCC (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito de Recife - CCJ - Universidade Federal de Pernambuco - UFPE - Recife, 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Prestação de serviços à comunidade: alternativa à pena privativa de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, Juliana Ferreira da. (2019, maio). *O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 318, p. 8-11. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6331-O-plea-bargain-e-as-falsas-confissoes-uma-discussao-necessaria-no-sistema-de-justica-criminal. Acesso em: 13 maio 2021.

QUEIROZ, Paulo. *Acordo de não persecução penal: Lei nº 13.964/2019*. 15 jan. 2020. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/acordo-de-nao-persecucao-penal-primeira-parte/>. Acesso em: 27 jun. 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 361 p. 2014.

VIANA, Gabriel Santana Vasco. *Plea bargaining à brasileira? O acordo de não persecução penal como uma medida viável de política criminal*. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 18 – n. 54, p. 347-382 – jul./dez. 2019.

PL 504/2020: CORPOS REPRESENTADOS E PUBLICIDADE SOB AS ÉGIDES DO PANÓPTICO, DA DISCIPLINA E DA DOCILIDADE

*PL 504/2020: REPRESENTED BODIES AND PUBLICITY UNDER
THE AEGIS OF PANOPTICON, DISCIPLINE AND DOCILITY*

*Gabriel Richena Ferreira**

*Laura Marina Taufe***

*Milene Félix da Silva****

*Sofia da Silva Mazon*****

*Thomas Castro Premoli******

Resumo: O presente artigo tem o intuito de analisar o Projeto de Lei no 504 de 2020 da Assembleia Legislativa do Estado São Paulo, proposto pela deputada Marta Costa, através das categorias foucaultianas de panoptismo, disciplina e docilidade, uma vez que o projeto propõe a proibição da circulação de publicidades com alusão à diversidade de gênero e orientação sexual, relacionados a crianças. Decerto, o conceito de modelo panóptico de poder foi utilizado como base na análise do projeto de lei, sob a perspectiva do controle de concepções

*Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Grupo Transdisciplinar em Pesquisa Jurídica para uma Sociedade Sustentável UFSC/CNPq. Currículo Lattes: lattes.cnpq.br/0939221777676646. E-mail: gabriel.richenafeireira@gmail.com

**Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Grupo Transdisciplinar em Pesquisa Jurídica para uma Sociedade Sustentável UFSC/CNPq. Currículo Lattes: lattes.cnpq.br/5074406382508095. E-mail: @laura.taufe@gmail.com

***Bacharela e licenciada em História pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Currículo Lattes: lattes.cnpq.br/2945258145303922. E-mail: milenehistory@gmail.com

****Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Programa de Educação Tutorial - PET Direito UFSC. Currículo Lattes: lattes.cnpq.br/5053341205871710. E-mail: sofiadasilvamazon@gmail.com.

*****Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Monitor da disciplina Antropologia Jurídica, bolsista Voluntário de Iniciação Científica, membro do Grupo Transdisciplinar em Pesquisa Jurídica por uma Sociedade Sustentável UFSC/CNPq, membro do *Ius Gentium* - Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC/CNPq, membro do NUPPI - Núcleo de Pesquisa em Propriedade Intelectual UFSC/CNPq e membro do comitê organizador do Literar - Grupo de Estudos em Direito e Literatura da UFSC. Currículo Lattes: lattes.cnpq.br/4251431389939948. E-mail: thomas.castro.premoli@grad.ufsc.br.

que a sociedade relaciona às identidades de gênero e orientações sexuais diversas através da publicidade. Busca-se, portanto, compreender como a legislação incorpora tal publicidade como uma forma de disciplinaridade, com base nos valores da normalidade e anormalidade reguladas pelas instituições de poder. Ademais, o corpo é alvo desses poderes disciplinares, que têm como objetivo fabricar corpos dóceis e submissos sujeitos à imposição de limites, proibições e obrigações, a partir de uma política das coerções. Desse modo, os corpos são introduzidos em uma anatomia política da docilidade, que por intermédio da publicidade aplica técnicas da governamentalidade e da biopolítica, a fim de dominar e produzir eficácias e comportamentos dentro da hetero-cis-normatividade.

Palavras-chave: Disciplina. Panóptico. Docilização. Michel Foucault. Projeto de Lei 504/2020.

Abstract: The present article has the intention of analysing the Law Project number 504 of 2020, from the Legislative Assembly of São Paulo, proposed by congresswoman Marta Costa, through the foucauldian categories of the panopticon, discipline and docility, since the project proposes the prohibition of the circulation of publicity alluding to gender and sexual orientation diversity, related to children. Undoubtedly, the concept of panoptic model of power was utilized as the basis of the law proposition analysis, under the perspective of controlling the conceptions that society holds regarding the diverse gender identities and sexual orientations through publicity. It is aimed, therefore, to comprehend how the legislation embodies such publicity as a form of disciplinarity, based on the values of normality and abnormality regulated by the power institutions. Moreover, the body is the target of disciplinary powers, that have the goal to fabricate docile and submissive bodies subject to the imposition of limits, prohibitions and obligations, by a coercion politics. Thereby, the bodies are inserted in a political anatomy of docility, that through publicity applies governmentality and biopolitical techniques, intending to dominate and produce efficacies and behaviours inside the hetero-cis-normativity.

Key-words: Discipline. Panopticon. Docilization. Michel Foucault. Law Project 504/2020.

1. INTRODUÇÃO

O Projeto de Lei nº 504 de 2020, em trâmite na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP), propõe que seja vedada a veiculação de publicidades, relacionadas às crianças, que representam pessoas e famílias lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros, transexuais, dentre outros (LGBT+) ou movimentos de diversidade sexual, com previsão de fechamento do estabelecimento que descumprir a lei. A autora, deputada Marta Costa, do Partido Social Democrático (PSD), justifica seu projeto alegando constrangimento que supostamente é causado a muitas famílias por esse tipo de propaganda. Além disso, o projeto também

menção a incapacidade das crianças de discernir aquilo que seria conteúdo prejudicial à sua formação. O Projeto ainda recebeu emenda da deputada Janaína Paschoal, do Partido Social Liberal (PSL), alterando o termo “preferências sexuais” por “gênero e orientações sexuais”. A proposta causou indignação por parte de movimentos sociais, marcas e agências de publicidade que criaram hashtags para se manifestar de forma crítica nas redes sociais (PEZZOTTI, 2021).

Neste trabalho, propõe-se a analisar o PL 504/2020 de maneira qualitativa a partir da perspectiva teórica foucaultiana, se valendo de seus conceitos base para descrever o contexto no qual se insere esse Projeto e principalmente qual sua proposta política. O foco do texto está em, tomando como objeto de estudo o PL 504/2020, descrever como o modelo panóptico do poder, o moderno poder disciplinar, sua anatomia política, e perspectivas sobre outras conceituações do poder entre a modernidade e a contemporaneidade, em suas diversas formas de manifestação, atuam na repressão da diversidade sexual e na invisibilização da população LGBTQ+. Dessa forma, adota-se como metodologia a pesquisa qualitativa, de caráter hipotético-dedutivo, submetendo, o conjunto de postulados acerca do tema e do marco teórico indicado, à técnica de análise de conteúdo, uma vez que pretende-se extrair dos temas, posicionamentos e abordagens, elementos que corroborem a possibilidade de refutar as hipóteses, constituídas na capacidade dos conceitos foucaultianos observarem o Projeto de Lei.

2. MODELO PANÓPTICO DE PODER

Primeiramente, cumpre situar a forma moderna de exercício do poder, chamada por Michel Foucault de “Panoptismo” (FOUCAULT, 1987, pg. 219), em que se insere nossa análise. Esse modelo faz referência ao Panóptico, uma prisão projetada pelo filósofo utilitarista Jeremy Bentham, consistindo em um anel onde ficam os prisioneiros, com uma torre central onde fica o guarda, de tal forma que este consegue ver aqueles mas o contrário não ocorre. Através da ilustração do panóptico, Foucault estabelece uma comparação entre o exercício de poder antigo e moderno. O primeiro se baseia no suplício, colocando o soberano como protagonista da punição, utilizando-a como forma de manifestar seu poder de decisão sobre os corpos de seus súditos.

Por outro lado, o poder moderno é exercido ao modelo do panóptico, dado que o soberano é invisível e o espetáculo da punição ocorre na consciência do encarcerado, que não sabe se está de fato sendo observado porém age em confor-

midade com suas regras. A partir disso podemos entender que a função disciplinar do modelo panóptico é que o soberano, nesse caso, seja invisível e a manutenção do poder seja feita através da disciplina dos corpos e das mentes. Como descreve o autor, “com o panoptismo, temos a disciplina-mecanismo: um dispositivo funcional que deve melhorar o exercício do poder tornando-o mais rápido, mais leve, mais eficaz, um desenho das coerções sutis para uma sociedade que está por vir.” (FOUCAULT, 1987, pg. 232).

A partir da tese de Foucault, podemos traçar um paralelo com a era digital. As múltiplas formas de acesso à informação, como a televisão, os jornais e as redes sociais, aliadas à praticidade dos aparelhos móveis, nos mantêm conectados à irrefreável produção de conteúdo da era da tecnologia. Essa cadeia produtiva, portanto, permite que uma sociedade imprima seus valores nas consciências individuais através do bombardeamento de informação. As notícias que acompanhamos diariamente, o marketing ao qual temos acesso e até mesmo a produção de conteúdo de celebridades e subcelebridades nos afeta de forma subconsciente, condicionando nossas mentes sobre o certo e o errado.

De forma análoga, podemos perceber a presença do soberano invisível do panóptico, uma vez que não se trata de um indivíduo ou grupo manifestando seu poder e sim de uma enorme rede de criadores que reflete os valores de um modelo de sociedade, o modelo capitalista, que traz consigo os padrões de vida determinados pelo seu mercado. Além disso, a disciplina constante também se manifesta, como explica a professora de filosofia Olaya Fernández Guerrero, nossa constante interação com a comunidade externa através das redes sociais implica um cenário na qual estamos sendo constantemente vigiados e julgados por nossas ações. Diz ela, “Os diversos dispositivos panópticos acabam fazendo parte dos processos de criação de subjetividades e transformam-se, além disso, em elementos mediadores das nossas relações sociais e interpessoais.” (GUERRERO, 2017). Em adição a isso, o já citado bombardeamento de informação provoca uma assimilação dos valores que uma comunidade pretende transmitir como corretos, como cita a professora, esse cenário “acaba produzindo uma interiorização das normas e uma ampla adaptação aos padrões de conduta que a sociedade estabelece para regular cada aspecto de nossas vidas.” (GUERRERO, 2017).

Aqui se insere a questão da publicidade, trata-se de conteúdo produzido com o objetivo de vender um determinado produto, que, para isso, se vale de diversos mecanismos psicológicos de fabricação de desejos e da sensação de reconhecimento no espectador, buscando causar neste um sentimento de validação pessoal

e de necessidade em relação ao produto a ser divulgado. Uma propaganda traz consigo diversas simbologias, como o que é considerado bonito ou desagradável, representa quais valores são mais importantes para aquela comunidade. Dentro desse assunto, algo que é muito debatido é a representatividade e cumpre discorrer sobre sua importância. A rede de produção de conteúdo, ao representar determinados grupos em detrimento de outros, simboliza que aqueles são os indivíduos, traços culturais e valores aceitos pela comunidade e, por outro lado, deixa de lado os grupos que, naquela visão, não merecem a tal representatividade. Ao mesmo tempo que representa, reproduz esse padrão na consciência dos indivíduos através do seu bombardeamento.

A partir disso, podemos analisar o Projeto de Lei 504/2020, que alega a necessidade de impedir a representação da diversidade de gênero e sexual em prol da proteção do consumidor, como consta no Projeto de Lei “[...] a fim de impedir desconfortos sociais e atribuições de inúmeras famílias e situações, evitando, tanto a possibilidade, quanto a inadequada influência na formação de jovens e crianças.” (ALESP, 2020).

Tendo em vista o que já foi exposto, fica evidente que o PL em questão se trata de uma face do modelo panóptico de poder, ainda que não haja algum tipo de suplício que deixe explícito a inadequação da diversidade de gênero e sexual aos valores sociais, o Projeto impede que esses grupos tenham representatividade, invisibilizando sua existência. Essa invisibilização pode ser vista inclusive na escolha de palavras por parte da autoria do projeto, que utiliza termos como opção sexual. Em ofício do Ministério Público de São Paulo, o Procurador Geral de Justiça, Mário Luiz Sarrubbo esclarece:

Nesse sentido, não se fala em opção, ou em preferência sexual. Ninguém escolhe, conscientemente, por quem terá atração emocional, afetiva ou sexual. Por isso, o correto é falar em orientação sexual, que se revela ao longo da vida do sujeito como outros predicados que nos constituem sem que possamos escolhê-los. (BRASIL, 2021).

Dessa forma, podemos observar que a submissão de projetos como o PL 504/2020, representam um método de disciplina da mente através da produção de conteúdo, sobre o qual fica clara a disputa de grupos políticos para ter seus valores representados nessa cadeia produtiva.

3. INSTITUIÇÕES DISCIPLINARES

A partir disso, é importante, para o completo entendimento das problemáticas que envolvem o PL 504 de 2020, que se compreenda o funcionamento das instituições disciplinares. Segundo Foucault, foi a partir dos séculos XVII e XVIII que as figuras dos modernos dispositivos disciplinares foram tomando forma, na qual o poder da disciplina, dentro de cada uma delas e cada qual ao seu modo, foi tomando um lugar necessário e estratégico, principalmente no que diz respeito ao estabelecimento da ordem e da coesão interna (FOUCAULT, 1987,).

Essas instituições disciplinares poderiam então ser a escola, o exército, os hospitais, as prisões e até mesmo as fábricas. Contudo, há de se perceber que nem todas essas instituições são reguladas somente através do poder do Estado, ou seja, boa parte delas também são comandadas por determinados setores da sociedade civil. Desse modo, Foucault aponta outro fato importante, o de que o poder disciplinar exercido dentro de tais instituições é exercido, também, através da “divisão binária e da marcação (louco-não louco; perigoso-inofensivo; normal-anormal)” (FOUCAULT, 1987, p.223).

Dessa forma, é importante nos atermos ao fato de que o normal traz consigo uma conotação do que é lícito e inofensivo para a lisura do processo de manutenção da ordem social, o que via de regra, consequentemente, acaba por gerar a manutenção do *status quo*. Já o anormal, como é de se esperar, traz consigo uma esfera conotativa oposta à apresentada anteriormente, estabelecendo, assim, tudo o que seria pretendidamente perigoso e nocivo para promoção da ordem, promovendo medo e a repulsão em relação àquele(a) que se comporta de uma maneira considerada subversiva pela moral pública. Tal é esse funcionamento da divisão binária e da marcação, que Foucault chega até mesmo a comparar o anormal, o socialmente indesejável e, consequentemente, sua caracterização e identificação com a figura do leproso, ao dizer que,

A divisão constante do normal e do anormal, a que todo indivíduo é submetido, leva até nós, e aplicando-os a objetos totalmente diversos, a marcação binária e o exílio dos leprosos; a existência de todo um conjunto de técnicas e de instituições que assumem como tarefa medir, controlar e corrigir os anormais, faz funcionar os dispositivos disciplinares que o medo da peste chamava. (FOUCAULT, 1987, p.223).

Nesse sentido, o anormal pode ser considerado, por extensão, sob a perspectiva do contágio, já que sua existência e suas ações poderiam refletir em todo o

tecido social e instigar que outros indivíduos agissem da mesma forma, ameaçando, assim, a convivência social de um modo geral.

Tal situação pode ser percebida de maneira bastante contundente ao analisarmos o PL 504 de 2020, de autoria de Marta Costa (PSD), apresentado perante à Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, pois ao estabelecer que “a publicidade, por intermédio de qualquer veículo de comunicação e mídia que contenha alusão a preferências sexuais e movimentos sobre diversidade sexual relacionado a crianças” (ALESP, 2020, pg. 1) seja proibida, a parte autora do PL está, de modo bastante claro, partindo do pressuposto de que todas as questões pertinentes ao amplo espectro da comunidade LGBTQ+ não devem ser consideradas normais, mas sim como uma espécie de desvirtuamento da retidão da conduta moral dos indivíduos. Para tanto, a autora do PL propõe que as questões relacionadas à diversidade sexual devem ser ao máximo repelidas do lapso temporal que compreende a infância de um indivíduo em processo de socialização e aprendizado, já que fica claro, segundo o viés ideológico dessa proposta legislativa, que haveria um risco considerável de algo semelhante a um “contágio” que poderia ser desencadeado pelo contato entre crianças e pautas da comunidade LGBTQ+.

Sendo assim, ao suprimir do meio infantil debates pertinentes à sexualidade, também se está agindo de modo a suprimir a visibilidade de um grupo determinado de pessoas que, historicamente, já tiveram sua vivência apagada por meio da opressão à sua condição de vida. Assim, podemos perceber que o PL em questão visa perpetuar a posição privilegiada da qual os indivíduos hetero-cis-normativos gozam no seio social, buscando, dessa forma, manter o *status quo* existente.

3.1 PODER DISCIPLINAR

Já em relação ao poder disciplinar deve-se notar que este é um dos conceitos primordiais para a compreensão da construção teórica de Foucault acerca das relações de poder. Para ele, essa modalidade de poder é algo que deve ser compreendido através da complexidade que ela exige, e nunca deve ser assimilada a uma instituição em particular. Foucault diz que esse tipo de poder deve ser entendido como uma tecnologia que pode ser utilizada por diversas entidades humanas e, desse modo, ao se tomar a disciplina enquanto instrumento de poder deve-se ter em mente que após o século XVIII houve uma tendência ao alívio do fardo físico do poder, ocorrendo, então, a predominância da opressão incorpórea (FOUCAULT, 1987). Porém, se por um lado há o alívio físico das formas de controle, por outro

a repressão moral se intensifica, exercendo, assim, um efeito constante sobre a consciência e os corpos dos indivíduos. Sendo assim, o poder de disciplina pode ser exercido por agrupamentos específicos de pessoas, a fim de que este seja utilizado como uma tecnologia política para o exercício do poder.

Portanto, fica claro que a parte autora do PL 504 de 2020 ao estabelecer como uma de suas justificativas que o “uso indiscriminado desse tipo de divulgação [propagandas que relacionem o público LGBTQ+ ao público infantil entre 5 a 10 anos de idade] trariam real desconforto emocional a inúmeras famílias” (ALESP, 2020, p.1) tem por objetivo disciplinar os indivíduos quanto à sua sexualidade, estabelecendo limites do normal e do anormal, assim como do socialmente aceito e inofensivo e do socialmente subversivo e contagioso. Devemos, ademais, perceber também que tal compreensão do tema da diversidade sexual parte de um grupo específico de indivíduos, que compartilham ideais conservadores acerca da moral pública, e que tenta se utilizar do poder disciplinar no contexto específico da propaganda, enquanto meio midiático de circulação de ideias, como uma tecnologia política de controle sobre a manifestação livre da sexualidade e, portanto, tenta institucionalizar a supressão da visibilidade do grupo e das pautas LGBTQ+ através da repressão formalizada do sistema jurídico no âmbito da esfera pública organizada e comandada pelo Estado.

3.2 SOCIEDADE DISCIPLINAR

Foucault explica que os dispositivos de disciplina, assim como o panóptico anteriormente citado, a partir dos séculos XVII e XVIII, com a ascensão do capitalismo, sofrem uma extensão progressiva, ou seja, multiplicam-se através de todo o corpo social, dando origem ao termo “sociedade disciplinar”, constituída por uma vigilância e controle exacerbados. Nesse sentido, a linha de pensamento foucaultiana salienta que a disciplina transforma-se em uma espécie de “anatomia” do poder, conceituação anteriormente mencionada, que define uma tecnologia que pode tanto ficar a cargo de instituições especializadas, como as penitenciárias por exemplo, quanto de instituições ramificadas, como as casas de educação, os hospitais, a família, e até mesmo a publicidade e o Estado, sendo este o detentor da função principal de fazer reinar a disciplina na escala de toda comunidade, de maneira geral.

Assim, entende-se que, “Pode-se então falar, em suma, da formação de uma sociedade disciplinar nesse movimento que vai das disciplinas fechadas, espécie

de ‘quarentena’ social, até o mecanismo indefinidamente generalizável do “panoptismo” (FOUCAULT, 1987, p.239). Isso não significa que a modalidade disciplinar do poder tenha substituído todas as outras formas de exercê-lo, mas sim, que ela se infiltrou no meio das pré-existentes, servindo de intermediária: ligando-as entre si, prolongando-as, e principalmente permitindo conduzir os efeitos da coerção até os elementos mais profundos e longínquos, visando, dessa forma, assegurar uma distribuição infinita das relações de poder. Faz-se necessário, portanto, compreender que a formação da sociedade disciplinar, enquanto fenômeno atual e abrangente, está ligada a diversos processos históricos que possuem caráter econômico, jurídico, político e científico.

À vista do exposto, quando nos referimos à sexualidade dos indivíduos, esta também será alvo de repreensões múltiplas exercidas pela sociedade disciplinar. Seremos sexualmente controlados e vigiados na família, nas escolas, nas igrejas e em todas as instituições que expressam as relações de poder. Por isso, no caso específico do Projeto de Lei 504, de 2020, que tramita na ALESP, é possível observar as ramificações da sociedade disciplinar atuando de maneira bastante explícita. Há, no projeto, uma tentativa de regulamentar a publicidade, enquanto a grande expoente da representatividade dos corpos, por meio da utilização de uma outra, e ainda mais formalizada, forma de exercer a disciplina, o Poder Legislativo.

A autora do Projeto, a deputada Marta Costa (PSD), afirma que sua intenção com a aprovação é proporcionar limites para veicular a publicidade que possa incentivar o consumidor a práticas danosas (MIGALHAS, 2021). A disciplinaridade aqui é exercida na tentativa de reprimir aquilo que culturalmente é tido como “danoso” ou, numa concepção foucaultiana, indisciplinado, que nesse caso seria, portanto, a pluralidade de existências dissidentes. O projeto é uma enunciação formal e concreta da repressão contra a comunidade LGBTQ+, já estruturada em toda sociedade disciplinar em vigência. Com ela não pretende-se somente castigar os “delinquentes”, mas também, impedir, de maneira mais profunda nas raízes culturais das comunidades, a disseminação de comportamentos que fogem do controle do poder em vigor, e promover a “normalização” desses corpos indisciplinados.

Aqui, há a percepção de que se houve, por um lado, o crescimento da representatividade na publicidade, visto um inegável progresso que a luta LGBTQ+ conquistou nas últimas décadas, há, por outro, uma estrutura estatal que continua a repercutir em nossas mentes, ações e ideias, a qual pode ser identificada como o pensamento de que estar fora do padrão hetero-cis-normativo é anormal e, portanto, passível de repressão. Nesse mesmo sentido, o cenário socio-político

brasileiro tem sido modelo no que se refere a demonstração do quão enraizada pode estar a coercitividade, vide o número de parlamentares que se manifestam a favor “da família e dos bons costumes” como maneira de justificar posicionamentos como os tidos pelos apoiadores do PL aqui exposto. E é coerente que assim seja, pois, tanto a família, quanto os bons costumes e, até mesmo, o próprio parlamento, são todos esferas bem constituídas da mesma disciplinaridade e, por isso, trabalham em conjunto.

Da mesma forma, o próprio texto do Artigo 1º do Projeto de Lei proposto pela deputada Marta Costa carrega um simbolismo nítido ao utilizar o termo “diversidade sexual”, segue:

Artigo 1º - É vedado em todo o território do Estado de São Paulo, a publicidade, por intermédio de qualquer veículo de comunicação e mídia que contenha alusão a preferências sexuais e movimentos sobre **diversidade** sexual relacionado a crianças. [grifo nosso] (ALESP, 2020, p.1).

Inegavelmente, o conceito de diversidade é, essencialmente, o oposto da homogeneidade objetivada pela sociedade disciplinar. Mesmo que no texto do projeto trate-se unicamente de crianças, e por isso, atuam fortemente as forças anciãs da moralidade quando o assunto é sexualidade, pode-se perceber que a diversidade, seja ela sexual ou de qualquer tipo, é uma barreira para o adestramento de ideias, pensamentos e ações. No projeto, as crianças, seres indefesos cujos ideais ainda não foram bem estabelecidos, mas sobre as quais as forças disciplinares já agem de maneira incontestada, são vistas como uma ameaça para a sociedade disciplinar caso tenham contato com o diverso. Por isso, o mecanismo de censura funciona bem, apesar de questionável, visto a inconstitucionalidade de propagandas infantis de qualquer tipo, mesmo anteriormente ao PL. Apela-se para o moralismo, os bons costumes, a família, e todas as instituições que atuaram desde a ascensão do capitalismo, com o objetivo de fortalecer nossa sociedade disciplinar por meio de uma retroalimentação insaciável.

4. CORPOS DÓCEIS

Na abordagem de “os corpos dóceis”, Foucault elucida que no período clássico houve uma descoberta do corpo como objeto e alvo de um poder. Um corpo que é manipulável, modelado, treinado, obediente e que se torna hábil. Um livro expressivo sobre o homem-máquina fora escrito de modo simultâneo em dois registros: um se refere ao anátomo-metafísico no qual as páginas iniciais tiveram a contri-

buição de Descartes, sendo continuado pelos médicos e filósofos; e o segundo, técnico-político, concebido por um conjunto de regulamentos, sendo eles militares, escolares, hospitalares e também por processos empíricos e pensados para corrigir ou controlar as ações do corpo. Neste quesito, o homem-máquina de La Mettrie, reduz de forma materialista a alma e trata de uma teoria geral do adestramento com o foco na “docilidade” que juntamente ao corpo que é analisável funde o corpo manipulável. Pois um corpo é considerado dócil quando pode ser submetido, utilizado, modificado e aperfeiçoado (FOUCAULT, 1987).

O autor dimensiona que, em qualquer sociedade, os corpos são alvo de poderes que lhes impõem limites, proibições e obrigações. No século XVIII, o corpo passa a ser cuidado de forma mais detalhada. Por meio de uma coerção sem folga, ele deve ser mantido no estilo da mecânica, como movimentos, atitudes, gestos e velocidades. Trata-se de um poder ínfimo exercido no corpo ativo. Assim, o importante é a eficácia dos movimentos, a economia e a organização interior deste corpo, enquanto a cerimônia significativa é a do exercício. Há uma coerção ininterrupta: os processos da atividade são mais vigiados do que o resultado, exercendo por meio de uma codificação que esquadrinha o tempo, os movimentos e o espaço ao máximo. Contudo, estes métodos que consente o controle minucioso das ações do corpo, que coloca suas forças na submissão e compele uma relação de docilidade-utilidade, são as denominadas disciplinas. Numerosos processos disciplinares já estavam presentes há tempos em lugares como os exércitos, os conventos e as oficinas. Entretanto, estas disciplinas se tornam mais voltadas para um viés de dominação no decorrer dos séculos XVII e XVIII (FOUCAULT, 1987).

4.1 ANATOMIA POLÍTICA DA DOCILIDADE DOS CORPOS

O momento marcante das disciplinas se trata daquele onde nasce uma arte do corpo humano, na qual, o intuito não é apenas elevar suas habilidades, e colocá-lo na sujeição, mas também originar uma relação que combine mais obediência para ser mais útil, o mesmo sendo inversamente. Forma-se uma política das coerções, uma manobra ou trabalho que envolve o corpo, onde se calcula de maneira manipulada, todos seus gestos e comportamentos. Deste modo, o corpo adentra em uma maquinaria de poder, e isso vai esquadrinhá-lo, desarticulá-lo e rompê-lo. Esta é uma “anatomia política” sendo também uma mecânica do poder, a partir disso se define como é possível ter domínio sobre o corpo dos outros, a intenção não é fazer o que bem entender com este corpo, mas sim operar como se pretende neste corpo por meio das técnicas, de acordo com eficácia e rapidez determina-

das. O que a disciplina faz é fabricar corpos submissos e exercitados, os “corpos dóceis” (FOUCAULT, 1987).

A invenção da chamada anatomia política deve ser compreendida como uma multiplicidade, com processos mínimos, com origens distintas, em localizações esparsas, em que ocorrem repetições que diferem enquanto ao cenário de aplicabilidade e que se convergem e apresentam uma frente de um método geral. Pode ser encontrada nos mais variados espaços, funcionando desde cedo em colégios, e mais tarde em escolas primárias, nos espaços hospitalares, e em diversos anos foi investida na reestruturação da organização militar. Deslocou-se entre os exércitos e as escolas técnicas, e até mesmo entre os colégios e os liceus, de forma às vezes rápida, e, nas grandes oficinas por meio de uma militarização, de forma mais lenta. Nota-se que há a menção de diversas instituições, com alguns exemplos das técnicas essenciais que acabam se generalizando (FOUCAULT, 1987).

Neste viés, pode-se verificar que os espaços onde a anatomia política se faz presente acabam se estendendo para outros cenários no período contemporâneo, sendo possível relacioná-las aos espaços midiáticos nos quais exercem um papel proeminente mediante contribuição com as tecnologias de observação, determinando padrões de comportamentos. Neste sentido, é possível relacionar esta abordagem com a nossa temática, pois identifica-se que os discursos das mídias divulgam a idealização de como deve ser o corpo para o campo social. Exatamente neste contexto que se insere o problema do Projeto de Lei 504/2020, que é utilizar meios midiáticos, como propagandas, para desclassificar indivíduos que compõem um cenário da diversidade no Brasil. É a desconsideração de um pluralismo existente na sociedade, já que a ideia do PL acaba colocando os indivíduos LGBT+ como aqueles que além de não atenderem a um padrão de corpo determinado, acabam sendo questionados sobre seu caráter comportamental, escolhas e condições. Não são vistos como disciplinados, não foram modificados, não são “docilizados”, assim, não podem representar a sociedade.

Cumprе salientar que este alinhamento midiático do controle social se refere a uma construção e manutenção, por meio do discurso deste campo, de uma idealização de corpo que sirva para a esfera social. Os anúncios publicitários demonstram aquilo que é a definição de corpo ideal, de maneira invariável: magro, jovem, branco, bronzeado, é como um “ideal a ser buscado”, ou mesmo um padrão que tem reconhecimento. Nota-se que o ponto elucidado é convergente com a concepção que Foucault elucidava sobre o controle social, e controle sobre os corpos (BRITTOS; GASTALDO, 2006).

Conforme o artigo 1o, identifica-se uma tentativa de reforçar aquilo que já está consolidado. Pois, o espaço publicitário, também divulga aquilo que se considera o ideal de família, composto por homem no papel de pai, mulher no papel de esposa e crianças nos papéis de filhos, e o que fugir deste cenário deve ser desconsiderado. No que tange ao PL, sua proposta argumenta que uma propaganda que conta com a presença de indivíduos que fujam ao padrão ideal, como a comunidade LGBTQ+, poderia acarretar em um desconforto emocional para diversas famílias, além de determinar práticas não adequadas às crianças, sugerindo que os comportamentos dos indivíduos LGBTQ+ não são disciplinados e docilizados o suficiente para compor o meio midiático, por não terem um reconhecimento, por isso, não não servem como representantes da sociedade.

5. OUTRAS DIMENSÕES POLÍTICAS DA PUBLICIDADE

Decerto, a partir da demonstração da possibilidade de ter-se um “domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina” (FOUCAULT, 1987, p.164), é evidente que a dimensão política da publicidade, enquanto docilidade dos corpos, deve ser compreendida também pelas conceituações foucaultianas da governamentalidade, relacionada à ênfase às técnicas ou tecnologias de governo acerca da publicidade, assim como a dimensão biopolítica dos corpos representados nas publicidades.

A priori, Michel Foucault afirma, em “A Governamentalidade”, que “nunca a disciplina foi tão importante, tão valorizada quanto a partir do momento em que procurou-se gerir a população[...] Gerir a população significa geri-la em profundidade, minuciosamente, no detalhe” (1979, p.291), ao contextualizar as noções de governamentalidade, amplamente discutidas em “O Nascimento da Biopolítica”. Nesse sentido, compreendendo a governamentalidade com base em tal gestão da população, e a gestão da população enquanto um tensionamento da disciplina nas novas artes de governar, é premente trazer as análises de Thomas Lemke, ao pensar a analítica do governo e suas tecnologias

[...] uma a analítica do governo examina as tecnologias governamentais como uma maneira de considerar as transformações políticas e as políticas estatais. Propondo um conceito de tecnologia que procura alcançar a materialidade das tecnologias ao circundar duas possíveis quedas, que ou reduz tecnologias a uma expressão de relações sociais ou conceber a sociedade como um resultado das determinações tecnológicas. (2012, p.29, tradução nossa).

Desse modo, Lemke atesta que os regimes de gênero e as formas de subjetividade e existência são frutos de tecnologias, ora tecnologias de si ora tecnologias políticas de indivíduos, possibilitando que a analítica do governo seja compreendida tanto pelos processos de individuação quanto pelas práticas institucionais (2012, tradução nossa), tornando possível concatenar-se a existência dos indivíduos LGBT+, em sua diversidade, como objeto das tecnologias de governo. Nesse mesmo sentido, as inúmeras tecnologias governamentais, que atuam de maneira minuciosa no exercício de uma governamentalidade, devem ser relacionadas aos dispositivos, que enquanto dispositivos simbólicos, dizem respeito às narrativas e aos “regimes de representação os quais não devem ser reduzidos para as proposições semióticas; ao invés, devem ser pensados como práticas performativas” (LEMKE, 2012, p.30, tradução nossa), contribuindo para o estabelecimento da relação entre as tecnologias governamentais, postas como dispositivos simbólicos, e a possibilidade de construções performativas dos imaginários coletivos com base em regimes de representação específicos.

Portanto, é evidente o paralelo entre os regimes de representação e a proibição de representações citadas no projeto de lei, uma vez que o PL 504 de 2020 revela mecanismos, instrumentos e procedimentos práticos censuradores das identidades LGBT+ em suas pluralidades, através dos quais as autoridades moldam as condutas e decisões dos indivíduos e das coletividades, a fim de atingir objetivos específicos (LEMKE, 2012, tradução nossa), como a constituição de um imaginário coletivo, em especial, acessado pelos indivíduos na fase da infância, para causar desestímulo e advertência por parte das crianças e da sociedade às existências e condutas LGBT+ em suas diversidades.

Indubitavelmente, essa forma de análise possibilita compreender as mudanças nas sociedades para além de políticas de Estado, mas através da confluência das tecnologias e das formas de conhecimentos, de modo que uma lei proibindo representações atua através de relações de poder permeadas analogamente no âmbito institucional e individual. Assim, é possível relacionar tal contexto ao voto em separado da deputada Erica Malunguinho do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL/SP), em que clarifica-se o intuito de relacionar as existências LGBT+ representadas em publicidades às influências e condutas negativas, através de técnicas de governamentalidade,

A propositura apresentada pela deputada Marta Costa, ao dizer que “a intenção é limitar a veiculação da publicidade que incentive o consumidor do nosso Estado a práticas danosas” ou “quanto à inadequada influência na formação de jovens e crianças”, expõe uma intenção absolutamente danosa e negativa,

ferindo princípios básicos de cidadania e luta contra discriminação em decorrência de gênero ou orientação sexual [...] (ALESP, 2021, p.4).

Ademais, em “O Nascimento da Biopolítica”, Michel Foucault aborda as concepções de governamentalidade a fim de serem relacionadas ao surgimento de uma biopolítica, dado que o autor procurará “lhes mostrar como todos os problemas que procuro identificar atualmente, como todos esses problemas têm como núcleo central, claro, esse algo que se chama população. Por conseguinte, é a partir daí que algo como a biopolítica poderá se formar” (2008, p.31-32), atestando para um contexto contemporâneo em que o Estado atua imperiosamente sobre aspectos ínfimos da vida de sua população.

Assim sendo, Michel Foucault define que as sociedades modernas apresentam uma forma específica do exercício do poder, a biopolítica (LEMKE, 2017, tradução nossa), afirmando que “o homem moderno é um animal cuja política está posta em questão sua vida de ser vivente” (FOUCAULT, 1998, p.173, tradução nossa), de tal maneira que a política é colocada como parte central da existência do homem moderno, e sua vida, o corpo, como objeto de um biopoder. Dessa forma, em “A História da Sexualidade”, Michel Foucault compreende o biopoder, enquanto aquele que atua nos corpos, os quais são atravessados por uma mecânica dos seres vivos, combinando-se as técnicas de poder de uma anátomo-política da disciplina, pois baseia-se na utilidade e docilidade dos corpos para a atuação de um poder que se investe sobre o corpo vivo, em sua valorização e na gestão das suas forças, (FOUCAULT, 1998, tradução nossa) de modo que

[...] deveria falar-se de “bio-política” para designar o que faz com que a vida e seus mecanismos entrem no domínio dos cálculos explícitos, e converte o poder-saber em um agente de transformação da vida humana; isso não significa que a vida tenha sido exaustivamente integrada em técnicas que a dominem ou administrem; ela lhes escapa incessantemente. (FOUCAULT, 1998, p.173, tradução nossa).

Inquestionavelmente, ao compreender-se, então, a “bio-política, ou seja, a crescente implicação da vida natural do homem nos mecanismos e nos cálculos do poder” (AGAMBEN, 2002, p.125), é necessário explicitar a nitidez das existências LGBTQ+ enquanto as formas de vida que escapam sem cessar as técnicas que pretendem dominá-las, de tal modo que a de governamentalidade será superada, já que

[...] nessa posição dupla da vida que a põe no exterior da história como seu entorno biológico e, por vez, no interior da historicidade humana, penetrada por suas técnicas de saber e de poder. É igualmente inútil insistir sobre a proliferação das tecnologias políticas, que a partir dali vão invadir o corpo, a saúde,

as maneiras de alimentar-se e alojar-se, as condições de vida, o espaço inteiro da existência (FOUCAULT, 1998, p.174, tradução nossa).

Porquanto, é fato que a dimensão biopolítica pode ser inicialmente deslumbrada no que concerne à regulação da publicidade, dado que as maneiras de viver e a completa existência das pessoas LGBTQ+ são atravessadas pela biopolítica, atestando para um contexto de que os corpos representados, ou como no Projeto de Lei, os corpos que não são representados, revelam essa política, que os expulsa e os relega dos espaços públicos de divulgação e reconhecimento. Outrossim, Foucault compreenderá que a dimensão jurídica do biopoder, internaliza a concepção de que a lei deverá estar armada de alguma forma, dado que ao adotar a tarefa de encarregar-se da vida terá de recorrer a mecanismos contínuos, reguladores e corretivos, os quais irão “distribuir o vivo em um domínio de valor e de utilidade. Um poder semelhante deve qualificar, medir, apreciar e hierarquizar” (FOUCAULT, 1998, p.174, tradução nossa).

Neste sentido, é premente a análise biopolítica do Projeto de Lei 504/2020, superando-se a noção da publicidade como mera ferramenta e técnica de governamentalidade censuradora de identidades plurais, e compreendendo-se a legislação concernente à censura das representações como a exclusão e rejeição de determinadas existências do imaginário coletivo, do espaço público constituído nas publicidades, de tal maneira a hierarquizar as existências da comunidade LGBTQ+ como inferiores em relação às representações hetero-cis-normativas, admitindo os corpos desses indivíduos como menos adequados à dimensão das publicidades. Assim, o biopoder atua diretamente nos corpos LGBTQ+ que deixam de ser representados, evidentemente em decorrência dos esforços de uma biopolítica comprometida com os valores de uma sociedade incapaz de reconhecer e respeitar a existência e os direitos que acompanham a diversidade das vidas das pessoas LGBTQ+, tal como esse biopoder parte do sistema jurídico, alegorizado no PL 504/2020 e em suas dimensões excludentes constatadas nas críticas tecidas, com a finalidade de regular-se e hierarquizar-se constantemente a vida na totalidade de sua existência.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise do PL 504/2020 sob os conceitos foucaultianos de panoptismo, disciplina e docilidade, fica evidente o entendimento de tal projeto como parte de uma macroestrutura de controle que transpassa toda a nossa sociedade. O exercício panóptico do poder se reflete na utilização da lei como método de invis-

bilização de grupos marginalizados e, portanto, como uma tentativa de tomada de controle social por parte de determinados setores políticos. Neste sentido, pode-se averiguar que os espaços midiáticos cumprem um papel marcante no quesito de manobra social utilizada como ferramenta disciplinadora dos corpos. Através do olhar do “outro” as mecânicas de observações sugerem padrões comportamentais, viabilizando a disseminação da vigilância e a construção de concepções daquilo que se considera como o corpo ideal para a sociedade. Os grupos que não preenchem requisitos de adaptabilidade acabam sendo identificados como anormais e indisciplinados, portanto, não podem representar a sociedade, ao menos que seus corpos sejam modificados e “docilizados”.

Sendo assim, deve-se ressaltar que o poder disciplinar exerce uma inegável influência na padronização dos corpos, estabelecendo os limites do normal e do anormal, ou seja, estabelecendo aquilo que é pretendidamente perigoso e nocivo e aquilo que é lícito e inofensivo para promoção da ordem social. Nessa perspectiva, é de fundamental importância compreender que tanto a sociedade quanto as instituições disciplinares funcionam de modo a institucionalizar a supressão da visibilidade de grupos dissidentes, de forma a promover a manutenção do status quo, como fica evidenciado na regulação da publicidade por parte do Poder Legislativo. Tornam-se nítidas, portanto, a centralidade e as confluências nas possibilidades de análise das leis e da política, ao partir-se da publicidade como um elemento regulador das sociedades contemporâneas, permitindo, assim, que sejam alcançadas críticas, como as tecidas no decorrer do texto, concernentes aos esforços de relegar os indivíduos LGBT+ dos espaços no âmbito da publicidade, e que sejam reafirmadas a necessidade de defender-se a diversidade de suas existências e a imprescindibilidade de suas representações na publicidade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. 207 p. (Humanitas). Tradução de Henrique Burigo.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Projeto de Lei PL 504/2020*. Proíbe a publicidade, através de qualquer veículo de comunicação e mídia de material que contenha alusão a preferências sexuais e movimentos sobre diversidade sexual relacionados a crianças no Estado. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000331594>. Acesso em: 26 abr. 2021.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Voto em separado ao Parecer no 315, de 2021*. Da reunião conjunta das Comissões de Constituição, Justiça e Redação, de Defesa dos direitos da pessoa humana, da Cidadania, da Participação e das questões sociais e de Finanças, Orçamento e Planejamento sobre o Projeto de Lei No 504, de 2020. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/spl/2021/04/Acessorio/1000365690_1000430328_Acessorio.doc. Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL, Ministério Público do Estado de São Paulo. *Ofício n. 1.119/2021 – EXPPGJ*. São Paulo, SP: Ministério Público do Estado de São Paulo. 26 de abr de 2021.

BRITTOS, Valério C; GASTALDO, Édison. *Mídia, poder e controle social*. Revista Alceu. v.7, n.13, p. 121-133, jul./dez. 2006. Disponível em: http://revistaalceu-acervo.com.puc-rio.br/media/alceu_n13_Brittos%20e%20Gastaldo.pdf. Acesso em: 26 de abr. 2021.

FACHIN, Patrícia. *O panoptismo de estar constantemente conectado às redes sociais*. Entrevista especial com Olaya Fernández Guerrero. Instituto Humanitas Unisinos. São Leopoldo, 15 set. 2017. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/571405-o-panoptismo-de-estar-constantemente-conectado-as-redes-sociais-entrevista-especial-com-olaya-fernandez-guerrero>. Acesso em 12 abr. 2021.

FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad I: La voluntad de saber*. Siglo XXI, México, 1998. Tradução de Ulises Guiñazú.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. 295 p. Tradução de Roberto Machado.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*: Curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008. 474 p. Tradução de Eduardo Brandão.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. 288 p. Tradução de Raquel Ramalhete.

LEMKE, Thomas. *Foucault, governmentality, and critique*. New York: Routledge, 2012. 140 p.

LEMKE, Thomas. *Introducción a la biopolítica*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2017. 161 p. Traducción de Lidia Tirado Zedillo.

MIGALHAS. *A inconstitucionalidade do PL 504, de 2020, da ALESP*. São Paulo, 22 abr. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/344237a-inconstitucionalidade-do-pl-504-de-2020-da-alesp>. Acesso em: 27 abr. 2021.

PEZZOTTI, Renato. *Agências repudiam projeto que veta pessoas LGBT em anúncios para crianças*. UOL, São Paulo, 21 abr. 2021. Mídia e marketing. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/04/21/agencias-e-entidades-repudiam-projeto-que-veta-propaganda-com-pessoas-lgbt.htm>. Acesso em 26 abr. 2021.

PRESOS BRASILEIROS NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS: CIDADANIA, DESIGUALDADE, SELETIVIDADE E GÊNERO SOB A PERSPECTIVA DA NECROPOLÍTICA

BRAZILIAN PRISONERS IN CORONAVIRUS PANDEMIC: CITIZENSHIP, INEQUALITY, SELEVITY AND GENDER ON THE PERSPECTIVE OF NECROPOLITICS

*Amanda de Melo**

*Luiza Ghisleri Mocellin***

*Maria Clara Florindo****

*Maria Júlia Zimmermann Pires*****

Resumo: Em 2020, o Departamento Penitenciário Nacional encaminhou ao Conselho Nacional de Justiça uma proposta de utilização de contêineres de ferro para o abrigamento de presos que apresentassem sintomas de COVID-19. Apesar do pedido ter sido rejeitado, sua existência por si só evidência como as próprias partes que constituem as instituições brasileiras defendem um tratamento desumano para com as pessoas em situação de cárcere no Brasil, em especial, durante a pandemia. Assim, a partir de uma metodologia bibliográfica, visa-se compreender de que modo a cidadania dos brasileiros é esquecida dentro do sistema penitenciário e entender como tal fato é expressão da desigualdade social, racial e de gênero que cerca e sustenta o sistema brasileiro. Portanto, evidencia-se a seletividade do sistema prisional brasileiro, que somente atinge a base da cadeia criminal composta por indivíduos em situação de vulnerabilidade, bem como a negligência do poder público em assegurar os direitos fundamentais dos encarcerados. Tal postura omissiva, diante de uma pandemia, traduz-se em uma necropolítica sobre os corpos presos.

Palavras-chave: Cidadania. COVID-19. Desigualdade. Pandemia. Presidiários.

*Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: amanndademelo@gmail.com

**Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: lugmocellin@gmail.com

***Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: mariacflorind@gmail.com

****Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: mariajuliazpires@gmail.com

Abstract: In 2020, the National Penitentiary Department forwarded to the National Council of Justice a proposal to use iron containers to house prisoners who manifested symptoms of COVID-19. Thus, even though the request was rejected, this episode shows how the institutions defend inhumane treatment toward people in prison in Brazil, especially during the pandemic. Therefore, based on a bibliographic methodology, this article aims at understanding how the citizenship is forgotten inside the prisons and how this fact is an expression of the social, racial and gender inequality that surrounds and sustains the Brazilian system. Hence, become very clear the Brazilian prisional system selectivity, which reach just the basis of the chain of criminal composed by individual in vulnerable position, as well as the negligence of the government in safeguard prisoner's fundamental rights. That omissive stance, in the face of the pandemic, result in a necropolitics over prisoner's bodies.

Keywords: Citizenship. COVID-19. Inequality. Pandemic. Prisoners.

1. INTRODUÇÃO

A realidade dos presidiários do Brasil é caracterizada por inúmeras violações aos direitos básicos e pelo tratamento degradante que recebem, em decorrência da superlotação e da infraestrutura precária. Nesse sentido, a atual pandemia de Coronavírus (COVID-19) apenas tornou mais notórias as péssimas condições sanitárias e o despreparo estrutural e administrativo dos presídios brasileiros, colocando a vida de milhares de detentos em risco. Visto que tais condições estão em oposição com o que determina a Constituição Federal de 1988 e a legislação ordinária brasileira, em especial, a Lei de Execução Penal, sendo estes instrumentos que visam a garantia plena da cidadania e de todos os direitos implicados ao *status* de cidadão. Nesse sentido, a proposta de maio de 2020 de autoria do Departamento Penitenciário Nacional, sugerindo a aglomeração de presos suspeitos de COVID-19 em contêineres, pôs em evidência a violação dos direitos fundamentais, principalmente a saúde. Sendo ela, o ponto de partida, para entendermos como as instituições brasileiras reproduzem desigualdades e normalizam violações de direitos humanos.

Desse modo, a presente análise visa perceber como a condição de encarcerado afeta a garantia de direitos fundamentais e como a cidadania plena encontra-se atrelada a marcadores seletivos de raça, classe social e gênero, os quais se manifestam também dentro do Direito Penal (BARATTA, 1997, p. 165). Por isso, a pesquisa realiza um enfoque, ao se centrar na condição do cárcere feminino, entendendo que nesse ambiente, somando-se os referidos marcadores, existe uma maior vio-

lação de garantias fundamentais. Assim, partindo da definição de cidadania plena de José Murilo de Carvalho (2011, p. 9), que se refere à titularidade de direitos civis, sociais e políticos, constata-se que essa não se aplica aos encarcerados brasileiros, que estão incluídos na categoria “cidadãos de terceira classe” (CARVALHO, 2011, p. 216).

Destarte, considerando a relevância da temática diante da adoção de uma política de encarceramento em massa (WACQUANT, 2001, p.150) e da pandemia do coronavírus, em que as medidas adotadas pelo governo, muitas vezes, acabam em uma política de morte, o presente trabalho realiza uma análise acerca da situação dos presos brasileiros à luz da cidadania e da desigualdade, com base em uma metodologia bibliográfica. Logo, visa-se perceber a seletividade do sistema penal e as suas consequências, compreendendo de que modo o conceito de necropolítica, desenvolvido por Achille Mbembe mostra que a omissão do Estado frente a políticas públicas necessárias dentro do cárcere dificulta o acesso à cidadania plena.

2. A PROPOSTA DO DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN)

Com a pandemia do coronavírus, as prisões brasileiras, já marcadas pela superlotação e pela infraestrutura precária¹, tornaram-se alvo de preocupação de órgãos nacionais e internacionais, como o Conselho Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (CNPCT) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), os quais demandaram medidas de desencarceramento. Todavia, para além dessas recomendações, quando analisamos a ação das instituições brasileiras, nos deparamos com uma realidade um tanto diferente. Nesse sentido, destaca-se a proposta encaminhada pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), que propunha que as pessoas do grupo de risco, com suspeita ou já infectadas com COVID-19, pudessem cumprir temporariamente suas penas alojadas em contêineres, visando, de tal forma, isolar os casos suspeitos e confirmados, a fim de evitar a disseminação da doença no ambiente do cárcere e preservar os detentos com doenças preexistentes (COSTA; SILVA; BRANDÃO; BICALHO, 2020, p.9). No entanto, no dia 05 de maio de 2020, em uma votação do Conselho Nacional de Política Criminal e

¹ O próprio STF na ADI 347, definiu o sistema penitenciário brasileiro como um “estado de coisas inconstitucional”, reconhecendo a superlotação dos presídios e suas inúmeras falhas estruturais. Desse modo, incentivou a adoção de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária para erradicar esse cenário (BRASIL, 2015).

Penitenciária (CNPCCP), a proposta - que já havia sido alvo de diversas manifestações contrárias por órgãos e entidades influentes (como a Defensoria Pública da União e de diversos estados, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o Instituto de Defesa do Direito de Defesa e a Comissão de Política Criminal e Penitenciária) - da Organização dos Advogados Brasileiro de São Paulo (OAB/SP), é barrada.

Dessa maneira, a sugestão do DEPEN de permitir a utilização de estruturas modulares temporárias para cumprimento de reclusão, ainda que repentina, propunha suspender momentaneamente as diretrizes básicas para a arquitetura penal já estabelecidas e adotadas pelo Ministério da Justiça no ano de 2011 através da Resolução nº 09. Tais diretrizes correspondem à fixação de parâmetros mínimos que precisam ser observados e considerados para a construção e a disponibilização de celas dentro do sistema penitenciário, como: a iluminação natural, a ventilação razoavelmente natural e a existência de celas individuais de pelo menos 6 m² (Ministério da Justiça, 2011, p. 30-35).

Ademais, faz-se importante ressaltar que a arquitetura penal e os avanços trazidos pela mesma configuram instrumentos de importante impacto na organização social e na garantia da cidadania e da dignidade humana no espaço dos presídios. Desse modo, a flexibilização de tais diretrizes impacta não somente nos padrões estruturais das instituições prisionais, mas também na segurança, na gestão dos serviços, dos espaços e na qualidade de vida das pessoas privadas de liberdade. Contudo, isso não significa que tais diretrizes refletem uma realidade das instituições prisionais brasileiras; porém, elas existem e devem servir como referência para a execução de políticas prisionais, especialmente dentro do cenário pandêmico (COSTA; SILVA; BRANDÃO; BICALHO, 2020, p.11).

3. A VIOLAÇÃO DA CIDADANIA DOS PRESOS BRASILEIROS

Nesse sentido, a proposta do DEPEN, apesar de não ter sido aprovada, evidenciou uma postura de negligência do Estado brasileiro em relação à garantia da cidadania para as pessoas em situação de cárcere. Em vista disso, em um primeiro momento, convém destacar que a Constituição brasileira de 1988 é conhecida como Constituição-Cidadã, justamente por elencar, já em seu primeiro artigo, a cidadania e a dignidade da pessoa humana como princípios fundamentais. Além disso, destaca-se o seu artigo 5º, o qual determina que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988).

Sendo assim, as ações do poder público deveriam sempre se pautar na observância da equidade de direitos a todos os cidadãos.

Entretanto, percebe-se a violação das garantias fundamentais dos presos, como o acesso a condições mínimas de saúde e de bem-estar, o que é reflexo da negligência do poder público. Essa realidade de violação a garantias básicas se agrava considerando a situação de pandemia de COVID-19, já que as condições insalubres das prisões (sejam as atuais ou abrangentes à alternativa proposta), tornam o ambiente ainda mais propício para a contaminação do coronavírus e, essa realidade se evidencia com análise dos números durante a pandemia. Segundo levantamento do DEPEN datado de maio de 2020, havia cerca de 748.009 pessoas privadas de liberdade, dentre essas, tinha-se confirmação de 4.045 casos e 59 óbitos decorrentes da COVID-19. Outrossim, de acordo com o parecer da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), tais valores representavam uma taxa de incidência 38 vezes maiores se comparadas com as taxas da população em geral na referida época, bem como a de mortalidade apresentou-se ser nove vezes maiores, no mesmo período. No entanto, os números ainda estão longe de reproduzir fielmente a realidade, já que não há nenhum programa de testes massivos ou sequer significativos no sistema prisional atualmente. Assim, devido à baixa testagem, o número de casos confirmados provavelmente está abaixo do real (COSTA; SILVA; BRANDÃO; BICALHO, 2020, p. 2).

Dentre os fatores que são expressão do descaso do Estado brasileiro, estão a falta de saneamento básico, a alimentação precária e a superlotação do ambiente prisional - segundo o Levantamento de Informações Penitenciárias (Infopen) divulgado em abril de 2020, o Brasil possuía uma taxa de ocupação de 169% (COSTA; SILVA; BRANDÃO; BICALHO, 2020, p.6). Logo, percebe-se que um dos principais direitos sociais² – a saúde – é negligenciado às pessoas privadas de liberdade. Direito, este, que faz parte do rol de direitos fundamentais sociais consolidados pela Constituição da República Federativa do Brasil, presente também no art. 196:

² Os direitos sociais são aqueles que objetivam a garantia de um mínimo de bem-estar.

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

Consoante a este direito fundamental, a Lei de Execução Penal (LEP) também assegura ao preso, em seu artigo 14 que: “A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico” (BRASIL, 1984).

Dessa maneira, percebe-se que o conteúdo da proposta do DEPEN viola inúmeras garantias fundamentais, especialmente, acerca da saúde. Isso ocorre porque a prevenção do coronavírus está atrelada aos protocolos de segurança que defendem o isolamento, porém foi proposto pela medida a aglomeração de indivíduos com suspeita da doença, em um espaço menor que a maioria das celas, sem saídas de ventilação e caracterizado pelo intenso calor. Ademais, soma-se à esse ambiente propício à contaminação, a inviabilidade de tratamento adequado às pessoas infectadas pelo coronavírus dentro dos presídios nacionais, isto porque: “falta espaço físico para o tratamento adequado, falta equipamento técnico para intubação e falta equipe de saúde para atender o grande volume de pacientes” (CRIMINAIS, 2020a, *online*). Outrossim, também se verifica a privação do direito à vida e à segurança, sendo estes uns dos principais direitos civis, incluídos no artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), já que essas pessoas estariam confinadas em um ambiente que ameaça a sua integridade física e psicológica.

Por conseguinte, é oportuno concluir que a definição de cidadania plena, segundo a conceituação de José Murilo de Carvalho (2011, p. 9), referente à titularidade de direitos civis, sociais e políticos, tal como definido pela atual Carta Magna, não se aplica aos encarcerados brasileiros. Por isso, essas pessoas são incluídas na categoria “cidadãos de terceira classe” (CARVALHO, 2011, p. 216), proposta pelo autor, uma vez que seus direitos são constantemente desrespeitados, seja por outros cidadãos, pelo governo ou pela polícia. Em suma, a única legislação que vale para eles é provinda do Código Penal.

Aliás, evidencia-se dentro do grupo dos indivíduos de terceira classe há um padrão, tanto físico quanto econômico, que está em consonância com o perfil da população carcerária brasileira. Desta forma, segundo dados do DEPEN (2018), entre os presos 61,7% são pretos ou pardos, enquanto os brancos presidiários constituem apenas 37,22%, apesar de representarem 45,48% da população do país. Ademais, pesquisas de 2014 apontam que 75% dos encarcerados têm até o

ensino fundamental completo, um indicador de baixa renda (CALVI, 2018, *online*). Em síntese, nota-se que a população carcerária é predominantemente negra, pobre e de baixa escolaridade, o que expressa nitidamente as desigualdades sociais presentes na sociedade brasileira. Isso porque, ao analisar que a política de encarceramento atinge em sua grande maioria indivíduos marginalizados é perceptível a seletividade do sistema prisional brasileiro, que atinge apenas a base da cadeia criminal³, composta por indivíduos em situação de vulnerabilidade social, os quais são presas fáceis das facções criminosas que comandam o mercado das ilegalidades dentro e fora das prisões (AZEVEDO; OLIVEIRA, 2011, p.9).

Do mesmo modo, verifica-se a adoção de uma política coercitiva e agressiva contra os mais pobres, de modo que a prisão se mostra sujeita à dinâmica do capital, ou seja, subordinada às questões econômicas. Tal realidade mantém-se em um ciclo constante, pois, juntamente com o aumento dos índices de encarceramento, amplia-se o desemprego e reduz-se as políticas sociais nesse âmbito. Em especial, no tocante às mulheres encarceradas, devido aos valores sociais esperados do sexo feminino, que expressam a dificuldade e estranheza, senão o medo, em visualizar uma “mulher” presidiária. Portanto, ao mesmo tempo que os mecanismos para a reinserção na sociedade se tornam cada vez mais escassos, a prisão passa a funcionar como uma “escola do crime”, o que em decorrência da dificuldade de se reinserir no mercado de trabalho, por exemplo, após o desencarceramento, propicia o retorno às práticas criminosas (OLIVEIRA; BUENO, 2018, p. 12).

Dessa forma, tal realidade se relaciona com o conceito de paradigma da redistributivo, de Nancy Fraser (*apud* NEVES, 2015, p. 181), que trata das formas socioeconômicas de injustiça social, dentre elas a marginalização, a qual remete a ser obrigado a um trabalho indesejável ou mal remunerado e a privação a um padrão adequado de vida, uma vez que a população mais carente é pertencente à categoria dos “cidadãos de terceira classe”. Assim, tais mecanismos atuam na manutenção do referido ciclo de persistência das desigualdades sociais, em que

³ A base da cadeia criminal refere-se aos delitos secundários, que são de menor gravidade, cometidos ao longo da realização do crime em sua maior escala. Por exemplo, no tráfico de drogas, há facções criminosas extremamente organizadas que envolvem uma estrutura de tarefas menores como o a venda do produto em uma “boca de fumo”. São os indivíduos que executam esses crimes conexos que normalmente são alvos do aparato policial do Estado. Para saber mais sobre a organização das organizações criminosas recomendamos a leitura de: SHELAVIN, José Ivan. A teia do crime organizado: documentário: Força Nacional de Segurança Pública e Operação no Rio de Janeiro; Crime Organizado: ‘Poder paralelo’, ‘Modus operandi’ e Meios de controle. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

essa minoria é constantemente submetida a péssimas condições, e como na presente pesquisa foi exposto, principalmente dentro do sistema penitenciário, devido à negação de sua cidadania.

Portanto, considerando o contexto de pandemia do coronavírus, em que vidas são priorizadas em detrimento de outras, a desigualdade se demonstra de modo ainda mais claro, rompendo com a noção de que o Coronavírus seria um “vírus democrático”, porque atingiria todas as classes sociais igualmente, sem fazer distinção entre ricos e pobres. Entretanto, na prática, devido a seletividade do conceito de cidadania aplicado pelo Estado brasileiro, certos indivíduos são condenados à péssimas condições sanitárias e sofrem com a violação diária de seus direitos fundamentais. São exemplos dessas situações a falta de materiais de higiene e a ausência de saneamento básico nas periferias, direitos que, ao serem negligenciados pelo poder público, tornam as pessoas dessas localidades mais propensas à contaminação. Desse modo, percebe-se também que a plena cidadania pode ser relacionada diretamente à renda e raça, pois os sujeitos que sofrem essas injustiças e são submetidos a péssimas condições de vida, em sua maioria, são de classes sociais inferiores e negros.

4. O CÁRCERE FEMININO COMO EXPRESSÃO DA DESIGUALDADE

Além dos marcadores de raça e classe social, a questão do gênero também entra em evidência quando analisamos a violação de direitos fundamentais nos presídios brasileiros durante a pandemia. Dessa forma, convém destacar que o Brasil vivencia, desde o ano de 2005, um crescimento vertiginoso no número de mulheres encarceradas. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), realizado pelo DEPEN em 2019, há um total de aproximadamente 37.200 presas, o que representa um aumento de aproximadamente 675% desde o começo do milênio. Dessas, mais da metade se encontram encarceradas pela prática de crimes relacionados ao tráfico e à Lei de Drogas (50,94%); em segundo lugar, vem a imputação de crimes contra o patrimônio (26,52%) e, por último, de crimes contra a pessoa (13,44%), de modo que as demais imputações juntas não constituem sequer 10% do total. Analisando mais atentamente o retrato desse grupo, percebe-se, a partir do referido relatório, que as mulheres negras e pardas correspondem a mais de 65% das presas brasileiras e que a maioria das encarceradas brasileiras são solteiras (62%) e mães (74%) de acordo com o Infopen Mulheres 2016 (apud OBSERVATÓRIO DAS DESIGUALDADES; 2019, p. 15).

Ademais, outro traço do encarceramento feminino é a baixa escolaridade, pois mais de 50% das presas não completaram o Ensino Médio, sendo que 44,42% não chegaram sequer a completar o ensino fundamental, de acordo com dados de junho de 2017 (SILVA, 2017, p.34-35). Desse modo, é preciso partir da compreensão, desenvolvida por Alessandro Baratta, de que o direito penal é um instrumento de controle social, isto é, as instituições ligadas à punição da delinquência, vistas por um olhar macrosociológico, realizam um processo de seleção da população criminosa. Essa triagem, segundo o autor, é baseada em “mecanismos de interação, de antagonismos e de poder que dão conta, em uma dada estrutura social, da desigual distribuição de bens e de oportunidades entre os indivíduos” (BARATTA, 1997, p.106-107). Por isso, Baratta é enfático ao afirmar que o status social dos indivíduos, a sua posição no mercado de trabalho e os seus defeitos de socialização familiar ou social são exemplos de mecanismos acentuam ainda mais o caráter seletivo do direito penal (BARATTA, 1997, p.165).

Assim, ao se visualizar o retrato do cárcere feminino no Brasil, percebe-se a atuação direta dos referidos mecanismos seletivos atrelados à desigualdade racial e de classe social, já que as mulheres, que são alvos preferenciais do armamento⁴ mais pesado do Estado, o cárcere, são predominantemente negras e periféricas. Por conseguinte, confirma-se o exposto pelo estudioso, pois é notório dentro desse recorte que aqueles que vivem nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais), têm uma posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar (desestruturação familiar) e escolar (nível de escolaridade), estão mais sujeitos ao encarceramento no Brasil (BARATTA, 1997, p.165).

Consoante ao exposto, como expressa Cortina (*apud* OBSERVATÓRIO DAS DESIGUALDADES; 2019, p. 15), a pobreza feminina aparece como fator determinante para o ingresso de mulheres no crime, uma vez que, segundo dados estatísticos, nas prisões verifica-se que grande parte das detentas exercem o papel de responsáveis pelo sustento de famílias monoparentais. Em vista disso, o tráfico gradativamente se apresenta como alternativa viável para ampliação da renda, principalmente, para aquelas que vivem em situação vulnerável e de privação de direitos.

⁴ Utiliza-se a expressão armamento a fim de se referir aos instrumentos de repressão utilizados pelo Estado com o propósito de garantir a manutenção do bem-estar social e o cumprimento da lei. São outros exemplos desse aparato a polícia e a censura.

Nesse ponto, consoante ao paradigma redistributivo supracitado, em síntese, que trata das formas socioeconômicas de injustiça social e os mecanismos que atuam no ciclo que perpetua às desigualdade sociais (NEVES; 2015, p. 189-190), é notória a íntima relação entre crime e economia, uma vez que a lógica capitalista neoliberal vigente no Estado penal brasileiro é caracterizada pela criminalização e pela eliminação da pobreza, sujeitando os indivíduos dos grupos marginalizados a situações insalubres que ameaçam a integridade dos mesmos, como ocorre nas prisões brasileiras. Isso ocorre porque segundo Wacquant, (2001, p. 150).

a utopia neoliberal carrega em seu bojo, para os mais pobres mas também para todos aqueles que cedo ou tarde são forçados a deixar o setor do emprego protegido, não um acréscimo de liberdade, como clamam seus arautos, mas a redução e até a supressão dessa liberdade, ao cabo de um retrocesso para um paternalismo repressivo de outra época, a do capitalismo selvagem, que acrescido dessa vez de um Estado punitivo onisciente e onipotente.

Outrossim, também se verifica a redução das políticas públicas sociais de distribuição de renda e assistência social, fazendo com que os trabalhadores se sujeitem a condições cada vez mais exploratórias em prol da economia. Por outro lado, o braço penal do Estado se torna cada vez mais rígido “quando se trata de administrar as populações desestabilizadas pelo aprofundamento da desigualdade e pela difusão da insegurança do trabalho e da inquietação étnica” (WACQUANT, 2012, p.8), em um movimento de repressão aos indivíduos tidos como improdutivos. Ademais, na perspectiva da representação (NEVES, 2015, p. 184-188), proposta por Fraser, há o fenômeno de invisibilização por parte do Estado para com certos grupos cujas pautas não têm espaço na agenda política. A partir desse conceito verifica-se que o poder Estatal, guiado pelos preceitos raciais e econômicos, se omite de ouvir plenamente as necessidades das pessoas mais carentes, especialmente as mulheres que vivem nas celas das prisões nacionais e não produzem riqueza para a sociedade.

Uma das principais expressões dessa negligência para com as presas brasileiras se materializa na ausência de instalações adequadas para elas, de modo que 17% das unidades prisionais nacionais são mistas e apenas 7% são exclusivamente femininas, contrariando a separação de estabelecimentos prisionais em masculinos e femininos prevista pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) em seu Art. 82, §1º: “A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal”. Além disso, destaca-se que “a destinação dos estabelecimentos segundo o gênero, portanto, é um dever estatal, e representa aspecto fundamental para

a implementação de políticas públicas específicas, voltadas a esse segmento” (Levantamento de Informações Penitenciárias, 2014, p.15). Ainda acerca da estrutura carcerária feminina, a Lei de Execução Penal (1984, Art.83, §3º) determina que “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo até 6 meses de idade” e que as penitenciárias femininas devem dispor de seção para gestantes e parturientes e de creches para abrigar as crianças maiores de 6 meses e menores de 7 anos. Todavia, na prática verifica-se que somente 14,2% das prisões possuem um espaço reservado para gestantes e lactantes, 3,2% têm berçário e/ou centro de referência materno-infantil e somente 0,66% possuem creche para crianças acima de 2 anos (SANTOS, 2017 *apud* SILVA, 2017, p.18-24), quantidade incompatível com o número de mulheres que são mães dentro do cárcere.

Logo, nota-se a violação ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que em seu artigo 8º afirma que

É assegurado a todas as mulheres (incluem-se as encarceradas) o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde (BRASIL, 1990).

Da mesma forma estabelece o acesso a um ambiente que atenda às normas sanitárias e assistenciais do SUS para o acolhimento de filhas e filhos de mulheres submetidas à privação de liberdade (art. 8º, §10). Além do mais, tal realidade fere o texto constitucional, pois a Carta Magna (BRASIL, 1988) proíbe a tortura e o tratamento desumano (art. 5º, III), veda sanções cruéis (art. 5º, XLVII, “e”), impõe a adequação do local de cumprimento da pena conforme o sexo (art. 5º, XLVIII), bem como garante a preservação da integridade física e moral das pessoas presas. Ademais, tais condições de encarceramento relatadas aviltam ainda as normas que garantem a dignidade e a integridade da pessoa humana nos diplomas adotados no âmbito dos sistemas internacional de direitos humanos, dentre os quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu artigo V, que estabelece que “Ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes” (CRIMINAIS, 2020b, *online*).

Além do mais, outro problema decorrente desse despreparo estrutural refere-se à carência de tratamentos médicos e serviços especializados em saúde da mulher. Outra questão é o acesso restrito a produtos de higiene feminina, em especial, a falta de absorventes, elementos esses que deveriam ser fornecidos pelo Estado,

mas que passam a ser responsabilidade das famílias das detentas (GERMANO *et al apud* LIMA; SILVA, 2020). Com a pandemia de coronavírus ocorre o agravamento da problemática, uma vez que, nos presídios nacionais, como medida de contenção da transmissão da doença, foi realizada a suspensão das visitas. Isso porque é no momento de visitação que os familiares levam produtos de higiene e outros objetos básicos aos encarcerados femininos e masculinos (esses materiais são chamados de “jumbo”). Em consequência, as condições sanitárias tornaram-se ainda mais precárias, o que associado à superlotação das celas, transforma o ambiente prisional em um foco de outras enfermidades, ampliando a situação de vulnerabilidade e de ameaça à integridade física e demonstrando a incompreensão do Estado brasileiro acerca da importância desses produtos básicos para os presos(as).

Neste sentido, a suspensão do “jumbo” presencial e a falta de auxílio do Poder Público faz com que as famílias, geralmente de baixa renda, tenham que se comprometer ainda mais para conseguir enviar os itens via Sedex, especialmente, diante do cenário de desemprego. Isso ocorre porque o gasto com a entrega desses itens varia conforme a distância e o peso, valor esse que se soma ao custo da compra dos próprios materiais. Ademais, durante o período de vigência da suspensão, verificou-se a demora da entrega dos produtos, já que a logística dos Correios estava sendo constantemente alterada seguindo as recomendações do Ministério da Saúde. Então, o relato era de atraso na entrega dos itens básicos aos presos, obrigando-os a dividir produtos de uso individual entre si, como sabonetes e escovas (SALES; DYNA, 2020, *online*).

Com o retorno das visitas presenciais, autorizadas, em novembro de 2020, pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) no Sistema Penitenciário Federal, ainda que restritas, ocorreu uma melhora na entrega dos itens essenciais. Entretanto, tal medida, associada à carência de informações sobre a testagem e à falta de dados quanto a contaminação do coronavírus nas prisões, não permite o acompanhamento do real impacto da pandemia dentro dos presídios. O que dificulta analisar se há necessidade de adoção à políticas mais restritivas. Logo, este é um indicador de subnotificação e da prática do sigilo nos dados reais sobre a situação da pandemia no Sistema Penitenciário (INFOVÍRUS, 2020, *online*).

Outrossim, a realidade de exclusão das detentas, além de retratada pela carência de dados explícitos, também pode ser constatada pelo fato de que, durante a pandemia do coronavírus, as recomendações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) não foram acatadas pelo Judiciário. Essas instruções defendiam que nesse período excepcional os magistrados priorizassem a libertação pessoas

encarceradas pertencentes ao grupo de risco⁵, cujas infrações não tivessem envolvido violência ou grave ameaça à pessoa. Desse modo, o CNJ sugeriu que as decisões judiciais optassem pela prisão domiciliar e pelo monitoramento eletrônico, bem como, pela revisão das prisões preventivas e concessão de saída antecipada de presos, em regimes fechado e semiaberto. Aliás, solicitou prioridade àqueles que são do grupo de risco e que estão em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade permitida (LAGES; FLEURY, 2020). Contudo, como já dito, o Sistema de Justiça Criminal não acatou a proposta na prática, e optou pela escolha da continuidade do encarceramento, o que cristaliza a incapacidade de perceber as necessidades básicas das encarceradas, por fim viola os direitos sociais, dentre eles, o direito à saúde, mesmo que aqueles que solicitassem a mudança no regime já tivessem direito à essa progressão.

Dessa forma, de acordo com a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, apenas 6,9% dos habeas corpus pedidos pelo órgão em razão de risco para Covid-19 foram concedidos pelo STJ. Na prática isso significa que do total de 145 habeas corpus solicitados com fundamento na pandemia de COVID-19, apenas dez foram concedidos para desencarcerar o/a paciente e que em 90 decisões o STJ negou o pedido de habeas corpus, o que corresponde a 62% do total. Entre os demais, 24 foram declarados “prejudicados” e 14 ainda aguardam o julgamento de mérito — embora todos tenham tido a liminar indeferida (INFOVÍRUS, 2021b).

Ademais, em outros estados brasileiros houve decisões que rejeitaram o habeas corpus coletivo de mulheres vulneráveis ignorando que o Ministério da Saúde incluiu as grávidas e puérperas no grupo de risco para o Coronavírus, e que ambos os grupos, em conjunto, totalizam 349 mulheres dentro do sistema prisional de acordo com o mapeamento realizado pelo Depen em 2020 (Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020). Ressalta-se, que no estudo de julho de 2020 publicado no *International Journal of Gynecology & Obstetrics* (TAKEMOTO et al, 2020, p. 154-156), pesquisadores brasileiros observaram 124 mortes de mulheres grávidas e puérperas decorrentes de COVID-19 no Brasil, número 3,4 vezes maior que o total

⁵ São parte do grupo de risco pessoas portadores de: Doenças cardíacas; doenças respiratórias descompensadas ; DPOC e asma mal controlados; Doenças pulmonares intersticiais com complicações; fibrose cística com infecções recorrentes; displasia broncopulmonar com complicações; crianças com doença pulmonar crônica da prematuridade; doenças renais crônicas em estágio avançado (graus 3, 4 e 5); pacientes em diálise; Imunossupressos; transplantados de órgãos sólidos e de medula óssea; imunossupressão por doenças e/ou medicamentos (em vigência de quimioterapia/radioterapia, entre outros medicamentos); portadores de doenças cromossômicas e com estados de fragilidade imunológica; diabetes (conforme juízo clínico); gestante de alto risco (BRASIL, 2020).

de óbitos maternos reportadas pela doença. Assim, é inevitável concluir que diante do vácuo estatal de assegurar os direitos fundamentais estipulados pela Constituição Cidadã de 1988, especialmente em um período excepcional, para com as encarceradas, pode resultar, muitas vezes, em uma política de morte, como será analisado mais detalhadamente na sequência.

5. A NEGAÇÃO DA CIDADANIA COMO EXPRESSÃO DA NECROPOLÍTICA

A partir do exposto, apesar de o poder público não apresentar recorte de gênero ou de raça, é notório os perfis que fazem parte da categoria de “cidadãos de terceira classe” sofrem com um direcionamento político diferente. Dessa maneira, em evidência dentro do contexto pandêmico da COVID-19, a partir do momento em que o Estado não realiza ações que visem garantir uma cidadania plena, por meio da redução das desigualdades e da ampliação do bem-estar dessa parcela, sua negligência se traduz em uma “política de morte”, isto é, uma necropolítica. Dessa forma, em um primeiro momento, é preciso conceituar a referida expressão. Para tanto, será realizado um breve panorama histórico acerca do poderio estatal.

Nesse viés, é preciso considerar que o direito moderno teve o seu surgimento a partir dos Estados Modernos, os quais possuem, dentre suas principais características, a legitimidade de produção do direito, constituído por normas e leis iguais para todos, protegendo ou punindo. Além disso, há também a presença de um poder político detentor de dois monopólios, sendo eles:

- 1) Monopólio da Força: apenas o Estado pode usar da força para proteger e unir os cidadãos;
- 2) Monopólio da Legislação: a única entidade que pode colocar normas obrigatórias é o Estado.

Nesse modelo, o que se conclui é que não há direito que não possa ser instituído pelo Estado, sendo esse obrigatório e seu exercício amparado pelo uso da força. Sendo assim, todo aquele que transgride uma norma, está sujeito a uma sanção, aplicada pelo próprio Estado. No entanto, a partir da instituição destes monopólios, o primeiro citado previamente (monopólio da força) ganha um questionamento acerca de sua utilidade e de sua aplicação, porque a força proveniente deste monopólio diz respeito ao modo de proteção que o Estado impõe sobre seus cidadãos e no uso, muitas vezes, exacerbado dessa imposição levou a oposições. Por isso, o estudo da necropolítica, a partir das críticas já feitas a esse poderio

exacerbado, surge com o intuito de desmembrar o método impositivo de política e de segurança, ou seja, tem o propósito de levantar questionamentos acerca da liberdade de matar atribuída ao poder estatal como forma protetiva.

Nessa perspectiva, Achille Mbembe, filósofo e pensador camaronês, observa a necropolítica sob a perspectiva da escravidão e da ocupação colonial, e correlaciona-as com as vivências tardo-modernas, em sua obra “Necropolítica”:

Viver sob a ocupação tardo-moderna é experimentar uma condição permanente de “estar na dor”: estruturas fortificadas, postos militares e bloqueios de estradas em todo lugar; construções que trazem à tona memórias dolorosas de humilhação, interrogatórios e espancamentos; toques de recolher que aprisionam centenas de milhares de pessoas em suas casas apertadas todas as noites desde o anoitecer ao amanhecer; soldados patrulhando as ruas escuras, assustados pelas próprias sombras; crianças cegadas por balas de borracha; pais humilhados e espancados na frente de suas famílias; soldados urinando nas cercas, atirando nos tanques de água dos telhados só por diversão, repetindo slogans ofensivos, batendo nas portas frágeis de lata para assustar as crianças, confiscando papéis ou despejando lixo no meio de um bairro residencial; guardas de fronteira chutando uma banca de legumes ou fechando fronteiras sem motivo algum; ossos quebrados; tiroteios e fatalidades – um certo tipo de loucura (MBEMBE, 2016, p.146).

É, portanto, através da observação hodierna que a necropolítica desenvolvida pelo referido autor se baseia, percebendo como o poder punitivo do Estado nos rodeia de diversas maneiras. Adentrando mais na problemática, as questões centrais que se apresentam no discurso que é empregado para a validade das medidas para se garantir a segurança, pertencente ao monopólio da força aqui citado anteriormente, que determina o tipo de política destinada a determinado grupo, dizem respeito ao perfil, no geral estereotipado, daqueles que mais sofrem com a sua implementação. Por conseguinte, há um perfil de indivíduos que estão sujeitos ao poder da morte e seus respectivos “mundos de morte”, isto é, locais em que as pessoas estão mais propensas a violação do mais primordial dos direitos humanos – a vida.

Nesse sentido, o entendimento de Foucault (1996) sobre o discurso como um instrumento de poder que determina condutas e valida políticas é de grande valia para se depreender o funcionamento da necropolítica. Dessa maneira, pode-se reconhecer no nazismo, fascismo e stalinismo, por exemplo, que por meio de seus discursos foram implementados notáveis mecanismos autoritários e políticos de morte em massa de determinados grupos marginalizados, como o massacre de judeus em campos de concentração, que podem ser identificados como uma minoria. Mbembe (2016, p. 124) cita em sua obra que “Os campos da morte em

particular têm sido interpretados de diversas maneiras, como a metáfora central para a violência soberana e destrutiva, e como o ultimo sinal do poder absoluto do negativo.” E sendo assim, nota-se, também, que quanto mais frágil for determinado grupo, suas chances de se manterem sob a mira do sistema é maior.

Destarte, em uma sociedade marcadamente racista e patriarcal como a brasileira, é possível sentir os efeitos deste poder, que mata e oprime tais grupos que são vulneráveis devido a marginalização e a violação de seus direitos básicos, sendo enquadrados como os “cidadãos de terceira classe”, ao deparar-se com as mortes constantes de negros e pardos, residentes em locais periféricos ou com os altos índices de feminicídio da atualidade, sendo que em 2018, segundo o Atlas da Violência de 2020, 4.519 mulheres foram assassinadas no Brasil, representando uma taxa de 4,3 homicídios para cada 100 mil habitantes do sexo feminino (IPEA, 2020, p. 34). Dessa maneira, fica evidente o direcionamento de políticas totalmente diferentes para estes indivíduos, que por viverem à margem da sociedade, sofrem as consequências de um governo, que não visa assegurar aos marginalizados uma cidadania plena. Assim, em especial dentro do cenário pandêmico, o poder público ao não buscar a ampliação do bem-estar dos grupos excluídos acaba por propiciar a ampliação das desigualdades e favorecer a política de morte. São estes indivíduos que compõem a massa carcerária e que vivenciam cotidianamente os chamados “mundos de morte” - formas de existência social precárias nas quais as pessoas são submetidas às condições de vida que as conferem um *status* de “mortos-vivos” (MBEMBE, 2016, p.146).

Assim, a falta de transparência nos dados oficiais sobre a situação da pandemia nas prisões e de um plano de testagem, bem como de vacinação em massa dos encarcerados contribuem para a política de produção de morte que opera no sistema prisional brasileiro. Por conseguinte, devido à situação de desamparo, marcada pela ausência de políticas públicas e sociais atuantes, em que segundo a Revista Conjur, apenas 0,90% das pessoas presas acessaram a primeira dose da vacina e 0,17% receberam a segunda (INFOVÍRUS, 2021a, *online*), os próprios detentos precisam arranjar uma maneira de sobreviver à sentença.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, evidencia-se que embora haja uma Constituição-Cidadã no Brasil, que prega a garantia da cidadania, da dignidade humana, da redução das desigualdades, além de inúmeros direitos civis, políticos e sociais, essas garantias quando

analisadas na prática revelam uma seletividade. Essa problemática ficou fortemente explícita quando foi analisada a questão dos presos brasileiros em meio à pandemia, principalmente por meio da proposta do DEPEN. Ademais, a partir da análise do perfil desses presos, constatou-se que a população-alvo desse sistema de encarceramento e restrição da cidadania é majoritariamente negra, pobre, periférica e de baixa escolaridade, que correspondem apenas a base da cadeia criminal. Tal realidade, se agravou ainda mais quando se considerou o marcador de gênero, porque a invisibilização das necessidades das mulheres encarceradas é maior, tendo em vista que o sistema carcerário brasileiro é androcêntrico, isto é, foi criado por homens e para homens (ANDRADE, 2004, p.88), como se verificou pela carência de produtos de higiene feminina e de instalações adequadas para amamentação. Desse modo, percebeu-se uma “política de morte”, ou melhor, uma necropolítica, por parte do Estado brasileiro para com esses indivíduos em situação de vulnerabilidade, pois, em uma sociedade capitalista neoliberal (WACQUAT, 2001) as vidas possuem preço, de modo que algumas valem mais que outras, bem como algumas cidadanias valem menos e seus direitos podem ser rejeitados em função disso. É nesse aspecto que percebemos a íntima relação entre cidadania, necropolítica e encarceramento, já que é o poder ao negligenciar os direitos dos presos, determina quem pode ser cidadão pleno e quem não pode e, em último caso, quem pode viver e quem deve morrer.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher*. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 71-102, jan. 2004.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. *Armas de fogo e Segurança Pública*. Porto Alegre: Revista Textual, Sinpro-RS, n. 14, ago. 2011, p. 4-11. Disponível em: https://www.academia.edu/15862297/Armas_de_Fogo_e_Seguran%C3%A7a_P%C3%BAblica. Acesso em: 12 ago. 2021.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jun. 2021.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

BRASIL. *PROTOCOLO DE MANEJO CLÍNICO DO CORONAVÍRUS (COVID-19) NA ATENÇÃO PRIMÁRIA À SAÚDE: Versão 7*. Secretaria de Atenção Primária à Saúde (SAPS). Brasília. 2020. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/202004/14140606-4-ms-protocolomanejo-aps-ver07abril.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 17 ago. 2021.

CALVI, Pedro. *Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão*. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>. Acesso em: 22 fev. 2021.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. Introdução (pp. 7-13); cap. 4 e conclusão (p. 199-229).

COSTA, Jaqueline Sérgio da; SILVA, Johnny Clayton Fonseca da; BRANDÃO, Eric Scapim Cunha; BICALHO, Pedro Paulo Gastalho. *COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: da indiferença como política à política de morte*. *Psicologia & Sociedade*, [S.L.], v. 32, p. 232-133, 04 set. 2020. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1807-0310/2020v32240218>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822020000100412&script=sci_arttext#B18. Acesso em: 09 mar. 2021.

CRIMINAIS, Instituto Brasileiro de Ciências. *Coronavírus no sistema prisional brasileiro: o caos poderá ser ainda maior. O caos poderá ser ainda maior.* 2020a. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/8261>. Acesso em: 23 jun. 2021.

CRIMINAIS. *Pela liberdade de mulheres e crianças: apontamentos sobre o habeas corpus coletivo n.º 143. 641. apontamentos sobre o habeas corpus coletivo n.º 143. 641.* 2020b. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/204>. Acesso em: 28 jun. 2021.

CUNHA, Carolina. *Feminicídio - Brasil é o 5º país em morte violentas de mulheres no mundo.* 2020. Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/feminicidio-brasil-e-o-5-pais-em-morte-violentas-de-mulheres-no-mundo.htm>. Acesso em: 09 mar. 2021.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso.* 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996. 79 p. (Leituras Filosóficas). Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio.

INFOVÍRUS. *Em um mês, oito detentos vão a óbito por COVID-19 no sistema prisional do Rio Grande do Sul.* 2021a. Disponível em: <https://www.covidnasprisoas.com/blog/em-um-mes-oito-detentos-va-o-a-obito-por-covid19-no-rs?categoryId=148846>. Acesso em: 26 jun. 2021.

INFOVÍRUS. *Em meio a sigilo nos dados oficiais sobre a COVID-19, Sistema Prisional Federal retoma visitas presenciais.* 2020. Disponível em: <https://www.covidnasprisoas.com/blog/em-meio-ao-sigilo-nos-dados-spf-retoma-visitas?categoryId=173484>. Acesso em: 25 jun. 2021.

INFOVÍRUS. *Relatório revela que apenas 6,9% dos habeas corpus pedidos pela DPE/SC em razão de risco para Covid-19 foram concedidos pelo STJ.* 2021b. Disponível em: <https://www.covidnasprisoas.com/blog/69-dos-habeas-corpus-impetrados-pela-dpesc-foram-concedidos-stj?categoryId=148846>. Acesso em: 28 jun. 2021.

IPEA. *Atlas da Violência 2020.* 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/3519-atlasdaviolencia2020completo.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2021.

Jacqueline. *Mapa do Encarceramento aponta: maioria da população carcerária é negra*. 2015. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/noticias_seppir/noticias/junho/mapa-do-encarceramento-aponta-maioria-da-populacao-carceraria-e-negra-1. Acesso em: 22 fev. 2021.

LAGES, Lívia; FLEURY, Daniely Roberta dos Reis. *A liberação de presos na pandemia*. 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/08/13/a-liberacao-de-presos-na-pandemia/>. Acesso em: 06 jul. 2021.

Lei de Execução Penal. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 23 jun. 2021

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS (Infopen). *Infopen Mulheres* – junho de 2014. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2021.

LIMA, Luísa Filizzola Costa; SILVA, Mônica Costa. *O aumento do encarceramento feminino no Brasil: pobreza, seletividade penal e desigualdade de gênero*. 2020. Observatório das Desigualdades. Disponível em: <http://observatoriodesigualdades.fjp.mg.gov.br/?p.975>. Acesso em: 21 jun. 2021.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>. Acesso em: 18 ago. 2021.

MOREIRA, Romulo de Andrade. *A “necropolítica” e o Brasil de ontem e de hoje*. 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/01/08/a-necropolitica-e-o-brasil-de-ontem-e-de-hoje/>. Acesso em: 09 mar. 2021.

Ministério da Justiça. *Diretrizes Básicas para arquitetura penal*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (Cnpccp), 2011. 125 p. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpccp/resolucoes/2011/RESOLUCAON92011ATUALIZADA2019.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2021.

Ministério da Justiça e Segurança Pública. *DO MAPEAMENTO DE MULHERES PRESAS GRÁVIDAS, PARTURIENTES, MÃES DE CRIANÇAS ATÉ 12 ANOS, IDOSAS OU DOENTES*. Brasília. Departamento Penitenciário Nacional. Divisão de Atenção

às Mulheres e Grupos Específicos. 2020. Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1588195416_SEI_MJ11429916Informao_final.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.

NEVES, Raphael. Transformações da cidadania e Estado de Direito no Brasil. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 237-257.

OBSERVATÓRIO DAS DESIGUALDADES. Fundação João Pinheiro e Conselho Regional de Economia. *Que vidas importam?: violência, repressão e encarceramento em uma sociedade desigual*. 4. ed. Minas Gerais: Lumen Juris, 2019. 18 p. Disponível em: <http://observatoriodesigualdades.fjp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2019/05/OD4.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

SALES, Thainá; DYNA, Eduardo. *CORONAVÍRUS E PRISÕES: a importância do jumbo no sistema prisional paulista e as consequências de sua suspensão durante a pandemia*. 2020. Observatório de Segurança Pública. Disponível em: <https://www.observatoriodeseguranca.org/sistema-penitenciario/coronavirus-e-prisoas-a-importancia-do-jumbo-no-sistema-prisional-paulista-e-as-consequencias-de-sua-suspensao-durante-a-pandemia/>. Acesso em: 22 jun. 2021.

SANTOS, Thandara. Colaboração Marlene Inês da Rosa (*et al*). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - Atualização. Brasília. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. ISBN 978.85.5506.063.2/ Ano 2017.

SILVA, Marcos Vinícius Moura (org.). *Relatório Temático Sobre Mulheres Privadas de Liberdade*; junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. 82 p. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021.

TAKEMOTO, Maira L. S. *et al*. The tragedy of COVID-19 in Brazil: 124 maternal deaths and counting. *International Journal Of Gynecology and Obstetrics: the official organ of the International Federation of Gynaecology and Obstetrics*. Online, v.151, ed.1, p. 154-156. 09 jul. 2020. Disponível em: <https://obgyn.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/ijgo.13300>. Acesso em: 28 jun. 2021.

WACQUANT, Loic. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001, Revan.

WACQUANT, Loic. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL E A POSSIBILIDADE DE CONSERVAÇÃO DO REGIME JURÍDICO ANTERIOR

SUPPLEMENTARY PENSION SCHEME OF THE FEDERAL PUBLIC SERVANT AND THE POSSIBILITY OF CONSERVATION OF THE PREVIOUS LEGAL REGIME

*Lucas Gabriel Duarte Neris**

Resumo: Este trabalho analisa a possibilidade de conservação do regime jurídico anterior a instituição do Regime de Previdência Complementar em benefício dos Servidores Públicos Federais que ingressaram no Serviço Público Federal a partir de 04 de fevereiro de 2013 (data da entrada em vigor da Lei nº 12.618/2,012). Deste modo, o presente estudo introduzirá, ainda que de forma sucinta, um panorama geral sobre a Previdência Social no Brasil e a sua positividade no ordenamento Constitucional de 1988, com ênfase no Regime Próprio de Previdência Social. Feita a abordagem geral, será examinada a natureza jurídica da FUNPRESP e a sua adequação ao caráter jurídico privado das Entidades Fechadas de Previdência Complementar. Na sequência, discutir-se-á a possibilidade de conservação do regime jurídico anterior a instituição da FUNPRESP em favor dos Servidores Públicos Federais que ingressaram no Serviço Público Federal a partir de 04 de fevereiro de 2013. A metodologia empreendida consistiu, inicialmente, numa revisão bibliográfica de caráter analítico, bem como, posteriormente, em estudos de casos, utilizando o método documental qualitativo. Conclui-se que, apesar de a Administração Pública não possuir entendimento favorável à conservação do regime jurídico anterior, os Tribunais (TRF da 1ª região, STJ e STF – este último em sessão administrativa) vêm se posicionando a favor da possibilidade de manutenção do regime jurídico anterior a instituição da Previdência Complementar do Servidor Público Federal. No entanto, este entendimento não está totalmente sedimentado, uma vez que o STF ainda irá julgar o tema em sede de repercussão geral.

Palavras-chave: Lei nº 12.618/2012. Previdência Complementar. Regime Próprio de Previdência Social. Servidor Público Federal. Regime jurídico anterior.

***Graduando em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Estagiário da Advocacia-Geral da União (AGU). Monitor da disciplina de Metodologia da Pesquisa Jurídica. Membro do corpo editorial da Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade (UFRN). E-mail: Lucas_duarten@hotmail.com.**

Abstract: This paper analyzes the possibility of preserving the legal regime prior to the establishment of the Supplementary Pension Scheme for the benefit of Federal Public Servants who joined the Federal Public Service as of February 4, 2013 (date of entry into force of Law n°. 12,618/2012). In this way, the present study will introduce, albeit succinctly, an overview of Social Security in Brazil and its positivism in the 1988 Constitutional order, with an emphasis on the Social Security System. After the general approach, the legal nature of FUNPRESP will be examined and its adequacy to the private legal character of the Closed Complementary Pension Fund Entities. Then, the possibility of preserving the legal regime prior to the institution of FUNPRESP will be discussed in favor of federal civil servants who joined the Federal Public Service as of February 4, 2013. The methodology undertaken consisted initially of an analytical literature review, and subsequently of case studies, using the qualitative documentary method. We conclude that, despite the fact that the Public Administration does not have a favorable opinion on the conservation of the previous legal regime, the Courts (TRF of the 1st region, STJ and STF - the latter in administrative session) have been positioning themselves in favor of the possibility of maintaining the legal regime prior to the institution of the Complementary Social Security for Federal Public Servants Translated with www.DeepL.com/Translator (free version). However, this understanding is not completely settled, since the STF is yet to judge the issue in terms of general repercussion.

Keywords: Law n° 12.618/2012. Supplementary Pension. Own Social Security Regime. Public Federal Server. Previous legal regime.

1. INTRODUÇÃO

Aos Servidores Públicos Federais, titulares de cargos efetivos¹ da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, incluídas suas Autarquias e Fundações Públicas, lhes é assegurado, constitucionalmente², Regime Próprio de Previdência de caráter contributivo e solidário, observados o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Em que pese tal premissa, o sistema previdenciário brasileiro vem apresentando elevado déficit ao longo dos últimos anos, com uma trajetória crescente de

¹ Por força da Emenda Constitucional n° 20/98, ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de cargo temporário ou de emprego público, aplicar-se-á o Regime Geral de Previdência Social.

² Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações públicas, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 41, 19.12.2003).

gastos com a Previdência, o que pode levar o sistema ao colapso, uma vez que desequilibraria as contas públicas e afetaria os segurados.

Em vista deste contexto, foi instituída a primeira reforma previdenciária no país através da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que entre outros efeitos, autorizaria os Entes Públicos, possuidores de Regime Próprio de Previdência, que instituíssem Previdência Complementar para seus servidores, ao mesmo tempo em que limitava o valor das aposentadorias e pensões ao limite máximo do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), objetivando restaurar a saúde financeira do sistema previdenciário brasileiro.

Nesta esteira, foi criado, no dia 30 de abril de 2012, o Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos Federais, que passaria a vigorar em 04 de fevereiro de 2013. Com o advento do referido Regime, os Servidores Públicos Federais efetivos que ingressaram no Serviço Público Federal a partir desta data são filiados obrigatórios do Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) até o limite máximo de contribuição e benefícios do RGPS, razão pela qual lhes é facultativo aderir ao plano de Previdência Complementar.

Isto posto, pretende-se, neste estudo, responder à seguinte pergunta (problema): à luz da jurisprudência e doutrina majoritária, bem como da legislação constitucional e infraconstitucional, é possível conservar o regime jurídico anterior a instituição do Regime de Previdência Complementar em benefício dos Servidores Públicos Federais que ingressaram no serviço público federal a partir de 04 de fevereiro de 2013 (data da entrada em vigor da Lei nº 12.618/2012)?

Em termos concretos, o presente texto busca analisar, à luz da jurisprudência e da doutrina, bem como da legislação constitucional e infraconstitucional, a possibilidade de conservação do regime jurídico anterior a instituição do Regime de Previdência Complementar em benefício dos Servidores Públicos Federais que ingressaram no Serviço Público Federal a partir de 04 de fevereiro de 2013 (data da entrada em vigor da Lei nº 12.618/2012).

De maneira específica, pretende-se, objetivamente: (a) compreender a Previdência social do servidor público no Brasil e a sua positividade no ordenamento constitucional de 1988; (b) Examinar as reformas no Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), bem como a Fundação da Previdência Complementar do Servidor Público Federal (FUNPRESP); (c) Investigar a natureza jurídica da FUNPRESP e a sua adequação ao caráter jurídico privado das entidades fechadas de previdência complementar; e, por fim, (d) analisar a possibilidade de conservação do regime

jurídico anterior a instituição do Regime de Previdência Complementar em benefício dos Servidores Públicos Federais que ingressaram no serviço público federal a partir de 04 de fevereiro de 2013.

Para o desenvolvimento deste trabalho, fora proposta pesquisa jurídica teórica com base em doutrinas, jurisprudências nacionais e legislação, constitucional e infraconstitucional, referentes à Previdência dos servidores públicos federais, reformas previdenciárias, natureza jurídica da FUNPRESP e a área de Direito Constitucional. Desse modo, a metodologia empreendida consistiu, inicialmente, numa revisão bibliográfica de caráter analítico, bem como, posteriormente, em estudos de casos, utilizando-se à abordagem documental e qualitativo. Foi utilizado o método científico de abordagem dedutivo.

2. A PREVIDÊNCIA SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO NO BRASIL E A SUA POSITIVAÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE

Os Regimes Próprios de Previdência Social, cuja base normativa se encontra esculpida no artigo 40 da Constituição Federal de 1988, com reformas promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 03, de 17 de março de 1993, nº 20, de 15 de dezembro de 1998, nº 41, de 19 de dezembro de 2003 e nº 47, de 5 de julho de 2005, asseguram aos Servidores Públicos Estatutários titulares de cargo efetivo os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos na Carta Magna.

Neste mesmo sentido, ressalta-se que o Regime Próprio de Previdência Social é o Regime de Previdência estabelecido no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, não sendo um regime exclusivo aos Servidores Públicos da União ou dos Estados (AMADO, 2020).

De acordo com o *caput* do artigo 40³, da Constituição Federal de 1988, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019, o

³ Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

Regime Próprio terá caráter contributivo e solidário, devendo incidir contribuições do respectivo Ente Público, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Conforme preleciona Frederico Amado (2020, p. 1597):

Considera-se equilíbrio financeiro e garantia de equivalência entre as receitas auferidas e as obrigações do RPPS em cada exercício financeiro, ao passo que equilíbrio atuarial a garantia de equivalência, a valor presente, entre o fluxo das receitas estimadas e das obrigações projetadas, apuradas atuarialmente, a longo prazo, devendo os RPPS passar por avaliações e reavaliações atuárias com o objetivo de dimensionar os compromissos do Plano de Benefícios e estabelecer o Plano de Custeio para observância do equilíbrio financeiro e atuarial.

Calazans e Caetano (2013) apontam que, antes da vigência da Carta Maior de 1988, a aposentadoria era considerada uma gratificação estendida ao servidor público pelos serviços prestados, de forma que, com o advento da atual Constituição Federal, operou-se uma mudança de paradigma em relação a esse tema.

O novo modelo de Previdência (exclusiva dos Servidores Públicos Estatutários efetivos) generalizou as prerrogativas da Previdência Pública como, por exemplo, paridade entre remunerações, proventos e pensões para todas as espécies de Servidores Públicos, quando deveria destinar exclusivamente às atividades típicas de Estado (TIM, 2016).

Na década de 90, diante do aumento deficitário da Previdência Social, em especial da Previdência dos servidores públicos, implementou-se alterações por meio das reformas administrativa e previdenciária que alteraram o regime constitucional do Servidor Público Efetivo (TIM, 2016). Dentre as alterações, destacam-se entre as mais relevantes, as modificações nas regras de aposentadoria dos servidores públicos federais implementadas pelas Emendas Constitucionais 20/1998, 41/2003, 47/2005 e 103/2019.

II - Compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar;

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

O Regime Próprio de Previdência Social assegura os seus benefícios aos Servidores Públicos Estatutários titulares de provimento efetivo, bem como aos militares estaduais e distritais, isto porque, com o advento da Emenda Constitucional 20/1998, foram excluídos do Regime Próprio de Previdência Social os ocupantes de cargo em comissão sem vínculo efetivo, os titulares de mandato eletivo, os contratados por regime especial por excepcional interesse público e os empregados públicos (AMADO, 2020).

Além desses, também não se admite a aposentação, pelo Regime Próprio de Previdência Social, de ex-empregados de Empresas Públicas extintas, bem como, não deve ser segurado do RPPS, em especial após a Emenda Constitucional nº 20/1998, o servidor estabilizado de que trata o artigo 19 da ADCT⁴ da Constituição, tendo em vista que tratam-se de servidores que não prestaram concurso público para provimento de cargo efetivo e que foram estabilizados por terem ingressado no serviço público até a data de 05 de outubro de 1983 (AMADO, 2020).

Por fim, destaca-se a expressa vedação de instituição de novos Regimes Próprios de Previdência Social contidos na Reforma previdenciária da Emenda Constitucional 103/2019, afetando, assim, somente os Municípios que ainda não instituíram RPPS, uma vez que a União, todos os estados federados e o Distrito Federal já possuem RPPS constituídos.

3. DAS REFORMAS NA PREVIDÊNCIA BRASILEIRA E O REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL

É indubitável que o sistema previdenciário brasileiro vem passando por inúmeras alterações, em especial as alterações constitucionais, as chamadas reformas previdenciárias. As Emendas Constitucionais nº 20/1998, nº 41/2003 e a EC nº 47/2005, alteraram parâmetros do Regime Próprio dos Servidores Públicos Federais que, entre outros efeitos, culminou na criação da FUNPRESP. Portanto, importa-nos destacar, neste tópico, as reformas no Regime Próprio de Previdência Social e o surgimento da Previdência Complementar.

⁴ Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

3.1 AS REFORMAS NO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RPPS)

Em relação ao contexto no qual as Emendas Constitucionais n° 20/1998, n° 41/2003 e n° 47/2005 foram implementadas, Ivonete da Silva (2007, p. 46) assim se manifesta:

Os sistemas de previdência de todos os países do mundo se vêem diante da necessidade de um processo de reformulação. Vários aspectos contribuíram para isso; os principais estão relacionados às novas variáveis demográficas do mundo moderno que tendem para um envelhecimento da população e para uma queda abrupta e prolongada dos níveis de natalidade. No Brasil, a Previdência Social não deixou de seguir outra direção. Com efeito, nos anos recentes, passou por três reformas constitucionais (EC 20/98, EC 41/2003 e EC 47/2005) e por uma série de mudanças infraconstitucionais.

Como se percebe, a inversão do padrão populacional foi um fator relevante que resultou nas reformas previdenciárias da década de 90 e início dos anos 2000. O grande desafio consistia na solução da problemática do envelhecimento da população e sua consequência sobre a previdência social.

Neste contexto, foi promulgada, em 15 de dezembro de 1998, a Emenda Constitucional n° 20/1998 que, entre outras alterações, estabeleceu princípios básicos do Regime de Previdência Complementar com o fim último de assegurar aos participantes dos planos de benefícios a efetiva percepção nos serviços previamente contratados, sem, contudo, transferir o ônus financeiro da aquisição plena desse direito para a sociedade (SILVA, 2007).

Além destas alterações, a EC n° 20/1998 reformulou os dois tipos de aposentadorias previstas no art. 40, da Constituição Federal de 1988, estabelecendo a proibição de receber mais de uma aposentadoria no mesmo Regime e de acumular seus proventos com remuneração de outro cargo ou função públicos⁵, ressalvados os cargos acumuláveis, eletivos e em comissão previstos no artigo 37 da Carta Maior.

Definiu, também, a aplicação de um teto para a concessão de aposentadorias e pensões, além da proibição de contagem de tempo ficto. Por fim, uma das mais relevantes alterações implementadas pela Emenda Constitucional n° 20/1998 foi

⁵ § 10- É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

a possibilidade de aplicação do teto do RGPS⁶ para os benefícios (aposentadorias e pensões) do RPPS⁷, caso o Poder Público institísse Regime Complementar para seus servidores efetivos (GOMES, 2016).

A Emenda Constitucional n° 41/2003, por sua vez, foi promulgada no dia 19 de dezembro de 2003 e, tal como a EC n° 20/1998, fez importantes alterações no RPPS, dentre as quais a norma inseriu o caráter solidário para o Regime Próprio, de forma que, os inativos e pensionistas passaram a contribuir para o fundo previdenciário na parcela que excede o limite de referência do RGPS⁸, além de determinar o fim da integralidade e paridade dos proventos de pensões e aposentadorias a partir da publicação da citada Emenda.

Além disso, a referida Emenda determinou a competência de o Poder Executivo de cada esfera governamental instituir a Previdência Complementar para seus servidores, que deverá ser criada como entidade fechada de natureza pública que oferecerá planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida⁹, bem como limitou as pensões e aposentadorias ao teto constitucional, com base no subsídio mensal dos Ministros do STF (GOMES, 2016).

Nesta perspectiva, Ivonete Silva (2007, p. 51) complementa que:

Estabelece ainda, no § 15 do citado art. 40, que só poderá ser imposto aos servidores o limite dos benefícios do regime geral de previdência social, fixado pela proposta em R\$ 2.400,00, após a instituição, pelas respectivas esferas de governo, de regimes de previdência complementar fechados.

Portanto, da literalidade do texto citado, verifica-se que a imposição do teto do Regime Geral de Previdência Social aos benefícios de aposentadorias e pensões

⁶ Esta modificação resultou na lei que criou a FUNPRESP dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para servidores públicos federais em cargos efetivos, a partir de 2012.

⁷ § 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituem regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

⁸ § 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

⁹ § 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

do RPPS só poderiam ser aplicados após a instituição de regimes de Previdência Complementar fechados pelos respectivos Entes Políticos.

Por fim, destaca-se a última Emenda Constitucional que reformou o sistema previdenciário brasileiro antes da instituição da Previdência Complementar do Servidor Público Federal – FUNPRESP. Trata-se da Emenda Constitucional nº 47/2005 que foi promulgada no dia 05 de julho de 2005 e, dentre outras alterações, excluiu as verbas de caráter indenizatório do limite remuneratório estabelecido para o valor das aposentadorias e pensões, além de introduzir a possibilidade para Estados e Distrito Federal de estabelecerem teto único a partir do subsídio mensal dos Desembargadores de seu respectivo Tribunal de Justiça (GOMES, 2016).

Ademais, a referida EC nº 47/2005 reformulou as regras de transição para os servidores com data de exercício anterior a EC nº 20/1998, bem como revogou a paridade das regras de transição da EC nº 41/2003. Além disso, a referida Emenda deu efeito retroativo às suas alterações, que passaram a surtir efeitos sobre o RPPS desde a data da entrada em vigor da EC nº 41, que ocorreu no dia 19 de dezembro de 2003, com a finalidade de atingir uma maior quantidade de casos e limitar o crescimento das despesas previdenciárias.

3.2 PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL – FUNPRESP

A Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, publicada em 02 de maio de 2012, começou a vigorar em 04 de fevereiro de 2013. Com a justificativa de equacionar os débitos do Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos Federais, a União instituiu o Regime de Previdência Complementar para os Servidores Públicos Federais titulares de cargos efetivos – bem como os servidores efetivos das Autarquias e Fundações Públicas Federais e membros do Ministério Público, do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas da União – por meio da referida norma (CARVALHO, 2019).

Com a entrada em atividade das entidades fechadas de Previdência Complementar dos Servidores Públicos Federais, as contribuições desses agentes passaram ao patamar de 11% sobre o teto do RGPS, no RPPS, e não mais sobre o valor total dos seus vencimentos, isto porque, aos servidores públicos federais que ingressaram após o ato de criação da Previdência Complementar, restou aplicado

o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS¹⁰ às aposentadorias e pensões, de que tratam o art. 40 da Constituição Federal de 1988, a serem concedidas pelo RPPS (AMADO, 2020).

Logo, apenas os Servidores Públicos Federais que tomaram posse no Serviço Público após a publicação do ato de instituição do Regime de Previdência Complementar, terão aposentadorias e pensões limitadas ao teto do RGPS, com uma exceção, o Servidor Público Federal que ingressou no Serviço Público em data anterior a criação da Previdência Complementar que, por ato expresse, opte pelo Regime Complementar (AMADO, 2020).

Neste sentido, Frederico Amado (2020, p. 1865) assevera que:

De efeito, os servidores efetivos e os membros de Poder no âmbito federal com remuneração superior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, que venham a ingressar no serviço público a partir do início da vigência do regime de previdência complementar federal, serão automaticamente inscritos no respectivo plano de previdência complementar, desde a data de entrada em exercício. No entanto, assegurou-se o cancelamento da inscrição a qualquer tempo, nos termos do regulamento do plano de benefícios.

Portanto, depreende-se da literalidade das palavras de Amado que a Previdência Complementar é um regime facultativo ao Servidor Público Federal, embora este seja automaticamente inscrito, isto porque poderá requerer o cancelamento de sua inscrição a qualquer tempo, com efeitos retroativos, haja vista a possibilidade de recebimento de suas contribuições vertidas, tendo o requerimento ocorrido até noventa dias após sua inscrição.

No entanto, os Servidores Públicos que desejarem obter o complemento dos vencimentos de suas aposentadorias, deverão contribuir para a FUNPRESP sobre a parcela que exceder o limite máximo do Regime Geral.

Além disso, ressalta-se que o modelo adotado para o Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos Federais é fundamentado no Regime de Previdência Privada, pelos parâmetros e determinações contidos nas duas leis complementares, as quais tiveram expressa determinação de edição pela Emenda

¹⁰ Hoje, nos termos da Portaria SEPRT/ME nº 477, publicada no Diário Oficial da União (DOU) no dia 13 de janeiro de 2021, o teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social pagos pelo INSS é R\$ 6.433,57 (Seis mil, quatrocentos e trinta e três reais e cinquenta e sete centavos). Antes, o teto era de R\$ 6.101,06 (Seis mil cento e um reais e seis centavos).

Constitucional 20/1998¹¹. Tanto é que a Lei 12.618/2012 faz, constantemente, expressas remissões às Leis Complementares 108¹² e 109¹³/2001 (HENRIQUE, 2013).

A Lei 12.618/2012 também estabelece a natureza jurídica da FUNPRESP (ponto abordado no próximo tópico), qual seja, Fundação Pública de Direito Privado que contará com autonomia administrativa, financeira e gerencial para gerir os planos de benefício e as contribuições dos servidores públicos vinculados.

A estrutura organizacional da Previdência Complementar dos Servidores Públicos Federais é composta por um Conselho Deliberativo, um Conselho Fiscal e uma Diretoria Executiva, pelo qual os membros serão designados pelo Chefe de cada Poder, observados os princípios da Administração Pública (GOMES, 2016).

Por fim, Helena Gomes (2016, p. 45) enfatiza que a instituição da Previdência Complementar foi uma das principais modificações no Regime Próprio de Previdência Social:

A criação da previdência complementar para o serviço público foi uma das principais mudanças no regime próprio. Além da criação da FUNPRESP, a migração do regime de repartição simples para o, de capitalização, apesar de atingir apenas os novos ingressantes a partir de abril de 2012, foi defendida pelos Poderes Executivo e Legislativo relevante para a manutenção da sustentabilidade do sistema no longo prazo.

Assim, o novo Regime de Previdência Complementar dos Servidores Federais, embora tenha sido defendida pelos Poderes Executivo e Legislativo, ante a necessidade de equilíbrio na saúde financeira previdenciária (deficitária), foi vista com ressalvas pelos Servidores Públicos Federais (MOREIRA, 2013).

Isto porque, com a criação da FUNPRESP, os valores dos vencimentos das aposentadorias e pensões ficaram atreladas diretamente à contribuição do Servidor Público e não mais ao valor remuneratório de cada agente (MOREIRA, 2013).

¹¹ Art. 7º - Os projetos das leis complementares previstas no art. 202 da Constituição Federal deverão ser apresentados ao Congresso Nacional no prazo máximo de noventa dias após a publicação desta Emenda.

¹² Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências.

¹³ Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências.

4. NATUREZA JURÍDICA DA FUNPRESP E A SUA ADEQUAÇÃO AO CARÁTER JURÍDICO PRIVADO DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

De acordo com a linha de pensamento de Henrique (2013), a natureza jurídica das entidades fechadas de Previdência Complementar é um dos pontos mais controvertidos da instituição do Regime de Previdência Complementar.

Na concepção de Henrique (2013), o ponto controvertido se deu em virtude da atribuição de caráter público – determinado pela Constituição – a natureza jurídica do regime, com a natureza privada que gozam todas as entidades fechadas de Previdência Complementar.

O modelo previsto para o Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos Federais segue a forma de Fundação, de natureza pública – portanto, integram a Administração Pública – com personalidade jurídica de direito privado¹⁴, gozarão de autonomia administrativa, financeira e gerencial e terão sede e foro no Distrito Federal, conforme os termos do artigo 4º, parágrafo 1º, da Lei 12.618/2012.

Neste sentido, serão integrantes da Administração Pública Indireta da União, mas com personalidade jurídica de direito privado. De outra mão, Frederico Amado (2020, p. 1868) questiona “se há inconstitucionalidade no dispositivo da Lei 12.618/2012, pois ao prever uma entidade de natureza pública, certamente o artigo 40, parágrafo 15 da Constituição teve a intenção de instituir pessoas jurídicas de direito público, e não de direito privado, embora integrantes da Administração Pública Indireta.

Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 518) esclarece que:

Não parece haver dúvida de que o legislador tinha em mente e já consolidada ideia relativa às fundações instituídas pelo Poder Público, como pessoas jurídicas de direito privado, dotada de muitos pontos de assemelhação com as fundações criadas pela iniciativa privada, inclusive quanto à aquisição da personalidade jurídica através do registro do ato constitutivo. Desse modo, é indiscutível que as entidades introduzidas na Administração Indireta se caracterizam como fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado e com sua configuração estrutural básica regulada pelo Direito Civil.

¹⁴ A Funpresp-Exe, a Funpresp-Leg e a Funpresp-Jud são estruturadas na forma de fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado.

Logo, da literalidade das palavras de Carvalho Filho, não restam dúvidas quanto à possibilidade de uma Fundação Pública deter a condição de pessoa jurídica de direito privado.

Portanto, neste ponto controvertido, em que pese argumentos contrários, adota-se o entendimento de não haver vício de inconstitucionalidade ou anormalidades com a natureza jurídica das entidades fechadas de Previdência Complementar dos Servidores Públicos ao ostentarem a natureza jurídica de direito privado, ressalvados os aspectos que a caracterizam como de “natureza pública” (HENRIQUE, 2013).

5. INSTITUIÇÃO DO REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E A POSSIBILIDADE DE CONSERVAÇÃO DO REGIME JURÍDICO ANTERIOR

Com a entrada em vigor da Lei 12.618/2012, no dia 04 de fevereiro de 2013, instituiu-se um novo regime jurídico aos Servidores Públicos Federais, tendo em vista que os Entes Políticos poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões concedidas pelo Regime Próprio de Previdência Social, o teto aplicado aos benefícios estabelecidos pelo Regime Geral de Previdência Social.

Dessa forma, os Servidores Públicos Federais que percebam proventos que ultrapassem o teto do valor dos benefícios concedidos pelo Regime Geral de Previdência Social, poderão complementar suas contribuições se filiando e colaborando junto ao Instituto de Previdência Complementar do respectivo Ente político, uma vez que se trata de vinculação facultativa, não sendo imposta ao servidor público aderir aos planos de Previdência Complementar.

Entretanto, como bem salienta Frederico Amado (2020, p. 1808):

[...] os dispositivos constitucionais que preveem a previdência pública complementar apenas serão aplicáveis aos servidores públicos que tiverem ingressado no serviço público após a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

Ou seja, em regra, o novo regime jurídico que implementou a Previdência Complementar dos Servidores Públicos da União terá eficácia sobre os novos servidores que forem empossados após o dia 04 de fevereiro de 2013 (data da entrada em vigor da Lei nº 12.618/2012).

No entanto, o artigo 3º da Lei nº 12.618/2012 prevê que os Servidores Públicos Federais empossados no serviço público após o dia 04 de fevereiro (data da entrada em vigor da Lei 12.618/2012), que eram vinculados ao Regime Próprio de

Previdência Social de qualquer Entidade Política na condição de Servidor Público titular de cargo efetivo, sem que haja qualquer interrupção do vínculo, conserva o regime jurídico anterior, sendo este o entendimento da doutrina majoritária.

A Administração Pública Federal, por sua vez, diverge deste entendimento por meio da visão da Advocacia-Geral da União (AGU)¹⁵ e do extinto Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG)¹⁶, pelo qual firmaram o entendimento de que a mudança de cargos públicos entre os Entes Políticos – mesmo que não haja interrupção – diversos não conserva o regime jurídico anterior (AMADO, 2020).

Neste sentido, de acordo com o artigo 2º da Orientação Normativa 17, do extinto Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, estão sujeitos ao regime de previdência complementar positivado pela Lei nº 12.618/2012, e por conseguinte, estarão submetidos ao novo regime jurídico com a limitação do teto do Regime Geral de Previdência Social:

I – os servidores públicos federais que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo do Poder Executivo Federal a partir de 4 de fevereiro de 2013;

II – os servidores públicos federais egressos de órgãos ou entidades de quaisquer dos entes da federação que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo do Poder Executivo Federal a partir de 4 de fevereiro de 2013;

III – os servidores públicos federais egressos das carreiras militares que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo do Poder Executivo Federal após 4 de fevereiro de 2013; e

IV – os servidores antes integrantes da Polícia Civil, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal que tenham ingressado ou venham a ingressar em cargo público efetivo no Poder Executivo Federal a partir de 4 de fevereiro de 2013 (BRASIL, 2013).

Logo, suponha-se que um Servidor Público de algum Ente Político diverso da União seja aprovado em concurso público para provimento de Cargo Público Federal, após a instituição do Regime de Previdência Complementar, conforme o entendimento da Administração Pública Federal, ele irá ingressar no Serviço Público Federal sob o novo regime jurídico, mesmo que não esteja vinculado à Previdência

¹⁵ Parecer nº 009/2013/JCBM/CGU/AGU, de 30 de outubro de 2013, aprovado pelo Despacho do Advogado-Geral da União, em 31 de outubro de 2013.

¹⁶ Orientação Normativa 17, de 23 de dezembro de 2013, da lavra da Secretaria de Gestão Pública do extinto Ministério do Orçamento, Planejamento e Gestão.

Complementar no vínculo com o Ente Político anterior (AMADO, 2020). Neste sentido, o Tribunal de Contas da União¹⁷ possui o mesmo entendimento da Administração Pública.

No Parecer nº 009/2013/JCBM/CGU/AGU¹⁸, a Advocacia-Geral da União defendeu que a possibilidade insculpida no parágrafo 16, do artigo 40 da Constituição Federal de 1988 é por determinado regime jurídico junto ao Ente da Federação em que o Servidor Público se encontrava em exercício na data de sua instituição, não possuindo caráter de portabilidade; além disso, asseverou que o Supremo Tribunal Federal tem entendimento firmado quando à ausência de direito adquirido a regime jurídico; ademais, argumentou-se, com base no artigo 39 Constituição Federal, que os entes políticos possuem autonomia para instituir os regimes jurídicos, portanto, além do respeito às normas instituídas no respectivo ente Federado, “a opção do § 16 do art. 40 da CF/88 realizada pelo servidor no Ente Federado de origem, não obriga a União e seus efeitos não vão além do regime jurídico no qual fora exercida a faculdade” (BRASIL, 2013, p. 7).

¹⁷ Acórdão 1204/2015 Plenário (Recurso Administrativo, Relatora Ministra Ana Arraes). Pessoal. Regime de Previdência Complementar. Poder Legislativo.

É obrigatória a aplicação do Regime de Previdência Complementar da União, instituído pela Lei 12.618/2012, aos servidores do Poder Legislativo que ingressaram no serviço público federal a partir de 07/05/2013, ainda que oriundos, sem quebra de continuidade, do serviço público dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

¹⁸ 1. Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Pedido de manifestação sobre alcance do § 16 do art. 40 da CF/88, aos servidores federais egressos de Estados e Municípios a partir da vigência da Funpresp-Exe;

2. A Opção do § 16 do art. 40 da CF/88 (opção pelo regime de previdência complementar) é por determinado regime jurídico; o STF tem entendimento firmado quando à ausência de direito adquirido a regime jurídico;

3. O direito de opção do § 16 do art. 40 da CF/88, é exercitável junto ao Ente da Federação onde em exercício o servidor na data de sua instituição; não possui caráter de portabilidade assim como a estabilidade; respeita as normas positivadas no respectivo ente Federado;

4. Os entes políticos possuem autonomia para instituição dos respectivos regimes jurídicos (art. 39 da CF/88);

5. A opção do § 16 do art. 40 da CF/88 realizada pelo servidor no Ente Federado de origem, não obriga a União e seus efeitos não vão além do regime jurídico no qual fora exercida a faculdade.

6. A relação estatutária entre a União e seus servidores, sujeita-os ao regime jurídico que encontrem no momento da admissão. No caso, a Lei nº 12.618/12;

7. O princípio da legalidade obsta reconhecimento de direitos não previstos em lei (direito de ingressar no serviço federal a partir da vigência do Funpresp-Ex e não se sujeitar à Lei nº 12.618/12);

8. O servidor federal egresso de Estados, Distrito Federal e Municípios, a partir da vigência do Funpresp-Exe em 4/2/2013, não possui direito oponível à União de receber além do teto do RGPS junto ao Regime Próprio de Previdência; está sujeito à Lei nº 12.618/12, para receber além do teto do RGPS (art. 3º, I, 22). Não há direito de optar pelo regime pretérito ao seu ingresso (art. 40, § 16 da CF/88).

De acordo com Frederico Amado (2020), a Constituição Federal de 1988 não é clara sobre este ponto controvertido, tendo em vista que, o artigo 40, parágrafo 16, aduz que “o disposto nos parágrafos 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar”.

Neste sentido, Amado (2020, p. 1809) ainda assevera que “[...] a Constituição se refere genericamente ao ingresso no “serviço público”, não exigindo literalmente a entrada no serviço público da respectiva entidade federativa até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar”.

Assim, acredita-se que a melhor interpretação do dispositivo constitucional seja pela conservação do regime jurídico anterior a instituição da previdência complementar para os servidores públicos estaduais e municipais que ingressaram no Serviço Público Federal do Poder Executivo a partir de 04 de fevereiro de 2013.

Diante desta insegurança jurídica, o Sindicato Nacional dos Servidores Federais obteve liminar favorável na Seção Judiciária do Distrito Federal, mantida pelo Tribunal Regional da 1ª Região¹⁹, para conservar o regime jurídico anterior aos novos Servidores Públicos Federais oriundos de outros Entes Políticos, sem interrupção de vínculos e que tenham sido empossados no Ente Político anterior antes do funcionamento do Regime de Previdência Complementar.

¹⁹ PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0014659-24.2015.4.01.0000/DF (d) Processo Orig.: 0070641-42.2014.4.01.3400 55 – N° Lote: 2015050533-8_1 – AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 0014659-24.2015.4.01.0000/DF (d) RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO DE ASSIS BETTI RELATOR CONVOCADO: JUIZ FEDERAL CLEBERSON JOSÉ ROCHA AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL PROCURADOR: JOSÉ ROBERTO MACHADO FARIAS AGRAVADO: SINDICATO NACIONAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERIAS AUTÁRQUICOS NOS ENTES DE FORMULAÇÃO PROMOÇÃO E FISCALIZAÇÃO DA POLITICA DA MOEDA ADVOGADO: CARLOS ALBERTO MACEDO ADVOGADO: VERA MIRNA SCHMORANTZ ADVOGADO: RAFAEL PEDROSA DINIZ ADVOGADO: FABIANA DE SOUSA LIMA DECISÃO

[...] 7. A controvérsia central cinge-se sobre a vinculação ao regime próprio de previdência da União decorrente de posse em cargo público federal, sendo o empossado oriundo de outros regimes próprios de previdência na condição de servidor público titular de cargo efetivo.

[...] 12. Essa interpretação não encontra amparo na Constituição e no texto expresso da própria norma interpretada.

[...] 21. Dessa forma, os servidores oriundos de outras entidades e órgãos da Administração que ingressaram antes da instituição do regime de previdência complementar de que cuida a Lei 12.618/2012, que não tiveram ruptura de vínculo somente estarão vinculados a esse regime complementar se fizerem expressa opção.

22. Em face do exposto, nego seguimento ao recurso.

Na liminar do processo 0070641-42.2014.4.01.3400, na Seção Judiciária do Distrito Federal, o juiz da decisão argumentou que:

Segundo se extrai da redação do art. 3º da Lei n. 12.618/2012, a aplicação do limitador máximo para os benefícios do regime geral de previdência social às aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de previdência da União indica expressamente que ele atinge apenas os servidores que tiverem ingressado no serviço público (sem qualquer referência à esfera de poder), a partir do início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, independentemente de sua adesão ao plano de benefícios e até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, e nele tenham permanecido sem perda do vínculo efetivo, e que exerçam a opção prevista no § 16 do art. 40 da Constituição Federal (DISTRITO FEDERAL, 2015, p. 4).

Assim, o magistrado entendeu que a norma não fez qualquer distinção no que concerne a origem do vínculo com o Serviço Público para fins de aplicação de suas disposições legais, não havendo suporte jurídico que assegure à Administração promover essa interpretação restritiva (DISTRITO FEDERAL, 2015).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, se posicionou em sessão administrativa, no fim do ano de 2017, pela conservação do regime jurídico anterior sem limitação do teto do Regime Geral de Previdência Social aos Servidores Públicos de outros Entes Políticos que ingressaram no Serviço Público Federal, sem interrupção, após o dia 04 de fevereiro de 2013.

No mesmo sentido, a Segunda Turma do STJ, em 08 de agosto de 2017, decidiu pela não restrição do direito de escolha – do servidor público efetivo que ingressou no Serviço Público Federal a partir de 04 de fevereiro de 2013 – pelo Regime Próprio da União anterior a instituição do Regime de Previdência Complementar²⁰.

²⁰ RECURSO ESPECIAL. LEI 12.618/2012. NOMEAÇÃO EM CARGO DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL. VÍNCULO ANTERIOR COM O SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL. DIREITO À OPÇÃO DE REGIME PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. 1. A controvérsia consiste em saber se os servidores egressos de outros entes da federação que, sem solução de continuidade, ingressaram no serviço público federal, tem ou não direito de optar pelo regime previdenciário próprio da União anterior ao regime de previdência complementar estabelecido por esse último ente e sujeito ao teto do RGPS. 2. O art. 40, parágrafo 16, da CF e o art. 1º, parágrafo 1º, da Lei 12.618/2012, ao tratar da obrigatoriedade do regime de previdência complementar, utilizaram-se do ingresso no serviço público como critério diferenciador, sem fazer referência expressa a qualquer ente federado. Não há, portanto, nenhuma restrição ao ente federado em que houve o ingresso no serviço público. 3. Recurso Especial não provido.

De acordo com o voto do Ministro Relator:

Interpretando-se os acima transcritos dispositivos da lei federal extrai-se que para os servidores federais há duas situações: I) se o ingresso no serviço público ocorrer a partir da vigência da supracitada lei, será obrigatório o regime de previdência limitada ao teto do RGPS, acrescido do sistema de previdência complementar; II) se o ingresso se deu antes de 4.2.2013, é assegurada a opção pelo regime de previdência complementar ou a manutenção do regime anterior. Contudo, os mencionados artigos não esclarecem a situação dos servidores que entram no serviço público federal a partir da vigência da aludida lei egressos, sem quebra de continuidade, de outro ente federado que não instituíra o sistema de previdência complementar. A mera leitura dos textos constitucional e legal evidencia que tanto a CF quanto a lei não fizeram distinção alguma em relação à origem do vínculo com o serviço público para efeito de aplicação de suas disposições normativas (STJ, 2017, p. 7).

Na mesma linha, o STJ também entendeu que o parágrafo 16, artigo 40, da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que o ingresso no serviço público é o critério diferenciador da obrigatoriedade ou não do Regime de Previdência Complementar, não estabeleceram, expressamente, qualquer especificidade ou referência a qualquer dos entes federados²¹, não havendo “nenhuma restrição ao ente federado em que houve o ingresso no serviço público” (STJ, 2017, p. 8).

Neste sentido, em que pese a Administração Pública não possuir entendimento favorável à conservação do regime jurídico anterior, os Tribunais (TRF da 1ª região, STJ e STF – este último em sessão administrativa) vêm se posicionando a favor da possibilidade de manutenção do regime jurídico anterior a instituição da Previdência Complementar do Servidor Público titular de cargo efetivo na Administração Pública Federal. No entanto, é preciso que fique claro que o entendimento que vem sendo adotado nos Tribunais não está totalmente sedimentado, uma vez que o STF ainda irá julgar o tema em sede de repercussão geral.

Por fim, advoga-se pelo entendimento (seguindo-se a mesma linha de raciocínio adotada pelos Tribunais) de que os servidores públicos titulares de cargos efetivos nos Estados, Distrito Federal e nos Municípios que ingressarem no Serviço Público Federal após a instituição do novo regime de Previdência Complementar, conservar-se-ão o regime jurídico anterior, com uma ressalva, o Ente Federativo anterior também já estivesse no regime jurídico antigo.

²¹ “Portanto, em cumprimento ao art. 40, § 16, da CF e a partir da vigência da Lei 12.618/2012, em 4.2.2013, os servidores públicos que ingressaram no serviço público antes da efetiva implantação do sistema de previdência complementar, podem optar pelo novo regime, ou permanecer no sistema até então vigente” (STJ, 2017, p. 7).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado, buscou-se responder à seguinte pergunta (problema): à luz da jurisprudência e doutrina majoritária, bem como da legislação constitucional e infraconstitucional, é possível conservar o regime jurídico anterior a instituição do Regime de Previdência Complementar em benefício dos Servidores Públicos Federais que ingressaram no serviço público federal a partir de 04 de fevereiro de 2013 (data da entrada em vigor da Lei nº 12.618/2012)?

Para isto, apresentou-se, na primeira parte deste artigo, o Regime de Previdência Própria dos Servidores Públicos, bem como a sua efetivação no ordenamento Constitucional vigente. Posteriormente, abordou-se as principais reformas previdenciárias que ocorreram no país, com destaque especial nas Emendas Constitucionais nº 20/1998, nº 41/2003 e nº 47/2005 (Reformas previdenciárias que modificaram substancialmente a Previdência Própria dos Servidores Públicos).

Na sequência, descreveu-se a instituição da Previdência Complementar dos servidores públicos titulares de cargos efetivos no Serviço Público Federal, bem como examinou-se a natureza jurídica da FUNPRESP e a sua adequação ao caráter jurídico privado das entidades fechadas de Previdência Complementar.

Neste ponto, advogou-se pela ausência de vício de inconstitucionalidade ou anormalidades com a natureza jurídica das entidades fechadas de Previdência Complementar dos servidores públicos, ao ostentarem a natureza jurídica de direito privado, ressalvados os aspectos que a caracterizam como de “natureza pública”.

À guisa de remate, discutiu-se a possibilidade de conservação do regime jurídico anterior a instituição da FUNPRESP em favor dos servidores públicos federais que ingressaram no Serviço Público Federal a partir de 04 de fevereiro de 2013 (data da entrada em vigor da Lei nº 12.618/2012).

Concluiu-se que, apesar de a Administração Pública não possuir entendimento favorável à conservação do regime jurídico anterior, os Tribunais (TRF da 1ª região, STJ e STF – este último em sessão administrativa) vêm se posicionando a favor da possibilidade de manutenção do regime jurídico anterior a instituição da Previdência Complementar do Servidor Público titular de cargo efetivo na Administração Pública Federal. No entanto, é preciso que fique claro que o entendimento que vem sendo adotado nos Tribunais não está totalmente sedimentado, uma vez que, o STF ainda irá julgar o tema em sede de repercussão geral.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998*. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003*. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005*. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc47.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. *Lei Complementar 108, de 29 de maio de 2001*. Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp108.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. *Lei Complementar 109, de 29 maio de 2001*. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012*. Institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12618.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Orientação Normativa 17, de 23 de dezembro de 2013. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/orientacao-normativa-17-2013_263606.html. Acesso em: 17 fev. 2021.

BRASIL. *Parecer n° 009/2013/JCBM/CGU/AGU, de 30 de outubro de 2013*. Disponível em: <http://sindireceita.org.br/wp-content/uploads/2013/11/PARECER-N%C2%B0009-2013-JCBM-CGU-AGU.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2021.

BRASIL. *Portaria SEPRT/ME n° 477, de 13 de janeiro de 2021*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-seprt/me-n-477-de-12-de-janeiro-de-2021-298858991>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CALAZANS, F; CAETANO, M. *A política regulatória contemporânea dos regimes de previdência do funcionalismo público no Brasil: avanços, limitações e propostas*. Texto para discussão, n. 1838. Rio de Janeiro: IPEA, 2013. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1277/1/TD_1838.pdf. Acesso em: 11 fev. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, Rômulo Braga de. *A cassação de aposentadoria do servidor público federal e seu impacto no FUNPRESP*. 2019. 74 f. Monografia (Graduação). Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Seção Judiciária do Distrito Federal. *Ação Ordinária*. Pedido liminar promovido pelo Sindicato Nacional dos Servidores Federais Autárquicos nos Entes de Formulação, Promoção e Fiscalização da Política da Moeda e do Crédito (SINAL) em face da Banco Central do Brasil (Bacen), União e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público (Funpresp-Exe), objetivando que os servidores nomeados pelo Banco Central do Brasil após a vigência do novo regime de previdência e que já detinham cargo público nas esferas estaduais, municipais ou distrital[...] que não tenham interrompido o vínculo para assumir cargo na carreira Especialista do Banco Central, procedam aos recolhimentos devidos a título de seguridade social pelos servidores, bem como suspenda os efeitos dos parágrafos 7° e 8° do artigo 3° da Lei n° 12.618/12. Juiz: Renato Coelho Borelli. Proc. n. 0070641-42.2014.4.01.3400 – 14ª Vara Federal. Decisão em 11 de fevereiro de 2015. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 17 fev. 2021.

GOMES, Helena Tweedie de Mattos. *O Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) dos servidores públicos federais de 1997 a 2015: resultados e perspectivas*. 2016. 80 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Curso de Graduação em Economia, da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

HENRIQUE, Adriano Cardoso. Regime de Previdência Complementar do Servidor Público Federal – Aspectos Constitucionais Controversos. *Publicações da Escola da AGU: Encontro Nacional dos Advogados Públicos da Previdência*. Brasília, v. 2, n. 32, p. 7-34, 2013.

MOREIRA, Gabriela Baracho. O novo Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos Federais. *Publicações da Escola da AGU: Cursos de formação para Advogados da União em 2013: Trabalhos selecionados*. Brasília, v. 1, n. 28, p. 225-242, 2013.

SILVA, Ivonete Ramos da. *O regime de previdência complementar dos servidores públicos federais e a Emenda Constitucional nº 41/2003*. 2007. 79 f. Monografia (Especialização). Centro de Estudos Sociais Aplicados da Universidade Federal Fluminense.

TIM, Elaine Melquide. *Previdência complementar: do ônus ou do benefício para servidores públicos federais do executivo*. Cacoal/RO: UNIR, 2016. 50 f.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. *Agravo de Instrumento*. Processo TRF/DF nº 0014659-24.2015.4.01.0000. Desembargador Relator Francisco de Assis Betti. j. 26/06/2015. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proc=86489520064013814&pg=1>. Acesso em: 17 fev. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1671390/PE*. Segunda Turma. Ministro Relator Herman Benjamim. j. 08/08/2017. DJ. 12/09/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701100378&dt_publicacao=12/09/2017. Acesso em 17 fev. 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Acórdão 1204/2015*. Ministra Relatora Ana Arraes. j. 20/05/2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1204%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em 17 fev. 2021.

A IMPORTÂNCIA DA PRESERVAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS: UMA ANÁLISE DO PROCESSO CRIMINAL DE OJ SIMPSON À LUZ DO ORDENAMENTO BRASILEIRO

THE IMPORTANCE OF PRESERVING THE CHAIN OF CUSTODY: AN ANALYSIS OF OJ SIMPSON'S CRIMINAL PROCEDURE IN LIGHT OF THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

*Eduarda Duarte Ferreira**

Resumo: O objetivo do presente estudo é analisar o processo criminal que desencadeou a decisão absolutória proferida em 1995, pelo júri do Corte Superior da Califórnia, em Los Angeles, no julgamento do ex-ator e ex-jogador de futebol americano Orenthal "OJ" Simpson. Para tanto, a pesquisa busca questionar se a preservação da cadeia de custódia das provas influencia diretamente na construção do veredito final de uma decisão criminal. Faz-se uma análise sistematizada dos principais aspectos do caso concreto, compreendendo uma introdução ao conflito sobre as partes, alguns fatos pretéritos relevantes ao caso, a história processual da lide, os argumentos utilizados pelas partes e os fundamentos utilizados na decisão do júri. Nesse contexto, o objetivo da pesquisa é analisar o caso a partir do conceito de cadeia de custódia inserido pela Lei n. 13.964/2019 na legislação brasileira, no que concerne à importância de preservação da cena do crime, a fim de manter a integridade da cadeia de custódia das provas; sobretudo, analisando o impacto de sua violação para a contaminação do conjunto probatório e para a eventual condenação ou absolvição. Dessa forma, denota-se que diante do desrespeito aos procedimentos da cadeia de custódia, a persecução criminal não segue um curso linear e consistente, de modo que impossível conferir certeza à condenação de um indivíduo frente ao caráter duvidoso gerado pela não preservação de provas essenciais à construção da consciência dos julgadores. Para que os resultados fossem alcançados, produziu-se uma revisão bibliográfica e uma pesquisa descritiva, a partir do estudo de caso.

Palavras-chave: Cadeia de custódia. Provas. OJ Simpson. Cena do crime. Processo Penal.

*Graduanda da 7ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/9472156344892927>. E-mail: duferreira2000@gmail.com.

Abstract: The purpose of this case study is to analyse the criminal case that triggered the judgment of acquittal delivered in 1995 by the jury of the Supreme Court of California, in Los Angeles, at the trial of former actor and former football player Orenthal "OJ" Simpson. Therefore, the research seeks to question whether the preservation of the evidence chain of custody influences the construction of the final verdict of a criminal decision. A systematic analysis of the main aspects has been made, comprising an introduction to the conflict between the parties, some relevant past facts, the procedural history of the case, the arguments used by the parties and the grounds used in the jury's decision. In this context, the objective of the research is to analyse the case from the chain of custody concept introduced in the Brazilian law, with regard to the importance of preserving the crime scene, in order to maintain the integrity of the evidence chain of custody; above all, analyzing the impact of its violation for the contamination of the evidentiary set and for the eventual judgment of conviction or acquittal. Thus, it is noted that, given the disrespect of the chain of custody procedures, the criminal prosecution does not follow a linear and consistent course, so that it is impossible to ensure the conviction of an individual due to the doubtful character generated by the non-preservation of essential evidence in order to construct the judges' conscience. In order to achieve the results, the research produced a bibliographic review and a descriptive research, based on the case study.

Keywords: Chain of custody. Evidences. OJ Simpson. Crime scene. Criminal Procedural law.

INTRODUÇÃO

Em 3 de outubro de 1995, o júri do Tribunal Superior de Los Angeles anunciava que o ex-jogador de futebol americano, Orenthal James "OJ" Simpson, havia sido absolvido do duplo homicídio praticado contra Nicole Simpson, sua ex-mulher, e Ronald Goldman. Esse julgamento foi um marco na história do direito e da televisão norte-americana, quando mais de 57% da população dos Estados Unidos à época acompanhou o veredito final (ZORTHIAN, 2015), ocasionando intenso debate, tanto pela brutalidade do crime quanto pela celebridade do acusado.

O midiático "julgamento do século" foi resultado do incansável trabalho da defesa que, além de apontar as falhas na colheita de evidências e da preservação da cadeia de custódia, demonstrou a contaminação das provas essenciais ao convencimento do julgador. Nesse sentido, mesmo que a maior parte do conjunto probatório até o momento fosse desfavorável ao acusado, a dúvida razoável era o único caminho a ser percorrido, tendo em vista que não houve a conservação adequada da integralidade das evidências colhidas na fase de investigação policial, comprometendo a prova técnica e a cadeia de custódia da prova.

Dessa maneira, observa-se que o (in)sucesso de uma investigação e de uma eventual condenação criminal está intrinsecamente ligado à importância da coleta

de vestígios e evidências na cena do crime, com a devida observância dos protocolos e técnicas de atuação, assim como o respeito à cadeia de custódia do conjunto probatório colacionado. Com efeito, objetivando uma persecução penal consistente, com a elucidação dos delitos cometidos e dos seus respectivos indícios de autoria, é certa e necessária a idoneidade no que tange às provas periciais.

Nesse sentido, havendo a violação da cadeia de custódia, impossível se mostra a aferição da existência de regularidade ou não da prova, bem como da formação da certeza no processo criminal, acarretando, inevitavelmente, na nulidade processual e o desentranhamento do material probatório colacionado. Sendo assim, a conservação do local do delito para a coleta de vestígios e posterior perícia evidencia uma preocupação com o curso da persecução penal, na medida em que um simples descuido da equipe técnica ocasionaria a contestação da veracidade de uma evidência essencial à formação do convencimento do julgador na ação penal.

Dessa forma, o presente artigo objetiva analisar o caso do ex-jogador OJ Simpson, em que a defesa questionou o modo de coleta e manuseio da prova indiciária que ocasionou a eventual absolvição, a partir do conceito de cadeia de custódia inserido pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019) no processo penal brasileiro. Com efeito, a partir do questionamento se a preservação da cadeia de custódia das provas influencia diretamente na construção do veredito proferido em processo criminal, o foco do presente estudo centra-se na descrição dos fatos e argumentos que levaram à decisão final do julgamento, embasada na construção de uma crítica norteada pelas diretrizes e procedimentos da legislação pátria, bem como no estudo da doutrina e jurisprudência.

1. FATOS E HISTÓRICO PROCESSUAL

No dia 12 de junho de 1994, no subúrbio de Brentwood em Los Angeles, Nicole Brown e seu amigo Ronald Goldman foram brutalmente assassinados a golpes de faca, em frente à casa dela. O principal suspeito do crime era o famoso jogador de futebol americano à época e ex-marido de Nicole, OJ Simpson (TOOBIN, 2016).

O casal teria iniciado o relacionamento logo após a separação do astro do esporte de sua ex-mulher, Marguerite. No entanto, conforme os relatos do diário de Nicole, bem como os próprios relatos de OJ, houveram diversas situações de violência doméstica, tanto que, no ano em que oficializaram a união, Simpson quebrou os vidros do carro da jovem com um bastão de *baseball*, onde ela teria se escondido após uma fervorosa discussão do casal (TOOBIN, 2016).

No entanto, mesmo após a separação, em 1992, e os registros de agressões físicas, o ex-jogador não se privou de seus atos violentos contra Nicole, persistindo com as invasões de domicílio e ameaças contra a, agora, ex-esposa (TOOBIN, 2016).

Sendo assim, diante do histórico agressivo do relacionamento, do intenso sentimento de ciúme que perseguia aquela relação e das recorrentes situações de violência doméstica, todos os elementos apontavam para OJ Simpson como o autor do brutal homicídio contra a jovem Nicole Brown e seu amigo Ronald.

De acordo com Toobin (2016), o local do crime se assemelhava a um filme de terror: ao pé da escada da residência de Nicole Brown estava o corpo ensanguentado da jovem, e, a poucos passos de distância, estava seu amigo Ronald, com ferimentos fatais no tronco e no pescoço que evidenciaram um ataque brutal. Pelas circunstâncias da situação, localidade e características dos ferimentos, tudo indicava que o instrumento utilizado para o homicídio fora perfurocortante, isto é, uma faca.

A descrição da cena do crime contava com a presença de cinco gotas de sangue, a indicar que um indivíduo caminhou até os fundos da residência e se evadiu pelo portão, que também continha vestígios de sangue (TOOBIN, 2016). Além disso, durante o curso da investigação policial, constatou-se que a numeração dos sapatos coincidia com aquela utilizada pelo principal suspeito até o momento, o jogador OJ Simpson (TOOBIN, 2016), e que o mesmo estava com um curativo em um dos dedos para encobrir um ferimento profundo (TOOBIN, 2016). Outrossim, a perícia constatou que havia sangue no carro do atleta, em uma meia e em uma luva de couro encontrada na parte externa de sua residência.

Ainda de acordo com Toobin (2016), conforme o departamento de polícia analisava a cena e as circunstâncias do crime, mais eles encontravam provas que apontavam para a culpabilidade e responsabilização de OJ Simpson. Todos os indícios até o momento, portanto, se direcionaram ao atleta como principal suspeito de autoria dos delitos de homicídio, cabendo à perícia a transformação e a validação desses indícios em evidências para a formação do conjunto probatório.

Dessa maneira, após a coleta e perícia de todo o material encontrado, realizado o exame de compatibilidade de DNA, atestou-se que os cinco pingos de sangue encontrados na residência de Nicole Brown eram do jogador e que as manchas de sangue encontradas no carro de OJ Simpson continham o perfil genético dele e das outras duas vítimas. Também, constatou-se que a luva de couro encontrada

na parte externa da residência de Simpson apresentava o perfil genético de Nicole e Ronald, bem como a meia encontrada no quarto do jogador também continha material genético da jovem (TOOBIN, 2016).

Diante disso, Simpson empreendeu fuga pelas ruas de Los Angeles, o que ganhou atenção da mídia local, interrompendo eventos desportivos que aconteciam naquele momento, como a abertura da Copa do Mundo de 1994 e o quinto jogo das finais da NBA (TOOBIN, 2016). Após trancar-se no veículo durante horas, enquanto ameaçava cometer suicídio, e uma longa negociação com a polícia de Los Angeles, O.J. se entregou e foi detido (TOOBIN, 2016).

1.1 DOS ARGUMENTOS ACUSATÓRIOS

O árduo trabalho dos promotores de acusação, essencialmente conduzido pelos promotores Christopher Darden e Marcia Clark, consistiu na necessidade de comprovar a compatibilidade do material genético de OJ Simpson com as amostras de sangue coletadas na cena do crime, nas luvas utilizadas para o cometimento do delito e no carro da celebridade.

De acordo com Toobin (2016), o caso Simpson incluiu mais provas de DNA do que qualquer outro processo penal da história dos Estados Unidos, uma vez que, por mais inovadora que fosse à época, as evidências coletadas e periciadas posteriormente eram provas cabais para a comprovação do envolvimento de OJ no duplo homicídio de Nicole Brown e Ronald Goldman.

Além dos depoimentos testemunhais – também essenciais para a formação do veredito final no processo penal –, a estratégia da acusação era confrontar os exames de compatibilidade de material genético com a versão de inocência apresentada pelo acusado e sua defesa.

Nesse sentido, Toobin (2016) relata que os resultados dos exames mais precisos de DNA foram surpreendentes, de modo que “para uma das gotas de sangue descobertas no quintal na Bundy Dr. [local do crime], a probabilidade que não fosse de Simpson era de uma em 170 milhões”. Dessa maneira, a acusação construía um forte e robusto conjunto probatório em desfavor do acusado, em que alegavam a incontestabilidade do envolvimento da celebridade no assassinato de sua ex-esposa e seu amigo.

Ainda, Simpson mantinha um relacionamento violento com a ex-mulher, sendo que a animosidade entre eles havia crescido semanas antes do crime, e ele não

possuía álibi algum que tornasse a sua inocência incontestável. Da mesma forma, o atleta apareceu com um corte na mão esquerda no dia seguinte da ocorrência dos fatos, e os exames de DNA atestaram que era dele o sangue encontrado na cena do crime.

No entanto, ainda que o conjunto de evidências fosse robusto, os procedimentos de coleta e armazenamento apresentaram diversas falhas, o que não foi observado atentamente pelos promotores de acusação.

1.2 DOS CONTRA-ARGUMENTOS UTILIZADOS PELA DEFESA

À época dos fatos, a defesa de OJ Simpson era conhecida como “*dream team*”¹, composto por Bob Shapiro, Johnnie Cochran e Robert Kardashian, isto é, o time dos sonhos para qualquer defesa frente ao júri criminal da Califórnia.

Inicialmente, a principal tese de defesa a ser utilizada era a (in)questionabilidade dos laudos de DNA trazidos pela acusação ao júri, porquanto constituía prova essencial para a formação do convencimento dos jurados para a condenação ou absolvição do atleta.

Nesse sentido, a melhor maneira de confrontar a moderna tecnologia de análise do DNA era encontrar falhas na fase inicial, ou seja, nas técnicas de coleta e preservação das evidências utilizadas pela polícia – a cadeia de custódia das provas. Com efeito, apesar de praticamente incontestáveis, as amostras utilizadas para os exames de DNA são extremamente sensíveis, na medida em que amostras ruins ocasionam resultados imprecisos, que podem ter a sua confiabilidade reduzida.

Assim, cabia à defesa atestar os defeitos e as falhas na coleta e no armazenamento das amostras coletadas na cena do crime, ações que certamente comprometeriam a validade das provas apresentadas pela acusação. Conforme os relatos de Toobin (2016), após a coleta dos vestígios, as amostras de sangue foram colocadas em sacos plásticos e, em seguida, armazenadas por várias horas em um caminhão sem a devida refrigeração necessária para a conservação, condições que tinham potencial para comprometer a qualidade do material genético para uma eventual análise.

Da mesma forma, os relatos da criminalista Andrea Mazzola, que coletou a maior parte das amostras de sangue presentes na cena do crime, fortaleceram a

¹ Tradução livre “time dos sonhos”.

tese da defesa de que os vestígios encontrados no local poderiam ter sofrido alterações biológicas devido à falta de preparo e cuidado dos peritos na conservação e na preservação das provas técnicas. Em seu depoimento, a criminalista “admitiu alguns pequenos erros no manuseio das provas, como por exemplo não trocar as luvas com a frequência devida e outras coisas do tipo” (Toobin, 2016).

Destarte, para a defesa era evidente a quebra da cadeia de custódia das provas – mesmo que não tratada com essa terminologia –, porquanto encontradas inadequações no processo de coleta das evidências, levantando a tese de contaminação das mesmas.

Por derradeiro, apesar do robusto conjunto probatório em desfavor do seu cliente, os advogados de defesa trabalhavam incansavelmente para encontrar brechas no trabalho de investigação policial, bem como da promotoria. Outrossim, a defesa buscava a absolvição não somente com base no argumento de inocência, mas sim na sequência de falhas encontradas durante o período de colheita das provas técnicas, essenciais para a formação do convencimento dos jurados.

1.3 DA DECISÃO FINAL DO JÚRI E SEUS FUNDAMENTOS

Após um longo período de julgamento, colhidos todos os depoimentos, e passados os diversos conflitos com a mídia local, o júri da Corte Superior da Califórnia se reuniu para decidir o decreto final (TOOBIN, 2016).

Diferentemente do sistema brasileiro, o júri americano busca a unanimidade entre os jurados, não podendo condenar um sujeito caso haja qualquer dúvida acerca da autoria do delito, por exemplo (ALMEIDA, 2016). Nesse sentido, analisados os argumentos e as provas trazidas por ambas as partes, cabe aos jurados verificar se há ou não empecilho para aquela condenação, isto é, se há ou não dúvida razoável no caso em análise.

Sobre a dúvida razoável, Melim (2016) explica que o grau mínimo de convicção para a condenação é verificado por meio de critérios negativos, sendo que, diante da existência de dúvida – não se alcançando uma quase certeza – a condenação não poderá subsistir.

Dessa forma, à acusação cabia provar, além de qualquer dúvida razoável, que o réu havia cometido os dois homicídios que lhe eram imputados; por sua vez, aos jurados cabia condenar OJ Simpson se não tivesse dúvidas razoáveis quanto à sua culpabilidade.

À época, a análise de DNA ainda era um assunto desconhecido e inovador, que, ainda que os estudos evoluíssem com o decorrer dos anos, havia certa desconfiança do corpo social na confiabilidade dos seus resultados. Além disso, as alegações da defesa sobre a incerteza dos laudos apresentados, sob o argumento de uma possível contaminação das amostras por falhas na coleta inicial realizada pela polícia de Los Angeles, foram fatores essenciais para a formação da decisão final apresentada pelo júri.

Portanto, não somente pelas falhas na cadeia de custódia, mas também pelo fator étnico e pelo racismo enraizado do Departamento de Polícia, os jurados integrantes do júri criminal consideraram a existência de dúvidas razoáveis quanto à culpabilidade de OJ Simpson, indicando o veredito final a sua inocência (TOOBIN, 2016). De outra forma, observa-se que, para o corpo de jurados, a equipe de acusação do “julgamento do século” não logrou êxito em comprovar a culpa de Simpson além de qualquer dúvida razoável.

2. A CADEIA DE CUSTÓDIA DAS PROVAS E SUA IMPORTÂNCIA NO PROCESSO PENAL

Apesar de estranho à legislação brasileira até o final do ano de 2019, com o advento do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), o conceito já é utilizado há muito tempo por grande parte dos operadores do direito, a fim de conferir maior proteção ao instituto da prova no processo penal.

Originária do direito norte-americano, a cadeia de custódia inicia com a preservação da cena do crime, com a proteção dos possíveis vestígios ali encontrados, pela coleta de evidências, percorrendo as demais fases da persecução penal, desde o momento do acontecimento do delito até a apresentação em juízo do conjunto probatório produzido a partir das provas coletadas.

Para Badaró (2020, p. 523), o conceito de cadeia de custódia surge quase que como uma imposição natural da verificação da integridade da prova, a fim de garantir a fidelidade entre a prova e o fato histórico reconstruído, tratando-se, portanto:

[...] de um procedimento de documentação ininterrupta, desde o encontro da fonte da prova, até a sua juntada no processo, certificando onde, como e sob a custódia de quais pessoas e órgãos foram mantidos tais traços, vestígios ou coisas que interessam à reconstrução histórica dos fatos no processo, com a finalidade de garantia de sua identidade, integridade e autenticidade.

Com efeito, a principal função da cadeia de custódia é garantir a integridade e a autenticidade da prova material, seja pela preservação das suas características e sua rastreabilidade, ou, ainda, que os instrumentos apreendidos e examinados pela perícia sejam exatamente os materiais coletados no crime, sendo o manuseio realidade por profissionais habilitados, conferindo maior segurança ao processo criminal.

Nesse sentido, a importância do tema não se desvia das orientações do serviço de laboratório do *Federal Bureau of Investigation* (FBI), responsável pelo amparo da lei através das investigações da lei penal federal nos Estados Unidos, que define cadeia de custódia como “procedures and documents that account for the integrity of an item of evidence by tracking its handling and storage from its point of collection to its final disposition²” (FBI, 2006).

Assim, a principal finalidade da cadeia de custódia é, além de garantir a lisura e a legitimidade do conjunto probatório a ser valorado pelo julgador, assegurar o exercício da ampla defesa e do contraditório a partir de provas e indícios que sejam válidos perante o ordenamento jurídico (PACELLI, 2021).

Introduzido na legislação brasileira a partir do artigo 158-A do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), o instituto é definido como “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou vítimas de crimes, para rastrear a sua posse e manuseio a partir do seu reconhecimento até o descarte”. A opção legislativa foi, portanto, definir a cadeia de custódia sob o aspecto documental e cronológico.

Contudo, ao contrário daqueles que adotam o sistema da *common law*, o ordenamento pátrio não adotou a obrigatoriedade da prova de cadeia de custódia, em que a acusação, além de reunir as provas de autoria e materialidade de um delito, incumbe-lhes também a necessidade de provar a cadeia de custódia, de modo a evidenciar que uma evidência foi manipulada corretamente, demonstrando sua existência e cronologia, para que seja admitida em julgamento (MAGNO; COM-PLOIER, 2021).

O legislador brasileiro sistematizou os procedimentos inerentes à cadeia de custódia, sem, no entanto, exigir ou acrescentar a obrigatoriedade de prova da cadeia de custódia. Com efeito, no direito norte-americano, que originou o referido

² Tradução livre “Procedimentos e documentos que respondem pela integridade de um elemento de prova, rastreando seu manuseio e armazenamento desde o ponto de sua coleta até a sua disposição final”.

instituto, exige-se a prova da cadeia de custódia porque, ao contrário do Brasil, tanto causas cíveis quanto criminais são julgadas perante o júri (ALMEIDA, 2016). O magistrado, portanto, exerce um papel relevante no sentido de filtrar o que será apresentado aos jurados, evitando eventuais preconceitos e confusões, bem como influências indevidas no ânimo dos jurados – um verdadeiro filtro de autenticidade.

Apesar de oficialmente positivada no ano de 2019, pela Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019), o Código de Processo Penal (CPP) já referenciava, de maneira esparsa, as etapas da cadeia de custódia, de modo que não abandonava a necessidade de conservação do conjunto probatório a ser apresentado aos autos.

Nesse sentido, o artigo 6º do CPP (BRASIL, 1941) dispõe que a autoridade policial deverá, logo que tiver “conhecimento da infração penal, dirigir-se ao local dos fatos, providenciando para que não se alterem o estado e a conservação das coisas até a chegada dos peritos criminais”, competentes para a sua análise técnica. Assim, ao zelar pelo local do delito e pela preservação dos vestígios ali presentes, estar-se-ia diante de uma das fases da cadeia de custódia, ainda que não positivada com esse nome até o advento do Pacote Anticrime.

Da mesma maneira, o artigo 169 do mesmo Diploma (BRASIL, 1941), ao prever que:

Para o efeito de exame do local onde houver sido praticada a infração, a autoridade providenciará imediatamente para que não se altere o estado das coisas até a chegada dos peritos, que poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos.

Destarte, a exigência da lei processual sobre a guarda e a proteção do material a ser analisado assegura a observância do princípio do devido processo legal, demonstrando o cuidado com o elemento probatório e buscando manter a integridade da prova, inalterada e inviolável, em busca de uma verdade real – ou aquela que mais se aproxima da realidade dos fatos –, para que, assim, se tenham decisões judiciais mais precisas e justas.

Nessa senda, não se trata de uma determinação de como cada procedimento com as evidências deve se dar, mas também a documentação de cada um deles, a fim de que se seja viável chegar ao julgador uma prova confiável, que se tenha conhecimento de que não foi criada, alterada ou danificada, em discordância das leis, que poderia ocasionar um julgamento cercado de dúvidas e questionamentos.

Portanto, a autenticidade do conjunto probatório proporcionada pela cadeia de custódia é o que permite que as narrativas, tanto da acusação quanto da defe-

sa, alcancem a verdade mais próxima da realidade efetiva, compreendida como a versão apresentada pelas partes e comprovada epistemologicamente.

2.1 DA INDISPENSABILIDADE DE PRESERVAÇÃO DA CENA DO CRIME

Inicialmente, conforme a definição de Rabello (1996), local do crime é a porção de espaço compreendida num raio que, tendo por origem o ponto no qual é considerado o fato, se estenda de modo a abranger todos os lugares em que tenham sido praticados, pelo criminoso, “atos materiais, preliminares ou posteriores, à consumação do delito, e com estes diretamente relacionados”.

Portanto, o local do crime é um espaço territorial, imediato ou mediato, de interesse público, onde tenha ocorrido um fato que se configura, *a priori*, uma infração penal e que exige as providências legais por parte da autoridade policial. Nessa senda, perante o acontecimento de um possível delito, compreende-se que existe a real possibilidade de encontrar naquele local, elementos materiais que possibilitem encontrar vestígios e/ou indícios essenciais, capazes de auxiliarem a solução da persecução criminal.

Dessa maneira, torna-se indispensável a preservação adequada da cena do crime, de modo a possibilitar uma maior eficácia na investigação policial e na apreensão dos vestígios que, conseqüentemente, apontarão os primeiros elementos à investigação. Assim, preservar o local do crime equivale à garantia de sua integridade, a fim de que se torne possível a realização de procedimentos que visem a obtenção dos vestígios que poderão esclarecer os fatos, os motivos e as circunstâncias que lhe deram origem.

Com efeito, cada localidade em que acontecem fatos criminosos possuem as suas próprias peculiaridades, de modo que qualquer lugar pode se tornar passível da execução de um ato criminoso. Ademais, sendo cada ambiente único, a análise dos vestígios ali presentes exige do profissional – o perito – cuidados específicos no isolamento da cena do crime, na preparação e na organização de suas funções, buscando o entendimento da realidade da forma mais verossímil possível.

Nessa senda, no decorrer dos exames periciais e das análises técnicas, os requisitos podem mudar de acordo com o surgimento de novos indícios, fazendo com que, conseqüentemente, o profissional qualificado tenha que se adaptar ao novo cenário apresentado para conseguir dados mais efetivos e evidentes sobre o que, de fato, ocorreu naquele local.

Outrossim, durante a preservação da cena do crime mediante o seu isolamento adequado pela autoridade policial e os demais cuidados com os vestígios ali presentes, é necessário que haja a garantia de que aquele local, palco de um ato criminoso, será encontrado pelo perito da forma como estava quando da ocorrência do fato, consolidando a efetividade de uma análise mais completa de todos os vestígios, de maneira segura.

De acordo com Sêmpio (2003), preservar um local de crime significa manter o mesmo livre de todo e qualquer perigo ou dano, protegendo-o de qualquer coisa que possa alterá-lo ou deteriorá-lo, no todo ou em partes. Nesse sentido, qualquer alteração, mesmo que mínima, poderá comprometer definitivamente o resultado da análise técnica dos peritos e, conseqüentemente, alterar o resultado daquele processo criminal.

Dessa forma, alterada a cena do crime, todo o conjunto probatório que viria a ser formado a partir dos vestígios ali encontrados não possui mais a autenticidade que lhe deve ser conferida, de modo que a cadeia de custódia das provas foi violada por interferência na cena do crime e na coleta dos indícios para a colação das provas a serem eventualmente apresentadas ao julgador.

3. O CASO OJ SIMPSON À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Embora o processo penal norte-americano não siga todos os padrões do brasileiro, é importante ressaltar como um erro procedimental quanto à perícia e à conservação da cadeia de custódia se torna relevante no curso da persecução penal, tendo direta influência no veredito final do processo, não se tratando de uma análise de direito comparado, mas sim a necessidade de indicar o cuidado com as provas periciais e sua colação nos autos.

No caso em tela, para a acusação, era claro que os indícios de autoria e materialidade recaíam sobre a pessoa de OJ Simpson, ex-marido da vítima Nicole Brown. No entanto, não obstante o forte conjunto probatório composto pelos exames de DNA, os quais demonstravam a compatibilidade genética do sangue das vítimas e dos objetos encontrados no automóvel de Simpson e nas luvas de couro da cena do crime, a defesa do réu contestou incansavelmente os vários aspectos da prova pericial produzida, seja sobre o modo de coleta ou produção da mesma.

Com efeito, entende-se que o exame detalhado e minucioso da cena do crime

é um dos recursos mais importantes para a identificação de vestígios que possam ter valor probatório na investigação e, futuramente, para a formação da decisão final, seja ela absolutória ou condenatória. Sobretudo, para que os vestígios sejam admitidos como evidências no decorrer do processo, é preciso que os mesmos sejam coletados de forma legal e idônea.

No caso, mesmo diante de provas que demonstravam claramente o envolvimento do ex-jogador de futebol americano no duplo homicídio, o “time dos sonhos” da defesa de OJ Simpson não descansou enquanto a decisão final do júri não fosse pela absolvição do acusado, de modo que conseguiram o veredito favorável mediante a demonstração dos equívocos nos procedimentos de coleta de vestígios, bem como abriram espaço para que a dúvida permeasse o julgamento.

Além disso, a incansável defesa de Simpson demonstrou, além das falhas na colheita das evidências, uma possível contaminação das amostras de DNA, ocasionadas pela violação da cadeia de custódia das provas, comprometendo a autenticidade e a veracidade das fortes provas técnicas apresentadas pela acusação.

Com efeito, observa-se que o sucesso ou o fracasso de uma condenação criminal está intrinsecamente ligado à importância dos cuidados na coleta de vestígios realizada na cena do crime, em que, no caso narrado, a defesa questionou justamente o modo de coleta, manuseio e armazenamento da prova indiciária, componente essencial da cadeia de custódia das provas.

De acordo com Carlos Edinger (2016), “a quebra da cadeia de custódia leva à quebra da rastreabilidade da prova. Isso, por sua vez, leva à perda de credibilidade daquele elemento probatório”, de modo que, no caso de desconhecimento da proveniência daquela evidência, por quem aquela prova passou e o que foi feito com ela, nada impede que seja objeto de manipulação e seleção unilateral das provas.

No sistema processual penal brasileiro, diante da impossibilidade de repetição da prova, tendo em vista a impossibilidade de refazer o caminho percorrido durante a investigação criminal, há de se falar na perspectiva de ilicitude, de modo que não se fala em nulidade ou valoração, mas sim em determinante exclusão do material probatório a fim de evitar o conhecimento daquele conjunto pela autoridade competente.

Antes mesmo da introdução do conceito de cadeia de custódia no ordenamento brasileiro, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* (HC) nº 160.662/RJ, já havia concedido ordem de habeas corpus para anular as provas produzidas em sede de interceptação telefônica e telemáti-

ca, as quais tiveram seu conteúdo extraviado e parcialmente divulgado. Dessa forma, não restou comprovado o respeito à integridade da cadeia de custódia e, diante da lesividade do direito à prova, o STJ determinou o desentranhamento integral das provas ilícitas:

Assim, diante desses elementos, verifico a ocorrência de constrangimento ilegal, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, ante a nulidade das provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, em decorrência da ausência de preservação de parte do material probatório colhido, caracterizando cerceamento do direito de defesa.

Assim, comprovada a quebra da cadeia de custódia das provas no de OJ Simpson, mediante as falhas na coleta dos vestígios na cena do crime e a falta de cuidado posterior com as amostras de material genético coletadas, as referidas provas técnicas, perante o ordenamento brasileiro, deveriam ser desentranhadas dos autos do processo criminal, para que não fizessem parte da formação da convicção para a prolação do decreto final por parte dos jurados.

No mesmo sentido, ainda que não desentranhadas as provas, a quebra da cadeia de custódia gera dúvida razoável sobre a integridade e a confiabilidade das evidências, uma vez que trata de critério garantidor do conjunto probatório. Assim, com a ocorrência da ruptura da cadeia de custódia, impossível reconhecer os caminhos percorridos pela prova, ou seja, se a prova foi ou não manipulada com o intuito de induzir peritos ou juízes ao erro, por exemplo. Sobretudo, não sendo possível afirmar se houver, ou não, a adulteração da prova técnica, deve-se presumir a inocência do acusado diante da dúvida razoável acerca da confiabilidade do conjunto probatório.

Nesse sentido, no processo penal norte-americano, prevalece a regra probatória do *"beyond a reasonable doubt"*³, em que a condenação de qualquer sujeito só seria legítima quando não resta qualquer dúvida razoável acerca do cometimento daquela infração penal. Assim, se verificada qualquer dúvida razoável acerca da ocorrência do fato criminoso, por mínima que seja, a condenação não poderá ser efetivada, uma vez que o patamar mínimo de convicção não foi atingido.

No caso de OJ Simpson, apesar do robusto arcabouço probatório em desfavor do acusado, o fato de que a defesa conseguiu demonstrar as falhas na preservação da cadeia de custódia, no tocante à coleta e conservação das provas técnicas,

³ Tradução livre "para além de qualquer dúvida razoável".

foi o suficiente para gerar um empecilho à condenação, qual seja, a existência de uma dúvida razoável acerca da autoria do delito.

Portanto, por não ter sido alcançado o grau mínimo exigido para a condenação – para além da dúvida razoável –, não restou alternativa para o corpo de jurados se não a absolvição de OJ Simpson.

No entanto, embora cada vez mais utilizado pelos tribunais e pelos magistrados, o sistema processual penal brasileiro, para fins de condenação, não reconhece formalmente o standard da *"beyond a reasonable doubt"*, de modo que ainda trabalha com a ilusória ideia de certeza, não exigindo um mínimo grau de convencimento. Nessa senda, a livre apreciação da prova e o seu alto grau de subjetivismo possibilita que o julgador considere o fato como provado através da simples prevalência das provas em desfavor do acusado.

Por derradeiro, percebe-se que a cadeia de custódia, essencialmente, consiste no conjunto de procedimentos que visam a proteção das provas penais desde a sua coleta, no cenário fático-criminal, até o posterior reconhecimento como indícios e a formação de evidências, garantindo a sua autenticidade mediante o armazenamento adequado do material coletado, correta identificação e o registro do caminho percorrido. Portanto, a fragilidade da cadeia de custódia ocasiona a impossibilidade de rastreamento das fontes de prova e, conseqüentemente, o descumprimento aos mandamentos legais garantidores do devido processo penal.

Ainda, o caso de OJ Simpson demonstra claramente que o descuido com a preservação da cadeia de custódia, inobservados os protocolos e regras específicas ao lidar com provas técnicas essenciais para a formação do convencimento, todo o trabalho analítico da perícia é comprometido, de modo que a veracidade das fortes evidências trazidas pela acusação contra o ex-jogador de futebol americano foi questionada e contestada mediante a alegação de contaminação do conjunto probatório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a analisar a quebra da cadeia de custódia das provas refletida no julgamento do ex-ator e ex-jogador de futebol americano Orenthal "OJ" Simpson, acusado pelo duplo homicídio contra sua ex-esposa, Nicole Brown, e Ronald Goldman, buscando verificar os argumentos e contra-argumentos trazidos no processo acerca das falhas na investigação policial quanto à coleta

das provas técnicas, frente à necessidade de conservação da integridade do conjunto probatório na prolação dos decretos condenatórios ou absolutórios.

Na primeira parte, foram analisados os fatos trazidos à persecução penal, bem como o histórico pessoal e processual do acusado e de sua relação com a ex-esposa Nicole Brown, vítima do homicídio ocorrido em 1994. Ademais, buscou-se analisar as teses acusatórias e defensivas proferidas no julgamento, o material probatório colacionado pelas partes, bem como as motivações que levaram o júri do Tribunal Superior da Califórnia a absolver OJ Simpson, mesmo que diante de um robusto conjunto de evidências.

Na segunda parte, foi realizado o estudo sobre o conceito da cadeia de custódia e a sua importância para a persecução penal, a fim de manter a confiabilidade do veredito proferido ao final do processo criminal. Nesse sentido, o presente trabalho possibilitou concluir que a cadeia de custódia pode ser conceituada como o conjunto de procedimentos adotados para manter e documentar a história cronológica dos vestígios, com o intuito de rastrear a sua posse e seu manuseio a partir do seu reconhecimento até o descarte, garantindo-se a sua autenticidade – ou seja, que a prova apresentada perante o juízo é exatamente aquela coletada inicialmente, sem interferências e modificações externas. No ordenamento brasileiro, a cadeia de custódia está conceituada no Código de Processo Penal, no artigo 158 (BRASIL, 1941), e corroborado pela doutrina latino-americana.

Da mesma forma, verifica-se que a fragilidade da cadeia de custódia das provas, quando aplicada incorretamente e não respeitados os seus procedimentos, importará na ruptura de seus passos, ocasionando a impossibilidade de rastrear as fontes das evidências, de modo que ocorrerá o descumprimento dos mandamentos legais e constitucionais do devido processo legal.

Ainda, é evidente que, objetivando a obtenção de uma persecução criminal consistente e linear, conjuntamente com o esclarecimento dos delitos cometidos e seus devidos autores, a prova pericial deve ser realizada de forma idônea, buscando a preservação da cena do crime, local em que se encontra grande parte dos vestígios necessários para a elucidação do fato criminoso e para a formação do conjunto probatório acerca da materialidade e da autoria delitiva. Nessa senda, a prova, ainda que na fase de investigação policial, seja ela pericial, documental ou testemunhal, é de suma importância para o direito processual penal, decorrendo, portanto, de uma preservação adequada da cena do crime, morada dos vestígios que eventualmente formarão o convencimento do julgador no decreto condenatório e/ou absolutório.

Por fim, após a análise do instituto da cadeia de custódia no ordenamento brasileiro, bem como da imprescindibilidade de conservação do local do crime, realizou-se o estudo do caso de OJ Simpson frente à legislação e a jurisprudência brasileira, porquanto a quebra da cadeia de custódia – ainda que não utilizada essa terminologia à época do julgamento – representou uma das principais teses defensivas que objetivavam a absolvição da celebridade. Com efeito, as falhas cometidas pelo Departamento de Polícia de Los Angeles enfraqueceram a confiabilidade da prova técnica apresentada pela acusação, qual seja, os laudos de compatibilidade de material genético.

Por fim, ainda que diante de robusto conjunto probatório em desfavor de Simpson, os jurados não poderiam decidir pela condenação do acusado, tendo em vista que não havia certeza quanto à sua autoria, devido a desconfiança nos exames de DNA apresentados pela acusação, com diversas falhas na fase pré-processual de coleta dos vestígios. Sendo assim, diante da existência de dúvida razoável, não restava alternativa, senão pela absolvição do ex-atleta no duplo homicídio de Nicole Brown e Ronald Goldman.

Não se trata, contudo, de um juízo de valor se OJ Simpson era culpado ou inocente no caso em tela, mas sim que os procedimentos adotados pelo Departamento de Polícia de Los Angeles durante a coleta dos vestígios na cena do crime não respeitaram as diretrizes básicas de isolamento e preservação da cena do crime, e consequentemente, da cadeia de custódia das provas, a fim de manter a integridade e a confiabilidade do conjunto probatório a ser apresentado ao júri.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O sistema jurídico nos estados unidos - common law e carreiras jurídicas (judges, prosecutors e lawyers): o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 523-560, jan. 2016. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.19.PDF. Acesso em: 1 mai 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal*. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 517-538. Disponível em https://www.academia.edu/41762446/A_cadeia_de_cust%C3%B3dia_e_sua_relev%C3%A2ncia_para_a_prova_penal. Acesso em: 10 abr. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 160662*. Paciente: Luis Carlos Bedin e outro. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000153608&dt_publicacao=17/03/2014. Acesso em: 21 abr. 2021.

EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 120, p. 237-257, maio/jun. 2016. Disponível em https://www.academia.edu/32968479/Cadeia_de_Cust%C3%B3dia_Rastreabilidade_Probat%C3%B3ria. Acesso em 3 mai. 2021.

MAGNO, Levy Emanuel; COMPLOIER, Mylene. Cadeia de custódia da prova penal. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 22, n. 57, p. 195-219, jan-mar. 2021. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n57_10_cadeia%20de%20cust%C3%B3dia.pdf?d=637437206976264894. Acesso em: 1 mai. 2021.

MELIM, Mafalda. Standards de prova e grau de convicção do julgador. In: *Revista de concorrência e regulação*. Lisboa. ano 4, n. 16, p. 143-193, out-dez. 2013. Disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Revista_CR/Documents/Revista%20C_R%2016.pdf. Acesso em 1 maio 2021.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

RABELLO, Eraldo. *Curso de Criminalística*. São Paulo: Sagra Luzzato. 1996.

SÊMPIO, Hélder Taborrelli. *A Polícia Militar na preservação do local de crime*. 51 f. Monografia (Especialização) - Curso de Curso de Especialização em Gestão de Segurança Pública, Faculdade de Administração, Economia e Ciências Contábeis, Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, 2003. Disponível em: <https://xdocs.com.br/doc/preservacao-de-local-de-crime-1-qxn49l5q7p8j>. Acesso em: 2 maio 2021.

FBI. *Standards and Guidelines: scientific working group for the analysis of seized drugs glossary*. Scientific Working Group for the Analysis of Seized

Drugs Glossary. [S.l.], v. 8, n. 2, abr. 2006. Disponível em: https://archives.fbi.gov/archives/about-us/lab/forensic-science-communications/fsc/april2006/standards/2006_04_standards02.htm. Acesso em: 10 abr. 2021.

TOOBIN, Jeffrey. *American Crime Story: o povo contra O.J. Simpson*. Rio de Janeiro: Darkside Books, 2016. 496 p. Tradução de Lucas Magdiel.

ZORTHIAN, J. How the O.J. Simpson Verdict Changed the Way We All Watch TV. *Time*, [S.l.], 2 out. 2015. Disponível em: <https://time.com/4059067/oj-simpson-verdict/>. Acesso em: 28 mar. 2021.

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE FLORIANÓPOLIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

THE ECONOMIC-FINANCIAL BALANCE OF FLORIANÓPOLIS INTERNATIONAL AIRPORT CONCESSION CONTRACT IN THE CONTEXT OF THE COVID-19 PANDEMIC

*Alice Felisbino Miottello**

*Gabriela Callado Czernay***

*Isabela Fernandes da Silva****

*Letycia Mara Lucas*****

Resumo: O presente estudo de caso tem como objeto de análise a Revisão Extraordinária do Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Florianópolis, aprovada pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) na data de 12/11/2020, em razão dos impactos da pandemia desencadeada pelo vírus Sars-CoV-2, causador da doença Covid-19. Por conseguinte, examinou-se a legislação nacional constitucional e infraconstitucional acerca dos contratos de concessão e, em especial, dos contratos de concessão de aeroportos. Analisou-se também os efeitos econômicos da pandemia sobre o setor da aviação civil em Florianópolis, no Brasil e no mundo – utilizados pela empresa administradora do terminal aéreo como argumento para o pedido de revisão extraordinária à Agência – por meio de comparações dos índices de voos e números de passageiros nos últimos anos. Por fim, avaliou-se o conteúdo do próprio instrumento do Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Florianópolis, bem como da Decisão n. 208/2020 da ANAC que aprovou a sua recomposição, a partir

*Acadêmica do 10º período da Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).
E-mail: alice_miottello@hotmail.com.

**Acadêmica do 10º período da Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).
E-mail: gcalladoo@gmail.com.

***Acadêmica do 10º período da Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).
E-mail: isabela.97.fernandes@gmail.com.

****Acadêmica do 10º período da Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).
E-mail: letydia.mlucas@gmail.com.

do cumprimento dos requisitos legais e contratuais para tanto, ponderando sobre a possibilidade e a necessidade desta revisão e da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato firmado entre as partes.

Palavras-chave: Contrato de concessão. Equilíbrio econômico-financeiro. Revisão Extraordinária. Pandemia de Covid-19. Aeroporto Internacional de Florianópolis.

***Abstract:** This case study has as its object of analysis the Exceptional Revision of the Florianópolis International Airport Concession Contract, approved by the National Civil Aviation Agency (ANAC) on November 12th, 2020, due to impacts of the pandemic triggered by the Sars-CoV-2 virus, cause of the Covid-19 disease. Therefore, the national constitutional and infra-constitutional legislation regarding concession contracts, in particular airport concession contracts, was examined. The economic effects of the pandemic on the civil aviation sector in Florianópolis, Brazil and worldwide – used by the air terminal management company as an argument for the request for an exceptional review to the Agency – were also analyzed through comparisons of flight rates and passenger numbers in recent years. Finally, the content of the contract of the Concession Agreement of the Florianópolis International Airport was evaluated, as well as the Decision no. 208/2020 of ANAC, which approved its recomposition, based on the fulfillment of corresponding legal and contractual requirements, considering the possibility and necessity of this revision and of the maintenance of the economic-financial balance of the agreement between the parts.*

***Keywords:** Concession contract. Economic-financial balance. Exceptional revision. Covid-19 Pandemic. Florianópolis International Airport.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo de caso versa sobre a Revisão Extraordinária do Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Florianópolis, aprovada pela ANAC na data de 12/11/2020, em razão dos impactos da pandemia desencadeada pelo vírus Sars-CoV-2, causador da doença Covid-19.

Para tanto, analisa a legislação nacional constitucional e infraconstitucional acerca dos contratos de concessão, em especial, dos contratos de concessão de aeroportos, bem como o próprio instrumento do Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Florianópolis e a decisão da ANAC que aprovou a sua recomposição, além dos efeitos econômicos da pandemia sobre o setor da aviação civil, utilizados pela empresa administradora do terminal aéreo como razão para o referido pedido de revisão extraordinária.

O método utilizado para a elaboração do presente trabalho foi o indutivo, partindo de um levantamento de dados acerca do setor da aviação civil no país após a eclosão da pandemia de Covid-19 e do próprio regime de concessão do Aeroporto de Florianópolis a fim de demonstrar que, neste caso, estão caracterizados os requisitos legais e contratuais para a revisão contratual extraordinária como instrumento jurídico que visa garantir a manutenção da infraestrutura do sistema nacional de transporte aéreo diante do cenário econômico pandêmico, por meio da continuidade dos contratos de concessão firmados.

Logo, o primeiro tópico trata da concessão como modalidade de prestação de serviços públicos pelo Poder Público na legislação brasileira, bem como aborda o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos da Administração Pública.

No segundo tópico, é feita uma análise da gestão aeroportuária brasileira e do contrato de concessão do Aeroporto Internacional de Florianópolis e seu contexto de conformação.

Posteriormente, no terceiro tópico, são apresentados dados que demonstram os impactos da pandemia de Covid-19 sobre o setor da aviação civil no mundo, no Brasil e, principalmente, como objeto do estudo, em Florianópolis, a partir de comparações dos índices de voos e números de passageiros.

Por fim, nos seguintes tópicos, analisa-se o conteúdo da Decisão n. 208 da ANAC, que aprovou a revisão extraordinária do contrato de concessão do Aeroporto Internacional de Florianópolis, a fim de se compreender o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato no contexto da Pandemia de Covid-19.

1. A CONCESSÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA LEGISLAÇÃO NACIONAL

A prestação de serviços públicos pelo Poder Público, a partir da previsão da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), pode ser direta ou em regime de concessão e permissão, por meio de licitação:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob **regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.**

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado (BRASIL, 1988). (Grifou-se).

Dessa forma, além da prestação de serviços públicos pela Administração Direta e Indireta, é possível que tais serviços sejam executados por particulares mediante delegação celebrada em contrato de concessão ou permissão. Cumprindo mandamento constitucional, parágrafo único do artigo 175, promulgou-se as Leis n. 8.987/1995, estabelecendo normas gerais sobre os regimes de concessão e de permissão, e n. 9.074/1995, abordando as outorgas e prorrogações das concessões e permissões.

A concessão de serviço público, objeto do presente trabalho, ganha definição nos incisos II e III, artigo 2º, da Lei n. 8.987/1995:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; (Redação dada pela Lei n. 14.133, de 2021).

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, **delegada pelo poder concedente**, mediante licitação, na modalidade de concorrência, **à pessoa jurídica ou consórcio de empresas** que demonstre capacidade para a sua realização, **por sua conta e risco**, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; (BRASIL, 1995a). (Grifou-se).

A concessão de serviço público deve ser feita por um contrato, conforme artigo 4º do mesmo diploma legal, o qual “deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.”. O objeto do contrato é, portanto, a transferência da execução e da gestão ao particular de um Serviço Público. Ademais, deve definir o objeto da concessão, o modo e a forma de prestação do serviço, o poder concedente, os direitos e os deveres das partes e a disposição sobre fiscalização, reversão e encampação, fixadas também os modos de possíveis indenizações.

Importante destacar que o particular assume “por sua conta e risco” a responsabilidade de executar *adequadamente* o serviço, tendo o poder concedente o dever de fiscalizá-lo, prezando pelo interesse público. Nesse sentido, o legislador buscou prever os parâmetros do serviço *adequado* no artigo 6º da Lei n. 8.987/1995:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º **Serviço adequado** é o que satisfaz as condições de **regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas**.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

§ 4º A interrupção do serviço na hipótese prevista no inciso II do § 3º deste artigo não poderá iniciar-se na sexta-feira, no sábado ou no domingo, nem em feriado ou no dia anterior a feriado. (Incluído pela Lei n. 14.015, de 2020) (BRASIL, 1995a). (Grifou-se).

O contrato de concessão tem como finalidade, além da prestação adequada do serviço público, manter o equilíbrio econômico financeiro segundo os objetivos de cada parte contratual, isto é, o Poder Público que deseja ter o serviço realizado adequadamente e o particular que se dispõe a realizá-lo em favor de contraprestação. Ou seja, é uma relação de igualdade entre os pólos do contrato, ficando o particular obrigado a cumprir certas obrigações e o poder público obrigado a assegurar a compensação financeira daquele pelo cumprimento do contrato. Também chamada de equação econômico-financeira, é definida por José dos Santos Carvalho Filho como:

[...] a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente no momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste (CARVALHO FILHO, 2010, p. 216).

A manutenção do equilíbrio econômico financeiro nos contratos da Administração Pública encontra respaldo constitucional:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Nesse sentido também dispõe a Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei n. 8.666/1993) e a Lei do Regime de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços (Lei n. 8.987/1995), respectivamente:

Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a **manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato**, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei n. 8.883, de 1994)

[...]

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial. (BRASIL, 1993). (Grifou-se).

Lei do Regime de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

[...]

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de **manter-se o equilíbrio econômico-financeiro**.

[...]

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração. (BRASIL, 1995a). (Grifou-se).

Assim, de acordo com Campos Neto e Soares (2007 apud CAMPOS NETO, 2012, p. 53) é possível dizer que há um duplo caráter na legislação que rege os contratos de concessão, o interesse público e o interesse privado. Apesar disso, não se pode olvidar dos privilégios da Administração Privada quando mantém relações com o interesse privado. Isto posto, são as cláusulas assecuratórias do equilíbrio econômico-financeiro do contrato a fixação da tarifa e os mecanismos legais para prover a relação de segurança e estabilidade de fundamental papel para atrair o interesse privado.

Outrossim, ressalta-se que todos os encargos impostos à parte são abrangidos pelo equilíbrio econômico financeiro, mesmo que não sejam, à primeira vista, deveres jurídicos. Sobre o tópico, Marçal Justen Filho elabora relevantes considerações:

[...] relevantes os prazos de início, execução, recebimento provisório e definitivo previstos no ato convocatório; os processos tecnológicos a serem aplicados; as matérias-primas a serem utilizadas; as distâncias para entrega dos bens; os prazos para pagamento etc.

O mesmo se passa quanto à remuneração. Todas as circunstâncias atinentes à remuneração são relevantes, tais como prazos e forma de pagamento. Não se considera apenas o valor que o contratante receberá, mas também as épocas previstas para sua liquidação.

É possível (à semelhança de um balanço contábil) figurar os encargos como contrabalançados pela remuneração. Por isso se alude a “equilíbrio”. Os encargos equivalem à remuneração, na acepção de que se assegura que aquela plêiade de encargos corresponderá precisamente à remuneração prevista. Pode-se afirmar, em outra figuração, que os encargos são matematicamente iguais às vantagens. Daí a utilização da expressão “equação econômico-financeira” (2012, p. 887, apud MARTINS, 2013, p. 2).

Os institutos previstos na legislação brasileira para manter o equilíbrio econômico-financeiro são a revisão/recomposição e o reajuste (em sentido estrito ou em repactuação) contratuais.

Conforme previamente exposto, a revisão encontra previsão no artigo 65, inciso II, alínea “d” e § 6º da Lei n. 8.666/1993¹ e é um instituto que independe de previsão contratual ou editalícia. Alinhada a esse entendimento está a Orientação Normativa da Advocacia Geral da União n. 22 de 2009, cuja ementa determina:

O reequilíbrio econômico-financeiro pode ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual, desde que verificadas as circunstâncias elencadas na letra “D” do inciso II do art. 65, da Lei nº 8.666, de 1993 (BRASIL, 2009).

Para que ocorra a revisão é necessário a comprovação de alguma das seguintes situações: (a) fato imprevisível; (b) fato previsível mas com consequência incalculável; (c) caso fortuito ou de força maior; (d) alteração por fato príncipe, desde que gerado na mesma esfera do contrato celebrado; (e) aumento no custo do encargo que torne insuficiente o preço inicial; (f) diminuição do preço do encargo que torne excessivo o preço inicial; (g) fatos que provocam modificação na composição do custo do encargo com comprovada repercussão nos preços contratados, não podendo decorrer na vontade das partes.

Já o reajuste contratual em sentido estrito encontra previsão no artigo 40, inciso XI, da Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/1993), sendo o instituto uma simples atualização do poder de compra, de preço, é um reajuste do equilíbrio que deriva da inflação da economia. Muitas vezes, o reajuste é até mesmo previsto em contrato:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data

¹ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo das partes: [...] d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a **manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato**, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei n. 8.883, de 1994). [...] § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial (BRASIL, 1993). (Grifou-se).

prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei n. 8.883, de 1994) (BRASIL, 1993). (Grifou-se).

A repactuação, por sua vez, é aplicada nos contratos de prestação continuada de dedicação exclusiva de mão-de-obra, sendo também uma espécie de reajuste contratual pois também trabalha com as variações causadas pela inflação. A previsão normativa da repactuação encontra-se no Decreto n. 2.271/1997 e na Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 02/2008, nos seus artigos 37 a 41. Dessa forma, a repactuação tem como objetivo a recomposição dos preços a partir de uma análise da variação dos custos presentes na planilha de controle do serviço.

Em vista do exposto, nota-se que há previsão legal para a manutenção do equilíbrio econômico financeiro nos contratos de concessão de serviços públicos, além de mecanismos de alteração contratual para tal.

2. O CONTRATO DE CONCESSÃO DO AEROPORTO HERCÍLIO LUZ

2.1 GESTÃO AEROPORTUÁRIA BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988 prevê que é de competência da União explorar de forma direta ou mediante autorização, concessão ou permissão a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária, senão vejamos:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

[...]

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; (BRASIL, 1988).

Com o desenvolvimento do transporte aéreo e o aumento expressivo da circulação de passageiros ocorrido a partir dos anos 2000, a rede aeroportuária brasileira, a qual era majoritariamente operada pelo Poder Público (com destaque para a Infraero - Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária), sofreu uma crise de *déficit* de infraestrutura.

Sobre o tema, Josef Barat, especialista no setor, assevera que:

A evolução desse mercado [aeroportuário], todavia, vem encontrando obstáculos e gargalos de ordem infraestrutural, institucional, legal e operacional. Na

verdade, o crescimento acelerado da demanda não foi acompanhado por: i) adequado planejamento de longo prazo para o sistema de aviação civil como um todo; ii) políticas públicas consistentes; iii) marcos legal e regulador mais condizentes com o novo ambiente competitivo; e iv) superação das deficiências nas infraestruturas aeroportuária e aeronáutica. Além do mais, não há definição clara de estratégias para a aviação brasileira nos próximos trinta anos e, sobretudo, não se têm políticas e regras de regulação econômica que balizem a evolução dos mercados internacional, doméstico e regional (BARAT, 2010, p. 352).

Nesse cenário, percebeu-se o desafio do Poder Público em financiar dispendiosos investimentos que, somados às restrições fiscais e à possibilidade de ganho de eficiência com o setor privado, influenciaram na ascensão do modelo de concessão dos aeroportos brasileiros.

Diante de tais fatos, o Decreto n. 7.624/2011, que dispôs sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, adotou o modelo de concessão tradicional de serviço público e de obra pública. Sendo assim, infere-se que a obra (construção ou conservação) é necessária para a execução do serviço concedido.

O principal objetivo das concessões no ramo é atrair investimentos que possam ampliar e aperfeiçoar a infraestrutura dos aeroportos brasileiros, de modo a promover melhoras significativas como em obras de infraestrutura e na ampliação do número de voos, a fim de elevar a qualidade do atendimento aos usuários do transporte aéreo - evento que aconteceu com a concessão do Aeroporto Hercílio Luz em Florianópolis/SC, como será visto adiante.

2.2 O CONTEXTO GERAL DA CONCESSÃO DO AEROPORTO HERCÍLIO LUZ

O Aeroporto Hercílio Luz, localizado na capital de Santa Catarina, em Florianópolis, foi administrado pela empresa pública Infraero - Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária a partir do ano de 1974 até 2018. Durante tal período, em 1995, o Aeroporto foi elevado à categoria de Aeroporto Internacional pelo Ministério da Aeronáutica, passando a realizar voos domésticos e internacionais.

Sendo Florianópolis uma cidade mundialmente conhecida pelas suas belíssimas praias, a capital acaba se tornando um destino muito visado pelos turistas, fato que acentua a relevância do Aeroporto, principalmente durante a alta temporada de verão.

Nesse cenário, seguindo a tendência nacional de fortalecimento das parcerias público-privadas em diversos setores da economia e em grandes projetos de melhoria, em 3 de Janeiro de 2018, a gestão do aeródromo foi integralmente repassada à Floripa Airport - empresa do grupo Flughafen Zürich AG, da Suíça, vencedora do leilão, realizado em Março de 2017. Assim, mediante contrato de concessão pactuado com a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), a concessionária passou a operar o Aeroporto em Janeiro de 2018.

Com o investimento estimado de cerca de R\$ 887.000.000,00 (oitocentos e oitenta e sete milhões de reais) durante o período de concessão de 30 anos, a operação elevou as expectativas dos usuários do transporte aéreo, bem como dos moradores de Florianópolis que almejavam a ampliação do terminal (EPL, 2016).

Atualmente, após a realização das obras previstas, o terminal de passageiros do Aeroporto possui área de 49 mil m² de área construída - quatro vezes superior à do antigo terminal de passageiros -, e permite o processamento de 8 milhões de passageiros anualmente - duas vezes superior à capacidade anterior (AEROFLAP, 2019).

2.3 O CONTRATO DE CONCESSÃO PARA AMPLIAÇÃO, MANUTENÇÃO E EXPLORAÇÃO DO AEROPORTO DE FLORIANÓPOLIS - HERCÍLIO LUZ

Em julho de 2017, de um lado como Poder Concedente, a Agência Nacional de Aviação Civil, entidade integrante da Administração Pública Federal indireta, submetida a regime autárquico especial, vinculada ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, e de outro lado a Concessionária do Aeroporto Internacional de Florianópolis S.A., com a interveniência da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero, empresa pública federal cuja criação foi autorizada pela Lei Federal n. 5.862, de 12 de dezembro de 1972, firmaram o “Contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração do aeroporto de Florianópolis - Hercílio Luz”.

O escopo do contrato administrativo visava, portanto, a ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura aeroportuária do Aeroporto Hercílio Luz², tendo como prazo de vigência 30 (trinta) anos, prorrogáveis por até 5 (cinco) anos para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em decorrência de Revisão Extraordinária³.

² Vide Cláusula 2.1 - Capítulo II Do Objeto.

³ Vide Cláusulas 2.7 e 2.8 - Seção II Prazo de Vigência - Capítulo II Do Objeto.

O valor do contrato, correspondente ao valor das Receitas Tarifárias e Não-Tarifárias estimado foi de R\$ 2.269.594.665 (dois bilhões, duzentos e sessenta e nove milhões, quinhentos e noventa e quatro mil, seiscentos e sessenta e cinco reais)⁴. Nesse ponto, o contrato previu expressamente que o valor estimado é meramente indicativo e não poderá, portanto, ser utilizado como critério para o pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual⁵.

No que toca à previsão do equilíbrio econômico-financeiro contratual, o contrato prevê que o mesmo será preservado por meio de: a) reajuste e; b) revisão⁶.

O reajuste incidirá sobre os tetos tarifários, nos termos das cláusulas 6.4 e 6.5 da Seção I - Do Reajuste do Capítulo VI - Do Equilíbrio Econômico-Financeiro. Por outro lado, a Seção II do referido capítulo dispõe que serão realizadas a cada período de 5 (cinco) anos, as revisões dos parâmetros da concessão.

De outro vértice, importante destacar para o presente Estudo de Caso, a previsão contratual da revisão extraordinária. Nos termos do contrato, tem-se que:

6.21. Os procedimentos de **Revisão Extraordinária** objetivam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, **a fim de compensar as perdas ou ganhos da Concessionária, devidamente comprovados, em virtude da ocorrência dos eventos elencados no CAPÍTULO V – Seção I do Contrato**, desde que **impliquem alteração relevante dos custos ou da receita da Concessionária**, nos moldes de norma específica da ANAC sobre o assunto.

6.21.1. Para as hipóteses de Revisão Extraordinária que decorram de eventos relacionados aos riscos previstos nos itens 5.2.12 e 5.2.13, a Concessionária deverá apresentar à ANAC um pedido de revisão instruído com os documentos que demonstrem a responsabilidade do Poder Concedente pelos eventos, bem como comprovar os gastos efetivamente realizados⁷ (ANAC, 2006). (Grifou-se).

A revisão extraordinária, portanto, poderá ocorrer quando verificada situação de desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de alterações previstas no Capítulo V - Seção I do Contrato, que tratam sobre os riscos do Poder Concedente, as quais resultem relevante alteração dos custos ou da receita da Concessionária.

Dentre as hipóteses elencadas, para fins de ilustração, destaca-se a redação das cláusulas 5.2.3 e 5.2.8, ex vi:

⁴ Vide Cláusula 2.10 - Seção III Do Valor do Contrato - Capítulo II Do Objeto.

⁵ Vide Cláusula 2.11 - Seção III Do Valor do Contrato - Capítulo II Do Objeto.

⁶ Vide Cláusula 6.2 - Capítulo VI Do Equilíbrio Econômico-Financeiro.

⁷ Vide Seção III Da Revisão Extraordinária - Capítulo VI Do Equilíbrio Econômico-Financeiro.

5.2.3. restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária⁸;

[...]

5.2.8. ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, exceto quando a sua cobertura possa ser contratada junto a instituições seguradoras, no mercado brasileiro, na data da ocorrência ou quando houver apólices vigentes que cubram o evento⁹; (ANAC, 2006).

Outrossim, da leitura do instrumento contratual, extrai-se que a revisão extraordinária poderá ocorrer de ofício ou mediante solicitação da concessionária. No segundo caso, é imprescindível que a empresa apresente os documentos necessários à demonstração do cabimento do pleito, bem como inclua relatório técnico ou laudo pericial demonstrando o impacto financeiro sofrido¹⁰.

Ainda sobre o tema, cabe ressaltar que caberá à ANAC a prerrogativa de escolher a forma pela qual será implementada a recomposição do equilíbrio contratual - seja mediante alteração do valor das tarifas, alteração do prazo da concessão, alteração das obrigações contratuais da concessionária, revisão da contribuição fixa anual pela concessionária ou, ainda, outra forma definida de comum acordo entre a ANAC e concessionária¹¹.

3. IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 SOBRE O SETOR DA AVIAÇÃO CIVIL

Em 11/03/2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou oficialmente a situação de pandemia de Covid-19, doença que já afetava gravemente diversos países pelo mundo, como é o caso da Itália, epicentro de contaminação no continente europeu que, dois dias antes, havia declarado o fechamento total de suas fronteiras marítimas, terrestres e aéreas¹² em medida que norteou o enfrentamento à disseminação do vírus a nível internacional.

⁸ Vide Cláusula 5.2.3 - Seção I Dos Riscos do Poder Concedente - Capítulo V Da Alocação dos Riscos.

⁹ Vide Seção I Dos Riscos do Poder Concedente - Capítulo V Da Alocação dos Riscos.

¹⁰ Vide Cláusulas 6.23 e 6.23.1 - Seção III Da Revisão Extraordinária - Capítulo VI Do Equilíbrio Econômico-Financeiro.

¹¹ Vide Cláusula 6.26 - Seção III Da Revisão Extraordinária - Capítulo VI Do Equilíbrio Econômico-Financeiro.

¹² No dia 09/03/2020, diversos portais de notícias veicularam a quarentena de âmbito nacional promovida pelos italianos. A manchete do G1 daquele dia, por exemplo, anunciava: "Itália restringe circulação por todo o país devido ao novo coronavírus" (G1, 2020a).

No caso brasileiro, muito embora ausente determinação de esfera nacional para o fechamento da fronteira aérea ou de aeroportos, o Presidente da República editou a Medida Provisória n. 925 – posteriormente convertida na Lei n. 14.034/2020 – ainda no dia 18/03/2020, estabelecendo novos prazos para o vencimento das contribuições fixas e variáveis dos contratos de concessão aeroportuária, bem como para o reembolso de passagens aéreas aos consumidores, em atenção às restrições internacionais e interestaduais de viagem e a consequente diminuição do tráfego aéreo pelo mundo.

Uma série de dados e gráficos publicados pelo Serviço Europeu de Aviação (Eurocontrol) apontam que no mês de abril de 2020, logo após o início das restrições, o tráfego de voos no continente teve um decréscimo de 90% (noventa por cento) em comparação com o ano anterior (EUROCONTROL, 2020). De acordo com o Departamento de Transporte dos Estados Unidos, o país alcançou uma queda de 60,1% (sessenta vírgula um por cento) no número de passageiros em 2020, igualando a mínima anterior que não se repetia desde 1984 (IG, 2021). Na América do Sul, imagens fornecidas pelo serviço de monitoramento de voos Flight Radar demonstraram uma redução em cerca de 80% (oitenta por cento) no tráfego aéreo na comparação entre os dias de 7 de março de 2020 e 7 de abril do mesmo ano (G1, 2020b).

De acordo com o Conselho Internacional de Aeroportos (*Airports Council International* ou ACI), associação representante dos operadores aeroportuários de mais de 1.900 (mil e novecentos) terminais distribuídos em 176 (cento e setenta e seis) países, houve uma queda aproximadamente de 4.600.000.000 (quatro bilhões e seiscentos milhões) de passageiros durante o ano de 2020, valor que representa quase a metade dos 9.100.000.000 (nove bilhões e cem milhões) de passageiros que se movimentaram pelos aeroportos analisados no ano de 2019. O impacto global da redução de receita nos aeroportos, estima o Conselho, é de cerca de US\$ 97.100.000.000,00 (noventa e sete bilhões de dólares americanos) (ACI, 2020).

O Brasil, por sua vez, apresentou uma redução de 93,1% (noventa e três vírgula um por cento) no tráfego aéreo de passageiros naquele mês. O acumulado nacional ao longo de 2020 demonstrou uma retração nos indicadores de oferta e demanda de voos de passageiros equivalente à metade do ano anterior; o pior desempenho aferido nos indicadores em mais de uma década, segundo a ANAC por meio do Relatório de Demanda e Oferta do Transporte Aéreo. De janeiro a dezembro de 2020, foram transportados 45.200.000 (quarenta e cinco milhões e duzentos mil) passageiros domésticos pagos, numa queda acumulada de 52,5% (cinquenta e dois

vírgula cinco por cento) em relação ao mesmo período de 2019, e que somente não foi maior em razão da paulatina retomada das viagens a partir do mês de outubro. O transporte de carga e correio no mercado doméstico fechou o último mês do ano com variação negativa de 12,5% (doze vírgula cinco por cento) na comparação com dezembro de 2019 (ANAC, 2021).

Ainda de acordo com a ANAC, no primeiro semestre de 2020 as companhias aéreas brasileiras acumularam juntas um prejuízo total de R\$ 15.700.000.000,00 (quinze bilhões setecentos milhões de reais) (ANAC, 2020a). O mesmo ocorreu com as empresas administradoras dos aeroportos brasileiros concessionados, motivando a aprovação pela Agência de revisões contratuais extraordinárias para 8 (oito) aeroportos internacionais no país: o Aeroporto Internacional do Galeão no Rio de Janeiro; o Aeroporto Internacional de Fortaleza; o Aeroporto Internacional de Salvador; o Aeroporto Internacional de Confins; o Aeroporto Internacional de Brasília; o Aeroporto Internacional de Guarulhos; o Aeroporto Internacional de Porto Alegre; e o Aeroporto Internacional de Florianópolis.

3.1 IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 SOBRE O SETOR DA AVIAÇÃO CIVIL EM RELAÇÃO AO AEROPORTO INTERNACIONAL DE FLORIANÓPOLIS

Em relação ao Aeroporto Internacional de Florianópolis, objeto deste estudo, o impacto da pandemia de Covid-19 não destoou do restante do mundo. A diminuição na circulação das pessoas e as medidas restritivas de diferentes lugares resultaram na queda dos movimentos de tráfego aéreo, os quais podem ser de pouso, decolagem, cruzamento ou toque e arremetida de aeronaves, e do número de passageiros.

De acordo com dados disponibilizados no *Anuário Estatístico de Tráfego Aéreo 2020*, produzido pelo Centro de Gerenciamento da Navegação Aérea (CGNA), o total de movimentos no Aeroporto Internacional de Florianópolis no ano de 2020, isto é, de janeiro a dezembro, foi de 29.348 (vinte e nove mil e trezentos e quarenta e oito); o que representa uma redução de 36,7% (trinta e seis vírgula sete por cento) em relação ao total de movimentos registrados no ano de 2019, que obteve 46.358 (quarenta e seis mil e trezentos e cinquenta e oito) (CGNA, 2021b, p. 44). Os dados dos movimentos totais nos anos de 2020, 2019 e 2018, em relação à aviação comercial, geral e militar, podem ser conferidos na figura a seguir:

	2018	2019	2020	Cresc. em 2020
Total	50.008	46.358	29.348	-36,7%
Comercial	32.117	31.148	14.878	-52,2%
Geral	14.517	12.136	11.470	-5,5%
Militar	3.374	3.074	3.000	-2,4%

Figura 1: Tabela do total de movimentos anual (pouso, decolagem, cruzamento e toque e arremetida) no Aeroporto Internacional de Florianópolis em 2020.

Fonte: Centro de Gerenciamento da Navegação Aérea (CGNA), 2021b, p. 44.

Em análise dos números de movimentos – pousos e decolagens – mensais registrados no Aeroporto Internacional de Florianópolis em 2020, a partir do *Relatório Comparativo de Tráfego Aéreo: Semana 53 - 28/12/2020 a 03/01/2021*, elaborado pelo CGNA, verifica-se que os meses com maiores movimentos foram janeiro, fevereiro e dezembro – constata-se, obviamente, que os dois primeiros tratam de períodos não abrangidos pela pandemia de Covid-19 – e que os meses com menores movimentos foram abril, maio, junho e julho (CGNA, 2021a, p. 14) – os quais, sabe-se, foram os meses logo posteriores à declaração de pandemia de Covid-19 pela OMS –. Os índices de movimentos totais mensais de 2020 revelam-se ainda mais surpreendentes se comparados com os números registrados nos meses de 2019, conforme figura colacionada:

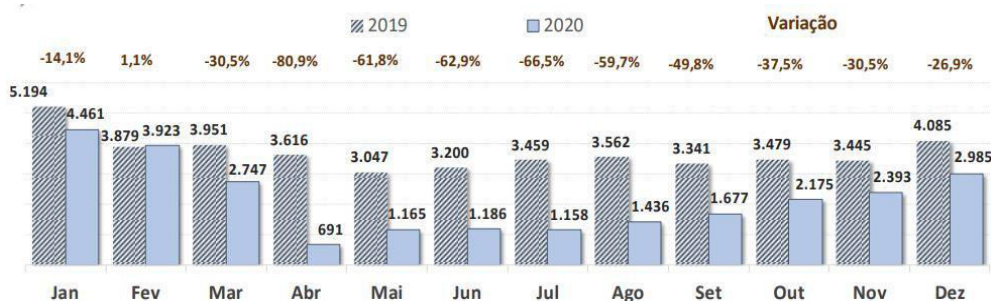


Figura 2: Gráfico do total de movimentos mensais (pouso e decolagem) no Aeroporto Internacional de Florianópolis nos meses de 2020 em comparação aos meses de 2019.

Fonte: Centro de Gerenciamento da Navegação Aérea (CGNA), 2021b, p. 14.

Reflexa à análise comparativa de movimentos mensais do tráfego aéreo no Aeroporto Internacional de Florianópolis nos meses de 2020 e 2019 – que indica drástica baixa nos movimentos em 2020 devido aos efeitos da Pandemia de Covid-19 –, mostra-se relevante confrontar os dados de números de passageiros que embarcaram e desembarcaram no Aeroporto também nesses anos e, especialmente, nos meses com menores registros de movimentos em 2020.

Dessa forma, ao examinar os dados estatísticos disponibilizados no website do Aeroporto de Florianópolis, constata-se que ao comparar a quantidade de passageiros de embarque e desembarque, de voos domésticos e internacionais, nos meses de abril, maio, junho e julho de 2020 e a quantidade de passageiros nos referidos meses de 2019 houve significativa redução percentual¹³, conforme quadro abaixo:

	Abril	Maio	Junho	Julho
2019	311.302	273.070	251.502	292.185
2020	19.662	28.359	43.350	60.158
Diminuição percentual comparativa	93,68%	89,61%	82,76%	79,41%

Quadro 1: Quantidade de passageiros de embarque e desembarque (voos domésticos e internacionais) no Aeroporto Internacional de Florianópolis nos meses de abril, maio, junho e julho de 2019 e 2020 e diminuição percentual comparativa.

Fonte: Aeroporto de Florianópolis, 2019 e 2020.

Diante de tamanho prejuízo ao Aeroporto Internacional de Florianópolis, a ANAC reconheceu desequilíbrio contratual no montante de R\$ 37.193.403,34 (trinta e sete milhões e cento e noventa e três mil e quatrocentos e três reais e trinta e quatro centavos) (ANAC, 2020c), considerando que, entre março e setembro de 2020, o terminal teve apenas 57% (cinquenta e sete por cento) do movimento de passageiros esperado para aquele período (NSC, 2020).

¹³ Tabela comparativa elaborada a partir dos relatórios “Movimentos de passageiros e voos: abril, maio, junho e julho de 2019; abril, maio, junho e julho de 2020”, disponíveis na seção “Estatísticas” do sítio eletrônico da Floriipa Airport, concessionária do Aeroporto de Florianópolis, acessado em 26 abr. 2021.

4. A DECISÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC) SOBRE A RECOMPOSIÇÃO DO CONTRATO DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE FLORIANÓPOLIS

Conforme se pôde observar, os impactos econômicos decorrentes da pandemia de Covid-19 foram determinantes para a aprovação de revisões contratuais extraordinárias para 8 (oito) aeroportos internacionais no país pela ANAC no ano de 2020. O fundamento legal de tais operações contratuais é extraído da já mencionada Lei n. 8.987/1995 – cujo artigo 9º, parágrafo 2º, dispõe que os “contratos [de concessão] poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro” –, assim como do Decreto Federal n. 7.624/2011, dedicado exclusivamente à disposição sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária por meio de concessão, que em seu artigo 18 determina:

Art. 18. Sem prejuízo do disposto no art. 7º, caberá ao poder concedente estabelecer a forma pela qual será recomposto o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, em favor do poder concedente ou do concessionário, podendo ser utilizadas as seguintes medidas, individual ou conjuntamente, sem a exclusão de outras cabíveis:

I - revisão do valor das tarifas;

II - alteração do prazo da concessão, observado o disposto no art. 6º ;

III - alteração das obrigações contratuais da concessionária;

IV - revisão da contribuição devida pelo concessionário, no caso de concessão comum; e

V - revisão da contraprestação pecuniária do parceiro público, no caso de parceria público-privada (BRASIL, 2011).

Logo, com fundamento nos dispositivos legais e ocupando a figura de concedente nos contratos de concessões aeroportuárias destes terminais, a Agência possui legitimidade para decidir sobre o modo em que as revisões extraordinárias para reequilíbrio contratual ocorrerão.

No caso da concessão do Aeroporto Internacional de Florianópolis, cuja revisão extraordinária foi definitivamente aprovada pela Diretoria Colegiada da ANAC por meio da Decisão n. 208 de 12 de novembro de 2020, somou-se à base legal a previsão contratual expressa no instrumento firmado entre as partes. É que a Seção III - Da Revisão Extraordinária do Capítulo VI - Do Equilíbrio Econômico Financeiro do Contrato de Concessão de Aeroporto - CCA n. 002/ANAC/2017 também previa a possibilidade desta revisão, reafirmando a prerrogativa da Agência para

optar pela forma em que ocorreria, no limite das hipóteses ali definidas. É o que se infere da redação da cláusula contratual 6.26, veja-se:

6.26. Cabe à ANAC a prerrogativa de escolher, dentre as medidas abaixo elencadas, individual ou conjuntamente, a forma pela qual será implementada a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro:

6.26.1. alteração do valor das Tarifas;

6.26.2. alteração do prazo da Concessão;

6.26.3. alteração das obrigações contratuais da Concessionária;

6.26.4. revisão da Contribuição Fixa Anual devida pela Concessionária, mediante comum acordo entre ANAC e Concessionária, após prévia aprovação do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil; ou

6.26.5. outra forma definida de comum acordo entre ANAC e Concessionária, mediante prévia aprovação do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (ANAC, 2006).

Importante ressaltar, outrossim, que muito embora não existisse previsão contratual específica e literal que caracterizasse uma pandemia como razão para essa revisão extraordinária, em março daquele ano a própria a Presidência da República reconheceu o caráter emergencial e extraordinário da situação ocasionada pela Covid-19 ao estender os prazos de pagamento de contribuições pelas concessionárias aeroportuárias pela Medida Provisória n. 925.

Ainda, no seguinte mês de abril também a Advocacia-Geral da União entendeu pelo enquadramento da pandemia de Covid-19 e de seus desdobramentos como hipótese de “força maior” e “caso fortuito” para “fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes”, por ocasião de seu Parecer n. 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, no qual afirma que “salvo disposição contratual em sentido diverso, considera-se que o contratado assume os riscos ordinários (ou a álea ordinária) do negócio, enquanto o poder público assume os riscos extraordinários (ou a álea extraordinária)”.

Sendo assim, o artigo 3º da Decisão n. 208 é dedicado a estipular as 2 (duas) medidas por meio das quais ocorrerá a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato do Aeroporto de Florianópolis, quais sejam, I) a revisão da contribuição variável devida pela Concessionária a partir de 2020, após a anuência do Ministério da Infraestrutura; e II) a majoração temporária de 15% (quinze por cento) das Tarifas de Embarque, Conexão, Pouso e Permanência. Estas medidas serão válidas até que seja atingido o montante de R\$ 37.193.403,34 (trinta e sete

milhões, cento e noventa e três mil, quatrocentos e três reais e trinta e quatro centavos) – a ser atualizado considerando-se o IPCA –, valor calculado do desequilíbrio contratual.

Vale destacar que dentre os casos de revisões sobre esses 8 (oito) terminais internacionais, apenas os aeroportos de Florianópolis e Porto Alegre foram autorizados a um reajuste de tarifas, ambos valorados em 15% (quinze por cento) dos preços. Isso porque, conforme manifestação das concessionárias durante os respectivos processos dos pedidos de revisão extraordinária perante à ANAC¹⁴, mesmo antes da ocasião da pandemia foram implementadas medidas na administração desses aeroportos que implicaram na diminuição dos custos e despesas tarifárias e, conseqüentemente, na redução de 15% (quinze por cento) de seu orçamento estimado.

5. ANÁLISE DO (DES)EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE FLORIANÓPOLIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

Como visto, as concessões federais de infraestrutura aeroportuária foram diretamente impactadas pela pandemia ocasionada pelo vírus Sars-CoV-2, causador da doença Covid-19. Os números não mentem: a queda drástica de movimento de pousos e decolagens, além da diminuição expressiva do fluxo de passageiros para embarque e desembarque são alguns dos desafios enfrentados pelo Aeroporto Internacional de Florianópolis.

Em cenários de excepcionalidade como o vivenciado, fato é que a discussão acerca da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de longa duração ganha maior relevância, no intuito de explorar alternativas que solucionem – ou minimizem – os impactos atuais e futuros ocasionados pela pandemia no setor.

Acerca da situação de desequilíbrio econômico-financeiro, para que seja constatada, quatro requisitos devem ser verificados: (i) a ocorrência de evento com potencial de afetar o equilíbrio contratual inicial; (ii) a verificação da responsabilidade disposta no contrato, pelo risco associado ao evento ocorrido; (iii) a avaliação do

¹⁴ Os referidos processos foram autuados, respectivamente, sob os números 00058.022660/2020-38 e 00058.018880/2020-67, sob as relatorias de Tiago Pereira e Ricardo Catanant, e as atas das reuniões deliberativas da diretoria da ANAC, bem como outras peças processuais, estão disponíveis ao público na seção “Acesso à Informação” do sítio eletrônico da agência.

impacto do evento; (iv) a escolha da medida mais adequada e eficiente para repor o equilíbrio (ALBUQUERQUE; ÁVILA, 2020).

No caso do Aeroporto Internacional de Florianópolis, diante de todo o exposto em tópicos anteriores deste estudo, evidente a ocorrência de situação com potencial de afetar negativamente o equilíbrio contratual inicial, bem como a averiguação do impacto do evento. É que, como já abordado, o cenário pandêmico causado pelo novo coronavírus implicou na queda drástica e imprevisível dos números de voos e de movimentação de passageiros no Aeroporto. Desse modo, não há como negar os impactos atuais e futuros que os aeroportos vêm sofrendo, de tal sorte que, por consequência, é clara a afetação do equilíbrio contratual inicial firmado no contrato administrativo.

Já em relação à verificação da responsabilidade contratual do risco associada à situação de pandemia, a AGU entendeu pelo enquadramento do evento e seus desdobramentos como hipótese de “força maior” e “caso fortuito”.

Ainda em relação a esse aspecto, há que ser feita uma consideração: da análise do dispositivo contratual supramencionado, verifica-se que cabe a responsabilização do Poder Concedente, desde que não tenha cobertura por instituições seguradoras existentes no mercado brasileiro. Assim, a redação da cláusula implica o afastamento da matriz de riscos alocados ao Poder Concedente aos eventos que, ainda que decorridos de força maior ou de caso fortuito, eram listados entre os episódios “seguráveis” no momento da sua ocorrência.

Assim sendo, verificadas as etapas propostas como métricas de aferição do desequilíbrio financeiro-econômico do contrato de concessão do Aeroporto de Florianópolis, evidentes os reflexos negativos da Pandemia no setor aeroportuário. Nesse viés, é imprescindível a adoção de medidas que visem a recomposição do equilíbrio contratual originário – como bem proposto pela Agência Nacional de Aviação Civil ao aprovar a revisão extraordinária do contrato de concessão do Aeroporto Internacional de Florianópolis – a fim de solucionar ou, ao menos, minimizar os abalos sofridos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas noções expostas ao longo do estudo, restou evidente a situação de desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão do Aeropor-

to Internacional de Florianópolis ante o contexto de pandemia desencadeada pelo vírus Sars-CoV-2, causador da doença Covid-19.

A partir da análise da legislação referente aos contratos administrativos e sobre o regime de concessão, afiguram-se tanto a possibilidade quanto a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados com o Poder Público – com destaque, aliás, àqueles pactuados por longos prazos, como é o caso do contrato de concessão ora analisado.

No caso do Aeroporto Internacional de Florianópolis, os números estatísticos colacionados demonstram claramente os prejuízos sofridos em razão da diminuição drástica, imprevisível e externa do fluxo de voos e passageiros no complexo aeroportuário – que pôde ser observada em diversos terminais pelo mundo, inclusive, senão em todos eles –, ocasionando, portanto, o desequilíbrio contratual do pacto originalmente firmado entre as partes.

Sendo assim, porque prevista na legislação e no contrato a sua possibilidade, em razão de hipóteses de “caso fortuito” e “força maior”, foi aprovada, pela Agência Nacional de Aviação Civil, por meio da Decisão n. 208, a revisão extraordinária em relação ao Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Florianópolis.

É importante mencionar, portanto, que não se trata a revisão contratual extraordinária de uma espécie de benesse concedida pela Administração Pública às empresas financeiramente afetadas por variações econômicas quaisquer, mas da exata execução de termos pactuados no momento da contratação.

Cabe ressaltar, ademais, que as medidas adotadas pelo Poder Público a fim de solucionar – ou ao menos, minimizar – os reflexos negativos da pandemia de Covid-19 suportados pelas concessionárias aeroportuárias no país não visam exclusivamente à mera proteção dessas empresas, mas, em última análise, à própria manutenção da infraestrutura do sistema nacional de transporte aéreo por meio da continuidade dos contratos de concessão firmados.

REFERÊNCIAS

ACI. *Predicted global impact of COVID-19 on airport industry escalates*. Publicação em: 05 mai. 2020. Disponível em: <https://aci.aero/news/2020/05/05/predicted-global-impact-of-covid-19-on-airport-industry-escalates/> Acesso em: 18 abr. 2021.

AEROFLAP. *Novo terminal do Aeroporto de Florianópolis é oficialmente inaugurado*. Publicação em: 28 set. 2019. Disponível em: <https://www.aeroflap.com.br/novo-terminal-do-aeroporto-de-florianopolis-e-oficialmente-inaugurado/>. Acesso em: 18 abr. 2021

AEROPORTO de Florianópolis. *Resumo de Movimentação Aeroportuária: abril - 2019*. Disponível em: https://floripa-airport.com/fmanager/floripaairport/movimento_passageiros/mes_arquivo24_1.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

AEROPORTO de Florianópolis. *Resumo de Movimentação Aeroportuária: abril - 2020*. Disponível em: https://floripa-airport.com/fmanager/floripaairport/movimento_passageiros/mes_arquivo38_1.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

AEROPORTO de Florianópolis. *Resumo de Movimentação Aeroportuária: julho - 2019*. Disponível em: https://floripa-airport.com/fmanager/floripaairport/movimento_passageiros/mes_arquivo29_1.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

AEROPORTO de Florianópolis. *Resumo de Movimentação Aeroportuária: julho - 2020*. Disponível em: https://floripa-airport.com/fmanager/floripaairport/movimento_passageiros/mes_arquivo41_1.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

AEROPORTO de Florianópolis. *Resumo de Movimentação Aeroportuária: junho - 2019*. Disponível em: https://floripa-airport.com/fmanager/floripaairport/movimento_passageiros/mes_arquivo28_1.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

AEROPORTO de Florianópolis. *Resumo de Movimentação Aeroportuária: junho - 2020*. Disponível em: https://floripa-airport.com/fmanager/floripaairport/movimento_passageiros/mes_arquivo40_1.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

AEROPORTO de Florianópolis. *Resumo de Movimentação Aeroportuária: maio - 2019*. Disponível em: https://floripa-airport.com/fmanager/floripaairport/movimento_passageiros/mes_arquivo39_1.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

AEROPORTO de Florianópolis. *Resumo de Movimentação Aeroportuária: maio - 2020*. Disponível em: https://floripa-airport.com/fmanager/floripaairport/movimento_passageiros/mes_arquivo41_1.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

AEROPORTO DE FLORIANÓPOLIS. *Movimentos de passageiros e voos: abril, maio, junho e julho de 2019; abril, maio, junho e julho de 2020*. Disponível em: <https://floripa-airport.com/estatisticas.html>. Acesso em: 26 abr. 2021.

ALBUQUERQUE, Gustavo Carneiro; ÁVILA, Natália Resende Andrade. *Concessões federais de infraestrutura aeroportuária e desafios da pandemia*. Publicação em: 26 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/concessoes-federais-de-infraestrutura-aeroportuaria-e-desafios-da-pandemia-26062020>. Acesso em: 29 abr. 2021.

ANAC. *Contrato de Concessão n. 002/ANAC/2017*. Contrato de Concessão para Ampliação, Manutenção e Exploração do Aeroporto de Florianópolis - Hercílio Luz. Brasília: ANAC, 28 jul. 2006. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/florianopolis/documentos-relacionados/contrato-e-anexos/contrato-florianopolis/view>. Acesso em: 12 abr. 2021.

ANAC. *Dados do 2º tri revelam impacto de mais de 6 bilhões nas aéreas brasileiras*. Publicação em: 23 out. 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/dados-do-2o-tri-revelam-impacto-de-mais-de-6-bilhoes-nas-aereas-brasileiras>. Acesso em: 14 abr. 2021.

ANAC. *Decisão n. 208, de 12 de novembro de 2020*. Aprova Revisão Extraordinária do Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de Florianópolis, localizado em Florianópolis (SC). Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decisao-n-208-de-12-de-novembro-de-2020-288306062>. Acesso em: 12 abr. 2021.

ANAC. *Aprovado reequilíbrio econômico-financeiro para 4 aeroportos em razão da Covid-19*. Publicação em: 16 nov. 2020. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/noticias/2020/aprovado-reequilibrio-economico-financeiro-para-4-aeroportos-em-razao-da-covid-19>. Acesso em: 14 abr. 2021.

ANAC. *Com pandemia indicadores do setor aéreo reduzem 50% em 2020*. Publicação em: 20 jan. 2021. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/noticias/2021/com-pandemia-indicadores-do-setor-aereo-reduzem-50-em-2020-1>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BARAT, Josef. Panorama e perspectivas para o transporte aéreo no Brasil e no mundo. In: IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA E APLICADA. *Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025*. Brasília: Ipea, 2010. Livro 6, v. 1, cap. 6, p. 339-400. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/Livro_InfraestruturaSocial_vol1.pdf. Acesso em: 05 mai. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). *Orientação Normativa AGU Nº 22, de 01 de abril de 2009*. Brasília: AGU, 2009. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:advocacia.geral.uniao:orientacao.normativa:2009-04-01;22>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Consultoria-Geral da União. *Manual de licitações e contratações administrativas*. Brasília: AGU, 2014, p. 57. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/arquivos/ManualdeLicitacoesContratacoesAdministrativaspdf.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). *Parecer n. 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU*. Brasília: AGU, 15 abr. 2020. Disponível em: <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concess%C3%A3o-Transportes-Recomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 7.624, de 22 de novembro de 2011*. Dispõe sobre as condições de exploração pela iniciativa privada da infraestrutura aeroportuária, por meio de concessão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7624.htm. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. *Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. *Lei n. 9.075, de 07 de julho de 1995*. Estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074compilada.htm. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. *Lei n. 14.034, de 5 de agosto de 2020*. Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19; e altera as Leis n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986, 6.009, de 26 de dezembro de 1973, 12.462, de 4 de agosto de 2011, 13.319, de 25 de julho de 2016, 13.499, de 26 de outubro de 2017, e 9.825, de 23 de agosto de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14034.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória n. 925, de 18 de março de 2020*. Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv925.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.

CAMPOS NETO, Carlos Alvares da Silva. Aeroportos no Brasil: investimentos e concessões. In: IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Radar - Artigos*, 2012, v. 2, p 45-57. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/6816>. Acesso em: 10 abr. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

CENTRO de Gerenciamento da Navegação Aérea (CGNA). *Relatório Comparativo de Tráfego Aéreo*: Semana 53 - 28/12/2020 a 03/01/2021. Disponível em: http://portal.cgna.gov.br/files/uploads/relatorios_trafego_aereo/Relatorio_Comparativo_de_Trafego_Aereo_Semana_53.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

CENTRO de Gerenciamento da Navegação Aérea (CGNA). *Anuário Estatístico de Tráfego Aéreo 2020*. Publicação em 01/02/2021. Disponível em: http://portal.cgna.gov.br/files/uploads/anuario_estatistico/anuario_estatistico_2020.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

EPL. *Concessão do aeroporto de Florianópolis é tema de Audiência Pública na capital*. Publicação em: 03 jun. 2016. Disponível em: <https://www.epl.gov.br/concessao-do-aeroporto-de-florianopolis-e-tema-de-audiencia-publica-na-capital>. Acesso em: 13 abr. 2021.

EUROCONTROL. *Comprehensive Assessment - COVID19 Impact on European Air Traffic*. Disponível em: <https://www.eurocontrol.int/publication/eurocontrol-comprehensive-assessment-covid-19s-impact-european-air-traffic>. Acesso em 13 abr. 2021.

G1. *Itália restringe circulação por todo o país devido ao novo coronavírus.* Publicação em: 09 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/03/09/italia-anuncia-novas-medidas-para-conter-novo-coronavirus.ghtml> Acesso em: 13 abr. 2021.

G1. *Tráfego aéreo no Brasil e no mundo despenca com pandemia de Covid-19; veja o que mudou e perspectivas.* Publicação em: 10 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/04/10/trafego-aereo-no-brasil-e-no-mundo-despenca-com-pandemia-de-covid-19-veja-o-que-mudou-e-perspectivas.ghtml>. Acesso em 13 abr. 2021.

IG Economia. *Tráfego aéreo nos EUA volta aos níveis da década de 80.* Publicação em: 19 fev. 2021. Disponível em: <https://economia.ig.com.br/colunas/contato-radar/2021-02-19/trafego-aereo-nos-eua-volta-aos-niveis-da-decada-de-80.html>. Acesso em 13 abr. 2021.

MARTINS, Patrícia Cristina Lessa Franco. *Da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.* Conteúdo Jurídico. Publicação em: 18 dez. 2013. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37703/da-manutencao-do-equilibrio-economico-financeiros-dos-contratos-administrativos#_ednref3. Acesso em: 11 abr. 2021.

NSC Total. *Aeroporto de Florianópolis aumenta tarifas por perdas com pandemia de coronavírus.* Publicação em: 17 nov. 2020. Disponível em: <https://www.nsctotal.com.br/noticias/aeroporto-de-florianopolis-aumenta-tarifas-por-perdas-com-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em 14 abr. 2021.

A INSTRUMENTALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ATRAVÉS DO CENTRO DA JUVENTUDE DE PALMAS/PR

Diego da Silva*

SILVA, Diego. *A Instrumentalização da Proteção Integral da Criança e do Adolescente através do Centro da Juventude de Palmas/PR*. Trabalho de Conclusão de Curso – Instituto Federal do Paraná – Campus Palmas. Palmas, p. 78. 2021.

A concepção a respeito de crianças e adolescentes sempre esteve relacionada ao contexto ideológico e a estrutura simbólica da sociedade no decorrer dos anos. A discussão que se refere aos direitos do público infantojuvenil é recente, pois tampouco eram considerados como detentores de garantias a serem preservadas pela família, Estado e sociedade. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), com diretrizes baseadas na Dignidade da Pessoa humana e em documentos internacionais que tratam sobre o assunto, o campo da infância e adolescência é redemocratizado, reconhecendo que crianças e adolescentes possuem direitos gerais e especiais, dados pelas peculiaridades e vulnerabilidades das etapas de desenvolvimento da vida humana.

Destarte, o novo paradigma do então Direito da Criança e do Adolescente, é essencialmente baseado em uma Doutrina de Proteção Integral e de Prioridade Absoluta dos seus direitos e garantias, reconhecendo, investigando e instituindo políticas públicas voltadas para a infância e juventude, que tenham como objetivo primordial o combate às vulnerabilidades sociais e violências nas suas mais variadas formas as quais estão presentes na realidade deste público.

A criação do Programa Centro da Juventude José Bonifácio Guimarães de Andrade de Palmas/PR (CJ), é uma resposta para esse novo paradigma de proteção infantojuvenil, atuando como uma ferramenta de acolhimento de crianças e jovens que se encontram socialmente fragilizados e com vínculos familiares e

*Acadêmico do curso de Bacharel em Direito pelo Instituto Federal do Paraná - Campus Palmas; Educador Social no Programa Centros da Juventude, na Unidade de Palmas/PR; E-mail: diegosilva.974@hotmail.com.

comunitários rompidos, oportunizando assim, trocas de vivências singulares e coletivas, as quais contribuirão para o desenvolvimento do seu protagonismo perante a sociedade e a construção de sua identidade social.

Contudo, o presente exposto se justifica no fato de que o público infantojuvenil é extremamente vulnerável, seja pela sua condição biológica de desenvolvimento humano ou na criação da sua identidade social. Nesse sentido, verifica-se como o CJ atua na mitigação das violências e nas fragilidades infantojuvenis, sendo uma ferramenta que se instrumentaliza na efetivação do direitos gerais e especiais à luz da Proteção Integral da Infância e Juventude.

Por fim, a discussão abordada, estruturada em uma pesquisa-ação em decorrência do envolvimento do autor com o objeto de pesquisa, é fundamentada na necessidade dos Agentes do Direito possuírem uma visão ampla e interdisciplinar dos mais variados contextos sociais, os quais são pautas de implicações que se consolidaram na sociedade, sejam elas a busca e a efetivação de direitos dos grupos vulneráveis.

Palavras-chave: Direito. Infância e Juventude. Vulnerabilidades. Proteção.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, M. et al. *Juventude, Violência e Vulnerabilidade Social na América Latina: desafios para políticas públicas*. Brasília: UNESCO; BID, 2002.

BAZÍLIO, L. C; KRAMER, S. *Infância, Educação e Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

COSTA, M. A. et al. *Vulnerabilidade Social no Brasil: conceitos, métodos, e primeiros resultados para municípios e regiões metropolitanas brasileiras*. Rio de Janeiro: Ipea, 1990. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8257/2/vulnerability.pdf>> Acesso em 10 maio. 2021

CARACIOLA, A; ANDREUCCI, A; FREITAS, A. *Estatuto da Criança e do Adolescente 20 anos*. São Paulo: LTr, 2010.

DIAS, M. B. *Manual de Direitos das Famílias*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIGIÁCOMO, M. J. *Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado*. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2017. Disponível em: <<https://fempapr.org>.

br/site/wp-content/uploads/2017/07/Livro-ECA.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

LIMA, F. da S.; VERONESE, J. R. P. *Os Direitos da Criança e do Adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais*. Florianópolis: Funjab, 2012. vol. 5. Disponível em: ><https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99635/VD-Direito-da-Crianca-18-09-2012.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 08 mar. 2021.

LIMA, M. de; POLI, L. M; JOSÉ, F. S. *A Evolução Histórica dos Direitos da Criança e do Adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, 2017. vol. 7. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/230226384.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

MINICHIELLO, A. L. O. et al. *A Proteção dos Grupos Vulneráveis: coleção direito em debate*. Jundiaí/SP: Paco Editorial, 2020.

_____. Decreto nº 1.414/2007, de 11 de Setembro de 2007. *Dispõe sobre o "Pacto pela Infância e Juventude"*. Diário Oficial do Estado do Paraná nº 7575. Disponível em: <<https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=50141&indice=1&totalRegistros=1&dt=28.4.2021.16.15.55.225>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

O PROJETO DE LEI N° 3799/2019 E A INFLUÊNCIA DA ERA TECNOLÓGICA PARA TESTAMENTO PARTICULAR GRAVADO EM SISTEMA AUDIOVISUAL

Maria Luisa Machado Porath*

PORATH, Maria Luisa Machado. *O Projeto de Lei n° 3799/2019 e a influência da era tecnológica para testamento particular gravado em sistema audiovisual*. Orientadora: Renata Raupp. Coorientadora: Laísa Santos da Silva. 2021. 83 p. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/223777>. Acesso em: 28 jun. 2021.

Este trabalho tem por objetivo investigar se o testamento particular gravado em sistema audiovisual pode trazer benefícios ao direito sucessório e à sociedade a ponto de justificar uma reformulação na Seção IV do Capítulo III no Livro de Sucessões do Código Civil de 2002. A relevância da pesquisa se traduz no fato de que o assunto é inovador e necessário, uma vez que não há como negar o impacto tecnológico no meio jurídico; principalmente com a pandemia da COVID-19. Com a finalidade de se alcançar o objetivo principal, o trabalho tem os seguintes objetivos específicos: conceituar testamento em geral, as suas formas, a sua validade e as suas especificidades, a fim de melhor elucidação dos termos jurídicos; comparar o testamento particular do Código Civil vigente com o disposto no Código Civil de 1916, com o propósito de identificar as alterações trazidas e de compreender se foram significativas para a evolução do direito sucessório; investigar uma parte do Projeto de Lei n° 3.799/19, idealizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que aborda o uso de meio audiovisual no testamento particular, no intuito de verificar a necessidade de atualização testamentária para o contexto de uma sociedade tecnológica; relatar julgados referentes ao testamento particular, com a finalidade de investigar se há certa flexibilização das formalidades constantes no Código Civil, com a incorporação tecnológica, ainda que de forma ínfima; e identificar pontos negativos e positivos da feitura do testamento particular por meio de

*Bacharelada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Licenciada e Bacharela em Teatro pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC – 2015). E-mail: malu.mporath@gmail.com.

audiovisual. Dito isso, o primeiro capítulo aborda o motivo do testamento ser considerado um tabu, o seu conceito, as suas formas, a sua validade e as suas especificidades, além de entender o que é capacidade de testar e de adquirir testamento. O segundo capítulo se dedica ao testamento particular propriamente dito: examina seus requisitos, suas formalidades e seu processo de confirmação em juízo, além de realizar uma comparação entre o testamento particular do Código Civil vigente e o do Código Civil de 1916. O último capítulo trata do impulso da tecnologia no direito sucessório e seus reflexos no testamento particular. Em função disso, explana sobre os três últimos objetivos específicos. Após esse estudo, o trabalho entende que o testamento particular em vídeo pode trazer benefícios ao direito sucessório e à sociedade a ponto de justificar a reformulação na seção que trata do testamento particular.

Palavras-chave: Direito das Sucessões. Sucessão Testamentária. Testamento particular. Testamento em vídeo. Testamento audiovisual.



REVISTA AVANT
Revista Acadêmica
da Graduação em
Direito da UFSC

www.revistaavant.paginas.ufsc.br
revistaavant.ufsc@gmail.com