



RATIO IURIS

REVISTA DOS ESTUDANTES DE DIREITO DO CCJ DA UFPB



Esta obra está licenciada com uma Licença
Creative Commons Atribuição-NãoComercial-
SemDerivações 4.0 Internacional.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Bibliotecário Lucimário Dias dos Santos – CRB 15/645

Revista Ratio Iuris (UFPB): Revista dos Estudantes da
Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal da Paraíba. - v.1, n.1, (2022-),
João Pessoa – PB: Universidade Federal da Paraíba,
Centro de Ciências Jurídicas, 2022.

1 recurso online: I.

Publicação semestral

E-ISSN: 2358-4351

Disponível apenas online.

1. Direito - periódico. 2. Direito ambiental. 3. Direitos humanos. 4. Pluralismo jurídico. 5. Seletividade penal. 6. Direito à cidade. 7. Lavagem de dinheiro. 8. Desigualdade de gênero. 9. Proteção de dados. 10. Violência contra a mulher. I. Universidade Federal da Paraíba. II. Centro de Ciências Jurídicas.

CDU 34(05)



CORPO EDITORIAL

EDITORES-CHEFES

Antonio Lucas Lira Pereira
Guilherme Morais Régis de Lucena

SECRETARIA

Catarina Borges de Alcântara Celani
Maria Beatriz da Silva Gomes
Maria Rita Caldas de Miranda Henriques
Nathália de Souza Queiroz
Vitória Costa Pereira

COMISSÃO DE FLUXO EDITORIAL

Állef Rayff Bezerra da Nóbrega
Cicero Teles Albuquerque Junior
Roberto Paulino Paulo Neto
Thaís Eduarda Lima da Silva


COMISSÃO DE COMUNICAÇÃO

Ana Beatriz Marques Leitão do Nascimento
Bruna Garcia dos Santos
Danyel Anderson Rodrigues de Aguiar
Heloísa Santana Luna
Renata Araújo Maia Silva



PARECERISTAS QUE ATUARAM NO V.1, N.1


Amanda Patrycia Coutinho de Cerqueira
Anayara Fantinel Pedroso
André de Abreu Costa
Antonio Carlos Morato
Bruno Loureiro Conte
Caio José Arruda Amarante de Oliveira
Carlos Luan Lima Maciel
Caroline Sátiro de Holanda
Cynthia Lays Feitosa de Brito
Eduardo de Araújo Cavalcanti
Felipe Kern Moreira
Francisco Quintanilha Vêras Neto
Gabriel Salazar Curty
Giorggia Petrucce Lacerda e Silva Abrantes
Guilherme Christen Möller
Hiago Pereira Silva Moura
Hioman Imperiano de Souza
Ícaro Melo dos Santos
Igor de Lucena Mascarenhas





PARECERISTAS QUE ATUARAM NO V.1, N.1

Ítalo Renan da Silva Rocha
Ives Nahama Gomes dos Santos
Jackeline Caixeta Santana
Júlio Aguiar de Oliveira
Leila Cristina Arantes
Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles
Letícia Blank Netto
Marcelo Bruno Bedoni de Sousa
Matheus Víctor Sousa Soares
Natália Viana Nogueira
Norma Navegantes da Silva
Paulla Christianne Costa Newton
Paulo Henrique Tavares da Silva
Raquel Moraes de Lima
Rommel Costa Furtado
Sérgio Rafael Nascimento e Bouças
Thalia Ferreira Cirilo
Torben Fernandes Maia
Túlio Almeida Rocha Pires



SUMÁRIO

EDITORIAL | 9

*Antonio Lucas Lira Pereira
Guilherme Moraes Régis de Lucena*

INDÚSTRIA DA MODA SOB A PERSPECTIVA JURÍDICA-AMBIENTAL: VISANDO ASSEGURAR O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL | 11

*Maria Clara Monteiro de Sá e Benevides
Thamiris Paiva Nunes de Souza*

A DESIGUALDADE DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO: DA OCUPAÇÃO DOS CARGOS DE PODER NO SETOR PÚBLICO E PRIVADO À EQUIPARAÇÃO SALARIAL | 25

Maria Júlia Souza Diniz

O PAPEL DAS DEAMS NO ATENDIMENTO ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA NO BRASIL | 43

*Franciele Rupolo Gomes de Oliveira
Vitória dos Santos da Rosa*

OS IMPACTOS DO *FAST FASHION* NO DIREITO AMBIENTAL À LUZ DO *FASHION LAW* | 64

Joana Pereira Alves

O GENOCÍDIO NEGRO COMO MEIO DE CONTROLE SOCIAL E A DINÂMICA NECROPOLÍTICA NAS “GUERRAS ANTICRIME” EMPREENHIDAS PELO ESTADO BRASILEIRO | 79

*Evelin Fagundes Souza
Vívian Badaró da Silva*

REGULAMENTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS E A PRÁTICA DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO | 95

*Emily Catarina Andrade dos Santos
Nathália de Souza Queiroz
Paulo Henrique Tavares da Silva*

MODERAÇÃO DE CONTEÚDO NAS REDES SOCIAIS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A AUTORREGULAÇÃO COMO DECORRÊNCIA DAS LACUNAS DO MARCO CIVIL DA INTERNET BRASILEIRO | 113

Luiz Miguel Santos da Silva

DIREITO À CIDADE: ANÁLISE SOBRE A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA COM ENFOQUE NA CIDADE DE JOÃO PESSOA | 126

Adalberto Velloso Borges Melo de Albuquerque

Luciano Nobre de Andrade

INCONSTITUCIONALIDADE DAS TENTATIVAS DE PROIBIÇÃO DO ENSINO SOBRE DIVERSIDADE SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO NAS ESCOLAS | 144

Luis Arthur Macedo Leal

Matheus Henrique Bezerra Ferreira

Sarah Nóbrega Escorel

O CONTRATO DE FACÇÃO SOB A ÓTICA DO DOCUMENTÁRIO “ESTOU ME GUARDANDO PARA QUANDO O CARNAVAL CHEGAR”: A (NÃO) APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS EM TORITAMA, PERNAMBUCO | 166

Rafaela Beatriz de Aguiar Silva

Helka Waléria da Silva Carvalho

Jessé Andrade Araújo

Pablo Ruan Siqueira Lopes

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL EM FACE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE TEMPORAL SOB A PERSPECTIVA DA SEGURANÇA JURÍDICA | 180

Emanuela Ribeiro Santos

Rodrigo Barbosa Luz

DOLO EVENTUAL SOB A LUZ DO JULGAMENTO DO CASO “BOATE KISS” | 199

Ana Júlia de Queiroz Bonfim

Paulo Henrique Tavares da Silva

UNIÃO ESTÁVEL E NAMORO QUALIFICADO: A AUSÊNCIA DE FORMALISMO COMO FATOR DE INSEGURANÇA JURÍDICA | 223

Marília Maria Soares Barbosa

Davi Labres Herrmann

SOCIOLOGIA E DIREITO: UMA ANÁLISE ACERCA DOS EFEITOS
CAUSADOS AO PLANO COLETIVO POR MEIO DO PLURALISMO
JURÍDICO | 248

Claydsom Dyego Batista Pontes
Daniele Monte da Silva
Jurani Oliveira Clementino

DIREITOS HUMANOS E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL
BRASILEIRO: ENGRENAGENS DA DIFERENÇA ONTOLÓGICA | 265

Leandro Fonseca Missiatto
Marcos Giovane Artico
Douglas Antoni J. Sousa

DIREITOS HUMANOS E A ERA DIGITAL: A NECESSIDADE DA
PROTEÇÃO DE DADOS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL | 279

Lucas Fernandes Rodrigues

PRÁTICAS ILÍCITAS EM MÍDIAS DIGITAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS
JURÍDICAS, NO PERÍODO DA PANDEMIA | 300

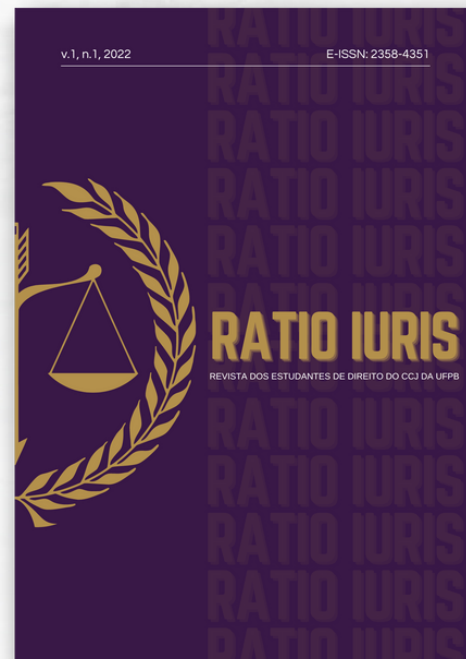
Adsson Rodrigues Nobrega
Alicia Pereira de Albuquerque

AS CONSEQUÊNCIAS DA REPLICAÇÃO PREMEDITADA DA
DESINFORMAÇÃO | 311

Damaris Ester Almeida de Melo
Helka Waléria da Silva Carvalho
Nicole Barbosa Meira
Pedro Henrique do Nascimento Almeida
Vinicius Trovão de Melo Sousa

EDITORIAL

Com imensa felicidade, a Revista Ratio Iuris, vinculada ao curso de bacharelado em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), lança o seu v.1, n.1.



É certo que a pesquisa acadêmica não se realiza de forma solitária. Nessa toada, a publicação de uma nova edição reflete o esforço coletivo e voluntário de estudantes da graduação, da pós-graduação e professores das mais distintas universidades brasileiras, com um objetivo em comum: a contribuição à ciência no país.

Agradecemos publicamente a todos que contribuíram desde o momento de idealização da reestruturação da revista, há anos desativada, bem como a todos que se dedicaram a possibilitar a materialização desse conjunto de estudos que aqui se torna público.

Nesse momento em particular, o corpo discente e docente do Centro de Ciências Jurídicas recorda a contribuição do Professor Edward Antonio Pinto de Lemos (in memoriam), que dedicou anos de sua vida à formação e ao fortalecimento dos estudos jurídicos na Universidade Federal da Paraíba.



Prof. Edward Antonio Pinto de Lemos

EDITORIAL

De modo geral, a importância de uma revista acadêmica gratuita reside na oportunidade de acesso público à divulgação científica e leitura objetiva, a um processo cuidadoso e transparente de avaliação e revisão dos trabalhos submetidos, e ao contato com perspectivas contemporâneas da ciência no Brasil e no mundo.

No que diz respeito especificamente às revistas de graduação, trata-se da conciliação entre a qualidade científica e o incentivo concreto à publicação por parte do corpo discente em seus primeiros anos de contato com a academia.

Diante disso, a Ratio Iuris renasce na intenção de ser mais um espaço de diálogo e debate às temáticas pertinentes ao Direito no Brasil, na qual estudantes e professores das mais distintas regiões encontrem um espaço de acolhimento de ideias e zelo editorial. Prova disso, a primeira edição conta com a contribuição de pesquisadoras e pesquisadores de onze estados brasileiros.

Desta feita, deseja-se uma ótima leitura e votos para que a Revista Ratio Iuris, com a participação direta dos seus leitores e autores, possibilite a resistência do debate jurídico público e de qualidade.

Antonio Lucas Lira Pereira
Guilherme Morais Régis de Lucena



**REVISTA
RATIO IURIS**

CCJ - UFPB

INDÚSTRIA DA MODA SOB A PERSPECTIVA JURÍDICA-AMBIENTAL: VISANDO ASSEGURAR O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

FASHION INDUSTRY FROM A LEGAL-ENVIRONMENTAL PERSPECTIVE: AIMING TO ENSURE SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Maria Clara Monteiro de Sá e Benevides

Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Thamiris Paiva Nunes de Souza

Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Resumo: Sob a égide da promoção do desenvolvimento sustentável, o presente trabalho visa promover um debate sobre a necessidade de mudanças no retrógrado modelo de produção da indústria da moda, em face das suas nocivas consequências sociais, animais e ambientais. Para isso, o viés sustentável da indústria da moda será abordado à luz do Direito Ambiental, do Direito Animal, do Direito Internacional e do Direito Tributário. Dessarte, inquire-se a possibilidade, a partir da exposição de dados qualitativos, de instruir a população acerca do consumo sustentável e de, por meio do método de pesquisa histórico dialético, viabilizar que instrumentos jurídicos concretos e cabíveis estimulem o desenvolvimento sustentável. Decerto, conclui-se que é urgente que, de maneira concomitante, tal indústria seja responsabilizada pelas suas violações ao meio ambiente e animais, e que a produção sustentável seja incentivada, sendo o aparato legislativo e judiciário o caminho para tal.

Palavras-chave: Desenvolvimento Sustentável. Direito Animal. Direito Ambiental. Consumo Demasiado. Meio Ambiente.

Abstract: Under the aegis of promoting sustainable development, the present work aims to establish a debate about the necessity of implementing changes in the retrograde production model of the fashion industry because of its social, animal, and harmful environmental consequences. The sustainable idea of the Fashion Industry will be studied in the light of Environmental Law, Animal Law, International Law, and Tax Law. Thus, from the exposure of qualitative data, it will be possible to instruct the population about sustainable consumption. Also, through the dialectical historical research method, it's possible to promote a concrete and appropriate legal approach to stimulate sustainable development. Certainly, it is concluded that it is urgent that, at the same time, this industry is held responsible for its violations to the environment and animals, and that sustainable production is encouraged, with the legislative and judicial apparatus being the way to do so.

Keywords: Sustainable Development. Animal Law. Environmental Law. Consume. Environment.

Sumário: 1. Introdução – 2. Análise Social Qualitativa – 3. Impactos Ambientais à Luz do Direito Internacional – 4. Impactos Animais sob a Égide do Direito Animal – 5. Sustentabilidade nas Empresas – 6. Amparo Jurídico: Incentivos Fiscais, Leis e Certificação – 7. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

A indústria da moda é, indubitavelmente, uma das principais responsáveis por violações ao Direito Ambiental e ao Direito Animal. É incontestável, tanto ao nível nacional quanto ao nível mundial, os impactos ambientais dos quais essa indústria apresenta-se como contribuinte, e são eles: o descarte inadequado de resíduos, a extração de matérias-primas, o desperdício de água, a emissão de carbono, a superprodução e o apelo ao consumismo (GÊNOVA *et al.*, 2020, p. 3-4). Além disso, hodiernamente, a discussão acerca do uso de matérias de origem animal tem ganhado espaço, dado que é questionável o quão ético é esse uso e quais são as suas consequências no que se refere ao meio ambiente e à relação que o ser humano desenvolve com os demais animais. O exemplo mais significativo disso é o uso, por parte de grifes, de peles de animais na confecção de casacos, sapatos e bolsas. Certamente, a fim de obter tais peles, vários animais não humanos são sacrificados, como raposas, cobras, coelhos, crocodilos, dentre tantos outros.

Em adição a isso, pode-se dizer que a sociedade moderna está imersa em uma lógica de consumo desenfreado, que tem como principal vítima o meio ambiente. Esse cenário é agravado com o mercado de *fast fashion*¹, que preza por uma hiperprodução que, na maior parte dos casos, desrespeita as leis ambientais e, por conseguinte, culmina em expressivas problemáticas.

Por fim, é crucial notar que as marcas de grife também são parte do problema em questão. Isso ocorre, majoritariamente, pelo fato de que elas possuem como público alvo indivíduos com alto poder aquisitivo, de modo que muitos dos impactos ambientais ocasionados pela produção, em muitos casos, não se aplicam a eles. Nesse cenário, não se pode negar que essas marcas precisam ser responsabilizadas por sacrificarem animais, a fim de produzir roupas, considerando que, além do explícito desrespeito ao direito dos animais não humanos de possuírem uma vida digna, há ainda a participação na caça ilegal e na contribuição para a extinção de muitas espécies.

Dessarte, o nocivo modelo de produção das diferentes áreas da indústria da moda e as suas implicações éticas e ambientais constituem uma realidade dos dias modernos. Logo, para reverter esse cenário, cabe ao sistema jurídico brasileiro elaborar leis mais rígidas e atuar com

¹Traduzindo para o português, seria “moda rápida”. Trata-se da expressão utilizada para se referir ao setor da indústria têxtil cuja especialidade é a produção rápida e em grande escala de peças de vestuário.

sistema de fiscalização mais efetivo, para responsabilizar as marcas praticantes de crimes de cunho ambiental e animal. Dessa maneira, deve-se prezar por um desenvolvimento de mercado pautado no respeito às leis ambientalistas e animalistas, visando garantir um crescimento comercial que seja viável no quesito econômico e ético, no tocante ao animal e à sustentabilidade. Para isso, apresenta-se como problema de pesquisa a ser respondido e solucionado ao longo do texto o seguinte questionamento: como o Direito é capaz de mitigar os impactos de ordem ambiental e animal, por meio do incentivo ao desenvolvimento sustentável?

Em síntese, este trabalho científico possui como objetivo fomentar uma disrupção no retrógrado cenário de inércia do ordenamento jurídico brasileiro perante as nocivas consequências do mercado da moda hodierno. Para isso, o viés sustentável da indústria da moda será reduzido ao olhar do Direito Ambiental, do Direito Animal e do Direito Internacional, por meio de dados qualitativos, a fim de conferir veracidade e segurança às informações fornecidas, para que elas sejam capazes de justificar as mudanças propostas neste artigo. Sendo assim, este trabalho possui como intuito expor os pormenores do consumo desenfreado de produtos e propor uma solução para este conturbado cenário social.

Por certo, o materialismo-histórico é a abordagem que será utilizada, com a intenção de demonstrar como a indústria da moda, devido a sua atual inserção em uma lógica de capitalismo selvagem, culmina a adoção de uma postura que contraria os princípios da sustentabilidade e da dignidade animal. Em outros termos, o materialismo de Marx e de Engels constitui a abordagem ideal para a problemática em questão, considerando seu notório destaque no que diz respeito a como uma mentalidade voltada tão somente para o lucro é nociva para a sociedade.

Deve-se admitir, partindo de uma perspectiva marxista, que a passagem do método de produção feudal para o capitalista representou uma ruptura na lógica de consumo, que passou a buscar, cada vez mais, o lucro. Nesse contexto, pelo fato de que a indústria da moda está intrínseca nas mudanças econômicas, a maneira de produzir e a visão do consumo de peças de roupas, de calçados e de acessórios mudou consideravelmente. Destarte, a fim de compreender esse novo cenário histórico-social, faz-se preciso analisar o cerne sociológico da questão.

Inegavelmente, no que concerne à fundamentação jurídica, é importante ressaltar que o respaldo primordial será o art. 225 da Constituição Federal de 1988, o qual é responsável por originar toda a doutrina existente acerca do Direito Animal e Direito Ambiental. Desse modo, tal artigo constituirá a base da construção desse projeto, em razão da sua excelência normativa e da sua contribuição hermenêutica. Aliado a ele, serão utilizados, com o intuito de verificar quais pontos das normas e jurisprudência brasileiras podem ser melhoradas: tratados internacionais referentes ao meio ambiente, a Declaração de Cambridge sobre a Consciência em Animais Humanos e Não Humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Declaração Universal dos Direitos dos Animais.

Outrossim, usar-se-á a Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 23, inciso VI, considera competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”. Nesse sentido, cabe analisar a abrangência do termo meio ambiente, a fim de expor a direta relação da sua preservação com os deveres do Estado.

2. ANÁLISE SOCIAL QUALITATIVA

Baseando-se no construtivismo kantiano, em específico na ideia de que não há realidade objetiva, isto é, que ela é edificada socialmente pelos próprios seres humanos, vale referenciar um eminente trecho do livro “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, de Kant, uma vez que ele atesta que a moralidade humana não está associada àquilo que se pode ver, por meio de uma análise quantitativa, e sim aos princípios íntimos que não se veem.

Dessa maneira, o agir dos indivíduos, para o filósofo, está associado ao “dever”, que está diretamente relacionado ao contingente externo relativo ao âmbito em que a pessoa se encontra e foi criada. Sendo assim, o comprar compulsivo e a passividade de muitos cidadãos frente aos impactos da indústria da moda ao meio ambiente retratam um espelho do que foi e do que é internalizado pela sociedade capitalista.

Ao analisar o comportamento de vinte brasileiros inseridos em distintos cenários sociais na rede social Instagram, por meio de um diálogo não-estruturado, isto é, através do envio de perguntas na forma estrutural aberta, sem inseri-los em um contexto formal de entrevista, foi possível tecer teorias fundamentadas nas suas perspectivas e, dessa forma, concluir as razões pelas quais o consumo compulsivo é frequente no país. Ademais, foi possível visualizar como seria o impacto, ou seja, a recepção popular de possíveis estratégias jurídicas de cunho socioambiental para que houvesse uma mitigação desse cenário.

Em primeiro plano, no que diz respeito aos motivos propulsores do comprar compulsivo percebidos a partir da imersão na perspectiva das participantes, faz-se necessário pontuar os mais significativos. Nesse contexto, pode-se afirmar que a necessidade de estar com as vestimentas adequadas aos padrões impostos pela sociedade é o estopim para a compra frequente e sem necessidade, ainda que tal padronização social seja supérflua e sem fundamentos concretos, ou seja, ela está tão internalizada que possui fator dominador na psique dos indivíduos.

Diante disso, é mister pontuar a análise feita por Olgária Matos, em seu livro “Benjaminianas: cultura capitalista e fetichismo contemporâneo”, uma vez que a filósofa associa a lei do valor de uma mercadoria ao fetichismo, isto é, a ficção associada a muitas mercadorias acarreta uma inversão entre sujeito e objeto, atribuindo um caráter imaginário a muitos produtos, de maneira a deturpar as relações sociais e de consumo. Nesse sentido, a tese de Olgária exemplifica fielmente o atual contexto vivenciado no Brasil, visto que peças de roupas adquirem, muitas vezes, valores significativamente maiores do que a moral social dos

indivíduos, sendo capazes de influenciar posturas sociais norteadas em um consumismo desenfreado, caracterizado pela compra sem necessidade e pela aceitação da imposição, por parte do mercado, de valores demasiadamente dispendiosos, ou seja, os consumidores não pagam pelo produto em si, mas sim pelo status social.

3. IMPACTOS AMBIENTAIS À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL

A Organização das Nações Unidas (ONU), com o intuito de promover um progresso econômico e social no mundo, estabeleceu, em 2015, 17 objetivos para o desenvolvimento sustentável. Para isso, essas metas foram consolidadas em planos de ações que devem ser cumpridos até 2030, objetivando reduzir as desigualdades e fomentar um crescimento econômico limpo, isto é, em consonância à natureza.

Nesse sentido, em setembro de 2015, durante uma reunião global em Nova Iorque, a agenda para o desenvolvimento sustentável foi estabelecida, em acordo entre os países-membros da ONU. Dessarte, o Brasil, por fazer parte da organização e ser signatário da agenda, possui o dever de se adequar ao cumprimento das 169 metas propostas, todavia a realidade do país é oposta, haja vista a retrógrada evolução da nação no cumprimento de alguns objetivos, como o décimo segundo, relativo ao consumo e à produção responsável, fatores que estão diretamente relacionados ao objetivo deste trabalho científico.

Dessa forma, faz-se preciso pontuar, em primeiro plano, os objetivos 12.4, 12.5 e 12.6, uma vez que versam acerca da redução da produção de resíduos e de toxinas ao meio ambiente, por meio de um processo de fabricação com menos poluentes e de um planejamento de logística reversa, em que a empresa seja responsabilizada pelos seus produtos.

Ademais, os objetivos 12.1 e 12.7 abordam a questão do consumo, no que diz respeito a um cenário de compra consciente e em adequação às reais necessidades individuais, com o fito de mitigar o consumismo. Dessarte, no que tange à indústria da moda, tais objetivos representam uma necessidade de instruir os cidadãos sobre o consumo com retidão, a fim de diminuir a demanda da população pelas empresas de *fast fashion* e pela falsa teorização da obsolescência das roupas e dos acessórios, frente ao lançamento de novas tendências.

Dessa forma, com a finalidade de justificar a danosa realidade do consumismo e dos danos ambientais associados à indústria fashion no Brasil, faz-se necessário alicerçar o conteúdo normativo deste artigo a dados quantitativos. Para isso, vale ressaltar que consoante pesquisas da Associação Brasileira da Indústria Têxtil (ABIT, 2019) foram produzidos um milhão e 32 mil toneladas de peças de roupa no País. Assim, se o processo de produção de roupas gera 15% de resíduos, pode-se concluir que ao final do ano havia mais de 150 mil toneladas somente de resíduos de vestuário. Assim, inúmeros resíduos tóxicos associados aos tecidos sintéticos são descartados todos os dias, poluindo e matando animais.

4. IMPACTOS ANIMAIS SOB A ÉGIDE DO DIREITO ANIMAL

Em primeiro lugar, é importante entender que impactos de ordem ambiental e de ordem animal constituem consequências distintas, porém complementares das ações desenfreadas de diversos setores industriais. Não se pode negar que foi a partir do reconhecimento e da repercussão dos impactos animais como uma categoria que possui interseção com efeitos ambientais, mas que não se limita a esses, que houve a criação de um novo ramo do Direito: o Direito Animal.

Indubitavelmente, o Direito Animal positivo é o conjunto de regras e de princípios que estabelecem os direitos fundamentais dos animais não-humanos, considerados em si mesmos, independentemente da sua função ambiental, ecológica, econômica, religiosa ou de qualquer outro aspecto utilitarista (DE PAULA; VICENTE, 2018, p. 50). Logo, é evidente que o foco dessa área jurídica em formação é o animal como titular de uma vida, e, por tal, destinatário de direitos fundamentais, como: o direito à integridade física, o direito à integridade psíquica, o direito de ter seu comportamento natural respeitado, o direito de ser alimentado e de ter sua sede saciada e todos os outros direitos considerados primordiais para a garantia do respeito à dignidade do animal.

Por certo, é passível de se considerar que a indústria da moda, sendo a segunda mais lucrativa mundialmente (GÊNOVA *et al.*, 2020, p. 3), é uma das indústrias que mais impõe obstáculos para o desenvolvimento sustentável no sistema capitalista. Sem sombra de dúvidas, os impactos ambientais já abordados, a exemplo do dispêndio de energia e de água, da liberação de substâncias tóxicas e corrosivas que contaminam os solos e lençóis freáticos, do uso de pesticidas, entre tantas outras condutas, prejudicam indiretamente os animais não-humanos, dado que há o comprometimento dos seus habitats. Diante do cenário contemporâneo, no entanto, evidenciou-se que a indústria têxtil também desrespeita o meio ambiente e os demais animais de maneira mais arbitrária e óbvia, de modo que não é equivocado apontar essa indústria como uma das principais agentes dos impactos animais. Assim, cabe reconhecer a necessidade de responsabilização da indústria não só sob o viés do Direito Ambiental, mas também do Direito Animal.

É incontestável que muitas das matérias-primas da indústria têxtil são de origem animal, e que, a fim de serem obtidas, há o envolvimento desse setor com processos de exploração e de crueldade animal. Decerto, os exemplos mais significativos disso são os da fabricação da lã, da seda e do couro, utilizados tanto em peças de roupas quanto em outros artigos de vestuário, como cintos, calçados e bolsas (REIA; DOMIRAIDE, 2019).

O couro é um subproduto da indústria da carne, informação essa que já é suficiente para considerá-lo material insustentável, dado que a sua obtenção provém do financiamento do agronegócio, o qual ocupa negativamente um local de destaque, no que diz respeito aos impactos ambientais:

A pecuária gera mais emissões de gases de efeito estufa do que todos os meios de transporte juntos. Estudos recentes mostram que 50% das emissões de gases

de efeito estufa são decorrentes da pecuária. A pecuária é a maior responsável pelo desmatamento, consumo e poluição de água e é o principal motor da destruição da floresta, extinção de espécies, erosão do solo e pelas zonas mortas do oceano (MELL, 2018).

Além disso, segundo investigações realizadas pela PETA, os animais que, determinadamente, terão suas peles destinadas à indústria têxtil, têm seus chifres arrancados, com o intuito deles não danificarem a pele dos outros animais com os quais convivem, e são marcados a ferro quente, com o simples objetivo de identificar para qual indústria aquele couro irá². Certamente, ambas as práticas são realizadas com os animais ainda vivos, infligindo-os extrema dor e violando o artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que é muito claro ao constatar e ao reivindicar o respeito à senciência dos animais não humanos. Em suma, todo o processo da obtenção do couro é, inegavelmente, antiético e desconsidera o que a doutrina jurídica brasileira tem a dizer sobre o direito dos animais não-humanos. Felizmente, a percepção do consumidor contemporâneo tem mudado, de maneira que pode-se afirmar que “[...] estamos presenciando uma mudança de mentalidade. O ser humano já está tendo consciência que o animal, incluindo o boi, tem senciência” (DA ROSA; KAYNAN, 2019, p. 27).

Convém ressaltar que a lã, outra matéria-prima de origem animal amplamente utilizada pela indústria têxtil, também tem protagonismo na violação sistemática do Direito Animal. Primeiramente, deve-se reiterar que a lã é obtida por meio de um procedimento chamado tosquiamento, no qual um equipamento — a tosquia elétrica — corta a lã dos ovinos de maneira rente ao corpo desses animais. Apesar de, aparentemente, ser um processo desprovido de exploração e de sofrimento animal, muitas organizações animalistas não-governamentais vêm expondo, ao longo dos anos, relatórios, vídeos e fotos que demonstram o contrário. A PETA, por exemplo, expôs que, em 2018, em uma fazenda australiana, as ovelhas eram confinadas e, durante o tosquiamento, eram violentadas pelos funcionários por meio de socos, pisões e pontapés³. Indubitavelmente, essa é uma situação comum, porque o ramo da extração da lã é movido por uma lógica de produção incessante e acelerada, na qual os funcionários são levados a cometer práticas cruéis por receberem de acordo com a produtividade dos seus trabalhos. Como consequência dessa mentalidade que remonta aos tempos da primeira Revolução Industrial, quando Karl Marx e Engels compuseram o conceito de mais-valia, as ovelhas sofrem lesões dermatológicas e cortes nas mamas, nas orelhas e no rabo.

Outro caso marcante da problemática apresentada é a seda. Vale destacar que essa seda é produzida a partir do bicho-da-seda, que é uma espécie de mariposa. A criação do bicho-da-seda remonta a milênios de domesticação e modificações genéticas, de maneira que, hodiernamente, esses animais, ao saírem do casulo são, por exemplo, incapazes de voar⁴. Só

²Outras informações mais detalhadas acerca da investigação podem ser encontradas no site da PETA, no seguinte link: <https://investigations.peta.org/bezerros-arrastados-marcados-em-suas-faces-por-acabamentos-em-couro/>

³Outras informações mais detalhadas acerca da investigação podem ser encontradas no site da PETA, no seguinte link: <https://investigations.peta.org/lambs-wool-australia-mulesing/>

⁴Lu, Kunpeng, et al. Flight Muscle and Wing Mechanical Properties are Involved in Flightlessness of the Domestic Silkworm, *Bombyx mori*. *Insects*. vol. 11, no. 4, p. 220, 2020.

é inerente à fabricação da seda. Certamente, o impacto ambiental decorre do prejuízo à biosfera do planeta, uma vez que cada animal possui um papel ecológico relevante, e o do bicho-de-seda encontra-se irreversivelmente comprometido em razão da exploração antropológica. Há impactos animais, por sua vez, porque as condutas envolvidas na confecção da seda constituem práticas de crueldade, um desrespeito à dignidade e senciência do animal, considerando que, durante o processo, quando os bichos-da-seda estão em metamorfose, nos casulos, eles são fervidos vivos⁵.

É crucial notar que a realidade por trás da obtenção da seda, do couro e da lã constitui uma pequena parcela da quantidade de violações ao Direito Animal cometidas pela indústria da moda. O mercado de pele de animais, mais conhecido pelo nome de indústria de curtume, inflige sofrimento não só aos bois, como também a diversos animais exóticos — muitas vezes obtidos a partir da caça ilegal — e domésticos. Tecidos como alpaca, angorá, cashmere, mohair, pashmina, shearling, camurça, tweed e penas também possuem como precedência a exploração e a crueldade dirigida aos animais não-humanos. As implicações trazidas por esse ramo da indústria da moda já começou a ser documentado em pesquisas científicas, e estima-se que as ocorrências remontam às décadas de 60 e 70:

Por volta dos anos 1960 e 1970, justamente na época em que a ONU foi criada, foram datadas várias espécies de animais em extinção, trazendo uma comoção para os consumidores em geral. O uso da pele, então, passou de símbolo de status para um desrespeito aos valores éticos e ambientais (DA ROSA; KAYNAN, 2019).

Apesar disso, a indústria de curtume continua existindo e vitimando animais não-humanos, sendo um grande exemplo disso a coleção Pelemania, idealizada e lançada pela Arezzo, no inverno de 2011, e que trazia bolsas, echarpes e outras peças feitas com pele de raposa, coelho e cobra (FRANÇA; KARINE, 2013, p. 1). Conforme o que dizia a campanha da própria marca, a intenção era incorporar tendências de moda para o contexto brasileiro, entretanto, sob forte movimentação do público geral, nas redes sociais, contra a coleção, e diante da “reprovação dos ambientalistas que iam até as portas das lojas com cartazes, ursos de pelúcia pintados de tinta vermelha simbolizando sangue” (FRANÇA; KARINE, 2013, p. 13), todas as peças foram retiradas dos estabelecimentos comerciais. É inegável que o Caso Arezzo, como ficou conhecido, explicita o quão urgente é as empresas terem responsabilidade socioambiental, seja por tomarem consciência ética, seja por sofrerem os efeitos de ignorar essa demanda do público.

5. SUSTENTABILIDADE NAS EMPRESAS

Com o fito de incentivar o crescimento de empresas sustentáveis, no Brasil, é preciso, em primeiro plano, pontuar o que é considerado sustentabilidade no ramo econômico. Nesse sentido, trata-se de um desenvolvimento econômico sem a produção de impactos negativos

⁵Ali, Asfa et al. Knockdown of Broad-Complex Gene Expression of *Bombyx mori* by Oligopyrrole Carboxamides Enhances Silk Production. *Scientific Reports*, vol. 7, 2017, p. 805. *Relatórios Científicos*, vol. 7, n. 01, 2017, p. 805.

ao meio ambiente, à comunidade global e à sociedade, ou seja, significa um estímulo à produção de impactos positivos de cunho social e ambiental (SPILIAKOS; ALEXANDRA, 2018).

De início, vale salientar que a sustentabilidade é permeada por um tripé que engloba o viés social, econômico e ambiental. Nesse contexto, uma empresa sustentável preza por uma adequação sistêmica de sua linha de produção, que deve estar em conformidade às leis trabalhistas, às leis ambientais e ao crescimento e à lucratividade econômica.

Ao pensar na indústria da moda e no estopim do *fast fashion*, é preciso destacar que a moda rápida está associada à agilidade na produção e na comercialização, além da venda com valores demasiadamente menores. Isso ocorre devido à lógica da obsolescência programada, isto é, as fábricas produzem produtos de má qualidade, em um curto período de tempo, objetivando vendê-los rapidamente com um baixo valor agregado, tendo em vista que serão ultrapassados por outras tendências brevemente. Assim, as pessoas compram peças sem durabilidade, com o intuito de estarem adequadas às “leis da moda” e, pouco tempo depois, descartam-nas. Dessa maneira, para os produtos possuírem um baixo custo de produção, utilizam-se tecidos com fibras sintéticas, ainda que eles estejam associados à liberação de toxinas e de plásticos no meio ambiente.

Hodiernamente, é crescente o desenvolvimento do *slow fashion*⁶, como alternativa para os danos da moda rápida. Nesse viés, utiliza-se a ideia do berço ao berço, isto é, no lugar de descartar os produtos em simples aterros sanitários e deixá-los liberando toxinas, há a volta das peças às fábricas e um processo de reaproveitamento, para que haja a realização de novos vestuários, aproveitando a matéria-prima daquelas que não seriam mais utilizadas, sob a égide de uma linha de produção em conformidade às leis trabalhistas e ambientais. É preciso pontuar que esses produtos possuem um maior valor agregado, tendo em vista a utilização de tecidos naturais e um maior tempo na fabricação, porém eles têm uma maior durabilidade, de modo que a compra compensa, porque o investimento terá retorno, ao invés do que ocorre com a efemeridade do *fast fashion*.

6. AMPARO JURÍDICO: INCENTIVOS FISCAIS, LEIS E CERTIFICAÇÃO

Há ainda um longo caminho a ser percorrido no que diz respeito à abolição da crueldade animal e dos danos ambientais para fins têxteis, contudo, o protagonismo do Direito nessa luta já é nítido.

De início, o Direito Tributário consiste em um grande aliado à concretização dos objetivos constitucionais. Desse modo, cabe reconhecer que as tributações indutoras devem funcionar como uma ferramenta estatal de proteção dos direitos dos animais e do Direito Ambiental. Por certo, isso pode ser executado de duas formas: com as normas tributárias transformando em mais custosa a adoção do comportamento indesejado ou com as mesmas dando um

⁶Traduzindo para o português, seria “moda lenta”. É um ramo da indústria da moda que visa lançar um olhar mais cuidadoso a todas as etapas de produção de uma peça, priorizando a sua sustentabilidade e maior durabilidade.

tratamento mais brando ao contribuinte que exerce o comportamento desejado. Considerando o quão custosos os tributos são para as empresas e a expansão mercadológica da indústria têxtil no Brasil, incentivos fiscais para empresas com uma proposta sustentável e/ou sem crueldade animal, como alíquota zero e isenção de IPI, podem estimular outras empresas a estipularem planos de substituição de matérias-primas de origem animal e medidas de desenvolvimento sustentável.

É inegável que o uso de propostas voltadas para o Direito Tributário são as mais aplicáveis diante do cenário jurídico brasileiro, dado que ainda há pouca representatividade da causa ambientalista e animalista no âmbito político e dos ramos do Direito. Apesar desse claro obstáculo para a adoção de medidas jurídicas com intuito sustentável, é válido ressaltar que, considerando os problemas dispostos no decorrer do artigo, leis e ações de inconstitucionalidade são propostas cabíveis. O ponto é que, por mais que elas sejam pertinentes e estejam em consonância com o que o ordenamento jurídico ilustra acerca dos temas, há a já citada ausência de aplicabilidade. Acresce a isso, o fato de que se encontra, na essência do Direito, a luta e a noção de poder (IHERING; RUDOLF, 1872). Em outros termos, o Direito carrega em si os interesses de uma determinada classe, de modo que a modificação dele implica na luta por parte de um grupo, de indivíduos ou, até mesmo, de uma nação, contra o Direito atual e a classe que tem ele a seu favor, e que, por tal, sente-se ameaçada em face de possíveis mudanças.

Um exemplo nítido do que Ihering conceitua é a ADI da vaquejada, que, por mais que tenha sido um grande marco para o Direito Animal brasileiro, não foi suficiente para a abolição da prática no território nacional, uma vez que é uma conduta apoiada pelos grandes pecuaristas, os quais tiveram o direito ao seu favor por muito tempo. Assim, uma ação de inconstitucionalidade da fabricação do couro, por exemplo, é algo válido, porém, as suas chances de aplicação e de resultado, a curto ou a médio prazo, são baixas. Logo, ADIs e leis voltadas para a proibição do uso de certas matérias-primas de origem animal ou para tornar mandatário que empresas adotem medidas sustentáveis são projetos a serem muito bem planejados, com a intenção de serem propriamente executados a longo prazo.

No que concerne a medidas que podem ser cumpridas dentro do cenário brasileiro atual, pode-se destacar, além dos incentivos fiscais já sugeridos, uma certificação nacional que ateste que determinada marca é sustentável e vegana (não utiliza matéria de origem animal), através de critérios preestabelecidos e que não possam ser burlados. Certamente, pode-se preconizar, como bons critérios: a empresa usar fibras têxteis biodegradáveis na fabricação do tecido; a não utilização de materiais de origem animal durante a produção; o uso de tecidos de baixo impacto — estampagem e tingimento com corantes naturais; a adoção do *slow fashion* e a adoção do *upcycling*⁷.

É indubitável que tanto essa certificação quanto os incentivos fiscais são boas resoluções para

⁷*Upcycling* é “[...] um processo de reinserir materiais que seriam descartados, transformando-os em um novo produto, com uma mesma ou nova função”(LUCIETTI et al., 2018, p. 5).

a problemática, dado que elas estimulam outras empresas a criarem planos de mudança para uma produção sustentável e vegana — de modo a acompanhar as mudanças mercadológicas — ao mesmo tempo em que valoriza marcas que, desde da sua criação, possuem a sustentabilidade e o veganismo como princípios, a exemplo da Insecta Shoes, que transforma roupas de brechó em sapatos veganos e produz tecidos a partir de garrafas plásticas e o solado de sapatos a partir de borracha reciclada (GÊNOVA *et al.*, 2020, p. 8); a Pantys, que produz calcinhas absorventes veganas e feitas a partir de fibras naturais (GÊNOVA *et al.*, 2020, p. 8); e tantas outras marcas que adotam tecidos veganos e sustentáveis, como o linho, cânhamo, seda de soja, seda do bagaço da laranja, couro de abacaxi, biopolímeros, etc.

Para finalizar, também é importante elucidar, por mais que seja uma pauta não relacionada direta e objetivamente ao Direito, os esforços que muitas marcas já estão fazendo com a intenção de abolirem a crueldade animal e os materiais não biodegradáveis das suas confecções, a exemplo do grupo de moda Kering, que inclui marcas como Gucci, Balenciaga e Saint Laurent. É inegável que todas as marcas do grupo utilizaram, por muitos anos, matérias-primas provenientes da indústria do curtume. Contudo, felizmente, François-Henri Pinault, presidente-executivo da Kering, anunciou que o grupo não vai mais compactuar com o uso de pele animal⁸, inovando seu método de produção, sendo uma opção sustentável aos consumidores e servindo, dessa forma, como parâmetro para o universo da moda atual.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a drástica deturpação do caráter da moda nos dias atuais, isto é, a sua demasiada associação ao consumismo e a externalização social, faz-se preciso resgatar seus valores primevos, no que tange à indústria da moda como ferramenta propulsora de identificação pessoal ao longo da história da humanidade. Nesse sentido, é necessário romper a restrita visão da moda como mera ferramenta do capitalismo, por meio do incentivo ao *slow fashion*, objetivando um desenvolvimento sustentável pautado na valorização e no respeito aos pilares sociais, ambientais e animais.

Nesse sentido, não cabe uma sustentação do *fast fashion* e dos danos aos animais e ao meio ambiente sob a justificativa de que as peças são acessíveis monetariamente, tendo em vista o expressivo custo social da perpetuação dessa indústria, frente às suas consequências negativas. Dessa maneira, para que haja uma disrupção da lógica de consumo hodierno, é fundamental a atuação do Direito, como ferramenta propulsora de um Estado social e ecologicamente equilibrado.

Para isso, é fundamental que haja a concessão de incentivos fiscais a empresas que possuam um viés sustentável, a fim de estimular a perpetuação de uma lógica de produção adequada aos princípios constitucionais e ao ordenamento jurídico internacional. Nesse sentido, vale destacar o inciso I do artigo 151 da Constituição Federal de 1988: “Instituir tributo que não seja

⁸O comunicado feito pelo grupo Kering foi noticiado por vários veículos de informação e pode ser conferido em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/grupo-de-moda-kering-anuncia-que-nao-usara-mais-peles-de-animais/>

uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País”, uma vez que o objetivo primordial de fomentar uma indústria da moda majoritariamente sustentável é adequar a lógica de produção fashion ao desenvolvimento sustentável.

Portanto, conclui-se que uma adequação entre os Direitos Animais, Ambientais e Tributários, no tocante à redução da hiperprodução da indústria da moda, é um efetivo mecanismo para que haja a preservação do Brasil. Isso ocorre porque a redução tributária servirá como um incentivo e como um propulsor de mudanças comportamentais, haja vista que as empresas repensarão os benefícios e o porquê da sustentação de um modelo de produção retrógrado e danoso ao homem, aos animais e à vegetação, frente à possibilidade da mudança para um método de produção justo, limpo e vantajoso.

Nesse sentido, é observado que diversos aspectos são responsáveis pela perpetuação de uma lógica contrária ao Direito Ambiental e Animal na indústria da moda, entre eles, o fast fashion, o consumismo, o uso de matérias-primas de origem animal, o descarte incorreto de resíduos. Dessa maneira, por certo, o Direito constitui a forma primordial para reverter esse quadro e, concomitantemente, responsabilizar as marcas por suas transgressões legais, de modo a estimular um desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

ALI, Asfa; BOVILLA, Venugopal Reddy; MYSARLA, Danti Kumari; SIRIPURAPU, Prasanthi; PATHAK, Rashmi U.; BASU, Bhakti; MAMILLAPALLI, Anitha; BHATTACHARYA, Santanu. **Knockdown of Broad-Complex Gene Expression of Bombyx mori by Oligopyrrole Carboxamides Enhances Silk Production**. Scientific Reports, vol. 7, 2017, p. 805. Relatórios Científicos, vol. 7, n. 01, 2017, p. 805.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BORGES, Priscila Rodrigues. **Cara de pele, efeito de pele: uma etnografia sobre o uso de peles animais nas indústrias do vestuário e da moda a partir da campanha Boicote Arezzo**. Dissertação - Pós-graduação em Antropologia Social - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/168950>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 2 jun. 2022.

FRANÇA, Karina Alves. **Influência do comportamento do consumidor e da opinião pública nas questões socioambientais: estudo de caso da coleção pelemania da marca Arezzo**. Monografia

- Bacharelado em Gestão da Comunicação nas Organizações - Centro de Ensino Unificado de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/7911>

GÊNOVA, Beatriz Almeida de; MARTINS, Érico Vieira de Carvalho; LUCCHETTA, Natália Piovezani Bertolucci. Moda e sustentabilidade: marcas de moda e sua relação com o desenvolvimento sustentável. *Revista Científica de Ciências Aplicadas da FAIP*, v. 7, n. 13, 2020. Disponível em: http://www.faip.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/0hrzWAdQ6tHGbbj_2020-6-25-17-12-22.pdf.

GÓES, João Pedro Urbano Fernandes Pimenta de. **Moda e sustentabilidade: os impactos ambientais na indústria da moda**. 2012. Monografia - Bacharelado em Comunicação Social - Faculdade de Tecnologia e Ciências Sociais Aplicadas, Brasília, 2012. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/7373/1/20871649.pdf>.

JÚNIOR, Vicente de Paula Ataíde. Introdução ao Direito Animal Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 13, n. 03, p. 48-76, 2018.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013.

LU, Kunpeng; LIANG, Shubo; HAN, Minjin; WU, Chunman; SONG, Jiangbo; LI, Chunlin; WU, Songyuan; HE, Songzhen; REN, Jianyu; HU, Hai; SHENG, Jianghong; TONG, Xiaoling; DAI, Fangyin. **Flight Muscle and Wing Mechanical Properties are Involved in Flightlessness of the Domestic Silkworm, *Bombyx mori***. *Insects*. vol. 11, no. 4, p. 220, 2020.

LUCIETTI, T. J.; TRIERWEILLER, A. C.; RAMOS, M. S.; SORATTO, R. B.; MACIEL, C. E.; VEFAGO, Y. O. upcycling como alternativa para uma moda sustentável. *International Workshop — Advances in Cleaner Production Network Academic Work*, v. 7. 2018. Disponível em: http://www.advancesincleanerproduction.net/7th/files/sessoes/6A/3/lucietti_tj_et_al_academic.pdf.

MATOS, Olgária Chain Féres. **Benjaminianas: cultura capitalista e fetichismo contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2010.

MELL, Luisa. **Como os animais salvaram minha vida**. 1. ed. São Paulo: Globo Livros, 2018.

REIA, Domiraide Penaquioni. **Livre de crueldade: mudanças de comportamento e a influência do veganismo na moda**. 2019. Monografia - Curso Superior de Tecnologia em Têxtil e Moda - Faculdade de Tecnologia de Americana, Americana, 2019. Disponível em: http://ric.cps.sp.gov.br/bitstream/123456789/4003/1/20192s_REIADomiraidePenaquioni_OD0789.pdf.

ROSA, Kaynan Silva da. **Aproveitamento no mundo da moda: “couro vegano”**. Monografia - Tecnólogo em Design de Moda - Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/7750>.

SPILIAKOS, Alexandra. **What does sustainability mean in business?** Harvard Business School Online, 2018. Disponível em: <https://online.hbs.edu/blog/post/what-is-sustainability-in-business>.

ZANFER, Gustavo. **O modelo Fast Fashion de produção de vestuário causa danos ambientais e trabalho escravo**. Jornal da USP, 2021. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/o-modelo-fast-fashion-de-producao-de-vestuario-causa-dano-ambientais-e-trabalho-escravo/>.

A DESIGUALDADE DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO: DA OCUPAÇÃO DOS CARGOS DE PODER NO SETOR PÚBLICO E PRIVADO À EQUIPARAÇÃO SALARIAL

GENDER INEQUALITY IN THE LABOR MARKET: FROM THE OCCUPATION OF POSITIONS OF POWER IN THE PUBLIC AND PRIVATE SECTORS TO EQUAL PAY

Maria Júlia Souza Diniz

Bacharelanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).
Conciliadora Judicial pelo Tribunal de Justiça da Paraíba.

Resumo: O presente artigo científico debruça-se sobre a desigualdade de gênero no mercado de trabalho, tendo por objetivo central analisar a ocorrência desse fenômeno na representação dos cargos de poder, no setor público e privado e na questão da equiparação salarial. Utilizando do método indutivo e histórico, busca-se compreender as possíveis causas para essa problemática ainda se fazer presente na contemporaneidade, apesar dos direitos protetivos abarcados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, não se pode relegar a segundo plano os Direitos Fundamentais historicamente conquistados pela classe feminina, tornando-se primordial que seja garantida a sua aplicabilidade no contexto social, como condição *sine qua non* para proteção da dignidade no espaço profissional.

Palavras-chave: Direitos Feministas. Desigualdade de Gênero. Representação de Cargos de Poder. Equidade Salarial.

Abstract: This scientific article focuses on gender inequality in the labor market, with the central objective of analyzing the occurrence of this phenomenon in the representation of positions of power in the public and private sectors and the issue of equal pay. Using the inductive and historical method, we seek to understand the possible causes for this problem still being present today, despite the protective rights embraced by the Brazilian legal system. In this way, the Fundamental Rights historically conquered by the female class cannot be relegated to second place, making it primordial that their applicability in the social context be guaranteed, as a *sine qua non* condition for the protection of dignity in the professional space.

Keywords: Feminist Rights. Gender Inequality. Representation in Positions of Power. Pay Equity.

Sumário: 1. Introdução – 2. Os direitos conquistados pelas mulheres: 2.1 Da ocupação dos cargos políticos no Brasil; 2.2 Do direito à participação nas carreiras diplomáticas; 2.3 Da vedação legal à discriminação salarial – 3. A desigualdade de gênero no mercado de trabalho:

3.1 Da ocupação dos cargos de poder no setor público e privado; 3.2 Da (des)igualdade salarial – 4. A política de teto de vidro e a dupla jornada de trabalho – 5. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo central analisar a discriminação de gênero no ambiente laboral, precipuamente, no tocante à representação dos cargos de poder, públicos e privados e à paridade salarial. Além disso, possui como objetivo específico identificar as possíveis causas para esse fenômeno ainda se fazer presente na contemporaneidade.

Nesse sentido, o patriarcalismo como estrutura que se perpetrou ao longo dos séculos, colocou a classe feminina em desvantagem nas mais variadas facetas da sua existência, principalmente dentro do âmbito profissional. Entretanto, não há como negar os fundamentais avanços sociais e legislativos que tiveram por finalidade apaziguar essa problemática e que, inevitavelmente, possibilitaram um melhor posicionamento da mulher dentro do mercado de trabalho. Contudo, dados alarmantes podem ser observados quando se reflete sobre a participação feminina em cargos de poder, como, por exemplo, na ocupação de carreiras diplomáticas e de líderes de grandes empresas privadas e a diferença salarial entre homens e mulheres que desempenham a mesma função.

Sendo assim, a escolha do tema como objeto de estudo se justifica porque, apesar da temática ser muito discutida e pesquisada, carece de informações que expliquem o motivo pelo qual a desigualdade entre gêneros se faz presente hodiernamente, mesmo após tantas lutas e consolidação dos direitos feministas. Logo, os resultados obtidos podem auxiliar no incentivo e na consolidação das políticas públicas que visam a estabelecer diretrizes e princípios protetivos dos direitos feministas, impactando positivamente na relação Estado-sociedade, sendo a sociedade brasileira em geral, especialmente as mulheres e os operadores do Direito, o público-alvo da pesquisa proposta.

Por fim, para a elaboração do presente artigo, foi utilizado o método indutivo, analisando a desigualdade de gêneros nos cargos de poder, públicos e privados e, posteriormente, a problemática que envolve a equiparação salarial, para, em seguida, proceder explicações gerais que justifiquem a ocorrência desses fenômenos na contemporaneidade. Ademais, foi empregado o método histórico, a fim de investigar fatos e acontecimentos do passado, verificando as possíveis projeções e influências no cenário atual. Tais métodos foram implementados com pesquisas bibliográficas, documentais, quantitativas e qualitativas.

2. DOS DIREITOS CONQUISTADOS PELAS MULHERES

2.1. DA OCUPAÇÃO DOS CARGOS POLÍTICOS NO BRASIL

O mais basilar dos direitos e que está intimamente atrelado aos que se sucedem, é o direito de

de votar e ser votado, que traz consigo o bojo do que se entende por democracia. Lastimavelmente, foi concedido às mulheres de maneira tardia, completando 88 (oitenta e oito) anos desde que foi reconhecido.

A década de 1920 assistiu a diversos movimentos que contestavam a ordem vigente, dentre eles, a Semana de Arte Moderna e o movimento Tenentista, que ocorreram em 1922 e colocaram em xeque a República Velha. Paralelamente, a professora Maria Lacerda de Moura e a bióloga Bertha Lutz fundaram a Liga para a Emancipação Internacional da Mulher, um grupo de estudos que tinha o objetivo de lutar pela igualdade política das mulheres. Nesse contexto emergente, em 24 de fevereiro de 1932, já sob a presidência de Getúlio Vargas, foi reconhecido o direito das mulheres de votarem e serem votadas, formalizado somente com a promulgação da Constituição de 1934 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2021).

Fato interessante de se observar é que o primeiro voto no Brasil ocorreu em 1928, na cidade de Mossoró — RN. Foi realizado pela professora Celina Guimarães Viana, que se utilizou de uma interpretação extensiva da Constituição de 1891, analisando que esta não vedava o voto feminino, apenas não havia uma menção expressa sobre o assunto. Ao exigir o seu direito, não encontrou objeções (CNN, 2021). Também no Rio Grande do Norte, Luíza Alzira Soriano Teixeira passa a ser a primeira prefeita eleita no Brasil e em toda a América Latina na cidade de Lajes, em 1928 (EXAME, 2019).

De mais a mais, essa permissão legislativa se reverberou para as Constituições posteriores, de modo que na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, refletiva dos ditames do Paradigma Democrático, o voto direto, secreto, universal e periódico é classificado como cláusula pétrea¹, conforme prevê o artigo 60, parágrafo 4º, do citado diploma legal. De igual modo, o art. 14, parágrafo 3º, do mesmo dispositivo, que versa sobre as condições de elegibilidade, coloca como requisito apenas a nacionalidade brasileira; o pleno exercício dos direitos políticos; o alistamento eleitoral; o domicílio eleitoral na circunscrição; filiação partidária; e a idade mínima, que depende do cargo para qual se pretende concorrer. Como se vê, não se utiliza de critérios discriminatórios para ocupação dos postos políticos (BRASIL, 1988).

Ademais, é possível falar de ações afirmativas que foram implementadas com vistas a promover a isonomia entre os gêneros, através dos projetos de inclusão da mulher na política em 2009, que teve a redação abarcada pela Lei nº 12.034, instituindo a regra de distribuição de vagas por gênero nas listas feitas pelos partidos ou coligações. Assim, determina que o mínimo de 30% (trinta por cento) deve ser preenchido por candidaturas femininas e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo (AGRA, 2018).

Da mesma maneira, a Lei nº 12.891 de 2013 introduziu o art. 93-A na Lei das Eleições, o qual

¹Dispositivo constitucional imutável, que não pode ser alterado nem mesmo pela via de Emenda à Constituição. O objetivo é impedir inovações em assuntos cruciais para a cidadania ou o próprio Estado (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015).

dispôs que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) poderia promover, nos anos eleitorais, propaganda institucional em rádio e televisão, destinada a incentivar a igualdade de gênero e a participação feminina na política. Entretanto, foi somente com a minirreforma eleitoral de 2015, instaurada pela Lei nº 13.165, que o incentivo da participação da mulher tornou-se obrigatório, bem como o tempo mínimo de propaganda eleitoral foi aumentado de 10% (dez por cento) para 15% (quinze por cento) (AGRA, 2018).

Notadamente, este feito foi de grande importância para consolidação dos direitos feministas, haja vista que, até então, havia um preconceito enraizado no tocante à capacidade intelectual das mulheres e à consequente competência para participar dos debates públicos e dos cargos políticos. Sem dúvidas, o direito de votar e ser votada é considerado um marco para a luta feminista e para a inserção da mulher no mercado de trabalho.

2.2. DO DIREITO À PARTICIPAÇÃO NAS CARREIRAS DIPLOMÁTICAS

A diplomacia é o instrumento chave para a construção de um mundo mais próspero e justo, que demanda, constantemente, esforços para a preservação do bem-estar coletivo. Representa, sobretudo, o simbolismo da cooperação entre povos e países para a manutenção das relações internacionais. Nesse sentido, exercer a carreira diplomática é, na verdade, ocupar um espaço de poder.

Contudo, para as mulheres, esse caminho novamente se tornou mais longo. A primeira mulher a se candidatar no Concurso de Admissão à Carreira Diplomática foi Maria José de Castro Rebello Mendes, em 1918. Nos moldes da Constituição de 1891 “todos os brasileiros poderiam postular cargos públicos”, porém, a sua inscrição foi negada. Nesses termos, a candidata, representada por Rui Barbosa, recorreu ao Chanceler Nilo Peçanha, o qual acatou o seu pleito. Após a realização do concurso, Maria José de Castro foi aprovada em primeiro lugar, tornando-se a primeira diplomata e servidora do país. Porém, no ano de 1938 ocorreu uma nova restrição, quando se definiu que o concurso passaria a ser privativo para homens (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2016).

Por conseguinte, em 1954 a política discriminatória de acesso à carreira diplomática foi abandonada permanentemente. Os demais obstáculos jurídicos que complicaram a presença feminina no Itamaraty foram removidos ao longo do século XX, dentre eles, a proibição de casamento entre diplomatas e servidores públicos e, depois, o fim da oposição de casais de diplomatas de servirem no mesmo posto, a qual, normalmente, acabava por levar a mulher a licenciar-se de suas funções para acompanhar o cônjuge (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2016).

Diante do exposto, percebe-se que a consolidação feminina na carreira diplomática foi estabelecida, efetivamente, há 68 (sessenta e oito) anos. Hodiernamente, é disciplinado pela Lei nº 11.140/2006, a qual incumbe aos servidores da Carreira de Diplomata “atividades de natureza diplomática e consular, em seus aspectos específicos de representação, negociação,

informação e proteção de interesses brasileiros no campo internacional” (BRASIL, 2006). Por consectário lógico do Paradigma Democrático, a lei não impõe qualquer distinção de gênero para ocupação desses cargos de poder, representando mais um avanço na constante jornada dos direitos das mulheres.

2.3. DA VEDAÇÃO LEGAL À DISCRIMINAÇÃO SALARIAL

O século XVIII, marcado pela Revolução Industrial, proporcionou a entrada das mulheres no mercado de trabalho em ocupações que rotineiramente eram delegadas aos homens, quais sejam, as atividades dentro das fábricas. Tal fenômeno se justifica pela presença da produção em série, que exigia mão de obra mais barata, menos qualificada e não especializada. Nessa linha intelectual, é possível perceber que apesar do extenso período laborativo, que variava entre 14 (quatorze) e 16 (dezesesseis) horas por dia, as mulheres auferiam salário consideravelmente inferior ao dos homens (HOBBSAWM, 2000).

No Brasil, a industrialização começou na segunda metade do século XIX, com a instalação de fábricas têxteis e também as de gêneros alimentícios. Em 1894 a participação de mão de obra feminina na indústria têxtil na cidade de São Paulo representava 67,62% (sessenta e sete inteiros e sessenta e dois centésimos por cento) do total de operários, e no levantamento do ano de 1901 totalizavam 49,95% (quarenta e nove inteiros e 95 centésimos por cento) (RAGO, 1997). Dessa forma, é cediço que apesar das mulheres serem responsáveis por ocupar mais da metade da mão de obra dentro das fábricas, ainda estavam fadadas à decadente remuneração, sendo esta inferior a dos homens. Nesse sentido, afirma Bertolin:

Com a crescente industrialização nos grandes centros urbanos, as mulheres e as crianças chegaram a compor mais da metade da mão de obra nas fábricas e indústrias, principalmente nas de tecidos. Mas, por sua “condição inferior”, percebiam salários inferiores aos dos homens, sendo chamadas, por isso, de “meias-forças” (BERTOLIN, 2015).

Adiante, somente com a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), de 1º de maio de 1943, por meio do Decreto-Lei nº 5.452, que se teve uma proteção legal à equiparação salarial no mercado de trabalho, conforme está previsto no art. 461. Esse dispositivo sofreu recentes modificações com a implementação da Reforma Trabalhista, através da Lei nº 13.467/2017.

À vista disso, analisando o preceito legal, percebe-se que foi instituído com a prerrogativa de coibir discriminações dentro do mercado de trabalho. Sendo assim, a ordem jurídica estabelece um tipo legal característico para a equiparação, em que, caso estejam presentes seus elementos formadores, estará estabelecida a figura equiparatória; são eles: identidade de função exercida, de empregador e de localidade de exercício das funções (DELGADO, 2019). Mormente, é importante frisar que o *caput* do referido artigo faz menção expressa que não haverá distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade quanto ao salário recebido, quando presente os critérios mencionados (BRASIL, 2017).

Nesse ínterim, o professor Maurício Godinho afirma que por identidade funcional entende-se a circunstância de os trabalhadores comparados realizarem o mesmo trabalho, englobando atribuições, poderes e prática de atos materiais concretos. Por conseguinte, a identidade de empregador compreende a circunstância de os trabalhadores comparados laborarem para o mesmo patrão. E, finalmente, a identidade de localidade que abrange o mesmo estabelecimento empresarial, um mesmo espaço, uma mesma circunscrição geográfica (DELGADO, 2019).

Superada essa questão, a Lei ainda configura, taxativamente, fatos modificativos, extintivos e impeditivos da equiparação salarial. São hipóteses em que é possível inviabilizar a figura equiparatória, apesar de verificados seus requisitos constitutivos. Nesse sentido, analisar-se-á as que possuem maior relevância para o presente trabalho.

A primeira delas é a diferença de produtividade e de perfeição, previstas no parágrafo 1º do citado dispositivo. Estas se consubstanciam na intensidade laborativa do trabalhador em certo tempo delimitado (análise quantitativa) e na qualidade do trabalho executado. Observe-se que a demonstração de maior qualificação técnico-profissional do paradigma (cursos e estágios relevantes, significativa experiência anterior na função, mais elevada titulação profissional ou acadêmica, etc.) é conduta que pode favorecer, substantivamente, à tese da diferenciação na produtividade do trabalho prestado (DELGADO, 2019).

Adiante, a diferença de tempo de serviço é outro fator que pode vir a impedir, modificar ou extinguir a equiparação salarial. Encontra disposição também no parágrafo 1º do art. 461 e incidirá quando a diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não for superior a quatro anos e, concomitantemente, que a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos (DELGADO, 2019).

Não obstante, a existência de quadro de carreira (art. 461, §§ 2º e 3º, CLT) e de plano de cargos e salários, supõe à ordem jurídica que esse fato cria mecanismo suficiente de evolução funcional do trabalhador na empresa, afastando, assim, o remédio jurídico equiparatório. Logo, as promoções poderão ser feitas por merecimento e por antiguidade, ou por apenas um destes critérios, dentro de cada categoria profissional. Antes da vigência da Lei nº 13.467/2017, exigia a jurisprudência que esse quadro fosse homologado pelo Ministério do Trabalho, através da Súmula nº 6, I, do Tribunal Superior do Trabalho (TSJ)².

Finalmente, objetivando conferir maior proteção legal ao assunto, o legislador prevê no art. 461, §, 6º que:

No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo

²Para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente (TST, 2015).

determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (BRASIL, 2017).

Outrossim, é primordial mencionar que além das legislações específicas que disciplinam a matéria, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, traz normas protetivas no tocante à problemática. Nessa linha intelectual, o art. 5º, inciso I, assegura que:

Art. 5º: 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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

Não obstante, o art. 7º do mesmo diploma legal versa especificamente sobre os direitos sociais do trabalho. Dessa forma, confere ao trabalhador a proteção no ambiente laboral e também dispõe, especificamente, sobre alguns direitos atinentes às mulheres. Sendo assim, destacar-se-á os que mais se coadunam com os objetivos do presente trabalho:

Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (BRASIL, 1988).

Diante do exposto, a conquista do direito à equiparação salarial se demonstra como outro mecanismo, além dos demais já discutidos, que possibilitaram uma melhor colocação das mulheres dentro do mercado de trabalho. Logo, é possível perceber que no aspecto legislativo, as mulheres se encontram amparadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, sendo a história um processo ininterrupto na direção do bem, da justiça e do avanço civilizatório, é primordial observar a luta pela igualdade entre os gêneros como um objetivo a ser alcançado e não como algo já consumado, haja vista que subsistem práticas discriminatórias que maculam a proteção legal conferida à mulher.

3. DA DESIGUALDADE DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO

Conforme demonstrado nos tópicos acima, diversos foram os direitos adquiridos pelas mulheres na seara trabalhista, que refletem o avanço da sociedade no tocante à problemática. Contudo, é possível constatar dados alarmantes que ainda traduzem a desigualdade ligada à ligada à classe feminina, perpassando pela ocupação de cargos de poder no setor público e privado até a equiparação salarial.

Sendo assim, questiona-se: como é possível coexistir um arcabouço legislativo tão robusto na proteção dos direitos feministas e números inquietantes com relação à desigualdade de gênero no espaço laboral? Logo, é notório que o desenvolvimento econômico e a consolidação da democracia ajudam a viabilizar avanços significativos na área da proteção social, mas não explicam (e não garantem), qual será o estágio alcançado em cada país.

A professora Vera Lúcia Navarro, socióloga do trabalho e professora do Departamento de Psicologia da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto (FFCLRP) da USP, comenta, em reportagem cedida para o Jornal da USP, na matéria “Mulheres ainda enfrentam desigualdade no trabalho”, que:

É cabível a essa altura estarmos lutando por igualdade de direitos entre homens e mulheres, quando isto já foi posto há séculos? Lutar pela igualdade de salário, para aqueles que desenvolvem atividades iguais? Isso é cabível? Não, não é, isso é muito atraso. Nesse século novo deveríamos estar envolvidos em outras ideias mais sofisticadas. Lutar por igualdade de salário e de direitos civis. Cinquenta anos já se passaram desde a sua oficialização pela Organização das Nações Unidas (ONU) e muita coisa ainda precisa mudar (JORNAL DA USP, 2020).

Sendo assim, em primeiro plano, analisar-se-á a desigualdade de gênero na ocupação dos espaços de poder no setor público, que se consubstancia na representatividade política e na participação das carreiras diplomáticas, e no âmbito privado, para depois debruçar-se sobre a questão que envolve a equiparação salarial.

3.1. DA OCUPAÇÃO DOS CARGOS DE PODER NO SETOR PÚBLICO E PRIVADO

A princípio, em matéria publicada pela CNN Brasil, intitulada “Brasil é 142º na lista internacional que aponta participação de mulheres na política”, é revelado o estudo feito pela União Interparlamentar, organização responsável pela análise dos parlamentos mundiais, em que aponta que dentre 192 (cento e noventa e dois) países examinados, o Brasil ocupa a posição 142º em termos de ocupação de cargos femininos na política (CNN, 2021).

Dessa forma, insta ressaltar que o direito à participação das mulheres na política foi consolidado no Brasil há 88 (oitenta e oito) anos e em 2009 e 2015, respectivamente, foi instaurada a previsão de cotas femininas nos partidos políticos, bem como o aumento do tempo mínimo de propaganda eleitoral destinado às mulheres, consoante demonstrado no tópico “Do direito ao voto e à ocupação dos cargos políticos no Brasil”.

Contudo, vê-se que tais mecanismos não são eficazes no combate à desigualdade de gênero dentro do mercado de trabalho, uma vez que, em conformidade com a pesquisa supracitada, as mulheres brasileiras ocupam 15% (quinze por cento) das cadeiras da Câmara dos Deputados. Em valores absolutos, 161 (cento e sessenta e uma) deputadas federais foram eleitas no último pleito eleitoral. No Senado Federal brasileiro o número é ainda menor: 12,4%

(doze inteiros e quatro décimos por cento) (CNN, 2021). Frise-se que, não obstante a ínfima representatividade, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), as mulheres compõem 51,5% (cinquenta e um inteiros e cinco décimos por cento) da população total do país (IBGE, 2022).

Sendo assim, a forma como foram aplicadas as cotas de distribuição de vagas por gênero feita pelos partidos ou coligações, não assegura uma maior participação feminina nos postos públicos, apesar do louvável propósito instituído pelo legislador. Isso porque as cotas para cargos eletivos podem ser de reserva de vagas nas listas partidárias ou de reserva de cadeiras nas casas legislativas. O Brasil adotou a primeira modalidade, que nem sempre garante que as mulheres terão candidaturas verdadeiramente competitivas, isto é, com a chance de elegibilidade. Por sua vez, a reserva de cadeiras nas casas se manifesta como uma forma muito mais assertiva de inclusão das mulheres nos cargos públicos, haja vista que as vagas são preenchidas por meio de uma lista eleitoral à parte, composta apenas de mulheres e os assentos são distribuídos de acordo com a votação que cada partido obtém em relação à lista (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2021).

Desse modo, o cientista político e doutor em Direito Geraldo Tadeu, afirmou na reportagem mencionada da CNN, que:

Os homens se preocupam mais com assuntos relacionados à segurança pública e à economia. Enquanto as mulheres dão prioridade a discussões relacionadas à saúde e à educação, que acabam ficando em segundo plano por conta de ter uma maioria masculina no parlamento (TADEU, 2021, *apud* CNN BRASIL, 2021).

Logo, é notório que a falta de representatividade diminui a pluralidade no debate parlamentar, uma vez que compromete a diversidade de gênero e dos debates públicos, o que acaba por ocasionar em prejuízo para os assuntos da coletividade de maneira geral.

Mormente, a desigualdade de gênero no espaço público se manifesta não somente na política interna, como também na representação do Brasil perante a comunidade internacional, isto é, nas carreiras diplomáticas. Lamentavelmente, depara-se com a difícil realidade paradoxal: mesmo após 68 (sessenta e oito) anos de consolidação das mulheres nos postos diplomáticos, consoante elucidado no tópico “Do direito à participação nas carreiras diplomáticas”, a discrepância em termos de apoderamento desses cargos se mostra veemente.

Nesse ínterim, apesar da classe feminina compor mais da metade da população, correspondem a apenas 23% (vinte e três por cento) do total de 1.500 (mil e quinhentos) integrantes do corpo diplomático (AGÊNCIA BRASIL, 2018). Sendo assim, é inconteste que a maioria dos cargos e as principais funções são desempenhadas por homens.

A embaixadora e primeira mulher a se intitular como ministra, Thereza Maria Machado Quintella, afirma:

O cargo era masculino. Diziam: 'A secretário fulano'. Botar o artigo no feminino já foi um ganho, porque 'o secretário Thereza' ficava horrível. Eu, quando fui promovida a Ministro e fui removida para o consulado em Londres, dei um coquetel de despedida. Quando eu imprimi o convite, escrevi: 'A senhora Ministro Thereza Quintella convida'. E foi um colega, Zé Guilherme Merquior, que estava na academia que disse: 'Thereza, você sabia que você não precisa ser a senhora Ministro, você é a senhora Ministra. Porque todo nome masculino tem feminino, você é Ministra'. E eu me lembro que eu achei tão bonito, que passei a usar o feminino. Mas não se usava. Quer dizer, o cargo era masculino (QUINTELLA, 2018 *apud* AMPARO; MOREIRA, 2020).

Não obstante, a presidente da Associação dos Diplomatas Brasileiros (ADB-Sindical), embaixadora Vitória Cleaver, destaca:

Sobre a questão da ascensão funcional, tem que se criar alguns critérios objetivos de mérito para que mulheres e homens sejam avaliados igualmente. A carreira ainda é dominada por certos critérios que favorecem a conexão política e uma certa discricionariedade que, às vezes, prejudica o trabalho da mulher e sua ascensão para os postos mais altos (CLEAVER, 2018 *apud* AGÊNCIA BRASIL, 2018).

Ademais, é fundamental pontuar que apenas quatro mulheres foram eleitas presidentes da Assembleia Geral, o maior órgão deliberativo da Organização das Nações Unidas (ONU), em seus 76 (setenta e seis) anos, e apenas 22 (vinte e dois) dos 193 (cento e noventa e três) Estados-membros representados atualmente têm uma mulher na condição de chefe de Estado ou de governo. As Nações Unidas nunca tiveram uma secretária-geral mulher (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2021). Sob essa perspectiva, a ministra Thereza Quintella pontua: "O que eu gostaria de ver é o rosto feminino no acesso ao poder. Nunca houve ministra [das Relações Exteriores] nem secretária-geral" (QUINTELLA, *apud* AGÊNCIA BRASIL, 2018).

No âmbito privado, a porcentagem de mulheres que ocupam cargos de poder ainda é consideravelmente menor que a dos homens. O relatório *Women in Business*³ 2022, divulgado pelo Grant Thornton, uma das maiores empresas de auditoria, consultoria e tributos do mundo, demonstrou que apenas 38% (trinta e oito) por cento das mulheres possuem funções de liderança dentro das empresas. No Brasil, o estudo foi realizado com 250 (duzentos e cinquenta) empresas, revelando outros dados: 35% (trinta e cinco por cento) dos postos de presidente-executivo (CEO) são ocupados por mulheres, um ponto percentual abaixo do apurado em 2021; 47% (quarenta e sete por cento) estão em cargos de liderança financeira; 6% (seis por cento) das empresas afirmaram não manter mulheres em cargos de liderança (GRANT THORNTON, 2022).

Ante o exposto, depreende-se que a valorização do masculino e das atividades associadas a este gênero relacionam-se com a construção política instaurada na sociedade, levando à hierarquização das atividades dentro do espaço laboral.

³Mulheres nos Negócios, 2022.

No atual ritmo, sem incentivos efetivos para a entrada de mulheres na diplomacia, bem como para a solidificação da classe feminina nas carreiras políticas e na ocupação de cargos de poder dentro das empresas privadas, a paridade entre homens e mulheres só será efetivamente alcançada daqui a muito tempo.

3.2. DA (DES)IGUALDADE SALARIAL

A participação das mulheres no mercado de trabalho cresceu de forma exponencial nos últimos tempos, em virtude dos direitos protetivos que foram adquiridos. Desse modo, a presença da classe feminina entre os trabalhadores do país, sejam como autônomas, contratadas ou donas do próprio negócio mais que dobrou. Em estudo realizado pela economista Laísa Rachter, “Igualdade de gênero também traz benefícios para a economia”, pesquisadora do Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (IBRE/FGV), foi constatado que em 1970 somente 20% (vinte por cento) de todas as pessoas trabalhando no Brasil eram mulheres. Em 2020, essa proporção havia aumentado para 42% (quarenta e dois por cento) e nas carreiras mais bem pagas, como médicos, engenheiros, arquitetos, advogados, o percentual é de 54% (cinquenta e quatro por cento) (CNN, 2021).

Todavia, a pesquisa supracitada aponta que apesar do crescimento da participação das mulheres no espaço laboral, os salários não seguiram para o mesmo caminho. Isto porque em 2020, os proventos percebidos pelas mulheres correspondiam somente a 81% (oitenta e um por cento) daqueles auferidos pelos homens, o que implica dizer, em valores absolutos, que se o homem recebe R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), as mulheres ganham apenas R\$ 4.050,00 (quatro mil e cinquenta reais), ou seja, 19% (dezenove por cento) a menos. Essa discrepância salarial se evidencia ainda mais nas profissões de topo, que passa a ser de 33% (trinta e três por cento) em relação ao salário obtido pelos homens (CNN, 2021).

Ademais, no relatório “Mulheres, Empresas e o Direito”, divulgado pelo Banco Mundial em março de 2022, foi exposto que cerca de 2,4 bilhões de mulheres em idade ativa não têm oportunidades econômicas iguais aos dos homens e 178 (cento e setenta e oito) dos países mantêm barreiras legais que impedem sua participação econômica plena. Ainda, destaca o estudo que ao longo da vida a diferença salarial entre homens e mulheres alcança o patamar de US\$172 trilhões de dólares, quase duas vezes o PIB mundial (BANCO MUNDIAL, 2022).

Outro dado intrigante com relação à problemática é que, como foi analisado no tópico “Do direito à equiparação salarial”, um dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos da igualdade salarial para aqueles que se enquadram nos critérios trazidos pelo art. 461 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), é a qualificação técnico-profissional, que é medida pela significativa experiência anterior na função, mais elevada titulação profissional ou acadêmica, conforme prevê o parágrafo 1º do citado dispositivo. Logo, essa previsão legislativa permite que quanto maior a qualidade do trabalho executado, maior deverá ser o salário. Entretanto, na realidade, ocorre totalmente o oposto.

Nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), através do estudo “Estatísticas de Gênero: Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil”, aponta que mesmo em número maior entre as pessoas com ensino superior completo, as mulheres ainda enfrentam desigualdade no mercado de trabalho em relação aos homens. Assim, na população com 25 (vinte e cinco) anos ou mais, 19,4% (dezenove inteiros e quatro décimos) das mulheres e 15,1% (quinze inteiros e um décimo) dos homens tinham nível superior completo em 2019 (IBGE, 2021).

A economista Betina Fresneda, analista da Gerência de Indicadores Sociais do IBGE, explica, em reportagem cedida para a Agência Senado, intitulada “IBGE: mulheres ganham menos que homens mesmo sendo maioria com ensino superior”, que os resultados educacionais não se refletem necessariamente no mercado de trabalho. Segundo ela, as mulheres, por terem nível de instrução maior do que os homens, não deveriam ganhar o mesmo salário. Assim, pontua que “deveriam estar ganhando mais, porque a principal variável que explica o salário é a educação. Você não só não tem um salário médio por hora maior, como na verdade essa proporção é menor” (AGÊNCIA BRASIL, 2018).

Posto isso, constata-se o difícil cenário que se encontram as mulheres no mercado de trabalho, uma vez que não obtém reconhecimento proporcional ao trabalho executado e às funções que desempenham. Por esta razão, é de fundamental importância compreender as possíveis causas que permitem o desenfreamento da problemática, a fim de solver tais vícios sociais. Em função disso, analisar-se-á os aspectos atinentes à política de teto de vidro e à dupla jornada de trabalho.

4. A POLÍTICA DE TETO DE VIDRO E A DUPLA JORNADA DE TRABALHO

Dentre as mais variadas causas que são responsáveis pela desigualdade de gênero no âmbito profissional, encontram-se a dupla jornada de trabalho e a política de teto de vidro. Inicialmente, a dupla jornada de trabalho se caracteriza pelo acúmulo de funções que a classe feminina se depara ao conciliar o labor remunerado com as atividades domésticas, considerando que estas ainda recaem, proeminentemente, sobre a figura da mulher (FEDERICI, 2019).

Sendo assim, em 2019, as mulheres dedicaram mais de 21 (vinte e uma) horas semanais aos cuidados de pessoas ou afazeres domésticos, quase o dobro do tempo dos homens, que por sua vez dispuseram apenas de 11 (onze) horas. Essa proporção não tem se alterado significativamente nos últimos anos. Além de desestimular o trabalho remunerado, isso também impacta nas características da ocupação e na remuneração recebida, de acordo com o pesquisador do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) André Simões (AGÊNCIA BRASIL, 2021).

Nesse sentido, o estudo “Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça”, realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), ressalta que as mulheres trabalham 7,5 horas a mais

do que os homens, que inclui tarefas domésticas e o trabalho remunerado (IPEA, 2017). A especialista em políticas públicas Natália Fontoura afirmou:

A responsabilidade feminina pelo trabalho de cuidado ainda continua impedindo que muitas mulheres entrem no mercado de trabalho e, ao mesmo tempo, aquelas que entram no mercado continuam respondendo pelas tarefas de cuidado e tarefas domésticas. Isso faz com que tenhamos dupla jornada e sobrecarga de trabalho (FONTOURA *apud* IPEA, 2017).

De mais a mais, conforme relatório divulgado pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), intitulado “A autonomia econômica das mulheres na recuperação sustentável e com igualdade”, a pandemia da Covid-19 retrocedeu em mais de uma década a participação das mulheres no mercado de trabalho, de modo que a taxa de desemprego das mulheres chegou à 12% (doze por cento) em 2020. Essa saída massiva da classe feminina do mercado de trabalho se deve ao fato de ter que atender às demandas de cuidados em seus domicílios e, por isso, não retornaram a procurar emprego (CEPAL, 2021 *apud* INSTITUTO ETHOS, 2021).

Por conseguinte, o estudo do Banco Mundial “Mulheres, Empresas e Direito 2022”, mencionado no tópico “Da (des)igualdade salarial”, apresenta também uma pesquisa-piloto em duas novas áreas: o ambiente jurídico para serviços de cuidado infantil e a implementação das leis. Isso se justifica pelo número crescente de economias que têm apostado em serviços de cuidados infantis como escape para solução da dupla jornada laboral, com vistas a estimular o desenvolvimento das crianças e reconhecer o trabalho não remunerado das mulheres (BANCO MUNDIAL, 2022).

Desse modo, destaca Carmen Reinhart, Vice-Presidente Sênior e Economista-chefe do Grupo Banco Mundial:

As mulheres não conseguirão conquistar a igualdade no ambiente de trabalho se houver desigualdade dentro de casa, isso significa nivelar as condições de igualdade e garantir que as mulheres com filhos não sejam excluídas de sua plena participação na economia e possam cumprir suas expectativas e ambições (BANCO MUNDIAL, 2022).

Nesse íterim, depreende-se que fatores como a maternidade, os filhos e os afazeres domésticos, que não deveriam ser considerados empecilhos, acabam influenciando negativamente no desempenho profissional da classe feminina, quando sobrecarregadas com essas funções. Assim, as mulheres não conseguem se integrar a uma jornada de trabalho de mercado em paridade com as jornadas que os homens conseguem ter.

Adiante, a política de “teto de vidro” tem por escopo a menor velocidade com que as mulheres ascendem na carreira, o que explica a baixa participação da classe feminina nos cargos de comando e das organizações nas altas esferas do poder, do prestígio e também das

remunerações. Nesse sentido, pontua Miranda que: “o teto de vidro é uma barreira sutil e transparente, forte o suficiente para evitar a passagem das mulheres aos níveis hierárquicos mais elevados nas organizações onde trabalham” (MIRANDA, 2006). Ademais, é observado até mesmo “quando as mulheres são dotadas de características produtivas idênticas ou superiores às de seus congêneres do sexo masculino. Essa barreira sutil influencia nas oportunidades de carreira ao gênero feminino, bem como na progressão profissional” (LESCAUT, 2020).

Desse modo, uma pesquisa feita pelo Instituto Ethos em 2016, nomeada “Perfil Social, Racial e de Gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas”, informou que apenas 28,2% (vinte e oito inteiros e dois décimos por cento) das empresas participantes disseram possuir políticas de promoção da igualdade de oportunidades para homens e mulheres nesse sentido. Outro dado intrigante é que, de acordo com o estudo supracitado, ocorre um afunilamento hierárquico no corpo de funcionários, com menor inclusão de mulheres à medida que aumentam as atribuições de comando. Da supervisão à gerência, por exemplo, elas perdem 7,5 (sete inteiros e cinco décimos) pontos percentuais. Da gerência ao quadro executivo, mais 18 (dezoito) pontos (ETHOS, 2016).

A ocorrência desse fenômeno está intimamente atrelada a várias outras questões, como o reconhecimento social das competências intelectuais e profissionais para a ocupação dos postos de poder; a própria introjeção das mulheres em normas comportamentais seculares; a dificuldade de conciliar vida profissional e pessoal, que remonta diretamente à dupla jornada de trabalho (LESCAUT, 2020). Meyerson e Fletcher ressaltam que: “não é o teto que está segurando o progresso das mulheres, é toda a estrutura das organizações em que trabalhamos” (FLETCHER; MEYERSON, 2000).

Dessa forma, é notório que a política de teto de vidro está ligada a questões culturais que não foram desamarradas do consciente coletivo, de modo que apesar de ser invisível aos olhos da população, os efeitos gerados influenciam diretamente na ocupação desigual da mulher dentro do mercado de trabalho.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo científico foram observados os direitos protetivos fundamentalmente adquiridos pelas mulheres e as desigualdades que ainda subsistem no ambiente laboral, apesar do arcabouço legislativo atinente à matéria. Dessa maneira, concluiu-se que umas das possíveis razões para o protelamento dessa problemática é a dupla jornada de trabalho e a política de teto de vidro.

Contudo, é importante frisar que o Direito e a sociedade convivem em relação de simbiose, de modo que um é pressuposto para o outro existir. Por essa razão, é essencial que o ordenamento jurídico olhe para as necessidades sociais e busque instrumentos capazes de solucionar ou pelo menos apaziguar os vícios que estão contidos na coletividade.

Dessa forma, ao final da pesquisa, foi percebido que a ampliação de políticas públicas que visem a incentivar a inserção das mulheres no mercado de trabalho se demonstra como um meio eficaz no combate à desigualdade entre gêneros no espaço laboral. Nessa linha intelectual, a instauração de programas de licença paternidade, aprovação de leis que regulamentem serviços de cuidado infantil e a modificação da reserva de listas partidárias para reservas de cadeiras no Congresso Nacional, exemplificativamente, são mecanismos contundentes e capazes de solver as discriminações no espaço laboral. Sendo assim, possibilitarão a redução da dupla jornada de trabalho e da política de teto de vidro, e, conseqüentemente, maior introdução da mulher no mercado de trabalho em condições de paridade com os homens.

Ademais, o que se pleiteia, não é a entrada de normas protetivas no ordenamento jurídico que visem a conferir direitos basilares à classe feminina, porque como foi exposto ao longo do trabalho, isso já está bastante consolidado no Direito brasileiro, mas, sim, legislações que busquem assegurar a aplicabilidade desses direitos, de modo que eles não sejam conferidos apenas no papel.

Por isso exposto, depreende-se que o Estado Brasileiro tem falhado na defesa da mulher trabalhadora, o que torna necessário que o Congresso Nacional, juntamente com esforços da sociedade civil, instaurem políticas públicas com vistas a reduzir as desigualdades sofridas pela classe feminina no âmbito profissional, que perpassem desde a seara pública e privada, até à questão da equiparação salarial, a fim de resguardar os Direitos Fundamentais conferidos às mulheres, sob pena de fragilização das instituições democráticas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **IBGE: mulheres ganham menos que homens mesmo sendo maioria com ensino superior.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/ibge-mulheres-ganham-menos-que-homens-mesmo-sendo-maioria-com-ensino-superior>. Acesso em: 09 jun. 2022.

AGRA, Walber Moura. **Curso de Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

AGÊNCIA BRASIL. **Itamaraty destaca importância do protagonismo da mulher na diplomacia.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-09/itamaraty-destaca-importancia-do-protagonismo-da-mulher-na-diplomacia>. Acesso em: 07 jun. 2022.

AGÊNCIA BRASIL. **Mulheres trabalham 7,5 horas a mais que homens devido à dupla jornada.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-03/mulheres-trabalham-75-horas-mais-que-homens-devido-dupla-jornadar>. Acesso em: 10 jun. 2022.

AGUIAR, Neuma. **Patriarcado.** In: FLEURY-TEIXEIRA, Elizabeth (Org.). **Dicionário Feminino da Infância.** Rio de Janeiro: Editora Fundação Oswaldo Cruz, 2015.

AMPARO, Gabriella Santos; MOREIRA, Julia Bertino. **A diplomacia não tem rosto de mulher: o Itamaraty e a desigualdade de gênero.** Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/32441>. Acesso em: 07 de junho de 2022.

BANCO MUNDIAL. **Cerca de 2,4 bilhões de mulheres em todo o mundo não têm os mesmos direitos econômicos que os homens.** Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2022/03/01/nearly-2-4-billion-women-globally-don-t-have-same-economic-rights-as-men>. Acesso em: 09 jun. 2022.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **Direito do Trabalho no Brasil de 1930 a 1946.** Vol. 1. São Paulo: Atlas, 2015.

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

BRASIL. **Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943.** Consolidação das Leis do trabalho. Brasília, DF, out. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 24 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.440, de 29 de dezembro de 2006.** Institui o Regime Jurídico dos Servidores do Serviço Exterior Brasileiro. Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11440.htm. Acesso em: 24 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009.** Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br>. Acesso em: 27 mai. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.891, de 11 de dezembro de 2013.** Altera as Leis nos 4.737, de 15 de julho de 1965, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 9.504, de 30 de setembro de 1997, para diminuir o custo das campanhas eleitorais. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br>. Acesso em: 27 mai. 2022.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho.** Súmula nº 6. Equiparação salarial. Art. 461 da CLT. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html. Acesso em: 24 mai. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **A Conquista do Voto Feminino.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/a-conquista-do-voto-feminino/index.html>. Acesso em: 22 mai. 2022.

CNN BRASIL. **Brasil é 142º na lista internacional que aponta participação de mulheres na**

política. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/brasil-e-142-na-lista-internacional-que-aponta-participacao-de-mulheres-na-politica/?amp>. Acesso em: 22 mai. 2022.

CNN BRASIL. **Mulheres ganham 19% menos que homens – no topo, a diferença é mais de 30%.** Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/mulheres-ganham-19-menos-que-homens-no-topo-diferenca-e-de-mais-de30/#:~:text=Quando%20considerados%20todos%20os%20trabalhadores,os%20colegas%20do%20outro%20sexo>. Acesso em: 09 jun. 2022.

CNN BRASIL. **Voto feminino completa 89 anos, mas representatividade ainda é desafio.** Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/voto-feminino-no-brasil-completa-89-anos-mas-representatividade-ainda-e-desafio/>. Acesso em: 22 mai. 2022.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Cláusula Pétrea.** Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/8148-clausula-petrea#:~:text=Dispositivo%20constitucional%20imut%C3%A1vel%2C%20que%20n%C3%A3o,cidania%20ou%20o%20pr%C3%B3prio%20Estado>. Acesso em: 22 mai. 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Editora LTr, 2019.

EXAME. **As pioneiras que abrem o caminho para as mulheres na política brasileira.** Disponível em: <https://exame.com/brasil/as-pioneiras-que-abrem-o-caminho-para-as-mulheres-na-politica-brasileira/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

FEDERICI, Silvia. **O ponto zero da revolução: trabalho doméstico, reprodução e luta feminista.** São Paulo: Elefante, 2019.

FLETCHER, J.; MEYERSON, D. **A modest manifesto for shattering the glass ceiling.** Boston: Harvard Business Review, 2000.

GRANTHORNTON. **Mulheres estão em 38% dos cargos de liderança no Brasil, mostra pesquisa.** Disponível em: <https://www.grantthornton.com.br/sala-de-imprensa/mulheres-estao-em-38-dos-cargos-de-lideranca-no-brasil-mostra-pesquisa/>. Acesso em: 09 jun. 2022.

HOBBSAWM, E. J. **Da Revolução Industrial inglesa ao imperialismo.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Conheça o Brasil – População: Quantidade de homens e mulheres.** Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18320-quantidade-de-mulheres>. Acesso em: 06 jun. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estatísticas de Gênero:**

Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101784>. Acesso em: 09 jun. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Mulheres e Política**: acesso feminino aos cargos políticos. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/blog/mulheres-politica-acesso-feminino-aos-cargos-politicos>. Acesso em: 06 jun. 2022.

INSTITUTO ETHOS. **Pandemia retrocedeu em mais de uma década a participação das mulheres no mercado de trabalho**. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/cedoc/cepal-pandemia-retrocedeu-em-mais-de-uma-decada-a-participacao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho/>. Acesso em: 11 jun. 2022.

INSTITUTO ETHOS. **Perfil Social, Racial e de Gênero das maiores 500 empresas do Brasil e suas ações afirmativas**. Disponível em: https://www.ethos.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Perfil_Social_Tacial_Genero_500empresas.pdf. Acesso em: 11 jun. 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29526. Acesso em: 10 jun. 2022.

JORNAL DA USP. **Mulheres ainda enfrentam desigualdades no mercado de trabalho**. Disponível em: <https://jornal.usp.br/campus-ribeirao-preto/mulheres-ainda-enfrentam-desigualdades-no-mercado-de-trabalho/>. Acesso em: 31 mai. 2022.

LESCAUT, Ana. **O que significa a expressão “teto de vidro” para as mulheres líderes?** Disponível em: <https://republica.org/o-que-significa-a-expressao-teto-de-vidro-para-mulheres-lideres/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

MIRANDA, Roberto Lira. **Inteligência total na empresa**: uso integral das aptidões cerebrais no processo empreendedor. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **As mulheres na diplomacia brasileira**. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/paz-e-segurancainternacionais/manutencao-e-consolidacao-da-paz/as-mulheres-na-diplomacia-brasileira>. Acesso em: 22 mai. 2022.

RAGO, Margareth. **Trabalho Feminino e sexualidade**. In: PRIORE, M. Del (Org.). História das mulheres no Brasil. São Paulo: Contexto, 1997.

O PAPEL DAS DEAMS NO ATENDIMENTO ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA NO BRÁSIL

THE ROLE OF DEAMS IN SERVICE TO WOMEN IN A SITUATION OF VIOLENCE IN BRAZIL

Franciele Rupolo Gomes de Oliveira

Estudante de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Vitória dos Santos da Rosa

Estudante de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Resumo: Muitas mulheres vítimas de violência doméstica e familiar ou sexual sofrem o fenômeno da revitimização no momento em que buscam atendimento policial a fim de denunciarem o ocorrido. É que, não raro, o aparato estatal voltado a essas situações conta uma defasagem no quadro de profissionais preparados, no que concerne ao atendimento humanizado necessário. Para além da falta de acolhimento, as mulheres ainda podem ter os limites de sua integridade física ultrapassados quando da realização de inquirições e/ou exames de corpo de delito por vezes constrangedores, aumentando o sofrimento psicológico inerente ao abuso sofrido. Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicabilidade do art. 8º, inciso IV, da Lei Maria da Penha, combinado com a redação do art. 10-A da referida lei, que tratam da implementação do atendimento policial especializado para as mulheres, com enfoque nas Delegacias de Atendimento à Mulher (DEAMs), a fim de sinalizar possíveis lacunas a serem preenchidas por parte do Estado através da atuação de seus profissionais, instituições e órgãos envolvidos nesses atendimentos, ou até mesmo da atuação social, de forma a evitar a revitimização das ofendidas. Assim, por meio de uma análise bibliográfica acerca do tema, e com o respaldo de legislações, projetos de lei, dados quantitativos e estudo de caso, a pesquisa analisará as consequências da aplicação dos dispositivos da lei que, em última instância, buscam promover um maior respeito e garantia de integridade física e mental às mulheres vítimas de violência que buscam por atendimento policial.

Palavras-chave: Violência Doméstica. Lei Maria da Penha. Delegacias de Atendimento à Mulher. Atendimento Policial Especializado.

Abstract: Many women victims of domestic and family or sexual violence suffer the phenomenon of revictimization when they seek police assistance in order to report what happened. It is because, not infrequently, the state apparatus dedicated to these situations has

a staff of unprepared professionals with regard to the necessary humanized care. It is that, not infrequently, the state apparatus dedicated to these situations has a gap in the framework of prepared professionals, with regard to the necessary humanized care. In addition to the lack of reception, women can still have the limits of their physical integrity exceeded when carrying out inquiries and/or forensic examinations that are sometimes embarrassing, increasing the psychological suffering inherent to the abuse suffered. In this sense, the present work aims to analyze the applicability of art. 8, item IV, of the Maria da Penha Law combined with the wording of art. 10-A of the aforementioned law, which deal with the implementation of specialized police assistance for women, with a focus on the Police Stations for Assistance to Women (PSAWs), in order to signal possible gaps to be filled by the State through the performance of its professionals, institutions and agencies involved in these services, or even social action, in order to avoid revictimization of the victims. Thus, through a bibliographic analysis on the subject, and with the support of legislation, bills and quantitative data, the research will analyze the consequences of applying the provisions of the law that, ultimately, seek to promote greater respect and guarantee of physical and mental integrity to women victims of violence who seek police assistance.

Keywords: Domestic Violence. Maria da Penha Law. Women's Service Departments. Specialized Police Service.

Sumário: 1. Introdução – 2. Desigualdade de gênero e a incorporação de demandas sociais: 2.1 Mulher, sociedade e patriarcado; 2.2 Gênero e papel social; 2.3 Feminismo e interseccionalidade; 2.4 Lei Maria da Penha e DEAMs como incorporação das demandas sociais – 3. Atendimento às mulheres em situação de violência nas DEAMs: realidade e desafios: 3.1 Panorama das delegacias especializadas de atendimento à mulher (DEAMs) no Brasil: 3.1.1 Violência contra a mulher em números no Brasil (2020-2021); 3.2 Importância do atendimento às mulheres em situação de violência nas DEAMs; 3.3 Estudo de caso: análise a partir de uma DEAM em uma cidade do sudoeste goiano – 4. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os estudos de gênero têm ganhado cada vez mais espaço de discussão com as mudanças sociais impulsionadas sobretudo pelo avanço tecnológico dos últimos tempos. Sabe-se, todavia, que a violência gerada pela assimetria existente entre os papéis sociais de gênero é um problema histórico e confunde-se, por vezes, com a própria gênese social. Nesse sentido, o Estado, como forma de reduzir os danos e tendo como objetivo maior a erradicação do problema, adota medidas que se concretizam por meio de políticas públicas que visam a proteção da mulher. Uma das mais frequentes — porém nem sempre efetivas — estratégias utilizadas pelo governo é a edição de normas penais e processuais penais.

Foi nesse contexto que em 2006 foi promulgada a Lei Maria da Penha, legislação que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em consonância ao

cumprimento das recomendações de tratados internacionais e organismos de Direitos Humanos, tornando-se referência internacional em termos de enfrentamento desse tipo de violência. Seus eixos principais de violência compreendem: as físicas (como socos, empurrões, lesões corporais, homicídios); as psicológicas (como humilhações, chantagens, rejeições, intimidações); as patrimoniais (como subtração, destruição ou impedimento aos bens a que tem direito); as sexuais (como forçar a ter relações sexuais, atos libidinosos, etc.) e; as morais (como acusar a mulher de traição, julgá-la por suas vestes, expor a sua vida íntima).

Dentre algumas de suas importantes previsões, citam-se a adoção de medidas protetivas de urgência e o afastamento do agressor do lar, o comparecimento do agressor a programas de reeducação, o direito ao atendimento humanizado, sem prejuízo a sua integridade e privacidade, livre de preconceitos e discriminações, entre muitos outros.

Muitas mulheres, vítimas de violência doméstica e familiar ou sexual, ao buscarem atendimento policial, com o intuito de realizarem uma denúncia, acabam sofrendo uma revitimização. Ou seja, por vezes estão sujeitas ao atendimento realizado por profissionais despreparados, que não realizam um acolhimento de forma humanizada, ou ainda, que ultrapassam os limites da integridade física das vítimas, com inquirições e/ou exames de corpo de delito constrangedores, o que pode aumentar ainda mais o sofrimento e abalo psicológico dessas mulheres.

Por isso, por prever, em seu art. 8º, inciso IV, “a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher”, atendimento policial e pericial especializado, realizado por servidores preferencialmente do sexo feminino (art. 10-A), além de especificidades procedimentais, a Lei Maria da Penha é responsável por grande impacto nas normas penais e processuais penais brasileiras.

Desse modo, este trabalho objetiva analisar as inovações trazidas pela Lei Maria da Penha, em especial ao que concerne à atuação e papel das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher no atendimento às mulheres em situação de violência. Assim, a partir de uma análise bibliográfica acerca do tema, tendo o respaldo de legislações, projetos de lei e dados quantitativos recentes e estudo de caso, a pesquisa analisará os reflexos da aplicabilidade dos dispositivos da lei, que visam promover maior respeito e integridade às mulheres vítimas de violência que buscam por atendimento policial.

2. DESIGUALDADE DE GÊNERO E A INCORPORAÇÃO DE DEMANDAS SOCIAIS

A desigualdade de gênero é uma realidade estabelecida ao longo da história da humanidade, com seus recortes e peculiaridades nos diferentes tempos e espaços. Por isso, diversas também são as formas de oposição e resistência a esse contexto que se dá na opressão do homem sobre a mulher. Todavia, uma das formas mais recorrentes de tentativa de diminuição dessa disparidade é a incorporação por parte do Estado das demandas que se impõe pelos movimentos populares, seja pela via do estabelecimento de políticas públicas de combate e

conscientização, seja pelo — mais recorrente quando utilizado o recorte brasileiro — estabelecimento de normas penais que visem, em suma, retribuir o mal causado à vítima. É o caso, por exemplo, da Lei Maria da Penha, e do estabelecimento das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, por conseguinte, utilizada como referência para este artigo.

Logo, nessa seção será tratado, numa perspectiva histórica, do estabelecimento da demanda social de reparação da desigualdade de gênero por meio do reconhecimento dessa realidade através da história, sempre ressaltando as diferentes opressões que atingem as mulheres de acordo com os lugares que ocupam socialmente em seu tempo e espaço.

2.1. MULHER, SOCIEDADE E PATRIARCADO

Ainda que, em uma breve sintetização, o conceito de patriarcado possa ser estabelecido como uma estrutura social em que se concretiza uma relação de dominação por parte do homem em relação à mulher em termos econômicos, políticos, afetivos, etc., conceito estudado e construído sobretudo a partir dos estudos de Carole Pateman (1993) e Heleieth Saffioti (1987), é importante que se considere as diversas mudanças e contextos geográficos e temporais pelos quais essa dominação se concretizou.

Nesse sentido, Gerda Lerner, autora do livro “A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens”, reconstitui o processo pelo qual, desde a antiguidade, a sociedade tratou de subjugar o gênero feminino. Para a autora, essa subordinação é anterior à passagem para o capitalismo, tendo em vista que constata em seus estudos que mesmo nas sociedades feudais e antigas existia uma forte apropriação da função sexual e reprodutiva da mulher, também como forma de estabelecimento de relações econômicas. Em suas palavras, “o Estado arcaico, desde o princípio, reconheceu sua dependência da família patriarcal e igualou o funcionamento obediente da família à ordem do domínio público” (LERNER, 2019, p. 161).

Além disso, outro ponto fundamental da criação e fortalecimento do sistema patriarcal destacado por Lerner é a escravidão. Segundo a autora, e baseado em evidências históricas, a escravidão teria sua origem na prática de escravização de mulheres prisioneiras, já que se percebe, através dessa análise, que enquanto os homens eram, em regra, mortos, as mulheres e crianças acabavam sendo exploradas como mão de obra e vítimas — mais uma vez — da dominação sexual por meio do estupro. Nesse sentido, “a subordinação doméstica de mulheres criou o modelo com base no qual a escravidão se desenvolveu como instituição social” (LERNER, 2019, p. 138). Da mesma forma, em análise da obra de Lerner, Cristiane de Paula Ribeiro coloca que “A institucionalização da escravidão como sistema de dominação que especifica distinções de classe e raça se baseou, inicialmente, no inextricável sistema de dominação sexual e exploração econômica presente na família patriarcal e no Estado arcaico” (2021, p. 5).

O que é possível depreender dessa progressão histórica é, portanto, que a sociedade como se conhece hoje tem suas bases formadas na própria gênese do patriarcado, sendo que, na

construção social ocidental, a subjugação das mulheres é um dos pilares das relações econômicas e políticas. Apoiando-se aqui também em Pateman (1993, p. 50), quando a autora coloca que a origem da família é entendida com a origem da vida social, e que a origem do patriarcado e da sociedade são tratadas como um mesmo processo, é possível depreender uma continuidade, ao longo da história da humanidade, de violência contra as mulheres. Por isso, ainda que nos tempos atuais existam políticas públicas — assim como as DEAMs, objeto deste estudo — a fim de redimir as consequências dessa persistência, as consequências de tal continuidade ainda deixam marcas profundas nas relações sociais e, principalmente, domésticas, tendo-se em vista o próprio contexto de formação das famílias assim como conhecemos hoje.

2.2. GÊNERO E PAPEL SOCIAL

Os estudos referentes aos papéis de gênero exercidos na sociedade e os desdobramentos decorrentes deles, incluindo a violência de gênero, têm ganhado cada vez mais destaque no Brasil, tendo como consequência direta desse debate o incorporamento, por meio do Estado — aqui destaca-se a legislação penal e processual penal — de estratégias para o enfrentamento da violência contra a mulher, problema cada vez mais pungente e que tem sido denunciado a tempos, sobretudo pelo movimento feminista.

Nesse sentido, a Lei Maria da Penha, ao se deparar com um problema manifesto da sociedade brasileira, teve como intuito a redução de danos causados pela violência doméstica, ainda que diversas críticas possam ser feitas ao modelo adotado. Por isso, é imprescindível que se pense, ao analisar a referida Lei, na própria ideia da violência de gênero e como ela se manifesta dentro das relações sociais.

Considerando isso, a violência decorrente da construção dos papéis sociais de gênero — e de suas relações assimétricas — é identificada por Maria Cláudia Giroto do Couto, autora da tese “Lei Maria da Penha e o princípio da subsidiariedade: diálogo entre um Direito Penal mínimo e as demandas da proteção contra a violência de gênero no Brasil”, como um resultado extremado da tentativa de cerceamento da autonomia individual e do reforço da relação de domínio existente entre as partes da relação. Para a autora, a violência doméstica, ao fim e ao cabo, é “a manifestação extrema da discriminação de gênero” (COUTO, 2017, p. 19).

Tendo em vista, portanto, a ideia de construção social de gênero, sintetizada por Simone de Beauvoir na afirmação de que “Não se nasce mulher, torna-se mulher”, assim como não se nasce homem, mas é através da interação social que se aprende a ser, a violência de gênero expressada por meio da violência doméstica se mostra como um meio de reforçar esses papéis e seus desequilíbrios, ao mesmo tempo que pune pelo comportamento desajustado para com as normas de conduta decorrentes deles. Uma das consequências mais sensíveis a este estudo é a necessidade — pela alta recorrência da violência contra mulheres — de delegacias especializadas ao atendimento da mulher em situação de violência que, em regra, se perpetua dentro do lar, e que possui como ponto fundamental a quebra de expectativa no

cumprimento de determinados papéis sociais, assim como o do homem provedor e da mulher cuidadora.

De acordo com Girotto de Couto, historicamente, às mulheres atribui-se a fragilidade e a emoção excessiva, ao passo que a racionalidade e a força física foram características reiteradamente atribuídas ao homem. É por isso que na construção da relação social e afetiva, torna-se perceptível a naturalização da agressividade como inerente ao gênero masculino e que, conseqüentemente, se expressa na relação doméstica como uma ferramenta de socialização e educação, mas também como uma forma de manutenção do poder dentro do relacionamento — ou reação à ideia de perda desse poder.

Nesse sentido,

Muitas feministas argumentam que o número limitado de diferenças biológicas comprovadas entre os sexos foi demasiadamente exagerado por interpretações culturais e que o valor dado às diferenças sexuais é, por si só, um produto cultural. Atributos sexuais são fatos biológicos, mas gênero é produto de um processo histórico. O fato de as mulheres terem filhos ocorre em razão do sexo; o fato de as mulheres cuidarem dos filhos ocorre em razão do gênero, uma construção social. É o gênero que vem sendo o principal responsável por determinar o lugar das mulheres na sociedade (LERNER, 2019, p. 48-49).

Amanda Palha, ao relacionar sexo e gênero, levanta ainda a questão sobre a dimensão social do transfeminismo, seu reconhecimento e obstáculos. Segundo a autora, embora o movimento das pessoas trans compactue com as mesmas lutas do movimento feminista em geral, ele enfrenta críticas acerca da ilegitimidade de suas relações com corpo, sexo e gênero. Desse modo, mesmo tendo como objetivo o enfrentamento das vulnerabilidades e precarização de suas condições de vida, a busca pela própria legitimação do movimento acaba tornando-se fator crucial de suas ações (PALHA, 2021, p. 34).

Logo, ainda que seja fundamental a compreensão das assimetrias de gênero e seu impacto na perpetuação das violências praticadas contra a mulher, é necessário que, buscando-se uma melhor compreensão do fenômeno como forma de combate, o olhar se atenha, também, às diversas peculiaridades de opressões que atravessem os mais diferentes corpos femininos.

2.3. FEMINISMO E INTERSECCIONALIDADE

Ainda que diversos avanços tenham sido trazidos pelo feminismo branco em geral, a partir de determinado momento, em que se pensava a luta das mulheres por direitos de uma maneira hegemônica e universal, diversas questões foram trazidas ao debate pelo movimento feminista negro que começava a se formar e questionava a representatividade e a aplicabilidade de um feminismo branco e, em geral, de classe média.

Torna-se mister, portanto, pensar a mulher como indivíduo que possui diversas experiências dentro da sociedade e que pode ser atravessada por diversos marcadores sociais, como o de classe, de gênero e de raça. Desse modo, embora haja categorias que diferem algumas pessoas, como idade, sexo, características fenotípicas, não são tais diferenças que as separam, pelo contrário, a discriminação advém da falta de reconhecimento das diversidades combinada com uma relação de superioridade ou domínio, acarretando falsas denominações aos efeitos da conduta humana, tais como o etarismo, elitismo, heterossexismo, etc. (LORDE, 1984, p. 17).

Foi então, a partir desse contexto, que a feminista norte-americana Kimberlé Crenshaw desenvolveu o conceito de interseccionalidade em seu artigo “Desmarginalizando a intersecção de raça e sexo: uma crítica feminista negra da doutrina antidiscriminação, teoria feminista e políticas antirracistas”, publicado em 1989, e aprofundado em outros textos. Segundo a autora,

A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento (CRENSHAW, 2002, p. 177).

Em análise à produção de Crenshaw, Dayane N. Conceição de Assis identifica que dois são os conceitos fundamentais para a construção da ideia da interseccionalidade: a superinclusão e a subinclusão. Segundo elas, portanto, o problema da superinclusão se dá de forma em que o “marcador de gênero é visto como o único possível para interpretar a condição das mulheres na sociedade”, sendo que insuficiente quando se pensa na realidade objetiva das mulheres negras. Por outro lado, o problema correlato da subinclusão se comporta de maneira que “as questões de algumas mulheres não são vistas como problemas de gênero por não serem problemáticas relativas às mulheres do grupo hegemônico” (CRENSHAW *apud* ASSIS, 2019, p. 21).

Logo, fica claro que a metodologia desenvolvida por Crenshaw para identificação e combate à violência de gênero se baseia na ideia de que é necessário levar em consideração as interações entre os marcadores sociais de gênero e de raça e utilizar-se desses resultados para o diagnóstico dos problemas que daí decorrem. De acordo com a autora, é preciso identificar e compreender os efeitos do cruzamento das discriminações racial e de gênero, que são potencializados negativamente, afetando principalmente as mulheres negras, limitando, dessa forma, as suas chances de sucesso e ascensão social. Sendo assim, faz-se necessário reunir esforços para que essas barreiras sejam vencidas (CRENSHAW, 2004, p. 1).

É a partir dessa ideia, portanto, que saltam aos olhos algumas peculiaridades sobre a violência sofrida por mulheres no Brasil. Em um estudo de Cíntia Liara Engel (2020), em que foram analisados qualitativamente e quantitativamente dados de 1995 a 2015 sobre a questão, a autora constatou que as mulheres jovens e negras são as mais vulneráveis à violência, tanto dentro quanto fora de casa. O lar representa o local onde mais ocorrem episódios de agressões às mulheres, cometidos, em sua maioria, por homens e conhecidos, mesmo quando a violência se dá em outros locais, além da residência dessas mulheres (ENGEL, 2020, p. 53).

Assim, foi nesse contexto que se deu a edição da lei que uniformizou as DEAMs das quais trata este artigo, e que na tentativa de coibir e prevenir a violência que acomete as mulheres, sobretudo dentro de seus lares, enfrenta desafios ao operar na complexidade das opressões vividas por cada mulher individualmente. Dessa forma, a capacitação dos profissionais que atuam nestas delegacias não pode ignorar outros pontos sensíveis à realidade vivida pelas vítimas ali atendidas.

2.4. LEI MARIA DA PENHA E DEAMs COMO INCORPORAÇÃO DAS DEMANDAS SOCIAIS

Como ressaltado anteriormente, um dos caminhos mais utilizados por meio do Estado, quando se trata de incorporação de demandas sociais, é a edição de normas que se coadunem às problemáticas mais pungentes e mais discutidas pelos movimentos populares, assim como se deu com as diversas questões trazidas pelas ondas feministas.

Nesse sentido, ainda que partindo de lugares distintos, as perspectivas trazidas pelas ondas feministas possuem um ponto de intersecção: a disparidade de gênero e dos papéis sociais aos quais estão submetidos. Essa constatação passa pela restrição de acesso dado às mulheres ao mercado de trabalho, à participação política, até questões mais atuais, como o atravessamento de múltiplas opressões sofridas por grupos de mulheres específicos, e a consequente necessidade de um olhar complexo para essas peculiaridades.

No Brasil, o caminho não foi muito diferente. Após o reconhecimento da inegável realidade de violência sofrida pelas mulheres brasileiras, sobretudo em seus meios familiares, foi editada a Lei Maria da Penha, que já em seu art. 1º estabelece o objetivo de coibir e prevenir a violência de gênero no âmbito doméstico, familiar ou de uma relação íntima de afeto. Nesse sentido, uma das consequências da referida Lei foi a uniformização das delegacias especializadas, bem como a obrigatoriedade de sua existência. É que, necessário ressaltar, a instituição de tais delegacias foi algo que se deu já anteriormente à Lei nº 11.340/2006, tendo sido o estado de São Paulo o primeiro caso brasileiro.

Cecília MacDowell Santos coloca em seu artigo intitulado “Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado” que foi em resposta às críticas do movimento feminista, em relação ao atendimento policial a mulheres que sofreram violência, que o então Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo, Michel Temer, apresentou ao governador e ao movimento de mulheres a ideia de criar uma delegacia da

da mulher, composta por policiais do gênero feminino e que fosse especializada em crimes contra mulheres. Foi então, por meio do Decreto 23.769/1985, que foi criada a “Primeira Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher”, que ficou conhecida em São Paulo como Delegacia da Mulher (DDM) (SANTOS, 2010, p. 6).

Dados os primeiros passos para a concretização de políticas públicas voltadas à violência de gênero, e após a responsabilização do Brasil pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação ao direito ao devido processo legal devido ao caso paradigmático da vítima de violência doméstica Maria da Penha, foi apenas em 2004 que no mandato do presidente Lula foi criado um Grupo de Trabalho Interministerial (GTI). O Grupo fora subsidiado por um consórcio entre organizações não-governamentais feministas e especialistas, a fim de elaborar um anteprojeto de lei com vistas a combater esse tipo de violência.

Após a aprovação do texto final, diversas foram as alterações e inovações trazidas à realidade brasileira de combate à violência de gênero. No entanto, é necessário ressaltar que há diversas críticas à efetividade da tendência essencialmente punitiva da Lei Maria da Penha, sintoma decorrente do próprio modo de pensar da sociedade e, conseqüentemente, dos movimentos sociais, o que é evidenciado por Maria Lúcia Karam:

Já faz tempo que os movimentos feministas, dentre outros movimentos sociais, se fizeram co-responsáveis pela hoje desmedida expansão do poder punitivo. Aderindo à intervenção do sistema penal como pretensa solução para todos os problemas, contribuíram decisivamente para a legitimação do maior rigor penal que, marcando legislações por todo o mundo a partir das últimas décadas do século XX, se faz acompanhar de uma sistemática violação a princípios e normas assentados nas declarações universais de direitos e nas Constituições democráticas, com a crescente supressão de direitos fundamentais (2006, p. 6).

Assim sendo, o modelo adotado é passível de críticas tendo em vista o excessivo enfoque no aspecto criminalizador da Lei, além da parcial tradução das demandas feministas, visto que, em um primeiro momento, quando se tratava das DDMs, a adoção de tal política pública se voltou exclusivamente ao serviço policial sem que houvesse uma capacitação das mulheres que atuavam nesse atendimento. Foi apenas após a aprovação da Lei Maria da Penha, portanto, que houve uma uniformização na instituição das que agora passaram a ser chamadas de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, as quais serão objetos de maior análise na próxima seção.

3. ATENDIMENTO ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA NAS DEAMS: REALIDADE E DESAFIOS

Considerando o aporte teórico trazido anteriormente, em que se discutiu alguns aspectos históricos e sociais da desigualdade de gênero, interseccionalidades e das conseqüentes

violências que ocorrem dessa assimetria, bem como tendo como base a revisão de movimentos sociais populares que contribuíram para promover a incorporação de demandas sociais pelo Estado, esta seção volta-se à análise de dados estatísticos, legislação e políticas públicas aplicados à prática, assim como a análise de um estudo de caso, no tocante ao que concerne ao amparo estatal das mulheres em situação de violência, como é o caso do atendimento às mulheres em situação de violência nas Delegacias de Polícia de Defesa da Mulher — DEAMs.

3.1. PANORAMA DAS DELEGACIAS ESPECIALIZADAS DE ATENDIMENTO À MULHER (DEAMs) NO BRASIL

Como porta de entrada para as denúncias das mulheres em situação de violência, que podem culminar na decretação das medidas protetivas em face do agressor e prisão preventiva, em alguns casos, estão as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs) — com implementação prevista no art. 8º, inciso IV —, que receberam novas funções a partir da promulgação da Lei Maria da Penha, que se apresentam em seu art. 11 (Lei nº 11.340/2006).

Além disso, a Lei nº 13.505/2017 alterou o capítulo III — Do Atendimento Pela Autoridade Policial — acrescentando os dispositivos 10-A, 12-A e 12-B da referida Lei e determinou, entre outras mudanças, que o atendimento à mulher em situação de violência doméstica deve ser prestado, preferencialmente, por servidoras capacitadas do sexo feminino. A Lei também conferiu garantias e diretrizes quanto à inquirição da mulher, que deve ser pautada priorizando sua integridade e saúde psicológica emocional, de forma que seja evitada a sua revitimização, como por exemplo através de questionamentos sucessivos sobre um mesmo fato e em diferentes fases do processo, bem como visou sua proteção ao garantir que a vítima não tivesse contato direto com os agressores investigados ou suspeitos. Outrossim, prevê que as políticas públicas e planos de enfrentamento da violência às mulheres devem promover o atendimento nas DEAMs e nos Núcleos Investigativos de Femicídio ou de equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências graves contra a mulher (art. 12-A).

Desse modo, pertinente realizar um levantamento de dados estatísticos do panorama da violência contra a mulher no Brasil, assim como conhecer a aplicação na prática de dispositivos da Lei Maria da Penha, no que se refere ao atendimento policial e a importância e atuação das DEAMs no amparo às mulheres em situação de violência, que serão abordados nos tópicos a seguir.

3.1.1 Violência contra a mulher em números no Brasil (2020-2021)

De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em 2021 ocorreram 1.350 feminicídios no país. Desse total, 74,8% das vítimas possuíam entre 18 e 44 anos, 61,8% delas eram negras e, ainda, 81,5% dessas mulheres foram mortas por seus companheiros ou ex-companheiros.

Entre as ocorrências por violência doméstica, segundo o mesmo anuário, em 2020 foram registradas 694.131 ligações no 190, houve 230.160 registros de lesão corporal dolosa por violência doméstica na Polícia Civil e foram concedidas 294.440 medidas protetivas de urgências pelos Tribunais de Justiça.

Quanto aos crimes de violência sexual, foram registrados 60.460 estupros em delegacias da Polícia Civil no Brasil, em 2020. Desse montante, 86,9% das vítimas eram do sexo feminino, 73,7% delas vulneráveis, ou seja, incapazes de consentir com o ato, que ocorreram, em 85,2% dos casos, por autores conhecidos das vítimas e 60,6% delas compreendiam meninas menores de 13 anos de idade (FBSP, 2021).

A Pesquisa DataSenado de 2021 pontua ainda que a violência sofrida pelas brasileiras é principalmente física (79%), seguida por psicológica (58%), moral (48%), patrimonial (25%) e sexual (22%).

O relatório Visível e Invisível 2021, por sua vez, traz comparações das violências domésticas às mulheres durante a pandemia. De acordo com as pesquisas realizadas, cerca de 17 milhões de brasileiras, ou seja, uma em cada quatro mulheres acima de 16 anos no país afirmaram terem sofrido algum tipo de violência ou agressão durante a pandemia de Covid-19, o que representa um percentual de 24,4%.

Em termos gerais, segundo o relatório, mesmo com o aumento de números de casos de violência contra mulheres nesse período, houve uma queda no número de registros policiais por lesão corporal dolosa, ameaça e estupro contra mulheres. Em sentido oposto, a violência letal (feminicídio e homicídio de mulheres) apresentou crescimento no período, o que denota que houve um agravamento dos conflitos. A explicação para tanto gira em torno das medidas de isolamento social da quarentena, que obrigavam que a vítima permanecesse um tempo maior dentro de casa junto a seu agressor, em geral seu companheiro, o que a impedia de que pudesse deslocar-se às autoridades competentes para denunciar o ocorrido.

Ainda, estudos apontaram que, dentre as causas para o aumento dos casos de violência doméstica durante o período, estão as restrições às redes institucionais e familiares de apoio à mulher, a diminuição da renda familiar, manipulação do agressor em razão do aumento de tempo de permanência em casa, aumento dos níveis de estresse e consumo de álcool (FBSP; DATAFOLHA, 2021).

Outras informações constantes no relatório Visível e Invisível 2021 apontam que, dentre as mulheres que sofreram as violências, depois do ocorrido, 44,9% ficaram inertes frente à agressão mais grave sofrida, ao passo que 21,6% delas procuraram ajuda da família, 12,8% pediram ajuda aos amigos e 8,2% procuraram a Igreja.

Quanto às denúncias, 11,8% das mulheres denunciaram em uma delegacia da mulher, 7,5% em uma delegacia comum, 7,1% das mulheres procuraram a Polícia Militar (Ligue 190) e 2,1%

ligaram para a Central de Atendimento à Mulher (Ligue 180).

Por fim, dentre as mulheres que não procuraram a polícia, 32,8% delas afirmaram terem resolvido a situação sozinhas, 15,3% não quiseram envolver a polícia e 16,8% afirmaram que não consideraram importante fazer a denúncia (FBSP; DATAFOLHA, 2021).

Vê-se, portanto, que os números da violência contra as mulheres são elevados no Brasil, infelizmente, e que ainda há muita resistência por parte de mulheres em realizar as denúncias ou procurar por atendimento policial. Mesmo assim, dentre as que procuram por ajuda, estas optam preferencialmente pelas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, quando existentes em suas localidades.

3.2. IMPORTÂNCIA DO ATENDIMENTO ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA NAS DEAMs

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340) prevê uma série de medidas integradas de prevenção e enfrentamento da violência familiar e doméstica, através de ações articuladas entre os entes federativos e de ações não-governamentais, cujas diretrizes estão expressas em seu art. 8º. Dentre uma de suas diretrizes, expressa no inciso IV do dispositivo acima, está “a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher”.

As Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs) são unidades especializadas da Polícia Civil no atendimento de mulheres em situação de violência e vinculadas ao Sistema de Segurança Pública de cada Estado. Suas ações estão pautadas na prevenção, apuração, investigação e repressão de atos ou condutas com base no gênero que configurem crimes ou infrações penais, cometidos contra mulheres em situação de violência (SENADO FEDERAL).

As atribuições das DEAMs estão dispostas no Capítulo III da Lei Maria da Penha — Do atendimento pela autoridade policial — que compreendem os dispositivos 10 a 12-C, seus parágrafos e incisos. Já os crimes de atribuição investigativa são, principalmente, aqueles dispostos no art. 7º da Lei 11.340/2006, ou seja, de violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, destacando, contudo, que a atribuição investigativa da DEAM não se limita apenas aos crimes previstos nos moldes da Lei Maria da Penha.

Visando padronizar o atendimento realizado nas DEAMs, foi elaborada no ano de 2006, e atualizada no ano de 2010, a Norma Técnica de Padronização das Delegacias Especializadas da Mulher, cujos procedimentos a serem adotados devem seguir as orientações básicas e os princípios contidos nesse documento (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010). De acordo com a Norma Técnica, os princípios e diretrizes gerais de atendimento e acolhimento à mulher estão divididos em dois momentos, sendo o primeiro de acolhimento e atendimento e o posterior que consiste nos procedimentos penais e processuais penais.

Em relação ao acolhimento e atendimento, este deve ser realizado por equipe qualificada, preferencialmente por servidoras do sexo feminino, em local reservado, de modo a prezar pela sua privacidade e, pautado no tratamento humanizado, respeitando a palavra da mulher, sem quaisquer formas de preconceito ou discriminação — escuta qualificada, sigilosa e não julgadora (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010).

Já em relação aos procedimentos penais e processuais penais, feito o registro da ocorrência, a autoridade policial deverá adotar, nos casos de violência doméstica e familiar, os procedimentos previstos no art. 12 da Lei nº 11.340, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

II - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;

III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

IV - determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;

V - ouvir o agressor e as testemunhas;

VI - ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

VI-A - verificar se o agressor possui registro de porte ou posse de arma de fogo e, na hipótese de existência, juntar aos autos essa informação, bem como notificar a ocorrência à instituição responsável pela concessão do registro ou da emissão do porte, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento);

VII - remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

§ 1º O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

I - qualificação da ofendida e do agressor;

II - nome e idade dos dependentes;

III - descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida.

IV - informação sobre a condição de a ofendida ser pessoa com deficiência e se da violência sofrida resultou deficiência ou agravamento de deficiência preexistente.

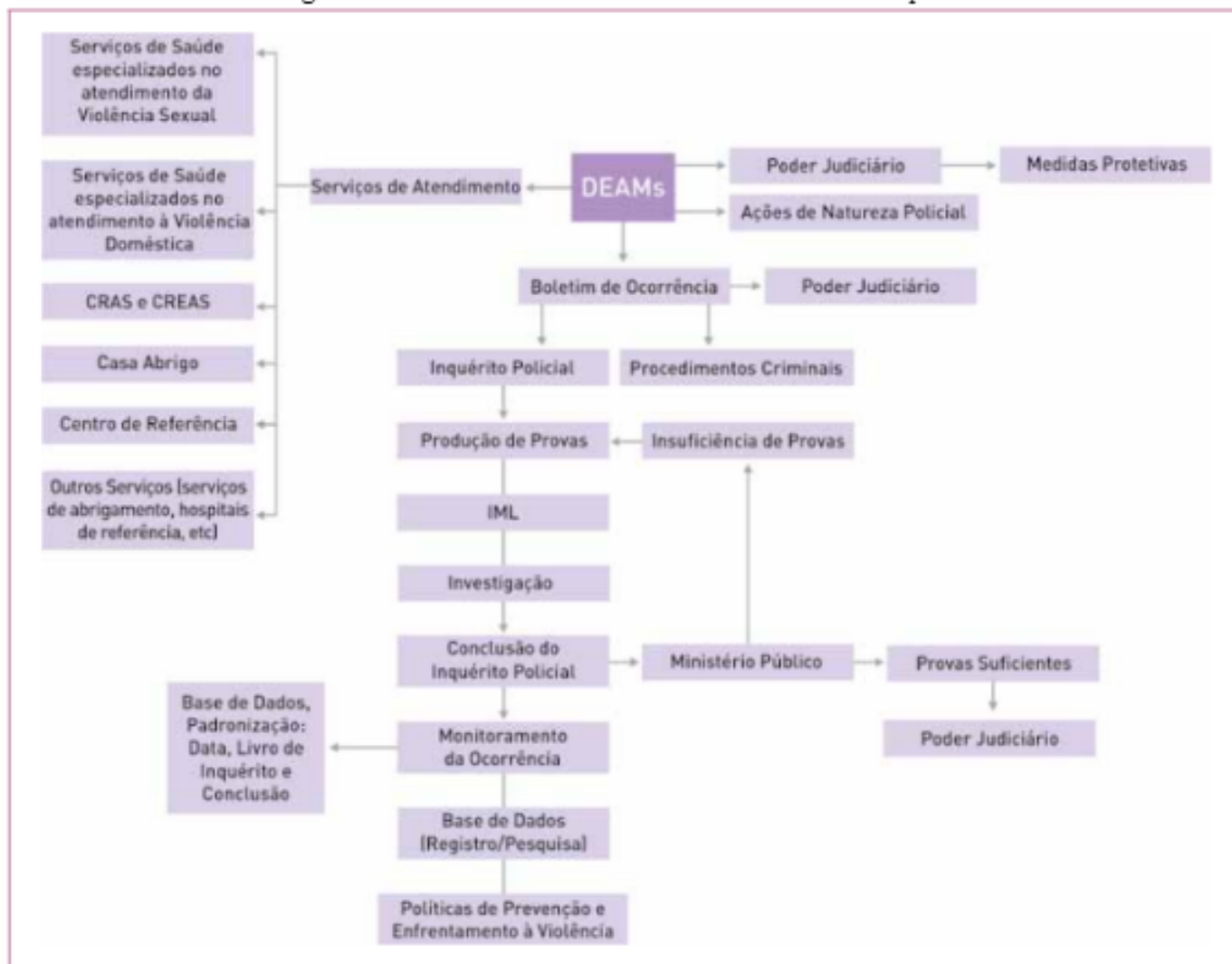
§ 2º A autoridade policial deverá anexar ao documento referido no § 1º o boletim de ocorrência e cópia de todos os documentos disponíveis em posse da ofendida.

§ 3º Serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde.

O fluxo de atividades e encaminhamentos das DEAMs, disposto na Norma Técnica de Padronização das DEAMs, inclui o encaminhamento ao Poder Judiciário, Ministério Público e

demais serviços de atendimento que compõem as medidas integradas de enfrentamento da violência contra a mulher, conforme se observa na *Figura 1*.

Figura 1: Fluxo de Encaminhamento de Atendimento pelas DEAMS



Fonte: Norma Técnica de Padronização das DEAMs (BRASIL, 2010, p. 47).

O documento ainda faz a recomendação da estrutura mínima de atendimento nas DEAMs, como é o caso da quantidade de profissionais alocados ou quantidade de delegacias em cada cidade, a depender do número de habitantes. Como por exemplo, orienta que, em municípios com até 300 mil habitantes, deve-se haver pelo menos duas delegacias especializadas na cidade, número esse que pode aumentar em caso de a cidade ser mais populosa e que o funcionamento deve ser efetuado durante 24 horas por dia (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2010).

No entanto, de acordo com o levantamento realizado pelo Instituto Azmina, de 2020, existem no país cerca de 400 Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs),

distribuídas em 374 cidades brasileiras e cerca de 45% delas distribuídas na Região Sudeste. Isso significa que as DEAMs estão presentes em apenas 7% das cidades do país, o que representa 1 delegacia para cada 275 mil mulheres, ou seja, em mais de 5 mil municípios brasileiros a mulher que sofrer violência doméstica precisará buscar atendimento em uma delegacia comum ou em outro serviço especializado (BERTHO, 2020).

Por estarem subordinadas aos Estados, inexistente uma fiscalização ao nível federal para assegurar que as diretrizes estão, de fato, sendo cumpridas. Desse modo, constatam-se ainda falhas basilares em seu funcionamento. Como é o caso do sentimento de revitimização no atendimento: conforme pesquisa realizada pelo Instituto Azmina com 99 mulheres de diferentes regiões do país, 70% das entrevistadas afirmaram que não se sentiram acolhidas nas delegacias especializadas ou que suas denúncias não foram levadas a sério. Fato que comprova que um problema antigo ainda persiste, visto que em 2012 foi realizada uma CPMI da Violência contra a Mulher que, na ocasião, visitou as delegacias especializadas de todos os estados. Em relação ao horário de funcionamento, embora 40% dos feminicídios ocorram no período da noite, apenas em 15% das delegacias da mulher o atendimento é 24 horas. Além dessas questões, há falta de estrutura adequada nas DEAMs, assim como falta de servidores para realizar o atendimento (BERTHO, 2020).

Outra pesquisa, realizada pelo Instituto DataSenado, em parceria com o Observatório da Mulher contra a Violência (OMV) e o Alô Senado, obteve constatações similares, sendo a falta de pessoal, como delegados ou delegadas, a mais sentida. A pesquisa ainda revelou a precária integração das DEAMs com a rede de integração de enfrentamento à violência contra a mulher, de modo que,

em 66% das 357 delegacias pesquisadas, não há serviço de apoio psicológico para as mulheres em situação de violência e 69% afirmam não haver sala reservada que garanta a privacidade das mulheres para o registro do boletim. Quase a metade (45%) ainda não dispõe de salas de espera separadas para agressores e vítimas, embora essa seja uma sugestão da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres (SENADO, 2016).

Em debate recente, a Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher e Secretaria da Mulher chegaram a conclusão de que a quantidade de delegacias de atendimento à mulher e o atendimento especializado às mulheres vítimas de violência ainda deixam muito a desejar no Brasil, motivados pela falta de recursos que impede, inclusive, a capacitação de pessoal e contratação de efetivo policial suficiente. Ainda, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apontam que houve uma diminuição no número de delegacias no país: em 2014 eram 441 e, em 2019, apenas 417 estavam em funcionamento (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2021).

Como forma de corroborar as situações abordadas, no tópico a seguir, será apresentado um estudo de caso de uma DEAM situada no sudoeste goiano.

3.3. ESTUDO DE CASO: ANÁLISE A PARTIR DE UMA DEAM EM UMA CIDADE DO SUDOESTE GOIANO

Na literatura científica há pouca referência acerca da vivência cotidiana nas Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, especialmente no que se refere à qualidade do atendimento oferecido às mulheres vítimas de violências, assim como a estrutura física ou quadro de pessoal especializado nestas unidades, conforme a recomendação da Norma Técnica de Padronização das Delegacias Especializadas da Mulher, respaldadas pela legislação federal.

Nesse sentido, optou-se por analisar um estudo de caso promovido em uma DEAM do sudoeste goiano, no qual as autoras, através de uma pesquisa qualitativa realizada com policiais civis, do sexo feminino e masculino, puderam coletar dados através entrevistas semiestruturadas, realizadas entre os meses de novembro e dezembro de 2015. Embora o estudo não compreenda a percepção sob a ótica das próprias mulheres que buscam o atendimento, é possível constatar as lacunas apontadas pelos próprios agentes estatais.

Como resultado, foram apontados que a unidade não possuía um ambiente adequado para o atendimento das mulheres em situação de violência, devido principalmente à falta de estrutura para promover um atendimento particular e sigiloso, que pudesse realizar o acolhimento de forma mais apropriada, fato que pode vir a constranger ainda mais a vítima e que, nos casos onde a mulher precisa levar seus filhos junto, estes acabam presenciando os relatos das agressões, o que contribui ainda mais para o aumento do sofrimento. Ainda em relação à estrutura, havia queixa acerca do pequeno número de quadro de pessoal em relação à grande demanda de trabalho, assim como a falta de profissionais de apoio especializado, como é o caso de psicólogo. A falta de conhecimento e preparo dos agentes se mostra como uma das dificuldades da DEAM e, dentre os entrevistados, apenas uma policial civil havia recebido capacitação, através de um curso, para o trabalho de atendimento às mulheres em situação de violência doméstica (SOUZA; MARTINS, 2021).

Outra questão suscitada foi a deficiência de uma rede de apoio às mulheres, como é o caso da inexistência de uma casa de abrigo, voltada para o acolhimento das mulheres que não possuem para onde ir, quando a vivência com o agressor se torna impossível em um mesmo lar, fato que contribui para que algumas mulheres não se sintam seguras o suficiente para buscar atendimento no local, mesmo que, de forma geral, no local exista grande procura por atendimento e alto índice de boletins registrados (SOUZA; MARTINS, 2021).

Os entrevistados também reconheceram que a rotina de trabalho por vezes gera certa naturalização dos casos de violência, nos quais as mulheres tornam-se apenas mais um número, embora que, paradoxalmente, reconhecem que alguns relatos os sensibilizam pessoalmente, afetando, inclusive, o desempenho do serviço prestado no cotidiano e até mesmo em suas relações familiares (SOUZA; MARTINS, 2021).

De modo geral, identificaram-se problemas em relação à estrutura física da DEAM, deficiência de número de agentes especializados e capacitados para o atendimento às mulheres em situação de violência, bem como a deficiência de uma rede de proteção efetiva que pudesse amparar de forma efetiva e mais segura as mulheres que realizam as denúncias.

O estudo, embora não tenha compreendido outros dados importantes, como horário de funcionamento, quantidade de demandas e tipos de agressões, bem como, o que seria o mais importante, as percepções das próprias mulheres, na busca por atendimento especializado, possibilitou uma compreensão geral sobre a realidade de uma DEAM do interior goiano, mas que muito provavelmente assemelha-se à realidade de outras tantas delegacias espalhadas pelo país, que foram idealizadas para permitir um atendimento especializado às mulheres em situação de violência, mas que, por razões diversas ainda pecam em muitos quesitos.

Desse modo, constata-se a necessidade de maior investimento estatal e fiscalização da implementação de políticas públicas nas DEAMs e demais redes de apoio, a fim de que, na prática, as mulheres possam exercer o seu direito de forma segura e humanitária, principalmente nos momentos de maior fragilidade, ou seja, quando da busca por amparo e proteção, nas situações de violência vivenciadas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A condição da mulher dentro do contexto social está muito condicionada, ainda, a resquícios do patriarcalismo e da escravidão que propulsionaram a figura da mulher enquanto sujeito vinculado a um determinado papel social. Por isso, por possuir raízes tão profundas, a quebra de expectativa do papel esperado para uma mulher na sociedade, seja ela cis ou trans, ainda é propulsora de um ciclo de violência que se perpetua sobretudo no meio doméstico, e que possui peculiaridades inerentes a cada caso concreto e que exige um olhar voltado à complexidade das intersecções que atravessam os corpos das mulheres vítimas dessa violência.

Nessa toada, a figura feminina permanece como a parte vulnerável, não por ser frágil, em sua essência, mas por, muitas vezes, não conseguir, sozinha, romper com toda uma cadeia de obstáculos, a fim de que ela própria possa reconhecer em si a sua liberdade e exercer de forma plena os seus direitos, sem ser julgada diminuída — ou agredida — por outras pessoas de seu convívio social. Sendo assim, encontra o apoio necessário para muitos momentos de abusos e violências vivenciados em redes de apoio ou de amparo, sejam eles familiares, da comunidade e até do próprio Estado, assim como nas delegacias especializadas ao atendimento das mulheres.

Nesse sentido, reconhece-se a importância dos avanços legislativos e políticas públicas que possuem esse olhar à mulher ao enfrentamento dos diversos tipos de violências a que está sujeita. Um marco, nesse sentido, é a Lei Maria da Penha, que representou a luta e conquista de diversos movimentos sociais e feministas em busca de maior igualdade às mulheres que,

mesmo estando amparadas pela Carta Constitucional, na prática, ainda precisam de legislações específicas que lhes possam conferir maior segurança e integridade física. E, ainda que seja questionável a eficácia de algumas medidas adotadas pelo Estado, sobretudo aquelas voltadas às sanções isoladas, é de se reconhecer o impacto positivo do reconhecimento por parte das autoridades, de um problema latente da sociedade brasileira.

As Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs) surgiram como vertente de uma rede de integração coordenada entre os diversos entes federativos e não-governamentais, que visam promover, tanto a prevenção quanto a apuração e inquérito de possíveis agressores e infratores das mulheres, que esperam encontrar nesses espaços o acolhimento e atendimento necessários, em alguns momentos difíceis que possam estar passando.

Porém, constatou-se, através do levantamento realizado, que tais órgãos carecem de uma fiscalização mais efetiva, visto que sua atuação, em muitos casos, está aquém daquela prevista na Norma Técnica de Padronização das DEAMs, documento elaborado com o advento da promulgação da Lei Maria da Penha, em 2006 e atualizado no ano de 2010. Muito se deve ao descaso estatal em acompanhar a implementação e atuação na prática e a longo prazo desses espaços, tão essenciais ao público feminino. É a situação que acomete, por exemplo, a delegacia especializada que foi objeto do estudo de caso trazido neste artigo, o qual trata de uma DEAM do interior de Goiás com inúmeras deficiências, assim como a falta de estrutura para uma escuta sigilosa e acolhedora, bem como na defasagem quanto ao número de servidores capacitados no atendimento à mulher em situação de violência.

Portanto, vê-se a necessidade de haver um maior acompanhamento, principalmente dos entes estatais, para que projetos dessa natureza permaneçam proporcionando o atendimento necessário e urgente a que procuram tantas mulheres que buscam por ajuda, e que podem, de fato, fazerem a diferença em suas vidas.

Apesar dos percalços, há de se reconhecer a importância das DEAMs no atendimento às mulheres em situação de violência. É uma conquista adquirida pela luta de diversos movimentos feministas e sociais, cujo local representa, para muitas mulheres, a garantia do acesso à justiça e a conquista de seus direitos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, D. N. C. *Interseccionalidades*. Salvador: UFBA, Instituto de Humanidades, Artes e Ciências; Superintendência de Educação à Distância, 2019.

BERTHO, H. *Dossiê das Delegacias da Mulher* – Instituto Azmina. Atualizado em 29 set. 2020. Disponível em: <https://azmina.com.br/reportagens/dossie-das-delegacias-da-mulher>. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 13.505, de 8 de novembro de 2017. Acrescenta dispositivos à Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF.

BRASIL. Secretaria de Segurança Pública. Norma técnica de padronização das delegacias especializadas de atendimento às mulheres – DEAMS. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA: Brasília, 2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Debatedoras apontam falta de recursos para atendimento especializado a mulheres vítimas de violência. 2021. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-da-mulher/noticias/debatedoras-apontam-falta-de-recursos-para-atendimento-especializado-a-mulheres-vitimas-de-violencia>. Acesso em: 27 fev. 2021.

CRENSHAW, K. Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. University of Chicago Legal Forum: Vol. 1989: Iss. 1, Article 8. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=uclf>. Acesso em: 16 mar. 2022.

CRENSHAW, K. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista Estudos Feministas*, v. 10, n. 1, p. 171-188, jan. 2002.

COUTO, M. C. G. Lei Maria da Penha e princípio da subsidiariedade: diálogo entre um direito penal mínimo e as demandas de proteção contra a violência de gênero no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2017.

ENGEL, C. L. A violência contra a mulher. In: FONTOURA, Natália; QUERINO, Ana Carolina (org.). Beijing +20: avanços e desafios no Brasil contemporâneo. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2020. Cap. 4. p. 160-216.

FBSP – FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021**. Ano 15, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7-251021.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2022.

FBSP; DATAFOLHA. **Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**. 3. ed. 2021.

JUSBASIL. **Pesquisa do DataSenado revela falta de pessoal como problema em delegacias da mulher**. 2016. Disponível em: <https://senado.jusbrasil.com.br/noticias/417263138/pesquisa-do-datasenado-revela-falta-de-pessoal-como-problema-em-delegacias-da-mulher>. Acesso em: 14 mar. 2022.

KARAM, M. L. **Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal**. Boletim do IBCCRIM, v. 14, n. 168, 2006.

LERNER, G. **A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens**. São Paulo: Cultrix, 2019.

LORDE, A. **Age, race, class and sex: women rede ning di erence**. Paper del delivered the Copeland Colloquium, Amherst College, Reproduced in: Sister Outsider Crossing Press, California, 1984.

PALHA, A. **Transfeminismo e construção revolucionária**. In: KOLLONTAI, Aleksandra; *Et al.* **Introdução ao pensamento feminista negro: por um feminismo para os 99%**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2021. p. 34-40.

PATEMAN, C. **O contrato sexual**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PEREIRA, L. F. **O juiz pode decretar prisão preventiva de ofício em casos de violência doméstica com o advento do Pacote Anticrime?** JusBrasil. Publicado em mai. 2020. Disponível em: <https://drluizfernandopereira.jusbrasil.com.br/artigos/859476317/o-juiz-pode-decretar-prisao-preventiva-de-oficio-em-casos-de-violencia-domestica-com-o-advento-do-pacote-anticrime#:~:text=Primeiro%2C%20diz%20respeito%20ao%20artigo,Maria%20da%20Penha%20>. Acesso em: 16 mar. 2022.

RIBEIRO, C. P. **As implicações do patriarcado na história das mulheres: apontamentos históricos**. Niterói: Gênero, v. 22, n. 1, 2021.

SAFFIOTI, H. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987.

SENADO FEDERAL. **Pesquisa DataSenado: Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**. Novembro de 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-2021>. Acesso em: 14 mar. 2022.

SANTOS, C. M. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. Coimbra: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 89, 2010. p. 153-170.

SENADO FEDERAL. **Serviços Especializados de Atendimento à Mulher**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/acoes-contra-violencia/servicos-especializados-de-atendimento-a-mulher>. Acesso em: 07 mar. 2022.

SOUZA, T. M. C; MARTINS, T. F. Vivências de policiais de uma DEAM no Sudoeste Goiano. *Fractal: Revista de Psicologia*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, p. 323-340, jan.-abr. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/fractal/a/PnGGMqfTS4Md7qCyDXTp77p/>. Acesso em: 10 set. 2022.

OS IMPACTOS DO FAST FASHION NO DIREITO AMBIENTAL À LUZ DO FASHION LAW

THE IMPACTS OF FAST FASHION ON ENVIRONMENTAL LAW IN THE LIGHT OF FASHION LAW

Joana Pereira Alves

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Resumo: O *fast fashion* expressa um estilo de produção e consumo no qual as roupas são fabricadas, usadas e descartadas de forma mais rápida. Ao tempo que a qualidade mais baixa e produção terceirizada permite preços acessíveis, a fabricação massiva e o rápido descarte repercutem em maior extração de matéria-prima e recursos naturais, e no aumento da produção de lixo, frisando que os materiais utilizados na produção demoram centenas de anos para se decompor, gerando todo o debate acerca de sustentabilidade na moda. Tomando como norte tal problemática, o presente trabalho objetivou analisar as regras do Direito da Moda e do Direito ambiental, examinando os dispositivos legais pertinentes e como a doutrina trata tal temática, observando como as searas apontadas tratam a problemática acima. Analisou-se ainda rapidamente o *slow fashion*, movimento oposto ao *fast fashion*, observando como ele pode servir como solução para a problemática causada por aquele. Ademais, observou-se ainda que ao lado do *slow fashion*, a alta costura, o reuso e reutilização de roupas, fora novas tecnologias que alteram a composição de tecidos podem também ser solução para a degradação ambiental causada pela indústria da moda. Todo esse estudo será feito à luz do método indutivo, que é o método de abordagem responsável por fazer generalização, partindo da análise de fatores particulares, visando alcançar conceitos gerais. Além disso, os tipos de pesquisa utilizadas foram a qualitativa, aplicada, explicativa e a bibliográfica, tendo em vista os materiais utilizados e a finalidade da mesma.

Palavras-chave: *Fast Fashion*. Indústria da Moda. Sustentabilidade. *Slow Fashion*. *Fashion Law*.

Abstract: Fast fashion expresses a style of production and consumption in which clothes are manufactured, used and discarded more quickly. While lower quality and outsourced production allow affordable prices, massive manufacturing and rapid disposal result in greater extraction of raw materials and natural resources, and increased production of waste, noting that the materials used in production take hundreds years to decompose, generating the whole debate about sustainability in fashion. Taking this problem as a guide, the present work aimed to analyze the rules of Fashion Law and Environmental Law, examining the relevant legal provisions and how the doctrine deals with this theme, observing how the harvests pointed out deal with the above problem. Slow fashion, a movement opposite to fast fashion, was also quickly analyzed, observing how it can serve as a solution to the problem caused by

the former. In addition, it was also observed that alongside slow fashion, haute couture, the reuse and reuse of clothes, apart from new technologies that change the composition of fabrics, can also be a solution to the environmental degradation caused by the fashion industry. All this study will be done in the light of the inductive method, which is the method of approach responsible for making generalizations, starting from the analysis of particular factors, aiming to reach general concepts. In addition, the types of research used were qualitative, applied, explanatory and bibliographic, in view of the materials used and its purpose.

Keywords: Fast Fashion. Fashion Industry. Sustainability. Slow Fashion. Fashion Law.

Sumário: 1. Introdução – 2. O *fashion law* e os impactos da indústria da moda: 2.1 *Fast fashion* e suas repercussões – 3. Impactos ambientais versus sustentabilidade: 3.1 *Slow fashion* e alta costura – 4. Relações com o Direito Ambiental – 5. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

A vontade incessante de renovar o guarda-roupa revela um consumismo desenfreado, cujo um dos estímulos trata-se de uma prática criada pela própria indústria da moda, o *fast fashion*. Tal prática, evidenciada na década de 1990, mas criada nos anos 1970 em meio à crise do petróleo, surgiu como uma solução para essa crise, de modo que os empresários voltariam a obter lucro por meio de um sistema de produção rápido (LEGNAIOLI; 2022).

A lógica do *fast fashion* é simples, todos os processos de produção são terceirizados, fazendo com que a mesma seja rápida e menos custosa. Assim, por reduzir os custos e pela baixa qualidade da peça, o produto chega aos consumidores por um preço bem menor, fazendo com que aquele comprador que antes adquiria uma peça, adquira agora cinco ou mais. Por conta do rápido processo de produção, é possível fazer mais coleções, fazendo com que uma vitrine mude em questão de semanas.

Em paralelo, pelo baixo preço, ao sair outra coleção o consumidor se sente tentado a adquirir novas peças, afinal, quer estar vestido de acordo com as tendências. Por sua vez, pela baixa qualidade e por se tornar obsoleta, a peça antes adquirida é fácil e rapidamente descartada.

Esse ciclo, apesar de detalhado, é substancialmente rápido, como o próprio termo *fast fashion* já aduz, e é impensável que esse ritmo frenético de produção não tenha impactos diretos no meio ambiente. Ora, os recursos naturais massivamente usados como matéria-prima, quando renováveis, demoram para serem repostos à natureza, principalmente em relação à rapidez que são extraídos novamente. Mais adiante, no momento do descarte, toneladas de material têxtil são encaminhadas para os aterros sanitários e lixões, demorando centenas de anos para se decompor na natureza.

Tais discussões estão cada vez mais presentes nos debates sobre a indústria da moda,

discorrendo os atores envolvidos acerca da necessidade de soluções sustentáveis e ecologicamente corretas, haja vista que no ritmo vivenciado pela indústria da moda atualmente, a mesma se encaminha a uma realidade em que não haverá recursos naturais disponíveis para a produção e o produto descartado resultará em problemas ambientais que futuramente irão impactar a economia de forma negativa. Ademais, a própria consciência humana se encaminha para esse discurso.

Neste exposto, mostra-se a relevância do presente estudo. A relevância acadêmica se destaca no que tange o *fashion law* em si mesmo, ora, trata-se de uma seara de recente observação no ordenamento brasileiro, formando ainda material de estudo concernente à temática em si e suas relações com outros ramos. Neste esteio, a produção acadêmica sobre o direito da moda ainda se mostra parca em relação a sua relevância, devendo a comunidade jurídica incentivar tais estudos.

Por sua vez, a relevância jurídica se verifica no sentido de como os dispositivos legais auxiliam e podem auxiliar ainda mais na minimização dos impactos ambientais que a indústria da moda causa, se faz necessário examinar, pois, se a legislação aplicável cumpre o seu papel e como ela pode melhorar.

Por fim, a relevância social se põe na premente necessidade de enfrentar o problema. Ora, conforme dito acima, a própria consciência humana se encaminha para o discurso de que ações de preservação do meio ambiente são necessárias e urgentes, logo, se um causador desse impacto é a indústria da moda, o seu debate possui um relevo social no momento em que se considera o meio ambiente preservado como direito fundamental.

É exatamente acerca desse debate que tratará o presente trabalho. Sintetizando o mesmo, questiona-se: Quais os impactos ambientais causados pela indústria da moda, e quais mecanismos o direito e a própria indústria utilizam para minimizar tais impactos?

Com o fim de responder tal questionamento, o presente trabalho objetiva:

- a) Conceituar o *fashion law*, explicando a relevância do estudo do Direito aplicado às relações decorrentes da moda;
- b) Analisar o modelo de produção *fast fashion* e suas nuances, observando de forma prática seus prós e contras;
- c) Examinar como esse modelo de produção afeta o meio ambiente, bem como quais práticas estão sendo realizadas em virtude dos debates que já ocorrem;
- d) Resgatar os conceitos e hipóteses acima e analisá-los à luz do Direito Ambiental, estudando suas regras, dispositivos legais, princípios e doutrina, observando tanto como o Direito da Moda quanto o Direito Ambiental podem tratar essa problemática.

Neste estudo, será utilizado o método indutivo, que segundo Coelho (2021) “é o método de abordagem responsável por fazer generalização. Isto é, parte-se de algo particular para uma

questão mais ampla, ou seja, um aspecto geral”.

Através do método indutivo, chega-se em conclusões maiores que as premissas estudadas, passando do particular para o geral, admitindo-se também a probabilidade, e é justamente por construir premissas genéricas e gerais, que o método indutivo é típico das ciências sociais.

No que tange à tipologia de pesquisa (COELHO, 2019), quanto à abordagem, esta foi qualitativa, tendo em vista que busca entender a explicação de um fenômeno. Quanto à natureza, foi aplicada, posto que buscou gerar conhecimentos práticos para solucionar problemas específicos. Quanto ao objetivo, foi explicativa, pois identifica fatores que determinam fenômenos e explica a motivação das coisas, e por fim, quanto ao procedimento, foi bibliográfica, visto ter sido elaborada a partir de material já publicado e analisado, como livros, artigos, periódicos, internet, etc.

2. O *FASHION LAW* E OS IMPACTOS DA INDÚSTRIA DA MODA

De acordo com Zanella e Fernandes (2018, p. 29):

[...] a moda é a representação de que para o ser humano é necessário se sentir aceito e que estamos cada vez mais presos ao presente. Uma vez que não importa se a roupa durará para o amanhã e sim se ela faz parte do modismo atual. Contribuindo para a contínua ansiedade em relação ao presente, a qual o atual indivíduo se encontra preso às presentes condições, não é permitido viver o passado ou se preocupar demasiadamente com o futuro na sociedade líquida.

A moda acompanha a sociedade e é ditada por ela, levando-se muitas vezes ao questionamento se é a sociedade que é ditada pela moda. O brocardo jurídico “*ubi societas, ibi jus*” (onde está a sociedade, está o Direito), explica a necessidade de estudos jurídicos alinhados à indústria da moda.

Baseado nisso, em 2005, em Nova Iorque, por meio da advogada Susan Scafidi, surgiu o *fashion law*, ou Direito da Moda, que se conceitua como a seara do Direito dedicada ao estudo das relações jurídicas decorrentes da indústria da moda. Por isso, acaba tocando assuntos atinentes ao Direito Civil, Trabalhista, Consumerista, dentre outros, analisando o ponto em que a indústria da moda tange tais áreas.

Contudo, ao passo em que a indústria da moda representa 2% (dois por cento) do produto interno bruto mundial, é o segmento maior em faturamento global no *e-commerce* e representa vendas de 525 bilhões de dólares anualmente, crescendo, em média, 11,4% por ano; essa mesma indústria também é a segunda maior poluente do mundo, perdendo apenas para a indústria petrolífera (NASCIMENTO, 2021).

Ora, se *fashion law* trata dos liames jurídicos da moda, também irá se relacionar com o Direito

Ambiental, com o fim de analisar como os impactos ambientais decorrentes de sua indústria irão afetar direitos assegurados em lei. E é exatamente por isso que o Direito da Moda vem atraindo a atenção cada vez mais da comunidade jurídica, por ser uma área interdisciplinar e multidisciplinar, exigindo dinamicidade, respostas rápidas, soluções imediatas e efetivas (LORENZZI, 2022).

Desta feita, percebe-se duas faces da indústria da moda, e esta, que é uma das que mais crescem ano a ano, acabou por centralizar as suas atividades em torno do lucro e do crescimento econômico, sem se importar com os impactos ambientais que uma industrialização inconsciente pode gerar.

2.1. FAST FASHION E SUAS REPERCUSSÕES

Ao somar um público consumidor impaciente, ágil e sedento por tendências a uma indústria que veio suprir uma crise econômica, temos o advento do *fast fashion*, que se configura, conforme já explicitado em linhas anteriores, como um modo de produção em maior velocidade, menor custo e, muitas vezes, reproduzindo produtos de altas grifes, tornando o uso desses modelos acessível a um público menos abastado.

À primeira vista, o *fast fashion* é uma grande ideia. Ora, nada mais interessante que fazer com que o grande público consuma as tendências a preços menores e em maior quantidade, refletindo numa maior população consumista e em maior lucratividade para as empresas têxteis.

Entretanto, ao adotar um olhar mais profundo para a situação, torna-se impensável destrinchar um conceito de rápida produção e consumo à impactos sociais e ambientais. O primeiro se observa nas tão discutidas relações de trabalho no mercado da moda, que vez em quando estampam manchetes através de denúncias de trabalho análogo à escravidão nas confecções que produzem peças.

Tais situações derivam diretamente da terceirização massiva que o modelo *fast fashion* envolve, fazendo com que todos os processos sejam direcionados a setores diferentes, acelerando a produção e diminuindo o custo de mão-de-obra. Esses pequenos processos diminuem a fiscalização por parte de órgãos competentes e distanciam o empregador empresário dos empregados da cadeia mais baixa, facilitando a captação de trabalhadores a um custo menor com uma maior carga de trabalho.

Por outro lado, e que será destacado aqui, os impactos ambientais podem ser mais sutis que os sociais, porém serão quiçá mais graves que estes. Um dano ambiental, a depender do seu tipo, não é percebido de imediato, o social sim, porém, o social atinge indivíduos particulares e determinados e os impactos ambientais prejudicam o desenvolvimento de toda uma geração a médio e longo prazo.

A exploração frequente e extrema de matéria-prima provoca o esgotamento dos recursos naturais. Em paralelo, o consumo desenfreado e descarte incorreto acarreta no acúmulo dos lixões e aterros sanitários, fora o que é descartado por meio de queimadas ou que são lançados nos mares e rios. Os efeitos desses danos não são perceptíveis a curto prazo, contudo, o planeta já vivencia catástrofes naturais decorrentes do mau trato do ser humano com o meio ambiente, alertando para o urgente debate acerca da sustentabilidade, que será tratado aqui.

Dentro dessa ótica, faz-se importante trazer à baila a discussão das gerações dos problemas ambientais. Nos termos de Martins (2011, p. 89) os problemas ambientais de primeira geração são caracterizados de forma linear: causa-efeito, ação-consequência, sendo riscos concretos, temporais, visíveis e excepcionais. Como exemplo de tais danos, podemos citar as tragédias de Mariana e Brumadinho, causadas por rompimentos de barragens de rejeitos de minérios; observe-se que nelas, o dano se observou de forma mais imediata.

De outra banda, temos que os problemas ambientais de segunda geração se mostram mais presentes nos efeitos colaterais dos danos, e nos impactos que causarão às futuras gerações, sendo então riscos indivisíveis, globais e imprevisíveis.

Sintetizando essa discussão, cabe colocar os danos causados pela indústria da moda em ambas as classificações acima. Ora, na medida em que há a exploração massiva de recursos naturais para produção, se observam problemas de segunda geração, tendo em vista que seus efeitos se observarão a longo prazo. Por sua vez, no momento do descarte, observam-se problemas de primeira geração, em virtude da poluição causada pelo lixo, observando ainda problemas de segunda geração, haja vista que essa poluição também causará danos para as futuras gerações.

3. IMPACTOS AMBIENTAIS VERSUS SUSTENTABILIDADE

Cerca de 16% (dezesseis por cento) da composição do algodão, fibra natural mais utilizada na indústria têxtil, é decorrente de agroquímicos tóxicos, em virtude dos pesticidas usados no plantio, sabendo-se que estas provocam a perda da biodiversidade e degradação do solo. Some-se isto ao fato de que para cultivar 1 quilograma de fibra de algodão, são necessários de 7 a 29 mil litros de água (MENOS 1 LIXO, 2019).

Os dados são alarmantes, porém, escancaram o fato de que desde a sua concepção, a indústria da moda é a segunda mais poluente. Só na produção das peças, 25% (vinte e cinco por cento) do material utilizado e produzido vira lixo (CAMARGO, 2022).

Se de um lado, o algodão, mesmo sendo uma fibra natural, consome níveis altos de água, o poliéster por sua vez, que é a fibra sintética mais utilizada, correspondendo a 55% (cinquenta e cinco por cento) do total de fibras utilizadas, responsável pela emissão de 37 milhões de toneladas de gás carbônico anualmente, valendo lembrar que toda a indústria emite 57 milhões de toneladas globais o que torna o mercado da moda detentor de 8% (oito por cento)

da emissão de gás carbônico na atmosfera (CAMARGO, 2022).

Em paralelo, a viscose, que assim como o algodão tem origem natural, apesar desse caráter, 30% (trinta por cento) da celulose pela qual é extraída, é proveniente de florestas ameaçadas de extinção, fora que para sua fabricação é necessária a utilização de produtos químicos que, após esse uso, são descartados para a natureza sem serem tratados previamente.

É válido ter em nota que esses dados são considerados em peças comuns, isto é, a produção normal de roupas. O modelo *fast fashion* emite 400% (quatrocentos por cento) a mais de carbono e são consumidas cinco vezes menos que as peças comuns.

Na mesma linha de pensamento do descarte, segundo a Associação Brasileira de Indústria Têxtil (ABIT), só no Brasil a indústria da moda gera 175 mil toneladas de resíduos têxteis por ano. Além disso, tem-se que o poliéster demora cerca de 200 anos para se decompor na natureza (CAMARGO, 2022).

Com base nesses dados, o alerta acerca da exploração excessiva do meio ambiente é premente, ora, é muita exploração, muito descarte e pouco reuso, tendo em vista que do material reciclado apenas 14% é utilizado pelo mercado, valendo lembrar que dependendo da composição da fibra têxtil a peça pode não ser reciclável (CAMARGO, 2022).

Em termos práticos, a conta não fecha e os resultados já são sentidos atualmente pela humanidade, tanto que os debates acerca de sustentabilidade na moda já estão em voga, como uma forma de estudar formas de minimizar os impactos naturais sem prejudicar, ou prejudicando o mínimo possível a economia.

Com base nisso, algumas empresas foram criadas com o propósito e marca de levar às pessoas uma moda sustentável, da mesma forma, outras empresas passaram a adotar técnicas ecologicamente corretas, tais quais, o plantio de algodão orgânico, a utilização de poliéster reciclado, a educação dos produtores para menor utilização de pesticidas, e criação de fibras têxteis que se decomponham mais rapidamente (CAMARGO, 2022).

Em contrapartida, ao tempo que essas práticas permitem minorar os impactos ambientais negativos na natureza, que assim como estes, terão repercussão a médio e longo prazo, elas acabam implicando em um custo maior por parte do consumidor, tornando esses produtos sustentáveis mais caros, justamente por demandar técnicas novas e ainda pouco exploradas. Esse preço maior, principalmente em comparação às peças em *fast fashion*, podem influenciar negativamente o consumo delas, posto que claramente peças mais baratas são mais atrativas.

Vale ainda salientar que algumas marcas, com o fim de se mascararem como ecologicamente corretas, acabam incorrendo em *greenwashing*, que se conceitua como:

uma prática de promover discursos, anúncios, propagandas e campanhas publicitárias com características ecologicamente/ambientalmente responsáveis, sustentáveis, verde, “eco-friendly”, etc. Todavia, na prática, tais atitudes não ocorrem. Por esse motivo, o *greenwashing* tem a intenção de criar uma falsa aparência de sustentabilidade, induzindo o consumidor ao erro, uma vez que, ao comprar o produto ou serviço, ele acredita que está contribuindo para a causa ambiental e/ou animal (SANTOS, 2020).

Como exemplo de *greenwashing*, podemos tomar uma empresa que utiliza algodão orgânico e se vende como empresa ecologicamente correta, porém, não tem esse mesmo trato com o descarte do material não utilizado, consecutindo nos impactos ambientais negativos que analisamos da mesma forma.

3.1. SLOW FASHION E ALTA COSTURA

Conforme dito em linhas anteriores, os impactos ambientais gerados pelo estilo de produção e consumo rápido que caracterizam o *fast fashion* protagonizam os principais debates acerca da necessidade de uma moda sustentável, de modo que em decorrência desses debates, pense-se em outras formas de produção e consumo que supram o mercado sem impactar tanto no meio ambiente.

Com base nisto, o *slow fashion* figura na linha de frente desses debates, configurando-se como o oposto do *fast fashion*, na medida em que representa um estilo de produção em que são feitas poucas coleções no ano, com peças mais duráveis, maior valorização da mão de obra e maior preocupação com o descarte de resíduos.

O termo “slow fashion” foi criado pela professora e consultora do Center for Sustainable Fashion Kate Fletcher, e usado pela primeira vez em seu livro “Sustainable Fashion and Textiles: Design Journeys” (2008). Desde então, marcas surgiram ou se adaptaram tendo em sua coluna vertebral esse conceito (LOJA PRIM, 2021).

Ao passo em que se produz menos com peças mais duráveis e mais versáteis, o *slow fashion* ajuda na redução de resíduos, uma vez que a matéria-prima é valorizada e utilizada de forma sustentável, tornando a retirada de elementos da natureza mais equilibrada. Da mesma forma, por serem menos processos, o impacto decorrente da produção acaba sendo menor.

Para o mercado de moda os impactos também são positivos, pois incentiva uma nova forma de produção mais consciente e que atinge um público preocupado com questões ambientais, além de criar esse público através do processo de conscientização. Também influencia no empreendedorismo e valorização dos negócios locais, posto que ao se criar com menos processos e menos industrialização, permite que empreendedores com poucos recursos adentrem nesse nicho de mercado.

Válido fazer um paralelo entre os conceitos de *fast fashion* e *prêt à porter* (pronto para vestir), sendo este conceituado como um estilo de produção de roupas de forma rápida, de modo que o consumidor entre na loja, veja a roupa e já a leve. Apesar de semelhantes, esses conceitos se diferem na medida em que apesar de tanto o *fast fashion* como o *prêt à porter* visarem o lucro, o *fast fashion* põe a qualidade das peças em xeque, ao contrário do *prêt à porter*, que mesmo sendo produção em massa, é produzida em alta qualidade.

Outro paralelo que vale menção é entre o *slow fashion* e a alta-costura, sendo esta intrínseca ao mercado de luxo, em que as peças, quase como uma obra de arte, são feitas sob medida ao corpo que irá vesti-las. A diferença entre o *slow fashion* e a alta-costura, apesar da similitude em produzir poucas peças com maior durabilidade, está no próprio estilo de produção. Obviamente o *slow fashion* também visa o lucro, porém não em detrimento às questões ambientais, já a alta-costura não visa o lucro de forma direta, sendo o alto valor das peças apenas o reflexo do que realmente valem.

É interessante ainda notar um traço histórico entre a alta-costura e o *prêt à porter*, haja vista que antes da revolução industrial não se falava em lojas de roupas, e sim em modistas e lojas de tecidos, nas quais o consumidor ia pessoalmente escolher o tipo de tecido que queria, levava à modista ou ao alfaiate e este criava e confeccionava a peça, essa que pela sua qualidade e criação, durava muito tempo e por vezes era passada até de geração em geração. Percebe-se nesse estilo uma relação muito mais próxima entre modelo e criador, ajudando na inspiração da criação, bem como visando a qualidade da roupa.

4. RELAÇÕES COM O DIREITO AMBIENTAL

De modo geral, sabe-se que o Direito Ambiental nasceu da conscientização do ser humano em preservar os recursos naturais, bem como da percepção dos sinais que o planeta emite. Ao falar que os impactos ambientais são sentidos a médio e longo prazo, esquece-se que esses impactos estão sendo sentidos neste exato momento, através do derretimento das calotas polares, do aquecimento global, do aumento no nível dos oceanos, além dos desastres ambientais.

Todos esses efeitos, que por muitas vezes vitimizam dezenas de milhares de pessoas além de causar prejuízos financeiros, acenderam um sinal de alerta para a sociedade como um todo, no sentido em que as ações que visam a proteção do meio ambiente devem sair do plano teórico com urgência; algo precisa a ser feito com o fim de que esses efeitos cessem, ou pelo menos diminuam.

Repisando, a indústria da moda é a segunda mais poluente do mundo, perdendo apenas para a indústria petrolífera (CAMARGO, 2022), e em se tratando do modelo de produção e consumo denominado *fast fashion*, esses impactos tomam proporções ainda maiores, posto se tratar de uma produção mais massificada e um consumo desenfreado. Logo, se a sociedade como um todo necessita tirar as ideias do papel, com a indústria da moda não pode ser diferente.

Com esse pensamento, nasceu o Direito Ambiental, entendido como o conjunto de dispositivos legais que visam a proteção ao meio ambiente, este assim entendido como direito fundamental de terceira geração, que são os direitos da comunidade, tomando como base o ideal de fraternidade da Revolução Francesa, tendo como destinatário todo o gênero humano.

Ao tempo em que a indústria em si precisa repensar seus modelos de produção, a atuação do ente estatal através das leis e entendimentos jurisprudenciais também alcançam o mercado da moda, regulando, prevenindo e reprimindo, com vias a proteção do meio ambiente.

Desde 1998, com a Lei nº 9605 e o Decreto nº 3179, as empresas, instituições e pessoas jurídicas são responsáveis pelos impactos ambientais que causam. De acordo com o decreto, ações como “matar, caçar ou perseguir animais silvestres sem a autorização dos órgãos competentes”, “destruir ou danificar florestas de proteção permanente” e “causar qualquer tipo de poluição (do ar, solo, água) que afete a saúde humana, animal ou vegetal” configuram crime ambiental e são passíveis de sanções (POERNER; BOLLA, 2019).

Esse entendimento de que a mudança de pensamento e gestão da indústria da moda alcança os atores da indústria, os consumidores e o ente estatal, vai ao encontro do art. 225 da Constituição da República, que assevera: “art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, Constituição de 1988) (grifo não original).

Salienta-se que o Direito Ambiental apresenta quatro dimensões essenciais (MARTINS, 2011 p. 91):

- a) dimensão garantístico-defensiva: defesa contra ingerências ou intervenções do Estado e demais poderes público;
- b) dimensão positivo-prestacional: assegurar a organização, procedimento e processos de realização do direito ao ambiente;
- c) dimensão jurídica-irradiante: vincular as entidades privadas ao respeito do direito dos particulares ao ambiente;
- d) dimensão jurídico-participativa: impor aos cidadãos e à sociedade civil o dever de defender os bens e direitos ambientais.

Será a concretização dessas dimensões que consolida a força normativa da Constituição e se fala em “Estado de Direito Ambiental e ecológico”, configurando-se direitos e deveres aos entes públicos e privados.

Yazbek (2018) ressalta que o modelo de produção *fast fashion* fere de pronto o art. 3º, inciso I, da nossa Constituição, na medida em que visa a produção de riqueza de forma pluralista e não apenas individual objetivando apenas o lucro, impossibilitando a construção de uma

sociedade livre, justa e igualitária, conforme preceituado no dispositivo constitucional.

De modo geral, vale salientar que a legislação brasileira é considerada uma das mais protetivas ao meio ambiente no mundo, evoluindo na medida que se ampliou a preocupação internacional com o equilíbrio ambiental e as presentes e futuras gerações (WEDY, 2019). A Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente um conceito vasto deste, configurando-o em seu art. 3º, inciso I, como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Salienta-se ainda que a Lei nº 9.605/98 prevê a única forma de responsabilização penal das pessoas jurídicas no Brasil, sem excluir a responsabilização nas esferas cível e administrativa, sendo estas independentes e autônomas umas às outras (Lei nº 9.605, 1998).

De acordo com Carvalho (2013, p. 70-73):

Não há bis in idem, podendo um mesmo sujeito ser responsabilizado nas três esferas pelo mesmo fato. Isso porque são diferentes os valores tutelados pelas normas dos respectivos ramos do direito. Também distintas as finalidades que se buscam por meio delas. As três esferas possuem cada qual regimes jurídicos próprios, uma diversidade de objetos de tutela e fins que justificam a aplicação independente das três sanções (grifo não original).

Além desse dispositivo legal, temos a Lei nº 12.305/2010, que estabeleceu a Política Nacional de Resíduos sólidos, conceituando este em seu artigo 3º, inciso XVI, como:

material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível (Lei nº 12.305, 2010).

Tal política, de modo geral, prevê a redução da geração de resíduos, incentivando práticas sustentáveis de consumo e melhor aproveitamento desses resíduos através da reutilização e reciclagem.

Dessa forma, é perceptível que a legislação ambiental brasileira possui tanto o condão de estimular as práticas conscientes, como de punir as inconscientes que gerem dano à natureza, punição essa de caráter penal, cível e administrativa, não excludentes uma das outras.

Resgatando os conceitos de problemas ambientais de primeira e segunda gerações, vale salientar que a legislação ambiental também se diferencia quanto ao tratamento destes. Considerando que os problemas de primeira geração são mais imediatos, a responsabilidade tríplice se mostra mais incisiva aqui, no sentido de punir diretamente a conduta praticada. Por sua vez, os problemas ambientais de segunda geração, por seu caráter geral, amplo e de observância a longo prazo, induz a prevenção por parte da legislação, através de dispositivos que responsabilizam o risco.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305, 2010) é exemplo direto de legislação preventiva, principalmente ao consagrar o Princípio da Prevenção e Precaução em seu artigo 6º, inciso I. Ademais, ao longo desse texto legal se observa dispositivos que incentivam práticas sustentáveis, a exemplo dos incisos do artigo 8º, que discorrem acerca dos instrumentos dessa política legal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A indústria da moda é essencialmente poluente, os dados clarificam isso. A celeuma que envolve o *fast fashion* é unicamente a intensificação a níveis alarmantes dos impactos ambientais que o mercado da moda por si só causa, tendo em vista que proporciona uma maior exploração de matéria-prima e maior descarte de resíduos.

Após analisar os impactos causados por esse modelo de produção e consumo, a problemática convida ao apontamento de possíveis soluções que pelo menos reduzam esses impactos, haja vista a protetiva legislação ambiental brasileira que pune pessoas físicas e jurídicas nas esferas cível, penal e administrativa em caso de cometimento de crimes ambientais. Vale apontar, que, tendo em vista que a indústria da moda incide em problemas ambientais de primeira, mas sobretudo de segunda geração, deve a legislação brasileira aprofundar seus meios de prevenção e cuidado, com o fim de coibir de antemão danos maiores.

Esse convite também leva à discussão o surgimento de outros modelos de produção, como o *slow fashion*. Pode aqui aduzir que tanto o *fast fashion* quanto o *slow fashion* são filhos de uma mesma mãe, o *prêt-à-porter*, que remete ao estilo de produção “pronto para vestir”. Contudo, apesar dessa irmandade, diferem na sua essência na medida em que a preferência por coleções menores e menos numerosas, estilos únicos, qualidade melhor e mais tempo de uso fazem do *slow fashion* a tentativa imediata e mais viável de minimizar os impactos que o *fast fashion* escancarou.

Por sua vez, colocando como contraponto ao *prêt-à-porter*, a alta-costura, no sentido de roupas feitas sob medida também se apresenta como solução, destacando-se pelo bom custo-benefício, além de impulsionar a economia local por meio da prestação de serviços de costureiras, armarinhos e lojas de tecidos mais próximas ao consumidor, proporcionando impactos econômicos positivos mais imediatos em um diâmetro menor.

Ademais, os bazares e brechós também se apresentam como solução à problemática, haja vista que aplica os conceitos de reutilização e reuso. O que antes era considerado brega se tornou uma alternativa de adquirir peças novas (no seu guarda-roupa) de boa qualidade a um preço menor.

Fora isso, também vale destacar práticas como produção de algodão orgânico, poliéster reciclado, entre outros materiais sustentáveis, que ao agredirem menos o meio ambiente, resultam em menor impacto e dano.

Entretanto, a escolha sempre será do consumidor, que irá comparar qual aspecto é mais vantajoso para ele no momento, lembrando que apesar de todas as suas repercussões ambientais negativas, o *fast fashion* sempre terá lugar de destaque no público consumidor devido à sua acessibilidade. Ora, pessoas menos abastadas, graças ao *fast fashion*, tiveram a chance de se vestir conforme as tendências do momento, coisa que o *slow fashion* e a alta-costura poucas vezes proporcionam.

Por fim, merecem destaque as legislações ambientais brasileiras, que ganharam maior força após a promulgação da Constituição de 1988, servindo as ideias descritas ao longo do presente trabalho como suporte prático à efetivação do descrito nesses dispositivos legais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Gabriela Ramos Caiado de. **A sustentabilidade no mercado da moda sob a ótica do Direito Econômico**. Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-sustentabilidade-no-mercado-da-moda-sob-a-otica-do-direito-economico.htm#indice_4.

Acesso em: 31 mai. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 08 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 08 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 08 jun. 2022.

CAMARGO, Fernanda. **O custo por trás da indústria da moda é maior do que você pensa.** Disponível em: <https://investidor.estadao.com.br/colunas/fernanda-camargo/impacto-ambiental-industria-moda/>. Acesso em: 31 mai. 2022.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos desastres.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CITERA, Priscila. **Quais as diferenças entre alta costura e pret-à-porter?** Disponível em: <https://vestindoautoestima.com.br/quais-as-diferencas-entre-alta-costura-e-pret-a-porter/>. Acesso em: 08 de junho de 2022.

COELHO, Beatriz. **Método indutivo:** um guia sobre esse método de abordagem. Disponível em: <https://blog.mettzer.com/metodo-indutivo/>. Acesso em: 10 set. 2022.

COELHO, Beatriz. **Um guia completo sobre todos os tipos de pesquisa:** abordagem, natureza, objetivos e procedimentos. Disponível em: <https://blog.mettzer.com/tipos-de-pesquisa/>. Acesso em: 11 set. 2022.

LEACH, Alex. **Precisamos parar de falar sobre “sustentabilidade” se a moda for melhorar.** Disponível em: <https://www.fashionrevolution.org/brazil-blog/precisamos-parar-de-falar-sobre-sustentabilidade-se-a-moda-for-melhorar/>. Acesso em: 31 mai. 2022.

LEGNAIOLI, Stella. **Fast fashion:** o que é, impactos e alternativas. Disponível em: <https://www.ecycle.com.br/fast-fashion/>. Acesso em: 22 mai. 2022.

LOJA PRIM. **Slow Fashion:** saiba tudo sobre o conceito que está mudando o mundo da moda. Disponível em: <https://useprim.com.br/saiba-tudo-sobre-slow-fashion/>. Acesso em: 31 mai. 2022.

LORENZZI, Bruna. **O que é Fashion Law?** Disponível em: <https://www.correadecastro.com.br/2021/06/01/o-que-%C3%A9-fashion-law.html>. Acesso em: 10 set. 2022.

MARTINS, Simone. O Pluralismo jurídico global em resposta às gerações de problemas ambientais. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIV, n. 53, p. 88-94, abr./jun. 201. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27597.pdf>. Acesso em: 10 set. 2022.

MENOS 1 LIXO. **O consumo de água pela indústria têxtil.** Disponível em: <https://www.menoslixo.com.br/posts/o-consumo-de-agua-pela-industria-textil>. Acesso em: 04 jun. 2022.

NASCIMENTO, Arthur Braga. **Com crescimento do mercado de moda, surgem oportunidades para empreender.** Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/blogs/seu-negocio/post/2021/08/com-crescimento-do-mercado-de-moda-surgem-oportunidades-para-empreender.shtml>. Acesso em: 04 jun. 2022.

POERNER, Bárbara; BOLLA, Carolina. **O que o Direito tem a ver com a moda? Muito mais do que se imagina.** Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/fashion-revolution/o-que-o-direito-tem-a-ver-com-a-moda-muito-mais-do-que-se-imagina/>. Acesso em: 08 jun. 2022.

SANTOS, Ana Paula. **Greenwashing: o que significa esse termo?** Disponível em: <https://www.politize.com.br/greenwashing-o-que-e/>. Acesso em: 31 mai. 2022.

YAZBEK, Renata Honorio. **A sustentabilidade na moda como princípio constitucional.** Disponível em: <https://renatahonorioyazbek.jusbrasil.com.br/artigos/538598407/a-sustentabilidade-na-moda-como-principio-constitucional>. Acesso em: 31 mai. 2022.

WEDY, Gabriel. **A evolução do Direito Ambiental e a sua definição no Brasil.** *Revista Consultor Jurídico*, ISSN 1809-2829. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-23/ambiente-juridico-evolucao-direito-ambiental-definicao-brasil>. Acesso em: 10 set. 2022.

ZANELLA, Patrícia Silva; FERNANDES, Ananda Pórpura. **A Busca pela Moda mais Sustentável: A Efetividade da Governança e dos padrões privados.** *Anais I Simpósio Internacional de Fashion Law da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo / Organizado por Juliana Oliveira Domingues — Ribeirão Preto: FDRP-USP, 2018. ISBN: 978-85-62593-28-4. p. 82.*

O GENOCÍDIO NEGRO COMO MEIO DE CONTROLE SOCIAL E A DINÂMICA NECROPOLÍTICA NAS “GUERRAS ANTICRIME” EMPREENDIDAS PELO ESTADO BRASILEIRO

THE BLACK GENOCIDE AS A MEANS OF SOCIAL CONTROL AND THE NECROPOLITICAL DYNAMICS IN THE "ANTICRIME WARS" WAGED BY THE BRAZILIAN STATE

Evelin Fagundes Souza

Estudante de Direito na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB).

Vívian Badaró da Silva

Estudante de Direito na Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR).

Resumo: O texto tem por objetivo a identificação de alguns dos mais eficientes mecanismos de controle social fazendo uma análise bibliográfica de teorias propostas por Michel Foucault (1988) sobre a Biopolítica e o Biopoder. Além disso, conta com a síntese teórica do conceito proposto por Mbembe (2020), que define a Necropolítica como sendo a materialização da Biopolítica, na qual o Estado, mediante exercício de seu poder sobre a vida, dita quem tem potencial para viver e quem deve sucumbir, isto o faz manejando políticas de morte. Neste sentido, observa-se que essas mesmas políticas são empreendidas pelo Estado brasileiro através do uso indiscriminado da sua força coercitiva, especialmente no âmbito do Sistema Penal, patrocinando a marginalização e extermínio de vidas negras, que são as escolhidas para serem contidas do meio social, a fim de ser preservado o status quo do vigente sistema econômico neoliberal. Acontece que, os negros e pobres, por não serem potenciais consumidores, são indesejáveis à sociedade mercantil, conseqüentemente, serão alvos dessas políticas de eliminação. Por isso, o presente artigo analisa o aparato da guerra às drogas e a recente imposição da Lei do Pacote anticrime, utilizadas, essencialmente, para promover o genocídio das pessoas negras no Brasil, a partir do recrudescimento penal.

Palavras-chave: Controle Social. Necropolítica. Guerra às Drogas. Pacote Anticrime. Genocídio.

Abstract: The text aims to identify some of the most efficient mechanisms of social control through a bibliographical analysis of the theories proposed by Michel Foucault (1988) on Biopolitics and Biopower. It also includes a theoretical synthesis of the concept proposed by Mbembe (2020), who defines Necropolitics as the materialization of Biopolitics, in which the State, through the exercise of its power over life, dictates who has the potential to live and who must succumb. In this sense, it is observed that these same policies are undertaken by the Brazilian State through the indiscriminate use of its coercive force, especially in the scope of the Criminal System, sponsoring the marginalization and extermination of black lives, which

are the ones chosen to be contained from the social environment, in order to preserve the status quo of the current neoliberal economic system. As it happens, blacks and poor people, for not being potential consumers, are undesirable to the mercantile society, consequently, they will be targets of these elimination policies. Therefore, the present article analyzes the apparatus of the war on drugs and the recent imposition of the Anti-Crime Package Law, used essentially to promote the genocide of black people in Brazil, based on the criminal increase.

Keywords: Social Control. Necropolitics. War on Drugs. Anti-Crime Package. Genocide.

Sumário: 1. Introdução – 2. Mecanismos de Controle Social na Perspectiva Foucaultiana: 2.1 O Exercício do Poder da Morte – 3. O Caráter Necropolítico do Genocídio Negro no Brasil: 3.1 A Máscara a partir da “Guerra às Drogas”; 3.2 O Pacote Anticrime e sua “Licença” para Matar – 4 Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgado em julho de 2021, registrou o maior número de mortes por intervenção policial na história do país, sendo 6.416 vítimas fatais no ano de 2020. Foi apurado ainda que, entre os executados, 78,9% eram negros e 44,5% eram jovens que tinham entre 18-24 anos de idade. Aliado a isso, de acordo com dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a população negra corresponde a 54% do número total de habitantes no Brasil, porcentagem que não condiz de forma proporcional à quantidade de homicídios de pessoas negras no país, pois essa é nitidamente superior à de outras etnias. Ou seja, apesar do mito da democracia racial — negação de que há o racismo no Brasil —, são os negros que estão no alvo da Necropolítica empregada no Estado brasileiro.

Observa-se ainda que, no campo do Sistema Penal, o sistema prisional, juntamente ao setor de Segurança Pública, constitui a espinha dorsal da entidade genocida estatal. Tendo em vista essa organização, a população negra é negligenciada, com fulcro em eliminá-la, oriundo das próprias organizações política, social e econômica do Brasil, que visam que a balança do controle social esteja favorável à extensão e manutenção do sistema socioeconômico neoliberal, sendo peça central ao racismo estruturalizado.

Nessa ótica, faz-se importante analisar a teoria proposta pelo filósofo Michel Foucault, ao destacar um dos principais privilégios do poder exercido pelo Estado: o direito de causar a morte ou de deixar viver (FOUCAULT, 1998, p. 128). Todavia, articula que esse direito fora substituído para o poder de oportunizar a vida ou devolver à morte, a partir do século XVII. Assim, o soberano que antes operava sobre o corpo individual, passa a administrar o corpo enquanto espécie, buscando meios tecnológicos de poder que viabilizem a administração da vida e do bem-estar da população (FOUCAULT, 1998, p. 128-129). Isso porque seu propósito é o de tornar os indivíduos produtivos para a economia de mercado e controlá-los, para que se afastem das ameaças à “higidez” do corpo social.

Fundamentado na pesquisa foucaultiana, o historiador e filósofo Achille Mbembe (2018) sistematiza um conjunto de ideias, apropria-se do pensamento formulado por Foucault, para estabelecer uma inserção da raça enquanto papel definidor da Biopolítica, voltada para as colônias, ao invés da perspectiva europeia. Essa, através do uso indiscriminado e ilegítimo da força dos órgãos públicos, sustenta o extermínio de um contingente populacional respaldado na noção de inimizade, isto é, o “outro” tido como inimigo por oferecer algum tipo de ameaça à vida. Destarte, a Necropolítica “consiste basicamente em decidir quem importa ou quem não importa viver. Assim, na dimensão desse poder que tem a morte no seu âmago, há vidas que merecem ser vividas e existem vidas que não são dignas de viver” (NEGRIS, 2020, p. 96).

A dinâmica da “guerra às drogas” surge nesse Estado necropolítico como uma forte aliada à seletividade das pessoas que devem ser afastadas ou contidas no meio social em benefício de um grupo dominante. Conseqüentemente, atendendo aos interesses político-sociais, a estigmatização do corpo negro molda esteticamente o perfil desse inimigo da sociedade e o local onde ele vive. Assim, se instala, de forma tácita, uma guerra particular que não é contra as drogas, mas contra as pessoas, sendo os subúrbios uma representação material dos campos de batalha.

Da mesma forma, os discursos racistas e o uso da força policial, tão necessários ao exercício da Necropolítica, sustentam a permanência dessas guerras. É disso que se trata o Pacote Anticrime: legalização da execução de penas cruéis pelos agentes de segurança pública contra a juventude negra, considerada como uma inimiga devido à sua marginalidade. Essa temática será abordada no texto e irá discutir uma forma de legítima defesa antecipada, que busca justificar ações letais da polícia.

É a partir dessas observações que a presente pesquisa propõe a discussão do genocídio negro como meio de controle social e a problemática da “guerra às drogas” e do pacote anticrime nesse contexto. Para tanto, os estudos feitos tiveram como fontes primárias — como sendo importantes obras literárias, a legislação brasileira —, e fontes secundárias — artigos acadêmicos —, visando uma abordagem sistemática do tema. Além disso, é possível estabelecer que a pesquisa é de natureza bibliográfica, crítica e qualitativa.

Para melhor explanação, o corpo do artigo foi dividido nos seguintes tópicos: (I) análise dos conceitos de Biopoder e Biopolítica em Foucault, estabelecendo um paralelo com a teoria de Mbembe sobre o poder da morte; (II) compreendendo a relação da Biopolítica/Necropolítica com o genocídio negro no Brasil; (III) discussão sobre o projeto de extermínio da população negra a partir da criminalização das drogas e, por último; (IV) uma crítica ao pacote anticrime e seu caráter necropolítico.

2. MECANISMOS DE CONTROLE SOCIAL NA PERSPECTIVA FOUCAULTIANA

Em 1988, Michel Foucault apresenta sua teoria acerca dos mecanismos de poder sobre a vida em sociedade, em sua obra intitulada “História da sexualidade I”. Para ele, o poder era exercido

pelo direito de vida ou morte, condicionado à defesa do soberano e à sua sobrevivência enquanto tal (FOUCAULT, 1988, p. 127-128). Ou seja, para a sustentação do Estado é necessário que o mesmo exerça seu poder exclusivo de controle sobre a vida dos indivíduos, causando-lhes a morte ou permitindo-lhes viver. Nesse sentido, o autor explica que:

O soberano só exerce, no caso, seu direito sobre a vida, exercendo seu direito de matar ou contendo-o; só marca seu poder sobre a vida pela morte que tem condições de exigir. O direito que é formulado como "de vida e morte" é, de fato, o direito de causar a morte ou de deixar viver. Afinal de contas, era simbolizado pelo gládio. [...] O poder era, antes de tudo, nesse tipo de sociedade, direito de apreensão das coisas, do tempo, dos corpos e, finalmente, da vida; culminava com o privilégio de se apoderar da vida para suprimi-la (FOUCAULT, 1988, p. 128-129).

Devido aos avanços científicos e tecnológicos, esse direito de morte sofre alterações a partir do séc. XVIII, e é substituído pelo poder de gerar a vida e conservá-la. É importante destacar o aspecto positivo que é dado ao exercício do poder estatal, um poder que visa manter os indivíduos vivos e preservar a "saúde" social, buscando sanear tudo aquilo que lhe é impuro ou prejudicial. Assim também, as guerras — que aumentaram vertiginosamente nesse período — agora partem pela defesa da própria população, levando em conta não mais a guarda da soberania, mas a proteção da vida. Nessas batalhas, "são mortos legitimamente aqueles que constituem uma espécie de perigo biológico para os outros" (FOUCAULT, 1988, p. 130).

Além disso, é a partir dessas transformações que o poder sobre a vida se desenvolve como um poder regulador e disciplinador, concentrando-se no domínio dos corpos em seu sentido coletivo, melhor dizendo, no corpo-espécie (FOUCAULT, 1988, p. 130). Isso é o que o filósofo denomina de Biopolítica da população: a gestão ou administração dos indivíduos por meio da norma. Nesse momento, a lei irá atuar de forma armada, tendo em vista a necessidade de regulamentação da vida em sociedade, respondendo aos seus infratores, em último caso, com a morte.

Nessa circunstância, surge a composição dos órgãos públicos que irão manejar, na lógica de uma sociedade capitalista, o controle social, manifestação direta de um governo biopolítico. Isto significa que a Biopolítica, diante das técnicas de poder das mais diversas instituições estatais, age na sociedade de forma controladora, segregando aqueles que não correspondem ao modelo socioeconômico vigente. Neste instante, inauguram-se as políticas de eliminação, em que são descartados aqueles que não se adequam aos ditames impostos pela sociedade de consumo.

Foucault (1988) afirma que através dos dispositivos da sexualidade é que o racismo se estabelece sustentando essas políticas públicas extremamente amplas que intervêm diretamente no corpo, a fim de proteger a "sanidade" do estado neoliberal. Assim, a discriminação racial se manifesta no sistema punitivo, como base de sustentação para a produção da morte, ou seja, "a partir das distinções de tipo biológico que atravessam a

população será possível ao Estado recrutar os indivíduos a serem eliminados, numa perspectiva que garante a manutenção de uma sociedade pura e saudável" (FLAUZINA, 2006, p. 110).

Sendo assim, uma das razões para que os aparatos de controle e punição, que preconizam a morte física e/ou social a partir da seleção de um grupo biológico, carecem de um discurso racista. Isso acontece porque, diante do racismo, corresponde ao estereótipo do delinquente nato¹, aquele que possui características do homem preto. Aqui, a Biopolítica atua empreendendo o genocídio negro, por criminalizar pessoas indesejadas no sistema de produção capitalista. Desse modo, as políticas de segurança pública irão atuar de forma a controlar as classes identificadas como “perigosas” para a elite, viabilizando políticas de exclusão.

Destarte, aos ricos sobrevém a impunidade, pois está afastado do crime o contingente populacional embranquecido, ao passo que são consumidores em potencial. Já aos negros/pobres restam a marginalização e o extermínio, pois oferecem risco ao sistema produtivo. Nessa lógica, Wermuth e Assis (2016), afirmam que:

[...] a seletividade e a segregação ínsitas ao sistema prisional brasileiro são reflexos da estrutura econômica, social e política da sociedade capitalista neoliberal, a qual privilegia determinados segmentos e exclui outros. Para a lógica neoliberal só tem valor e utilidade para o sistema aqueles sujeitos que, de certa forma, se ‘ajustam’ aos padrões impostos e contribuem com a acumulação de capital. Os demais são considerados ‘desajustados’ e redundantes, portanto, não merecedores do convívio social (WERMUTH, 2006, p. 184-185).

Vale notar, com base no exposto, que a justificativa da salvaguarda social ampara a imprescindibilidade do sistema punitivo, invocando a periculosidade do criminoso e o mal que ele causa à sociedade. Esse pressuposto é o que ampara a criminalização do uso de entorpecentes, porque atrás da cortina legal da “guerra às drogas” está a finalidade de eliminar pessoas negras — principalmente em se tratando daqueles que são moradores de favelas e que, em sua maioria das vezes, possuem baixo poder econômico — do convívio social, posto que são os que perturbam a presente estrutura socioeconômica. O extermínio se dá uma vez que “Já não podem ser apenas derrotados, têm de ser exterminados, pois constituem perigos internos à raça, à comunidade, à população” (DUARTE, 2008, p. 5).

Após essa breve exposição, pode-se compreender que tanto no século XIX quanto nos dias atuais, o racismo não atua mais como um mero ódio ou preconceito para com uma raça, mas,

¹O médico e psiquiatra Cesare Lombroso, a partir de um longo estudo realizado em detentos e em cadáveres, afirmava ser o crime um fenômeno biológico. Segundo ele, o delinquente nato era aquele que já nascia com predisposição à delinquência. No geral, esses indivíduos apresentavam características físicas específicas, como mandíbulas volumosas, lábios grossos, assimetria facial, pele, olhos e cabelos escuros. Ou seja, defendeu cientificamente (durante a Escola Positiva) que o criminoso de nascença era o que se parecia fisicamente com o negro.

num contexto biopolítico, torna-se uma ideologia política que justifica o direito de produzir a morte em benefício de uma comunidade. Logo, entre os principais mecanismos de controle social, encontram-se as intervenções penais. Pois, sendo um dos dispositivos mais vulneráveis da entidade genocida estatal, atuam na eliminação ou segregação física do grupo social que não se enquadra aos padrões normativos, societários e econômicos atuais.

Portanto, a Biopolítica age garantindo a vida de quem precisa estar vivo e colocando na mira dos órgãos de controle social aqueles que são descartáveis aos planos neoliberais. Como resultado desse governo, alinhado com o Biopoder, tem-se a violação prática de direitos constitucionais que deveriam ser garantidos em um país cujo regime político se diz democrático. Logo, é originada uma sociedade democraticamente frágil, excludente e necropolítica.

2.1. O EXERCÍCIO DO PODER DA MORTE

O estudo da política da morte frente ao sentido de: a quem caberá o direito de viver e morrer ou a quem matar e a quem deixar viver; como e por quem será exercido tal poder? Para que seja possível a elaboração das respostas para tais indagações, faz-se necessário, primordialmente, diferenciar os grupos por classes sociais, logo após se estender para o estudo sobre a vida e a morte.

Assim, ao se relacionar com a teoria Foucault em que “o poder era, antes de tudo, nesse tipo de sociedade, direito de apreensão das coisas” (FOUCAULT, 1988, p. 128-129), que compreende-se que aqueles que possuem maior capital financeiro, serão aqueles que terão o direito de viver. Por outro lado, aos que pertencerem às margens da sociedade, sendo os mais desfavorecidos economicamente, serão mortos com base na sua classe social e por sua cor — em sua maioria, a população negra.

Mbembe (2016), ao dissertar em sua obra “Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte”, expõe que o Estado utiliza sua posição e poder para criar zonas de morte, que provocam a destruição, a demasiada violência e seu resultado morte, oriundas do racismo, contra alguns grupos seletos, ao invés de atentar-se a estabelecer limites funcionais que sejam capazes de assegurar os direitos. Nesse sentido, Negris retrata que:

A necropolítica é, ainda, uma técnica de poder que está presente na era da governamentalidade neoliberal. Obviamente, ela se manifesta nas zonas periféricas do neoliberalismo, fora do circuito das grandes potências econômicas do planeta. Nessas zonas periféricas, a necropolítica, em tensionamento com outras técnicas de poder, se traduz no crescente aumento das práticas discriminatórias, no vertiginoso aumento dos discursos de ódio, nos grandes extermínios étnicos ocorridos em várias partes do mundo, nos expurgos em massa de determinadas populações do globo, no aumento do número de assentamentos de refugiados (NEGRIS, 2020, p. 98).

Desta forma, compreende-se que ao explicar a respeito do tensionamento entre outras técnicas de poder, refere-se também à Biopolítica, quando o Estado realiza a elevação da qualidade de vida nas zonas centrais, ao invés da tentativa de ceifar as problemáticas de determinados grupos populacionais marginalizados, que em sua maioria são negros.

Foucault (1978) iniciou uma linha tênue de estudos a respeito do termo “Biopoder”, definindo-o como:

[...] o conjunto dos mecanismos pelos quais aquilo que, na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais, vai poder entrar numa política, numa estratégia política, numa estratégia geral do poder (FOUCAULT, 2008a, p. 3).

Assim, devem ser considerados os “dispositivos” e tecnologias do poder capazes de controlar a população — gestão da saúde, da alimentação, da natalidade, entre outros meios —, para que a partir desses, juntamente com o entendimento de soberania do Estado, seja gerado um domínio da vida.

Portanto, ao ser pontuado por Mbembe (2016) que o Biopoder cumulado com a soberania seriam os responsáveis por “exercer o controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder”, sendo que “a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer” (MBEMBE, 2016, p. 5), percebe-se que cabe ao Estado, através do Biopoder aliado à sua Necropolítica, decidir quais vidas serão poupadas e quais serão ceifadas, ocasionando, assim, a eliminação da população negra.

3. O CARÁTER NECROPOLÍTICO DO GENOCÍDIO NEGRO NO BRASIL

Como pontuado no tópico anterior, o Estado é responsável pelas mortes ocasionadas com o intuito de controlar a vida da sociedade, enquanto exercício de sua soberania. Aqueles que se apresentam às margens do círculo social, são considerados “alvos fáceis”, por, apesar de possuírem os meios para se defender — como a música, os movimentos sindicais, sociais — não são ouvidos por toda sociedade, no instante em que são silenciados.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgado em julho de 2021, mencionado inicialmente, divulgou que 6.416 vítimas foram mortas no ano de 2020, ao ponto de que esse dado se tornou histórico, por ser o maior número de mortes no país graças à intervenção policial. Conforme apuração, 78,9% dos executados, aproximadamente 5.062 vidas, eram negras, e 44,5%, aproximadamente 2.253 jovens, possuíam entre 18 e 24 anos. Os números, apesar de alarmantes, não causam o mesmo impacto do que quando se tornam nomes.

É perceptível, então, que em se tratando da vulnerabilidade à violência, os negros e os brancos, ainda que dividam o mesmo território, vivem em realidades diferentes. Sendo assim, dita-se a

respeito do racismo por parte do Estado, através da Biopolítica do poder, haja vista que é prática do direito à morte. Evidentemente, seriam mortos aqueles que, após determinação dos que fazem parte do grupo de excluídos, não servem para contribuição à sociedade econômica estatal. Foucault (2006) comenta como seria realizada a exclusão desses grupos: “O fato de expor pessoas à morte, de multiplicar para elas o risco de morte, ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a exclusão, etc.” (FOUCAULT, 2006, p. 273).

Tratando da sociedade brasileira, em que há o passado marcado pelos 338 anos de escravidão negra e, atualmente, sofre com a intolerância racial pela própria sociedade, nota-se que, ainda que os brasileiros negros não sejam escravizados como eram entre os séculos XVI e XIX, os mesmos sofrem com a violência de depuração empregada pela Necropolítica, já que a todo instante ocorrem violações que buscam ferir os corpos negros.

O autor Abdias do Nascimento em seu livro “O genocídio do povo negro” relata que “a tentativa de branqueamento da raça foi uma estratégia de genocídio contra a população negra que era maioria” (NASCIMENTO, 1978). Assim, também pode ser averiguado que sempre estiveram presentes as tentativas de silenciar vozes negras, desde o suposto fim da escravidão no país, até os dias atuais. A exemplo, tem-se relatos da política eugenista de branqueamento social, entre os anos 30-40, em que a seleção de imigrantes europeus, por possuírem “sangue superior”, eram trazidos ao Brasil para miscigenar o povo de “sangue negro”, a fim de que fosse sobreposto pelo “sangue branco”. O autor prossegue: “esta política de embranquecer a população estruturava-se de forma a limitar de qualquer modo o crescimento da população negra” (NASCIMENTO, 1978).

Em um momento mais atual, o genocídio negro ocorre todos os dias no Brasil, ao momento em que cotidianamente são registrados homicídios ao redor do país. O Atlas de Violência 2021 relatou que, durante o ano de 2019, os negros, sendo eles a soma entre pretos e pardos, como são classificados pelo IBGE, representaram 77% das vítimas de homicídios. Nota-se, então, que a probabilidade de um negro ser morto é superior à de um não negro, tendo 2,6 vezes mais chances de ser assassinado. Ao frisar as mortes de mulheres também negras, observa-se que equivalem a 66% dos assassinatos, tendo 2,5 vezes mais chances de serem mortas.

A diretora-executiva do Fórum Brasileiro de Segurança Pública e coordenadora do Atlas de Violência, Samira Bueno, afirma:

Isso é nosso legado, fruto de uma nação racista, escravocrata, e que relegou a população negra às piores condições de vida, aos piores absurdos do ponto de vista de discriminação, e que se refletem até hoje quando a gente fala dos indicadores de educação, quando a gente fala dos indicadores de mercado de trabalho e que talvez ainda mais visíveis quando a gente está falando dos índices de violência (BUENO, 2021).

O posicionamento de Bueno reflete as críticas elaboradas por Mbembe, a respeito da Necropolítica. Para que fosse alterada a discriminação que ocorre por todo o País, é necessário

reinventar-se desde o princípio. Porventura, o Estado não pretende melhorar a educação das classes desfavorecidas, pois concomitantemente implica em arriscar perder o controle sobre o poder exercido.

Entende-se que, ainda que uma parte da sociedade lute com movimentos em prol da vida negra, a exemplo do “Black Lives Matter”², há uma outra parte da sociedade que contribui para a marginalização do povo negro. Por essa e outras razões, o povo negligenciado pode encontrar no caminho das drogas uma oportunidade de sobrevivência.

3.1. A MÁSCARA A PARTIR DA “GUERRA ÀS DROGAS”

A Lei nº 11.343/2006, conhecida como “Lei de Drogas”, segue sendo uma das responsáveis pelo acréscimo exacerbado da população carcerária nas prisões brasileiras, desde o instante em que entrou em vigor — outubro de 2006.

O Brasil se posicionou contra quaisquer substâncias entorpecentes — cocaína, maconha, ecstasy, etc. —, que gere vício e dependência, porém, isso não impede que alguns indivíduos façam o uso e negociem para que outras pessoas também o façam. Assim, como apresentado do escopo desse trabalho, observa-se que a política da “Guerra às Drogas” cria uma conduta indesejada, articulando que a droga é prejudicial à vida e à sociedade em sua totalidade, para punir, na verdade, pessoas indesejadas.

As drogas podem ser encontradas sob a posse de qualquer indivíduo, e é notório que o vício em substâncias entorpecentes das mais diversas se apresenta como uma problemática generalizada no País. O Estado, na figura das corporações de polícia, comumente direciona o olhar acusador e coloca sob o foco enquanto “inimigos de guerra” aqueles indivíduos das camadas mais pobres. Novamente, aqui evidencia-se o caráter deprimido e o luto das massas diante do poder que o submete violentamente, quando já não busca se defender do ataque policial. Assim sendo, Karam (2015) afirma:

Os ‘inimigos’ nessa guerra são os pobres, os marginalizados, os negros, os desprovidos de poder, como os vendedores de drogas do varejo das favelas do Rio de Janeiro, demonizados como ‘traficantes’, ou aqueles que a eles se assemelham, pela cor da pele, pelas mesmas condições de pobreza e marginalização, pelo local de moradia que, conforme o paradigma bélico, não deve ser policiado como os demais locais de moradia, mas sim militarmente ‘conquistado’ e ocupado (KARAM, 2015, p. 36-37).

Ocorre que a “guerra às drogas” pode não se tratar, de fato, de um combate contra as drogas, mas de um preceito para aniquilar aqueles indivíduos que são vistos como “não contribuintes” para o desenvolvimento da sociedade e, portanto, são descartáveis, como visto na canção “A Carne” (2002), interpretada por Elza Soares e composta por Seu Jorge, Marcelo Yuca e Wilson

²O “Black Lives Matter” ou, traduzido para o português, “Vidas Negras Importam”, é um importante movimento ativista internacional que faz campanha contra a violência negra.

Capellette. Segue trecho:

[...] A carne mais barata do mercado é a carne negra
A carne mais barata do mercado é a carne negra
A carne mais barata do mercado é a carne negra
A carne mais barata do mercado é a carne negra
Só-só cego não vê
Que vai de graça pro presídio
E para debaixo do plástico
E vai de graça pro subemprego
E pros hospitais psiquiátricos [...]
Que fez e faz história
Segurando esse país no braço, meu irmão
O cabra que não se sente revoltado
Porque o revólver já está engatilhado
E o vingador eleito
Mas muito bem intencionado [...] (PORTAL LETRAS, 2002, online).

Nota-se, pela canção, que o negro é, a todo instante, marginalizado. Dessa forma, os brasileiros, tanto negros quanto brancos, apenas por estarem vivendo num país capitalista, estão sujeitos a dinâmicas desiguais, visto que apenas uma parcela está sujeita a sofrer consequências piores que o esquecimento, apesar da suposta busca pelo bem-estar social.

Ainda que seja mais simples culpar os policiais nas situações de cumprimento da Necropolítica brasileira, estes estão seguindo as ordens que lhes foram passadas. Isso, porém, não deve ser justificativa para os frequentes casos em que usam de extrema violência e do abuso de poder, nas ocorrências e fora delas, visto que é dever do servidor público — representante do Estado — prezar pela cautela e bem estar dos cidadãos em geral.

Importante ressaltar que a Necropolítica e o genocídio brasileiro, incoerentes com o discurso democrático oficial, desconforme para com os compromissos assumidos internacionalmente com os Direitos Humanos e contraditório com o próprio artigo 5º da Constituição Federal (1988) — que afirma que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada — precisa de uma justificativa maquiadora para apaziguar os mais esclarecidos e afastar olhares desconfiados. Disso decorre a centralidade, e mesmo o sensacionalismo, em torno da “guerra às drogas” — que pode ser também chamada de “guerra contra os negros” —, criando a narrativa bélica do confronto direto em que a morte parece inevitável e justificável. Em última instância, fabrica-se uma realidade em que a pena de morte é “legalizada”.

3.2. O PACOTE ANTICRIME E SUA “LICENÇA” PARA MATAR

A Lei nº 13.964, conhecida como Pacote Anticrime, foi sancionada no final do ano de 2019 pelo Presidente da República. Dentre as diversas mudanças nos Códigos Penal e Processual Penal, destaca-se a alteração redundante feita no artigo 25 do Código Penal que disciplina uma das

excludentes da ilicitude³. Todavia, antes de adentrar na discussão sobre a legítima defesa dos agentes de segurança pública, vale analisar o conteúdo desse dispositivo legal.

O próprio Código Penal (1940) se preocupou em nos fornecer o conceito de legítima defesa, definindo-a como a reação com os meios necessários e moderados a uma agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Desta forma, entende-se por legítima defesa o ato de se defender de uma agressão injusta, visando proteger-se. Sobre isso, Guilherme de Souza Nucci declara que:

Trata-se do mais tradicional exemplo de justificação para a prática de fatos típicos. Por isso, sempre foi acolhida, ao longo dos tempos, em inúmeros ordenamentos jurídicos, desde o direito romano, passando direito canônico, até chegar à legislação moderna. Valendo-se da legítima defesa, o indivíduo consegue repelir agressões indevidas a direito seu ou de outrem, substituindo a atuação da sociedade ou do Estado, que não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, através de seus agentes. A ordem jurídica precisa ser mantida, cabendo ao particular assegurá-la de modo eficiente e dinâmico (NUCCI, p. 213, 2016).

Ademais, destrinchando o artigo 25 do Código Penal, encontramos os seguintes critérios para que seja considerada a legítima defesa: a) o cidadão pode usar qualquer meio necessário que esteja a sua disposição para afastar a agressão; b) a injusta agressão sofrida deve ser atual ou iminente; c) a defesa deve ser proporcional à agressão sofrida; e d) a legítima defesa é válida para proteger tanto a si mesmo quanto a terceiros. Portanto, a ação só é afastada da ilicitude se cumprir com todos esses requisitos.

A partir dessa compreensão, é preciso observar a verdadeira essência do parágrafo único inaugurado no pacote anticrime, que acrescentou o seguinte texto:

Observados os requisitos previstos no *caput* deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes (BRASIL, 1940, Art. 25).

Uma primeira análise permite inferir que esse parágrafo é vazio de conteúdo e significado, visto que o artigo 25, em seu *caput*, já cumpria com a função de afastar a ilicitude em casos de intervenções policiais que fossem comprovadas a legítima defesa. Em segundo lugar, os termos indeterminados desta lei deixam margem para diversas interpretações que estão longe de ser imparciais. Ademais, pode-se compreender que é possível que para ocorresse essa mudança, foi necessário a flexibilização do afastamento da ilicitude nos casos de condutas policiais violentas.

³A ilicitude se refere ao que é ilícito, ilegal. O Princípio da Ilicidade diz que todo fato tipificado no Código Penal é ilícito. Todavia, existem situações e circunstâncias que afastam a ilegalidade de um comportamento/ação, como por exemplo, a legítima defesa.

O que acontece, na verdade, é que o cenário político brasileiro se tornou um terreno fértil para a promoção da Necropolítica, em que os agentes de segurança pública atuam executando de forma legítima penas de morte e torturas.

Nesse sentido, discute-se a importante função da polícia enquanto instituição genocida do Estado, uma vez que essa cultura policial de extermínio certamente possui alvo específico: a juventude preta e periférica. Assim se fundamenta o direito usado pelo Estado para ditar “quem pode viver e quem deve morrer” (MBEMBE, 2016). Sendo assim, complementa-se o estudo a respeito da Necropolítica estabelecido por Juliana Martins (2019), ao pontuar que:

O direito de matar está estreitamente relacionado às ‘relações de inimizade’, elegendo de forma ficcional grupos inimigos. Percebemos que esse mecanismo foi o primeiro a operar no governo bolsonarista que elegeu os povos indígenas para essa categoria, colocando-os como aqueles que impossibilitam o ‘progresso’. Os que devem viver e os que devem morrer são selecionados segundo grupos biológicos, apresentando o racismo como sua máxima expressão (MARTINS, 2019, p. 369).

Partindo dessa observação, pode-se afirmar que o governo de Bolsonaro elegeu não somente os indígenas como os inimigos da sociedade, mas também o povo negro. Isso porque, como foi dito anteriormente, na dissimulada guerra anticrimes, o verdadeiro objetivo é extinguir aqueles que são dispensáveis ao progresso econômico do país. Por isso se faz tão importante a criminalização de corpos e a descriminalização do homicídio quando praticado pelos órgãos de controle social.

Além do que aqui já foi apresentado, nota-se que essa mesma Lei promoveu uma alteração que se refere ao limite de execução das penas, aumentando-o de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos. Tratando-se, indiscutivelmente, de uma *novatio legis in pejus*, não podendo retroagir aos infratores que cometeram crimes anteriores à sua vigência.

Neste ponto, vale lembrar que o limite de penas se encarrega da função de estabelecer um limite legal para seu cumprimento, em vista da cláusula pétrea constitucional de vedação às penas de caráter perpétuo, art. 5.º, XLVII, “b”, CF/88.

A falsa função de ressocialização do apenado é aqui substituída pela exclusiva necessidade de apartar e punir os indivíduos indesejáveis. Ora, se essa função ressocializadora da pena fosse verdadeiramente eficaz, não teria que ser discutido o seu aumento e rigor. Essencialmente, é uma tentativa de promover, ainda mais, o isolamento social do grupo seletivo que não satisfaz aos ditames do Mercado, pois são os negros e pobres que ocupam estes espaços de punição e reclusão.

Aliás, essas medidas de caráter extremamente punitivista não refletem o que se espera do Direito Penal num Estado Democrático de Direito, pois seguem na contramão dos princípios

constitucionais, inclusive no tocante aos Direitos Humanos, vez que ampliam a incidência do *jus puniendi* estatal e caracterizam um enorme retrocesso.

É preciso notar ainda, que esse poder sobre os corpos negros também foi patrocinado por um clamor popular, que acredita estar defendendo a promoção da justiça criminal no Brasil, mas, na realidade, está agindo no mesmo plano do governo de viés Necropolítico. No entanto, o imaginário dessas pessoas é fortemente influenciado pelo plano de fundo ideológico racista, como bem observa a autora Juliana Borges (2019):

O Estado no Brasil é o que formula, corrobora e aplica um discurso e políticas de que negros são indivíduos pelos quais deve se nutrir medo e, portanto, sujeitos à repressão. A sociedade, imbuída de medo por esse discurso e pano de fundo ideológico, corrobora e incentiva a violência, a tortura, as prisões e o genocídio. [...] Esse poder sobre corpos negros é exercido em diversas esferas. Seja na total ausência de políticas cidadãs e de direitos, como falta de saneamento básico, saúde integral e empregos dignos; seja pelo caráter simbólico de representação do negro na sociedade como violento, lascivo e agressivo, alimentando medo e desconfiança e culminando [...] até as mortes físicas, que se estabelecem por violência, torturas, encarceramento e mortes (BORGES, 2019, p. 41-42).

Em síntese, todo esse recrudescimento penal promovido pelo pacote anticrime e pela “guerra às drogas” foi amparado em um discurso racista, falacioso, ideológico, conservador e neoliberal que exigia uma maior repressão aos supostos criminosos. Assim, esses sistemas atuam, de fato, como legitimadores de ações violentas da polícia para que seja posta em prática a Necropolítica. Como consequência, tem-se o genocídio de uma grande parcela da população negra, afinal, “bandido bom é bandido morto”, ou melhor: “negro bom é negro morto”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A manutenção da sociedade capitalista se dá através do controle social. Esse mecanismo adotado pelo Estado brasileiro tem como finalidade principal o genocídio da população negra, uma vez que esses são os “inimigos” da ordem e do progresso. Nessa lógica, é o racismo que atua articulando o imaginário social e a consciência estatal, a qual determina quem merece viver e quem tem de morrer. Por isso mesmo, tanto a Biopolítica quanto o Biopoder estão diretamente relacionados às políticas de criminalização das drogas e do recrudescimento penal.

Isso ocorre porque, de maneira reversa, a Biopolítica, que deveria promover a vida, tem sido praticada para o encarceramento e morte em massa, principalmente devido à guerra contra o crime, sobretudo, ao crime de uso/tráfico de drogas. Em função disso, e firmados na licença para matar fundamentada no pacote anticrime, o setor de Segurança Pública tem justificado a morte de milhares de jovens socialmente marginalizados.

Apesar da crítica direcionada ao governo bolsonarista, vale ressaltar que esse extermínio existe

desde o período colonial, com semelhantes justificativas da criminalização de condutas a fim de incriminar o corpo negro e legitimar sua morte. Afinal de contas, o que foi a proibição da prática da Capoeira no Código Penal de 1890? E o que falar da criminalização da maconha — muito utilizada nos rituais negros — nos anos 30? E o aumento da repressão policial nos anos 2000 a partir das guerras às drogas — que neste artigo foi discutida? A resposta é clara: O Estado brasileiro sempre buscou vincular a delinquência ao negro, àquele que está contra a lei, contra o seu soberano, contra o desenvolvimento social, contra à sociedade, por isso deve ser repellido e eliminado.

Diante desse cenário, é possível avaliar que existe um profundo desequilíbrio na aplicação das penas, pois aos ricos é quase sempre garantida a impunidade, enquanto para os negros/pobres a punição é a mais cruel possível. Nesse sentido, vale lembrar que é o Sistema Penal responsável pelo processo seletivo de criminalização e condenação dos corpos. Isto posto, é possível inferir que essa instituição de poder funciona aliada à Necropolítica, empreendendo a morte física, social e cultural daqueles cuja vida não possui valor algum, até porque “a carne mais barata do mercado é a carne negra”⁴.

Em relação a isso, cabe a denúncia da preocupante violação de direitos e princípios garantidos pela Constituição Federal de 1988. Nesse caso, são relativizados e mitigados, principalmente, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Aliás, é assegurado nesse texto legal que não haverá tortura ou pena de morte, nem mesmo tratamentos cruéis e degradantes, mas a realidade brasileira retratada nesse artigo evidencia que o próprio Estado não o observa e assegura. Consequentemente, a Democracia se encontra cada dia mais ameaçada, já que estão sendo reforçadas as políticas que produzem notáveis desigualdades sociais e desrespeitam os Direitos Humanos, bem como a inobservância dos avanços político-sociais já assegurados normativamente.

Na contramão desse sistema, está a resistência negra, que fortemente tem atuado na luta contra o racismo e todos os seus desdobramentos. Aqui, destaca-se a relevante atuação do movimento negro, que faz o importante trabalho de delatar as violações aos seus direitos e reivindicá-los. Atua ainda na valorização da identidade desse grupo, buscando superar os estigmas sociais e demonstrando a força da voz que vem dos morros. Portanto, é preciso dar a eles ouvidos e total apoio, para que a comunidade negra possa tomar o que é seu por direito: sua própria vida, sua dignidade, seu orgulho, sua cidadania e sua liberdade.

Com intervenções de cunho denunciante e com a exposição desse massacre empreendido pelo Estado, o artigo busca gerar nos leitores a indignação frente ao intolerável absurdo presente no dia a dia das pessoas negras na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

BORGES, Juliana. **Encarceramento em Massa**. São Paulo: Pólen Feminismos Plurais, 2019. 110 p.

⁴SOARES, Elza. *A Carne*. 2002. Maianga: São Paulo.

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

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

DUARTE, André. Sobre a biopolítica: de Foucault ao século XXI. **Revista Cinética**, [S. l.], v. 1, p. 1-16, 7 jun. 2008.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: O Sistema Penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro**. 2006. 145 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FOUCAULT, Michel. **É preciso defender a sociedade**. Curso do Collège de France (1975-1976). Tradução de Carlos Correia M. de Oliveira. Lisboa: Livros, Brasil, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**: Curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008b.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13ª. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal Ltda, 1988.

IPEA. **Atlas da Violência: 2021**. PDF. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf>. Acesso em: 04 de dezembro de 2021

KARAN, Maria Lucia. **Violência, militarização e 'guerra às drogas'**. In: KUCINSKI, Bernardo [et al], (org.). **Bala Perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para a sua superação**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2015.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte**. São Paulo: n-1 edições, 2016.

MENDIOLA, Ignacio. **De la biopolítica a la necropolítica: la vida expuesta a la muerte**. Eikasia: revista de filosofía, ISSN 1885-5679, N°. Extra 75, 2017 (Ejemplar dedicado a: Filosofía y política), págs. 219-248.

NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro. Processo de um Racismo Mascarado**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1978.

NEGRIS, Adriano. **Entre Biopolítica e Necropolítica: uma questão de poder**. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ltaca/article/view/31835>. Acesso em: 02 de dezembro de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal** – 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Juliana Martins. A teoria da necropolítica e a colonialidade no Brasil contemporâneo. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, ano 25, n. 55, p. 367-371, 1 set. 2019.

SOARES, Elza. **A Carne**. Portal Letras. Disponível em: <https://www.lettras.mus.br/elza-soares/281242/>. Acesso em: 6 de dezembro de 2021.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ASSIS, Luana Rambo. O Controle Social Penal e a produção da vida nua no sistema carcerário brasileiro: O viés biopolítico da seletividade e da imposição do medo do Direito Penal no Brasil. **Revista Científica Internacional**, [S. l.], v. 11, n. 2, p. 169-191, 4 jan. 2016.

REGULAMENTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS E A PRÁTICA DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

REGULATION OF CRYPTOCURRENCIES AND THE PRACTICE OF THE CRIME OF MONEY LAUNDERING

Emily Catarina Andrade dos Santos

Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Nathália de Souza Queiroz

Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Paulo Henrique Tavares da Silva

Juiz do Trabalho Titular da 5ª Vara de João Pessoa.

Professor universitário, Doutor e Mestre pela UFPB.

Resumo: A pesquisa pretende avaliar se a falta de regulamentação brasileira concernente ao uso das criptomoedas, principalmente o *bitcoin*, influencia na prática do crime de lavagem de dinheiro. O estudo se justifica porque as criptomoedas são um tema recente que tem ganhado destaque no âmbito internacional e no nacional, considerando o seu uso recorrente em investimentos e transações financeiras, como pagamentos e transferências de crédito. Essas moedas virtuais possuem como uma das suas características o anonimato, visto que concede ao usuário das operações financeiras segredo com relação à sua identidade, o que as configura como uma maneira atraente para ludibriar a fiscalização pública referente à transferência de capital. Nesse sentido, há crimes de lavagem de capitais que utilizam como instrumento as criptomoedas. O artigo utiliza na metodologia da abordagem os métodos hermenêutico, sendo a interpretação da lei um norte orientador da pesquisa, e hipotético-dedutivo, posto que foi estabelecida uma hipótese a ser testada no decorrer do texto. Ainda, aplicam-se as técnicas de pesquisa documental, utilizando documentos oficiais, e, também, a bibliográfica, apresentando conceitos e explicações da legislação pátria, de doutrinas e de outras pesquisas científicas. Com o uso dos referidos métodos, chegou-se ao resultado de que a falta de regulamentação das criptomoedas, especialmente dos *bitcoins*, facilita a prática do crime de lavagem de dinheiro.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Criptomoedas. *Bitcoin*. Lavagem de dinheiro.

Abstract: This research intends to evaluate if the lack of brazilian regulation concerning the use of cryptocurrencies, mainly bitcoin, influences the practice of the crime of money laundering. This study justifies itself because cryptocurrencies are a recent theme which has started to be highlighted in the national and international scope, considering its recurring use in

investments and financial transactions, such as payments and credit transferences. These virtual currencies have as one of their characteristics the anonymization, since it grants to the financial operations' users secret relating to their identities, which configures them as an attractive way to deceive the public fiscalization referring to the capital transference. In this way, there are capital laundering crimes that use cryptocurrencies as instrument. The article uses in its approach methodology the hermeneutic method, being the law interpretation a guide which orientates the research, and the hypothetical deductive method, since it was established a hypothesis to be tested in the recurring of the text. Furthermore, there was applied documentary research, using official documents, and also bibliographic research, presenting concepts and explanations from the homeland legislation, doctrine and other scientific researches. Using these methods, there was achieved the result that the lack of regulation of cryptocurrencies, specially bitcoins, facilitates the practice of the crime of money laundering.

Keywords: Economic Criminal Law. Cryptocurrencies. Bitcoin. Money laundering.

Sumário: 1. Introdução – 2. Conceito de Criptomoedas: 2.1 Breve contexto histórico; 2.2 Natureza Jurídica; 2.3 Características e funcionamento das criptomoedas; 2.4 Benefícios do uso dos *bitcoins*; 2.5 Desafios da utilização dos *bitcoins* – 3. *Bitcoins* como objeto do crime de lavagem de dinheiro: 3.1 Contexto histórico da lavagem de dinheiro; 3.2 Conceito de lavagem de dinheiro; 3.3 *Bitcoins* e as fases da lavagem de capitais – 4. Influência da falta de regulamentação das criptomoedas na lavagem de dinheiro – 5. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

As criptomoedas são um tema que vêm apresentando maior destaque no mercado internacional e no nacional, devido às suas características inovadoras e à praticidade na realização de transações com essas moedas virtuais, como os *bitcoins* e o *ethereum*. Entretanto, ao mesmo tempo em que são fontes de lucratividade nas operações financeiras, também vêm sendo alvos de preocupações, tendo em vista as modalidades criminosas que com elas podem ser praticadas e o fato de o Brasil ainda carecer de regulamentação a respeito do uso das criptomoedas.

Dentre todos os delitos que podem ser cometidos com as moedas virtuais, como o estelionato, a sonegação fiscal e os esquemas de pirâmide financeira, por exemplo, o escolhido como foco deste artigo é a lavagem de dinheiro, inserida na abrangente área de Direito Penal Econômico. O tema é, portanto, a regulamentação das criptomoedas e a prática do crime de lavagem de dinheiro no Brasil.

O problema de pesquisa orientador do texto é a seguinte pergunta: a falta de normatização brasileira do uso das criptomoedas influencia na execução do crime de lavagem de dinheiro? A hipótese que responde ao referido problema de pesquisa, a ser confirmada ou não no

decorrer do trabalho acadêmico, é a de que a ausência de normas regulamentadoras acerca das criptomoedas facilita o seu uso no crime de lavagem de dinheiro.

O objetivo geral deste trabalho é pesquisar se a falta de legislação do uso das criptomoedas propicia a maior prática do crime de lavagem de dinheiro. Os objetivos específicos que guiarão a divisão e a melhor organização do texto são, inicialmente, esclarecer o conceito e o funcionamento das criptomoedas, principalmente dos *bitcoins*; analisar, posteriormente, a ocorrência do crime de lavagem de dinheiro no Brasil, utilizando-as como instrumento; e, por fim, diante das elucidações realizadas, investigar a influência da falta de regulamentação das criptomoedas, sobretudo dos *bitcoins*, na prática do crime de lavagem de dinheiro.

A pesquisa a ser realizada é de suma importância, porque as criptomoedas são um tema ainda recente que tem ganhado maior significatividade, devido ao seu uso recorrente em investimentos e transações financeiras, como pagamentos e transferências de crédito. Por esse ser um território ainda pouco explorado no ramo da pesquisa científica, este artigo almeja contribuir com o melhor entendimento acerca do seu funcionamento e, principalmente, o da ocorrência da modalidade criminosa lavagem de dinheiro, a qual, como já foi afirmado, pode ser praticada com as moedas virtuais como instrumento, utilizando-as de forma ilícita, o que aumenta a imprescindibilidade da realização de esclarecimentos na presente pesquisa, tendo-se em vista a relevância do crime na área de Direito Penal Econômico. Além disso, também é fundamental debatê-lo, na medida em que a falta de regulamentação das criptomoedas e o seu uso para fins ilícitos afetam todos os usuários das moedas virtuais.

A metodologia utilizada na elaboração do artigo pode ser dividida em dois tipos de métodos: os de abordagem e os de pesquisa. No primeiro caso, foram utilizados os métodos hermenêutico, sendo a interpretação da lei um norte orientador do desenvolvimento da pesquisa, e o hipotético-dedutivo, posto que foi estabelecida uma hipótese, a ser confirmada ou refutada no decorrer do trabalho, que a testará, portanto. No segundo, por sua vez, os métodos de pesquisa usados são o documental, utilizando como base documentos oficiais, como as leis, e o bibliográfico, devido ao uso de artigos científicos, dissertação de mestrado e monografias, por exemplo, como fontes de pesquisa.

Com relação à organização do artigo, ele é dividido em seções, cujas abordagens correspondem aos objetivos específicos mencionados. A primeira, nesse sentido, objetiva fornecer ao leitor um entendimento acerca da história das criptomoedas, funcionamento, definição, natureza jurídica, alguns desafios em relação ao seu uso e os principais benefícios, além de explicar as suas principais características, voltando-se sempre de forma mais específica para os *bitcoins*. O segundo, por sua vez, aborda o histórico da lavagem de dinheiro, o seu conceito e busca esclarecer quais as características das fases que compõem esse crime, especialmente quando é exercido com o uso de *bitcoins* como instrumento. O terceiro, por fim, fala na influência da falta de regulação do uso dessas moedas na execução do referido crime, mencionando como alguns dos aspectos dos *bitcoins*, por não serem regulamentados, podem viabilizar a maior facilidade do exercício do delito.

2. CONCEITO DE CRIPTOMOEDAS

O meio virtual vem apresentando, na sociedade moderna, maior representatividade na forma como as pessoas realizam as suas compras, relacionam-se, trabalham e estudam. No mercado financeiro, o impacto das mudanças acarretadas pelo advento e popularização da internet não poderia inexistir, surgindo, nesse novo cenário, a moeda virtual ou criptomoeda. Ela é “um ativo digital denominado na própria unidade de conta que é emitido e transacionado de modo descentralizado, independente de registro ou validação por parte de intermediários centrais, com validade e integridade de dados assegurada por tecnologia criptográfica e de consenso em rede” (STELLA, 2017).

Nesse conceito, pode-se afirmar que, por ser um ativo digital, as criptomoedas, dentre elas o *bitcoins*, que será foco de abordagem do artigo, não possui, então, existência física, sendo a sua existência virtual garantida pela criptografia, tanto na sua criação por parte dos “mineradores” quanto nas transferências com elas realizadas pelos seus usuários. Importante mencionar, também, que, dentro da sua virtualidade, é um software de código aberto, disponível gratuitamente para qualquer pessoa (TELLES, 2018). Tais características, assim como outras, serão abordadas de maneira mais abrangente nas subseções seguintes.

2.1. BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

O Sistema *Bitcoin* foi criado pelo programador conhecido como Satoshi Nakamoto, que pode ser uma pessoa ou um grupo de indivíduos, pois se acredita que é um pseudônimo, simultaneamente com a tecnologia *Blockchain*, sendo ambas tornadas públicas com a divulgação do artigo “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Eletronic Cash System*”, em 2008. Esse texto explica as ideias centrais do seu projeto e do funcionamento da *Blockchain* e do uso de criptomoedas (TELLES, 2018).

Na época em que houve o seu surgimento, estava havendo uma crise financeira internacional, logo após o colapso do banco Lehman Brothers, momento no qual a confiança das pessoas no sistema financeiro estava abalada, não havendo, entretanto, provas de que a divulgação do citado artigo, nesse período, tenha sido proposital. Além disso, a sua criação também está associada ao movimento “Cyberpunk”, no qual se pregava especialmente o uso da criptografia como uma forma de mudança social e política, que assegure a proteção da privacidade e a liberdade pessoal (TELLES, 2018).

2.2. NATUREZA JURÍDICA

Uma importante diferenciação (STELLA, 2017) a ser explicitada na pesquisa, a fim de haver uma maior compreensão acerca do conceito de criptomoedas é entre o conjunto de moedas virtuais do qual as criptomoedas fazem parte, os saldos em contas de pagamento, que incluem depósitos e dinheiro eletrônico, e valores como os títulos de crédito e os mobiliários escriturais. Todas essas representações digitais de valor podem ser consideradas ativos digitais.

No grupo das moedas virtuais, somam-se às criptomoedas as moedas de jogos eletrônicos e os pontos de programas de fidelidade, por exemplo, que não estão vinculados ao preço de nenhum bem ou direito externo ao arranjo (STELLA, 2017). Algumas das principais características que distinguem as criptomoedas das outras moedas virtuais, dos títulos de crédito e dos valores mobiliários são a descentralização do registro, a criptografia aplicada e uma rede distribuída dos registros.

Para o esclarecimento da impossibilidade de as criptomoedas serem consideradas moedas eletrônicas, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, é importante citar que estas são conceituadas como “recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento”, pela Lei nº 12.865/2013. Nesse sentido, o Comunicado nº 31.379, de 16.11.2017, emitido pelo Banco do Brasil, esclarece que as moedas virtuais diferenciam-se das eletrônicas, não apenas pela sua definição, mas também por serem referenciadas em reais, enquanto as criptomoedas não o são em nenhuma moeda, como se pode perceber no seguinte excerto:

A denominada moeda virtual não se confunde com a definição de moeda eletrônica de que trata a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, e sua regulamentação por meio de atos normativos editados pelo Banco Central do Brasil, conforme diretrizes do Conselho Monetário Nacional. Nos termos da definição constante nesse arcabouço regulatório consideram-se moeda eletrônica “os recursos em reais armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento”. Moeda eletrônica, portanto, é um modo de expressão de créditos denominados em reais. Por sua vez, as chamadas moedas virtuais não são referenciadas em reais ou em outras moedas estabelecidas por governos soberanos.

Também, as criptomoedas diferenciam-se dos títulos de crédito e dos valores mobiliários, porque estes possuem lastro em direito externo. Como se pode perceber no seguinte trecho:

No caso de títulos de crédito escriturais, apesar de toda a abstração, seus valores, além de serem denominados em reais, representam uma obrigação pecuniária devida pelo sacado ao beneficiário. Os valores mobiliários, por sua vez, representam direitos que o portador possui perante uma sociedade (STELLA, 2017, p. 160).

Por fim, é fundamental mencionar que as criptomoedas também não podem ser consideradas moedas do ponto de vista jurídico, pois, conforme os dispositivos legais brasileiros, como a Lei nº 9.069/95, por exemplo, o Real é a única moeda válida no território nacional, o que é notável no *caput* do seguinte artigo: “art. 1º A partir de 1º de julho de 1994, a unidade do Sistema Monetário Nacional passa a ser o real (art. 2º da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994), que terá curso legal em todo o território nacional”.

As notas e moedas em reais, portanto, são os únicos meios de pagamento com curso legal no

Brasil e com poder liberatório. Isso significa que é obrigatória a aceitação do real pelo seu valor nominal e apenas ela pode liberar o devedor se sua obrigação de fazer prestação pecuniária (TELLES, 2018). A legislação brasileira não reconhece, então, as criptomoedas, que são emitidas por partes privadas, como moeda em seu sentido jurídico, pois, como afirma a Constituição Federal do Brasil, apenas o Estado detém monopólio sobre a moeda, conforme o seu artigo 21, inciso VII.

2.3. CARACTERÍSTICAS E FUNCIONAMENTO DAS CRIPTOMOEDAS

Dentre as principais criptomoedas presentes na economia nacional, destacam-se os *bitcoins* ou BTCs, que são os ativos mais adquiridos pelos brasileiros e serão o foco de abordagem da pesquisa. A criptografia nessa moeda virtual facilita o pagamento instantâneo sem a necessidade de instituições intermediárias, como o Banco Central, para realizá-lo, sendo essa descentralização um dos pilares da rede de criptomoedas, junto com a confiança, a criptografia ou o anonimato e a globalidade. Não há, então, intervenção estatal para seu uso ou de qualquer Governo ou autoridade monetária para a sua circulação, sendo gerenciada pelos próprios usuários (PEREIRA, 2020). Ela possibilita, também, que eles possuam gratuidade das operações efetuadas (ANDRADE, 2017).

As transações com as moedas virtuais são realizadas em uma rede de internet criptografada, com o uso da tecnologia P2P (“*peer to peer*”) que, em português, significa “ponto a ponto”, isto é, marcada pela ausência de intermediários. Diante da inexistência de empresas ou autoridades centrais, a distribuição de dados ocorre através de inúmeros computadores conectados simultaneamente à internet, sendo essa tecnologia denominada *blockchain* ou “cadeia em blocos”, que viabilizam a movimentação (PEREIRA, 2020). Nela, todas as transações realizadas são registradas, sendo uma espécie de livro-razão público e distribuído, definido como um grande banco de dados público, para garantir que os mesmos *bitcoins* não tenham sido previamente gastos.

Nesse contexto, torna-se notório o significado do pilar de confiança mencionado anteriormente, tendo-se em vista o fato de que os usuários da rede *blockchain* podem estar certos da veracidade das informações contidas nos blocos, já que esses dados ficam permanentemente registrados, além de serem verificados e visíveis a todos os interessados (PEREIRA, 2020). É notável, também, a globalidade mencionada, posto que usuários do mundo inteiro podem realizar transações utilizando moedas virtuais e visualizar os seus registros.

As operações com *bitcoins* são verificadas por meio da criptografia de chave pública. A cada usuário são atribuídas duas chaves, uma pública e uma privada. A primeira é por ele mantida em segredo, como se fosse uma senha, enquanto a segunda é pública, de modo que pode ser compartilhada com qualquer outro usuário (ULRICH, 2014). Ao realizar uma transferência, é criada uma mensagem assinada com a chave privada de quem a enviou e que contém a pública de quem a receberá.

Todas as transações autênticas podem ser verificadas ao se conferir a chave pública de quem realiza a troca, de modo que cada uma delas estará presente em um “bloco” da *blockchain* (ULRICH, 2014). Devido à descentralização e à sua ausência de um intermediário que crie os *bitcoins* e verifique as transações, o funcionamento dessa rede é dependente dos “mineradores”. Eles fornecem a força computacional necessária para que os registros e as reconciliações ocorram.

Os “mineradores”, portanto, são pessoas que exercem um papel fundamental para que a rede *blockchain* consiga funcionar sem a existência de autoridades centrais que a controlem. Eles são recompensados pelas funções realizadas, já que se trata de um trabalho, com *bitcoins* recém-criados e com taxas de serviço, também nessa moeda (ULRICH, 2014).

Além da forma como as criptomoedas são formadas; e as transações, controladas e verificadas, também é fundamental compreender o significado do anonimato, um dos pilares da rede de criptomoedas, proporcionado pelo uso dessas moedas virtuais e as suas implicações. Fernando Ulrich (2014, p. 21) realiza uma importante diferenciação entre anonimato e pseudônimo.

Para o mencionado economista, o uso de *bitcoins* “não garante o anonimato, mas permite o uso de pseudônimo” (ULRICH, 2014), na medida em que as chaves públicas registradas no *blockchain* não são vinculadas a identidade de ninguém, permitindo a realização de transferências sem a revelação das identidades dos usuários envolvidos na relação. Entretanto, se a identidade de alguém estiver associada a uma chave pública, pode-se facilmente ver todas as transações relacionadas a essa chave, já que elas ficam permanentemente registradas na *blockchain*. Dessa forma, o anonimato não é garantido, apesar da privacidade das transferências realizadas ainda ser maior do que nos serviços financeiros tradicionais.

Além das já mencionadas características de confiança, criptografia, globalidade e descentralização, Stella (2017, p. 161) acrescenta a esse rol a transmissão escritural, a fungibilidade e a divisibilidade. A primeira é marcada pela transferência de propriedade mediante registro público, que é o seu livro razão distribuído, o qual, como já foi mencionado, depende da confiança e do consentimento de todas as partes que compõem a rede, permitindo o seu acesso a cada transação ocorrida.

A segunda, por sua vez, significa que essas moedas virtuais são determinadas por seu gênero, de modo que uma unidade não vale mais do que a outra, não sendo caracterizadas pela insubstituibilidade característica dos bens infungíveis. A terceira, por fim, pode ser traduzida no fato de que as unidades de criptomoedas podem ser divididas em partes menores, como o *bitcoin*, que é divisível até a centésima milionésima parte, assim como o real, por exemplo, também pode ser dividido em centavos. Esse aspecto facilita o seu uso para transações de pequeno montante no mercado financeiro.

2.4. BENEFÍCIOS DO USO DOS BITCOINS

Além da já mencionada privacidade, pode-se afirmar que as transferências realizadas com os *bitcoins* também são benéficas aos usuários por serem substancialmente mais baratas e rápidas do que as feitas por redes de pagamento tradicionais (ULRICH, 2014). Essa facilidade é positiva para comerciantes e empresários que buscam reduzir os custos de transação na condução das atividades econômicas exercidas. Em comparação ao uso dos cartões de crédito, por exemplo, no qual costuma ser preciso pagar taxas de autorização, de extrato e de transação, que aumentam o custo para os empresários. Com a utilização dos *bitcoins*, não se torna mais necessário efetuar todos esses pagamentos. A economia nos negócios proporcionada pelo uso dessas moedas pode, inclusive, ser repassada para os consumidores, beneficiando-os.

2.5. DESAFIOS DA UTILIZAÇÃO DOS BITCOINS

Alguns dos desafios apontados quanto ao uso dos *bitcoins* são a violação de segurança, a volatilidade e o uso para fins criminosos (ULRICH, 2014). Na primeira situação, caso o usuário não seja cuidadoso, pode apagar ou perder os *bitcoins*, através da perda do arquivo digital. Além disso, as carteiras estão sujeitas a roubo, caso os endereços não sejam protegidos de maneira adequada por criptografia, a fim de impedir que sejam roubados por *malware*, por exemplo, o qual é um *software* que se infiltra em sistemas de computadores alheios, com o citado intuito ou para causar outros danos.

A volatilidade, por sua vez, caracteriza-se pela grande variação de preço dessa moeda virtual. Esses ajustes são assemelhados a bolhas especulativas tradicionais, nas quais a imprensa tende a estimular investimentos por parte de pessoas novas na área, o que tende a pressionar o preço da moeda para cima (ULRICH, 2014). A volatilidade deriva do fato de que o seu preço é determinado pela lei da oferta e da demanda, devido a uma ausência de regulação, de cotação oficial, o que deixa o mercado sujeito à manipulação.

Por permitir o uso de pseudônimo, também é preocupante o uso dos *bitcoins* para a prática de atividades ilícitas, como a venda de produtos e serviços ilegais (ULRICH, 2014). Além disso, outros problemas que podem ser relacionados ao uso dessa moeda virtual são os esquemas de pirâmide, o crime de sonegação fiscal e a lavagem de dinheiro. A ocorrência desse delito será o foco de abordagem do próximo capítulo, a fim de haver compreensão mais clara acerca das condutas e das características que o marcam.

3. BITCOINS COMO OBJETO DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

3.1. CONTEXTO HISTÓRICO DA LAVAGEM DE DINHEIRO

A lavagem de dinheiro passou a ser destaque no âmbito internacional no final dos anos 80 do século XX, quando começou a causar prejuízos à economia dos países e favorecer a ação das organizações criminosas no mundo. Nesse cenário, as nações implementaram documentos de repressão, além de mecanismos para o combate dessa prática. Em relação aos documentos

criados há três convenções relevantes sobre a política criminal de combate à lavagem de dinheiro (CALLEGARI; WEBER, 2017).

O primeiro, é a Convenção de Viena que aconteceu em 1988, sendo documento iniciante a indicar regras incriminadoras sobre lavagem de capital, além de definir as medidas de confisco dos bens do lavador; a abertura do sigilo bancário em questão de provas do delito; a cooperação e integração entre países, bem como outras transferências de inteligência entre os signatários (CALLEGARI; WEBER, 2017).

Posteriormente, foi criada a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional ou Convenção de Palermo de 15/11/2000. O documento definiu o crime organizado, estabeleceu alguns delitos passíveis de lavagem de dinheiro e possibilitou a persecução penal com base em crimes antecedentes praticados em outros países, em conformidade com o princípio da dupla incriminação (CALLEGARI; WEBER, 2017).

O terceiro documento foi a Convenção de Mérida assinada em 2003, e adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), tendo como objetivo principal o combate à corrupção, além de estabelecer às instituições a adesão de controles rígidos (BADARÓ; BOTTINI, 2014). Vale destacar que as três convenções foram incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro e em conjunto com outras normas procuraram desestabilizar a prática da lavagem de dinheiro.

Ainda, para uma melhor compreensão da legislação do crime de lavagem de dinheiro no decorrer do tempo é importante destacar sua divisão em gerações. A primeira geração é formada pelos países que preveniam o crime anterior da lavagem de dinheiro apenas com o tráfico de drogas. A segunda geração é composta pelas leis que possuem um rol taxativo de crimes antecedentes, além do tráfico de drogas. E, a terceira geração é composta por leis que não possuem um rol taxativo, assim qualquer ilícito penal pode ser antecedente à lavagem de dinheiro (MORO; PORTELLA; FERRARI, 2019).

No âmbito nacional, o crime de lavagem de dinheiro é considerado, na esfera jurídica, como um delito recente; sua tipificação e penalização nas normas brasileiras começam a partir de 1998, com o surgimento da primeira lei de combate e prevenção à lavagem de capitais. Nessa legislação, somente haveria a configuração do delito de lavagem de dinheiro se antes fosse analisado outro crime inserido no rol da lei, esta situação colocava o Brasil na segunda geração. No entanto, com a criação da Lei nº 12.683/2012, o Brasil passou a ser inserido na terceira geração, considerando que essa nova lei não prevê a necessidade de um crime antecedente para que se configure o delito de lavagem de dinheiro (MORO; PORTELLA; FERRARI, 2019).

3.2. CONCEITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO

A ocorrência do crime de lavagem de dinheiro, tipificado na Lei nº 9.613/1998 e modificada pela Lei nº 12.683/2012 tem como definição um delito que costuma ocorrer pela criação de empresas que apresentam a exclusiva finalidade de fazer parecer que a obtenção de valores,

bens, capitais, dinheiro e ativos foi realizada através de meios lícitos, quando, na verdade, são ilícitos (ANDRADE, 2017).

Ainda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), mediante a Lei nº 9.613/1998, conceitua a lavagem de dinheiro como:

Um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo dinâmico que envolve, teoricamente, três fases independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente.

Por fim, vale salientar a lavagem de dinheiro em meios virtuais que pode ser chamada de lavagem de dinheiro cibernética ou *cyberlaundering*, modalidade ainda não tipificada especificamente na legislação nacional que define as condutas caracterizadoras do crime e das penas aplicadas (PEREIRA, 2020).

3.3. BITCOINS E AS FASES DA LAVAGEM DE CAPITALS

A princípio, é importante explicar as três fases principais na prática do delito de lavagem de dinheiro: a colocação ou inserção (*placement*), na qual o dinheiro líquido é introduzido no mercado financeiro; a ocultação, encobrimento ou cobertura (*layering*), na qual se provoca o desaparecimento da origem ilícita; e, por fim, a integração, conversão ou reciclagem (*integration*), em que o dinheiro lavado é reintroduzido na economia legal, dando-lhe aparência de legitimidade (PRADO, 2019).

No Brasil, o objeto material do crime de lavagem de dinheiro são bens, direitos e valores provenientes de infração penal antecedente. Sendo assim, os *bitcoins* estão inseridos no objeto material desse crime, considerando a sua natureza de bem incorpóreo (TELLES, 2018).

Feitos estes esclarecimentos, é relevante analisar de que forma os *bitcoins*, que são as criptomoedas mais adquiridas nacionalmente, podem ser utilizados como instrumento para a prática do crime de lavagem de dinheiro no território nacional. Na fase da colocação, é possível a obtenção de *bitcoins* (BTCs) com valores resultantes da prática de crime precedente. Isso pode ser realizado mediante compras em *exchanges*; em caixas automáticos de compra dessa criptomoeda com valores em espécie; pela aquisição direta de BTCs com o produto de crime, como, por exemplo, a venda de drogas ilícitas; em plataformas utilizadas por usuários para transações diretas; mediante venda direta de bens adquiridos com a prática de crimes e do recebimento do pagamento em forma BTC (ESTELLITA, 2019).

Com relação ao elemento dissimulação, é dividida em simples e complexa. A simples é possível quando a mesma pessoa gera infinitas chaves públicas, alterando apenas o endereço dos BTCs. É cabível a utilização também dos endereços de BTCs de terceiros ou até mesmo de

entidades financeiras. Nesses casos, o rastro das transações é identificável com facilidade, por meio da *blockchain*. No entanto, os dados dos titulares dos endereços de BTC não são identificados através dos dados do sistema (ESTELLITA, 2019). Vale ressaltar que as formas mais complexas de dissimulação envolvem os serviços de mistura ou mescla (*mixing-services*), que tem como objetivo apagar o rastro dos BTCs dentro da *blockchain*, rompendo com a transparência do sistema (TELLES, 2018).

Por fim, a integração pode ser realizada pela permuta de BTCs por moedas estatais mediante *exchanges* de criptoativos e também pela compra direta de produtos e bens. Em países que detêm o controle e a transparência sobre as *exchanges*, essa transação pode ser descoberta. No entanto, essa conduta é feita, geralmente, em locais com normas de antilavagem mais flexíveis em relação aos BTCs (ESTELLITA, 2019).

4. INFLUÊNCIA DA FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS NA LAVAGEM DE DINHEIRO

Como foi afirmado nos capítulos anteriores, as criptomoedas têm sido utilizadas como meio para a prática de diversas modalidades criminosas, como esquema de pirâmide financeira, financiamento de terrorismo, tráfico de produtos ilícitos, sonegação fiscal e lavagem de dinheiro. Questiona-se, então, se o seu exercício é influenciado pela falta de regulamentação do uso das criptomoedas, sendo estabelecida uma correlação entre os seus principais aspectos e a prática do crime de lavagem de dinheiro utilizando os *bitcoins* como instrumento.

Com o escopo de iniciar a discussão, já tendo sido esclarecidos as principais características e conceitos acerca das criptomoedas, principalmente os *bitcoins*, e do crime de lavagem de dinheiro, é importante mencionar que a regulamentação dessas moedas virtuais é uma "zona legal cinzenta". Isso se dá, pois, como já foi provado anteriormente, o *bitcoin* não se encaixa nas definições regulamentares existentes de instrumentos financeiros como a moeda eletrônica, a moeda em seu sentido jurídico, os valores mobiliários e os títulos de crédito, o que torna mais complexo saber quais as leis que se aplicam ao uso das criptomoedas (ULRICH, 2014).

De início, um dos problemas concernentes à ausência de normatização das criptomoedas é acerca da inexistência de instituições que regulem o seu uso, como afirma Mariana de Andrade (2017, p. 50): “Por outro lado, a inexistência das instituições reguladoras expõe a vulnerabilidade quanto à segurança dos negócios, o que pode abrir um perigoso e possivelmente irreversível espaço para práticas ilícitas.” A referida afirmação realiza uma correlação direta entre a ausência de normas regulamentadoras e a realização de práticas ilícitas, destacando a segurança jurídica como um ponto importante da discussão do tema e que apenas seria efetivamente garantida com a existência de legislações específicas que disponham sobre o uso dessas moedas virtuais, tendo-se em vista as maiores certezas que seriam dadas aos usuários quanto à sua utilização e às suas possíveis implicações por parte dos órgãos reguladores.

Além da segurança, a criação de normas regulamentadoras traria não apenas maior confiança por parte dos usuários no mercado de criptomoedas, cujas dúvidas seriam sanadas pelos dispositivos legais, mas também um crescimento da economia de maneira mais segura e saudável, pois tornaria o mercado mais acessível e eficiente (CORRÊA, 2022). Essa afirmação pode ser realizada, na medida em que as moedas virtuais, principalmente os *bitcoins*, movimentam uma significativa quantia em dinheiro, sendo, portanto, importantes para avanços na área econômica.

Outra característica das criptomoedas que deveria ser regulamentada por lei, a fim de se coibir a prática da lavagem de dinheiro, é concernente ao anonimato, posto que permite ao usuário das operações financeiras segredo com relação à sua identidade, devido ao uso de chave pública que não contém os seus dados pessoais e de chave privada que é conhecida apenas por ele, garantindo a manutenção do seu pseudônimo (ULRICH, 2014).

Quando se fala em anonimato, é importante levar em consideração também a dificuldade de rastreamento dos valores transferidos nas operações realizadas com criptomoedas, o que é enfatizado no seguinte trecho:

O processo de rastreamento dos fluxos de caixa na modalidade criptografada se torna difícil e mais confusa devido aos seguintes fatores: falta de comunicação entre as pessoas do ambiente real e contas de moeda virtual; existência de obstáculos para rastreamento, como misturadores de criptografia e anonimizadores; possibilidades de criação de um número ilimitado de contas e falta de regulamentação (ANDRADE, Mariana, p. 55).

A dificuldade de rastreamento está diretamente associada ao sigilo quanto à origem da renda, posto que, para a realização de transferências de criptomoedas, é necessário apenas possuir a chave pública da pessoa a quem se deseja transferir a titularidade dessas moedas. É dispensável, então, para ambas as partes, a realização de esclarecimentos acerca da origem dos valores objeto das operações, o que coaduna com a segunda fase da lavagem de dinheiro, a dissimulação, cujo principal objetivo é afastar ou dificultar o rastreamento dos recursos ilícitos, de modo que esse aspecto das criptomoedas, ainda não regulado, é favorável à prática do delito (TELLES, 2018).

Alguns dos obstáculos ao rastreamento apontados acima, que não são vedados por lei, são os misturadores de criptografia e os anonimizadores. Os chamados *mixing-services* (anonimizadores) são serviços de mistura ou mescla dos *bitcoins*, cuja função é apagar o rastro da moeda virtual dentro da *blockchain*, rompendo com a transparência que é inerente ao sistema (ESTELLITA, 2019). Essas são as formas mais complexas da fase de dissimulação ou transformação na lavagem de dinheiro. Podem se dar por meio dos serviços de carteira (*web-wallets*) ou então pelos de *mixing* especializados.

Na primeira situação, o controle sobre a chave privada não fica com o usuário, mas com o

prestador de serviço, como se este fosse um banco que gerencia os valores depositados pelos seus clientes. O *mixing* se dá nesse caso, porque os *bitcoins* por eles custodiados não necessariamente serão os mesmos pagos aos usuários. Nos serviços de *mixing* especializados, por sua vez, o *mixer*, encarregado da sua realização, recebe certa quantidade de moedas do usuário, desconta o preço do serviço cobrado e designa um ou mais endereços nos quais deseja receber a mesma quantia, logo após misturá-las com moedas de outros usuários, para haver dificuldade ainda maior no seu rastreamento (ESTELLITA, 2019).

Ainda que, a partir da explicação realizada, reste clara a relevância dos *mixing-services* na lavagem de dinheiro, é importante salientar que o seu mero uso não configura ilegalidade, pois não são necessariamente utilizados para a dissimulação de recursos ilícitos. Os anonimizadores se caracterizam, também, por serem uma ferramenta que confere maior privacidade aos usuários dos *bitcoins*, tendo-se em vista a transparência das operações realizadas, pois, ao se conhecer o endereço de *bitcoin* de alguém, pode-se saber muito sobre como esse indivíduo gasta os seus fundos (TELLES, 2018).

Apesar de não haver regulamentação específica do uso das criptomoedas, devido à sua natureza tributária, é importante mencionar a Instrução Normativa RFB nº 1.888, de 3 de maio de 2019, publicada pela Receita Federal do Brasil, a qual institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial desse órgão. Ela foi alterada pela Instrução Normativa RFB nº 1.889, de 10 de julho de 2019.

É disciplinada na Instrução Normativa RFB nº 1.888 a obrigatoriedade de prestação de informações de operações realizadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil quando ocorrerem em *exchanges* domiciliadas no exterior ou não forem realizadas em *exchange*. Nesse último caso, deve haver a prestação sempre que o valor mensal das operações, isolado em conjunto, ultrapassar o valor de trinta mil reais. Tais disposições estão expressas no artigo 6º:

Art. 6º Fica obrigada à prestação das informações a que se refere o art. 1º:

I - a exchange de criptoativos domiciliada para fins tributários no Brasil;

II - a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil quando:

a) as operações forem realizadas em exchange domiciliada no exterior; ou

b) as operações não forem realizadas em exchange.

§ 1º No caso previsto no inciso II do *caput*, as informações deverão ser prestadas sempre que o valor mensal das operações, isolado ou conjuntamente, ultrapassar R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Dessa forma, fica clara a importância dada pela RFB às criptomoedas, tendo-se em vista o fato de que essa entidade elaborou duas instruções normativas especialmente voltadas para o tema, enfatizando a sua importância na economia brasileira e na prestação de contas a esse órgão. Tal entendimento pode ser inferido também da exposição de motivos da Consulta Pública RFB nº 6/ 2018, a qual, em seu quinto parágrafo, dispõe que o mercado de criptoativos é relevante para a administração tributária.

As referidas instruções normativas da Receita Federal, como já foi apontado, não são uma regulação específica do uso das criptomoedas, mas reconhecem a sua importância no mercado financeiro nacional, ao estabelecer a imposição de declarações a serem prestadas pelos seus usuários, a partir da realização de operações acima de determinados valores. Esse cenário representa um início do maior destaque dado às criptomoedas, o que abre espaço para a sua regulamentação, principalmente no que concerne à prática do crime de lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, é fundamental falar sobre as *exchanges* e a relação entre a sua regulação legal e o exercício do referido delito. Elas são conceituadas na Instrução Normativa RFB nº 1.888 como:

Art. 5º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:

(...)

II - exchange de criptoativo: a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.

As *exchanges* realizam, portanto, a conexão entre o sistema de *bitcoins* e o mundo real econômico (ESTELLITA, 2019), de modo que apenas elas podem atribuir uma identidade aos endereços das chaves públicas de *bitcoin*, que não comportam os dados pessoais do usuário ao qual pertencem. Nesse contexto, concentrar os esforços na regulação das *exchanges*, através da citada identificação, é uma importante medida que visa à prevenção da prática do crime de lavagem de dinheiro.

Além disso, as informações relativas às operações realizadas com *bitcoins* por essas pessoas jurídicas devem ser prestadas à RFB, nos termos do art. 6º, segundo o qual fica obrigada à prestação das informações a que se refere o art. 1º a *exchange* de criptoativos domiciliada para fins tributários no Brasil, aumentando insumos na luta pelo combate à lavagem de dinheiro e corrupção, como se pode perceber no seguinte excerto da Exposição de Motivos da Consulta Pública RFB nº 6/2018:

Por fim, com a instituição de obrigação acessória para que as *exchanges* prestem informações relativas às operações de compra e venda de criptoativos, busca-se viabilizar a verificação da conformidade tributária, além de aumentar os insumos na luta pelo combate à lavagem de dinheiro e corrupção, produzindo, também, um aumento da percepção de risco em relação a contribuintes com intenção de evasão fiscal.

Apesar dos aspectos das criptomoedas abordados nesse capítulo serem facilitadores para a prática do crime de lavagem de dinheiro, como a falta de um agente centralizador que a regule, a carência de legislação que estabeleça limites à anonimidade e à dificuldade em haver a rastreabilidade da origem da renda utilizada na compra de *bitcoins*, há uma característica

sua de relevante importância para o combate à execução do crime de lavagem de dinheiro com o uso de criptomoedas: o registro imodificável das operações realizadas.

Dentro do próprio conceito da *blockchain*, que pode ser definida como o registro público de todas as transações realizadas com *bitcoins*, como um grande banco de dados público, pode-se enfatizar o registro imodificável de todos os pagamentos e transferências de crédito como um aspecto positivo no combate ao exercício da lavagem de dinheiro. Isso se dá, porque, além de ser acessível a qualquer pessoa que esteja conectada à rede, o que confere maior transparência a essa tecnologia, as transações, cujas informações são colocadas na *blockchain* são imutáveis, imodificáveis (TELLES, 2018).

A imutabilidade deriva do fato de que, para os registros serem alterados, todos os anteriores também teriam que ser modificados, tendo-se em vista a dependência que cada bloco mantém em relação ao anterior, formando uma sequência. Assim, se há a tentativa de mudar um bloco, é gerado um efeito cascata no qual todos os anteriores deveriam ser alterados. Além disso, há uma quantidade quase infinita dos registros, sendo uma alteração impossível de não ser percebida pelos outros usuários, inviabilizando-a (TELLES, 2018).

Nesse sentido, os autores, coautores e partícipes que se utilizassem das criptomoedas para a execução da lavagem de dinheiro não poderiam modificar as operações realizadas com os recursos ilícitos, nem tentar ocultar os seus registros. Como afirma Heloisa Estellita (2020, p. 3), o fluxo de transações é todo registrado no *blockchain*, o que enseja transparência relevante quanto a todo o histórico de transações com os *bitcoins*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hipótese inicial do presente estudo é confirmada, visto que a ausência de normas regulamentadoras acerca das criptomoedas facilita o seu uso no crime de lavagem de dinheiro. Essa constatação se deve principalmente à falta de legislação referente à criptomoeda, considerando que a inexistência de instituições que regulem o seu uso, principalmente o *bitcoin*, resulta na falta de segurança jurídica que apenas seria efetivamente garantida com a existência de legislações específicas que disponham sobre o uso dessas moedas virtuais, tendo-se em vista as maiores certezas que seriam dadas aos usuários quanto à sua utilização e às suas possíveis implicações por parte dos órgãos reguladores.

A regulamentação das criptomoedas é fundamental, especialmente no tocante ao anonimato, visto que esse recurso permite ao usuário das operações financeiras segredo com relação à sua identidade, devido ao uso de chave pública que não contém os seus dados pessoais e de chave privada que é conhecida apenas por ele, garantindo a manutenção do seu pseudônimo. Assim, há uma dificuldade de rastreamento dessas transações e atrelado ao crime de lavagem de dinheiro, por exemplo, compõe a sua segunda fase, dissimulação, cujo principal objetivo é afastar o rastreamento dos recursos ilícitos, de modo que esse aspecto das criptomoedas, ainda não regulamentado, somado à inexistência de instituições que regulem o seu uso, ao

sigilo quanto à origem da renda, aos *mixing-services* e à falta de normas regedoras das *exchanges*, é favorável à prática do delito.

Resta clara, portanto, a importância em se discutir o tema proposto, que vem ganhando mais destaque na tributação nacional, para a Receita Federal; no mercado financeiro nacional; e, conseqüentemente, adquirindo uma importância maior não apenas para os seus usuários, mas também para todos os indivíduos afetados pelas modalidades criminosas praticadas utilizando as criptomoedas, principalmente os *bitcoins*, como instrumento.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mariana Dionísio de. Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos bitcoins e o crime de lavagem de dinheiro. *Revista brasileira de políticas públicas*, volume 7, nº 3, dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4897>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014.

BANCO CENTRAL. *Comunicado BACEN nº 31.379, de 16.11.2017*. Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/pdf/Diario-Oficial/Diario-Oficial/COMUNICADO-BACEN-N%C2%BA-31-379-DE-16-11-2017.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 maio 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995*. Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9069.htm. Acesso em: 29 maio 2022.

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. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm?msclkid=91676b0eb9f111eca77de1e79ae3a58c. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012*. Lei que torna mais eficiente a persecução dos crimes de lavagem de dinheiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013. Autoriza o pagamento de subvenção econômica aos produtores da safra 2011/2012 de cana-de-açúcar e de etanol [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12865.htm. Acesso em: 11 abr. 2022.

CALLEGARI, Andre Luis; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2017.

CIPHERTRACE. **Cryptocurrency anti-money laundering report**. Estados Unidos: 2018. Disponível em: <https://ciphertrace.com/crypto-aml-report-2018q3.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2022.

CORRÊA, Tayná Bregnoli Alves. Avanço dos criptoativos no Brasil e impactos da ausência de regulamentação. **Revista Consultor Jurídico**, 19 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-19/tayna-bregnoli-impactos-falta-regulamentacao-cripto>. Acesso em: 29 maio 2022.

ESTELLITA, Heloisa. Criptomoedas e lavagem de dinheiro. **Revista de Direito FGV**. volume 16, nº 1, São Paulo: 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/5ZM5yQPnV5yV3jQyDZyVCSR/?lang=pt>. Acesso em: 10 abr. 2022.

MORO, Sérgio Fernando; PORTELLA, Irene. FERRARI, Flávia Jeane. Lavagem de dinheiro e suas gerações. **Revista Relações Internacionais do Mundo Atual**. vol 4, nº 25, 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3950>. Acesso em: 11 maio 2022.

PEREIRA, Catherine de Abreu Costa. **Lavagem de dinheiro com criptomoedas: a regulação como instrumento de combate à lavagem de dinheiro virtual**. São Luís: Centro Universitário UNDB, 2020. Disponível em: <http://repositorio.undb.edu.br/bitstream/areas/388/1/CATHERINE%20DE%20ABREU%20COSTA%20PEREIRA.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Consulta Pública RFB nº 6/2018**. Brasília, 30 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/consulta-publica/arquivos-e-imagens/consulta-publica-rfb-no-06-2018.pdf>. Acesso em: 29 maio 2022.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.888, de 03 de maio de 2019. [Institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB)]. **Diário**

Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 14, 7 maio 2019. Disponível em:
<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=10059>.
Acesso em: 29 maio 2022.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.899, de 10 de julho de 2019. [Altera a Instrução Normativa RFB nº 1.888, de 3 de maio de 2019, que institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB)]. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 35, 11 julho 2019. Disponível em:
<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=10223>.
Acesso em: 29 maio 2022.

STELLA, Julio Cesar. Moedas Virtuais no Brasil: como enquadrar as criptomoedas. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, volume 11, nº 2, de 2017. Disponível em:
<https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/issue/view/26/A9%20V.11%20-%20N.2> . Acesso em: 11 abr. 2022.

TELLES, Christiana Mariani da Silva. **Sistema bitcoin, lavagem de dinheiro e regulação**. Rio de Janeiro: FGVRIO, 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: 10 abr. 2022.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. 1ª edição. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

MODERAÇÃO DE CONTEÚDO NAS REDES SOCIAIS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: A AUTORREGULAÇÃO COMO DECORRÊNCIA DAS LACUNAS DO MARCO CIVIL DA INTERNET BRASILEIRO

CONTENT MODERATION IN SOCIAL NETWORKS AND FREEDOM OF EXPRESSION: THE SELF-REGULATION AS A RESULT OF THE GAPS ON THE BRAZILIAN INTERNET CIVIL MARK

Luiz Miguel Santos da Silva

Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Resumo: O artigo realiza análise da legislação brasileira referente à internet e à liberdade de expressão, notadamente o Marco Civil da internet e a Constituição Federal, com vistas a compreender a sua relação com a moderação de conteúdo realizado pelas redes sociais. Aborda o cenário da autorregulação verificado na atualidade, a partir de breve apanhado do desenvolvimento da forma de moderação de conteúdo nas redes sociais, em especial o Facebook. Por fim, discute sobre os comandos normativos presentes na legislação e a situação fática referente ao tema. O método de abordagem utilizado foi o hermenêutico-jurídico, mediante a utilização de raciocínio dedutivo. A conclusão chegada é a de que o marco civil não faz frente à situação atual, pois foi desenhado em um momento com problemas muito diversos a serem resolvidos, e de que é preciso ampliar as discussões sobre o tema.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Redes sociais. Autorregulação. Marco civil da internet.

Abstract: *The article analyzes the Brazilian legislation about the internet and the freedom of expression, namely the Marco Civil law of the Internet and the Constituição Federal, in order to comprehend its relationship with the content moderation made by the social media. Approaches the scenario of the self-regulation seen in the present, based on a brief nutshell of the development of the way in which social media moderates content, especially Facebook. Lastly, discuss the normative commands existent on the legislation and the concrete situation of the theme. The method of approach chosen was the Legal Hermeneutic, and used deductive reasoning as well. The conclusion reached is that the Marco Civil is not enough to face the current situation, because it was drawn-up in a moment with different problems to be solved, it was needed, in this way, to expand the debate about the theme.*

Keywords: *Freedom of expression. Social media. Self-regulation. Marco Civil law of the Internet.*

Sumário: 1. Introdução – 2. Marco Civil da Internet – 3. O cenário da Autorregulação – 4. A

insuficiência do Marco Civil da Internet – 5. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

A ciência jurídica, ao longo da história, sempre estabeleceu relações de interdependência com outros campos do conhecimento. Isso se deve ao fato de que o Direito acompanha o desenvolvimento cultural e material das sociedades à medida que se constitui como um fato social. Nesse sentido, no mundo contemporâneo, é clara a atuação do desenvolvimento tecnológico como um dos vetores de tais mudanças, refletidas tanto na esfera dogmática quanto sociológica do fenômeno jurídico.

Nesse viés, diante do aumento da facilidade nos processos de comunicação, fica em evidência a liberdade de expressão. Não obstante, o exercício de tal garantia, amparada constitucionalmente (arts. 5º, IV e 220, CF/88), sofreu significativa modificação com o advento das mídias sociais. No Brasil, inicialmente, não havia um filtro muito elaborado no interior dos ambientes virtuais de modo que era facultado às plataformas, de acordo com a política então adotada pelo país, decidir o que era permitido e proibido nesses ambientes. No entanto, isso permitiu o crescimento da disseminação de informações falsas ou tendenciosas, do discurso do ódio, do racismo e outras formas de discursos danosos à ordem democrática.

Nesse cenário, alguns setores da sociedade passaram a exercer uma pressão significativa sobre tais plataformas, as quais estabeleceram uma moderação cada vez mais significativa, chegando a excluir publicações e até usuários. Nesse viés, é de grande importância indagar se não é possível que os processos de escalada autoritária, advindas muitas vezes ao longo da história da própria sociedade, não poderiam ser transferidos a esses ambientes. Assim, considerando a capacidade de influência que tem uma rede social com mais de dois bilhões de usuários ao redor do mundo, como é o caso do Facebook, mostra-se inequívoca a necessidade de realização de um estudo acerca da possível influência da situação legislativa nacional e a garantia do direito fundamental em questão.

Atualmente, tais plataformas, imbuídas da autonomia acima referida para configurar os seus espaços virtuais, podem dar relevância a determinadas temáticas, em detrimento de outras, excluir publicações ou até mesmo contas de usuários. Assim, este trabalho busca realizar um estudo sobre o tema “moderação de conteúdo nas redes sociais e liberdade de expressão: a questão da autorregulação sob o marco civil da internet brasileiro”.

A problemática aqui abordada reside no posicionamento do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), que delega às plataformas decidir aquilo que é permitido em seus ambientes digitais. A questão a ser levantada é: esse cenário, no qual essas organizações têm autonomia para elaborar um conjunto de regras próprias para moderação de conteúdo, pode resultar em uma restrição indevida do discurso dos usuários desses serviços e, portanto, do direito à liberdade de expressão?

Considerando a atual conjuntura, na qual as empresas não atuam sob um regramento legal claro, é inegável ser possível que elas possam ceder a apelos autoritários contra a liberdade de expressão. Isso se explica pelo fato de que, para além da possibilidade de elaborar os critérios utilizados no processo de moderação, tais organizações buscam responder aos anseios e demandas da sociedade. Essa necessidade de suprir demandas de consumo, não precisa, necessariamente, guardar coerência com a defesa da ordem constitucional, de modo que não existe garantia alguma.

Nesta toada, o trabalho foi dividido em três partes. Na primeira delas é abordada a legislação pertinente, através da análise da Constituição Federal, como também dos comandos do Marco Civil da Internet, sendo detalhados seus objetivos e princípios no que se refere à liberdade de expressão. Na segunda parte do trabalho, será abordada a questão da autorregulação. Para tanto, será realizada breve discussão sobre o conceito, seguida pela apresentação do panorama da moderação de conteúdo na atualidade. Por fim, na terceira e última parte, é feita discussão sobre as diferenças entre os objetivos da legislação e o que se verifica na realidade.

O método de abordagem utilizado foi o Hermenêutico Jurídico, que admite o Direito como detido de autonomia metodológica, de modo a trabalhar com os elementos internos do ordenamento. No entanto, é importante lembrar que tal metodologia permite, por meio da utilização do raciocínio dedutivo, comparar a dinâmica presente no mundo jurídico com a realidade fática (SOUZA GUSTIN; DIAS; NICÁCIO, 2020). Quanto às técnicas de pesquisa utilizadas, inicialmente foi realizada uma coleta e análise da legislação referente ao assunto, sendo estas a norma constitucional garantidora da liberdade de expressão e o Marco Civil da Internet. Posteriormente, os dados obtidos foram considerados mediante a comparação entre os posicionamentos de especialistas no tema. Nesse sentido, por meio de raciocínio dedutivo, busca-se verificar se o objetivo do dispositivo infralegal em análise, que seria garantir a liberdade de expressão nas redes, não acaba por permitir um cenário diferente. Será levado em consideração para tal julgamento tanto o posicionamento dos especialistas pesquisados, quanto os resultados concretos advindos de tais políticas.

Assim, destacam-se os seguintes objetivos específicos: realizar a análise hermenêutica do Marco Civil da Internet sobre essa temática, como também da Constituição Federal; obter uma visão geral da situação da moderação do conteúdo nas redes sociais e os critérios por elas utilizados; e realizar julgamento dos resultados obtidos nas etapas anteriores, mediante o auxílio de literatura especializada. Almeja-se ao final do trabalho compreender a relação entre o posicionamento do Marco Civil da Internet brasileiro sobre o processo de moderação de conteúdo pelas plataformas de mídias sociais e uma possível ameaça ao direito à liberdade de expressão.

2. MARCO CIVIL DA INTERNET

O Marco Civil da Internet é uma legislação, que tem por finalidade regular precipuamente as relações entre os usuários de internet, de modo a servir de guia para as questões daí advindas

No entanto, é crítica comum na doutrina, como apontam Victor Hugo Gonçalves (GONÇALVES, 2017, p. 6), como também Eduardo Tomasevicius Filho (2016, p. 279), o fato de que o diploma não teria alcançado tal objetivo, apresentando apenas uma contextualização mal feita de direitos constitucionais como a liberdade de expressão.

O legislador teria, conforme esta abordagem, apenas repetido as garantias constitucionais, sem se preocupar em contextualizar e relacioná-las com o mundo digital. Nesse sentido, é importante salientar que o objetivo do texto legal era estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, conforme redação do artigo primeiro. Assim, a intenção de garantir a concretização de tais direitos no âmbito da internet é inequívoca, tal como está posto literalmente no *caput* do art. 2º que “o uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão”.

Além disso, são enumerados nos incisos do referido artigo outros fundamentos, como o reconhecimento da escala mundial da rede, o respeito aos direitos humanos e a pluralidade e ainda a finalidade social da rede, que consignam o interesse de regulamentar os direitos constitucionais no âmbito das relações na esfera virtual. Malgrado tal inclinação, é notória a presença descontextualizada de muitos comandos já presentes na legislação ou na Constituição Federal, de forma que o diploma não traz grandes inovações (GONÇALVES, 2017, p. 34), como será visto a seguir.

Da leitura do art. 3º e incisos, observam-se os seguintes princípios para o uso da internet no Brasil: garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; proteção da privacidade; proteção dos dados pessoais, na forma da lei; preservação e garantia da neutralidade de rede; preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; preservação da natureza participativa da rede; liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta lei. Para além desses, o parágrafo único do art. 3º, ainda determina que não estão excluídos outros princípios presentes na legislação.

Dentre tais princípios, cabe destacar dois que cumprem papel importante na presente discussão. O primeiro deles é aquele referente à liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, nos termos da Constituição Federal. O segundo é o que garante a liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet. Tais normativas, está claro, são fundamentais, pois almejam garantir a liberdade tanto no que concerne o usuário, remetendo à própria constituição, como também no que se refere à forma de atuação das plataformas provedoras de aplicações na internet.

Como dito anteriormente, o texto da Lei repete diversos comandos já presentes na legislação. No que se refere à liberdade de expressão, encontra-se na Constituição Federal no artigo 5º, IV, disciplinada da seguinte forma: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o

anonimato”. Essa redação, em interpretação hermenêutica literal, consagra a garantia de que o cidadão tem a possibilidade de expressar suas ideias livremente, desde que se utilizando de sua própria identidade para tal, não sendo permitida a ocultação através de um perfil anônimo nas redes sociais, por exemplo. A Constituição prevê ainda no artigo 220, a garantia da manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, sendo vedada qualquer restrição.

No que se refere à liberdade dos modelos de negócios, não há também qualquer inovação, pois tal garantia está presente na Constituição Federal, através da livre iniciativa, presente nos artigos 1º, IV e 170. É, no entanto, importante para que se contextualize a possibilidade que tem os provedores de aplicações na internet de configurar e modificar seus ambientes virtuais, com a ressalva de não infringir nenhum desses princípios anteriormente anotados.

Há ainda, no texto da Lei, pontos que merecem atenção. Um exemplo é a chamada neutralidade da rede, presente entre os princípios acima referidos e detalhada no art. 9º. De acordo com essa determinação, é dever do responsável pela transmissão tratar quaisquer pacotes de dados de forma isonômica, sem distinção de qualquer natureza. Assim, não poderá haver distinção na velocidade da conexão ao assistir a um vídeo, abrir uma matéria ou realizar uma videoconferência.

Cabe ainda mencionar que o legislador enfatizou a proteção de dados e a privacidade do usuário. No capítulo II, dedicado aos direitos e garantias dos usuários, anota que são assegurados, dentre outros, os seguintes direitos: inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial (art. 7º). O binômio liberdade de expressão e privacidade está presente também no art. 8º, com redação semelhante ao presente na Constituição Federal. No dispositivo, escreve-se que tais direitos são condições para o pleno exercício do direito de acesso à internet, sendo nulas de pleno direito as cláusulas contrárias.

Há que se tratar ainda da responsabilização dos provedores de internet. De antemão é preciso diferenciar quais as modalidades de tal categoria. De acordo com Irineu Francisco Barreto Júnior, com base em Marcel Leonardi, há as seguintes categorias: provedores de *backbone*, provedores de conteúdo de informação, provedores de acesso, provedores de hospedagem e provedores de correio eletrônico (BARRETO JÚNIOR, *et al.*, 2018, p. 511). A primeira categoria é constituída pelo proprietário das redes capazes de administrar grandes volumes de informação, mas não há referência a eles no Marco Civil da Internet¹.

A segunda, provedores de conteúdo de informação, ou provedores de aplicações de internet, é aquela que disponibiliza na internet as informações produzidas pelos provedores de

¹ O Marco Civil da Internet trata somente da responsabilização de duas dessas categorias, os provedores de conexão e os provedores de aplicações de internet, nas quais se concentra a atenção deste estudo.

informação, os quais são os verdadeiros autores do conteúdo. Já o provedor de acesso, ou provedor de conexão, é aquele que torna possível o acesso dos consumidores à internet. Provedores de hospedagem é aquele que fornece serviços de armazenamento de dados. Por fim, provedores de correio eletrônico são os que oferecem serviços de envio de mensagens a seus destinatários.

Dessa forma, conforme determina o art. 18 do Marco Civil, os provedores de conexão não podem ser responsabilizados por danos causados por terceiros. Este fato é simples de se compreender, pois tais agentes não têm possibilidade de exercer qualquer controle sobre os conteúdos acessados e gerados por terceiros, de modo que não poderiam ser responsabilizados.

No que se refere à segunda categoria, os provedores de aplicações de internet, a discussão é mais complexa. Conforme explica Barreto Júnior (BARRETO JÚNIOR, *et al.*, 2018, p. 523), o marco civil, com o intuito de assegurar a liberdade de expressão, determinou que tal categoria somente será responsabilizada civilmente pelos danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiro se não tomarem as providências para tornar indisponível o conteúdo infringente, após decisão judicial específica (art. 19).

Neste ponto, é pertinente lembrar que essa foi uma questão objeto de polêmica no momento de aprovação do Marco regulatório. Isso se deu, pois com o desenvolvimento da internet, o surgimento das redes sociais e um crescimento significativo da quantidade de dados gerenciados por tais servidores, torna-se difícil advogar que os provedores sejam diretamente responsabilizados. Além disso, havia o argumento de que a responsabilização traria preocupação às plataformas, de maneira a gerar uma censura prévia ao conteúdo (GONÇALVES, 2017, p. 93).

Os parágrafos do 1º ao 4º do art. 19, detalham o procedimento para a retirada de conteúdo da rede. Determina que a decisão judicial deve ser específica, sob pena de nulidade, bem como que a aplicação do disposto neste artigo deve conter previsão legal específica que respeite a liberdade de expressão. Ademais, alarga a competência judiciária para os juizados especiais, quando a demanda estiver relacionada com danos decorrentes de conteúdos conectados à honra, reputação ou direitos da personalidade.

Ainda sobre a responsabilização, o art. 20 garante ao usuário o direito de conhecer os motivos e as informações relacionadas à indisponibilização do conteúdo. No artigo seguinte está prevista a responsabilização subsidiária do provedor pela violação a intimidade decorrente sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado.

É válido inferir que isso somente será possível quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, o provedor deixar de realizar, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Veja-se que

aqui a principal diferença é que não há necessidade de ordem judicial para a requisição de indisponibilidade do conteúdo, que pode ser feita pelo interessado (TOMASEVICIUS FILHO, 2016, p. 275). Realizado este apanhado da normativa sobre a temática. Passa-se à questão da autorregulação.

3. O CENÁRIO DA AUTORREGULAÇÃO

O crescimento do acesso à internet no início deste século, foi visto com otimismo, pois trouxe consigo grandes transformações tecnológicas e econômicas, mas também sociais e culturais. Nesse sentido, o aumento da velocidade das comunicações permitiu uma democratização significativa da informação, como aponta Faria *et al.* (2020, p. 18). No interior desse cenário, havia grande expectativa sobre a possibilidade de aprimoramento desse processo de democratização. Na esteira desse posicionamento, existia a ideia de limitação da responsabilidade dos transmissores de conteúdos de terceiros como forma de garantir ampla liberdade de manifestação, política que culminou, no Brasil, no Marco Civil da internet.

Assim, levando em conta a liberdade que tais plataformas têm para construir seus espaços, está claro que a forma pela qual as pessoas se relacionam será pautada pelas normas organizacionais ali presentes (FARIA, *et al.*, 2020, p. 21). Surge com isso a ideia de autorregulação, ou seja, não sendo previstas diretrizes claras na legislação, e sendo branda a responsabilização, é possível que as plataformas estabeleçam diretrizes e critérios próprios, presentes nos termos de uso de cada empresa.

A relação entre a plataforma e os usuários tem, assim, caráter semelhante a de um contrato de adesão, como aponta Luis Henrique de Menezes Acioly, no qual sem a anuência de subordinação aos termos postos não há possibilidade de utilização do serviço. Existe, porém, a diferença de que o usuário na presente situação é ainda mais vulnerável juridicamente. Para o autor, diante da forma de conclusão contratual sob a técnica da adesão, é restringida “a capacidade de estipular o conteúdo da avença no quesito informacional, face à assimetria extrema que há entre este e o provedor” (ACIOLY, 2021, p. 119).

Tal constatação não parecia ter grande importância no momento da aprovação do Marco Civil, pois o cenário era muito diverso daquele verificado hoje. Dessa maneira, a autorregulação foi uma iniciativa das plataformas, como resposta às constantes críticas de setores da sociedade, em especial àqueles vítimas de ataques nas redes, como as mulheres, negros e a população LGBTQIAP+. Não obstante, essa iniciativa não guarda coerência com o intuito original da limitação da responsabilização, o qual buscava proteger o ideal de garantir a liberdade de expressão.

Nesta linha, como apresentam Estarque e Archegas (2021, p. 9) o regramento interno de tais plataformas vem crescendo de maneira significativa ao longo dos anos. Isso pode ser ilustrado pela menção ao fato de que, em 2008, o conjunto das diretrizes somava apenas uma página, enquanto que em 2018 foi apresentada pelo The New York Times uma reportagem sobre um

manual usado pelo Facebook para moderar conteúdo como mais de 1.400 páginas². Essa conjuntura, é importante lembrar, não apresenta ilegalidade facilmente identificável, pois é garantida às empresas fornecedoras de aplicações de internet, como visto, a liberdade de organização de seus negócios.

Há que se levar em consideração, no entanto, o pouco conhecimento que se tem sobre as intenções de tais plataformas. Os critérios por elas utilizados, presentes nos termos de uso de cada rede social, estão em constante modificação e suas decisões são controversas e polêmicas, em muitos casos. O Facebook, por exemplo, propôs a criação de um comitê de supervisão, de modo que não seria a plataforma a responsável pela decisão, mas esse órgão. Essa iniciativa, no entanto, divide especialistas, pois alguns veem a iniciativa com esperança e outros com desconfiança, levando em conta, por exemplo, o fato de que é perigoso confiar em órgãos não vinculados a qualquer Estado-nação (ESTARQUE; ARCHEGAS, 2021, p. 26).

Mas como é realizada a moderação do conteúdo?³ Tomar-se-á como exemplo, a abordagem do Facebook, apresentada em relatório produzido por Marina Estarque e João Victor Archegas, pesquisadores do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio sobre a temática. O conjunto de tais regras que estabelecem as diretrizes para o que é permitido na rede social, ou os padrões da Comunidade como é mais conhecido, podem ser encontradas no site da plataforma e são divididas em seis partes: comportamento violento e criminoso, segurança, conteúdo questionável, integridade e autenticidade, respeito à propriedade intelectual, e solicitações e decisões relativas a conteúdo.

A parte relativa a comportamento violento e criminoso proíbe comportamentos que incitem a violência, ameaças, declarações de intenção de cometer atos violentos. Aponta também que indivíduos ou organizações envolvidos em terrorismo, ódio organizado, assassinatos em massa e outros atos criminosos, devem ser retirados da plataforma⁴. Anota ainda a restrição de compra e venda de produtos controlados, como drogas não medicinais, sangue, animais, artefatos históricos e outros.

A segunda parte trata da segurança, nela está anotada a proibição de conteúdo que incentive a automutilação ou suicídio. São permitidas, no entanto, imagens e mensagens que busquem auxiliar na prevenção ou recuperação. São proibidos também conteúdos relacionados à exploração sexual, abuso ou nudez infantil, ou qualquer tipo de exploração humana.

Na parte seguinte, a que trata do conteúdo questionável, é aquela em que é caracterizado como discurso de ódio, violência e conteúdo explícito, nudez adulta e atividades sexuais; abordagem sexual; conteúdo cruel e insensível. Cabe anotar, também, que o Facebook

² A reportagem do The New York Times: <https://www.nytimes.com/2018/12/27/world/facebook-moderators.html>

³ Esclarece-se que extrapola a finalidade deste estudo apresentar uma abordagem detalhada da forma pela qual cada uma das redes sociais realiza sua respectiva moderação de conteúdo. Não obstante, reserva-se tal abordagem a outra oportunidade de publicação.

⁴ Site do Facebook para a moderação de conteúdo: <https://www.facebook.com/business/help/1323914937703529>

considera como discurso do ódio o ataque a pessoas com base em suas características protegidas, como raça, etnia, nacionalidade, filiação religiosa, identidade de gênero, dentre outros.

A quarta parte trata da integridade e autenticidade. Em tal parte são proibidas identidades falsas, um ponto de fundamental importância, para a possibilidade de responsabilização, como apontou o Facebook mesmo. Não são permitidas também métodos de massa para atrair usuários para visualização ou comércio de produtos. São vedados também usos indevidos da plataforma para encobrir a finalidade de páginas, como também a interferência governamental ou estrangeira, situação na qual há um comportamento não autêntico realizado em nome de ator estrangeiro ou governamental. Por fim, ainda nesta parte, há uma justificativa para permitir notícias falsas. Segundo o documento é difícil diferenciar notícias falsas de sátiras ou opiniões, assim em vez de retirar se reduz a distribuição.

As partes finais dos Padrões da Comunidade tratam de direitos de propriedade intelectual, onde a plataforma afirma levar a sério a temática e pede aos usuários que verifiquem se o conteúdo que estão compartilhando respeita tal diretriz. Trata também de solicitações e decisões relativas a conteúdo, como a proteção de menores, na qual a empresa afirma obedecer pedidos de retirada de conteúdos abusivos envolvendo crianças e adolescentes. Vale lembrar que esses padrões são atualizados constantemente pelo Facebook, sendo um aviso feito pela própria plataforma o fato de que a versão mais atual é a publicada em inglês.

Finalizada esta descrição, é interessante frisar que outras plataformas de grande visibilidade, como o Twitter e YouTube podem ter políticas mais ou menos permissivas a depender da situação, pois um dado importante do cenário da autorregulação é precisamente a certa insegurança sobre a previsibilidade das decisões que serão tomadas pela plataforma. No tópico seguinte discute-se essa questão em mais detalhes.

4. A INSUFICIÊNCIA DO MARCO CIVIL DA INTERNET

É relevante lembrar, ao debater essa temática, que é pacífica na doutrina ocidental que a liberdade de expressão é fundamental para a vida em democracia, sendo perigosa a ideia de sua limitação (FARIA, *et al.*, 2020, p. 26). Todos direitos devem, no entanto, coexistir, sendo necessário que se respeite o direito do outro ao se utilizar, por exemplo, da liberdade de discurso. Após o surgimento das novas tecnologias essa questão tornou-se ainda mais evidente, diante do aumento significativo do alcance das declarações de pessoas comuns, graças às redes sociais.

Não se nega que a partir da comunicação mais ampla possibilitada nesses ambientes, foi possível dar voz a setores dissonantes, que exercem um papel significativo na democracia (SCABIN *et al.*, 2021, p. 242). No entanto, esse processo tem sido revertido em certa medida, por iniciativa de algumas plataformas como o Facebook, principalmente como resposta às críticas de suas políticas anteriormente mais permissivas.

Nesta toada, diante do fato de que as decisões sobre a organização dos algoritmos tomados por essas redes têm um impacto significativo no debate público, é natural que a sociedade as pressione no sentido de atenuar os efeitos de declarações ofensivas ou notícias falsas. Como resposta a tais apelos, as mídias sociais buscaram ampliar a moderação do conteúdo, como discutido acima.

Assim, parece seguro dizer que a ideia de limitação da responsabilidade das plataformas, como forma de garantia da liberdade de expressão, mostra-se incapaz de cumprir tal papel. Pois, era assegurado às plataformas que elas não seriam penalizadas por permitir declarações possivelmente ofensivas, mas o seriam os seus autores, de modo que os indivíduos poderiam expressar-se livremente, desde que arcassem com as consequências. No entanto, esse ambiente, como já afirmado acima, fez com que os provedores de aplicações de internet agissem por conta própria e criassem um regramento, o qual estabeleceu novas limitações.

Assim sendo, a regulação trazida pelo Marco Civil tem o intuito explícito de garantir a liberdade de expressão. No entanto, quanto a esse aspecto, não adiciona proteção maior do que aquela já presente na Constituição Federal, pois há uma garantia genérica, como é típica das Cartas de Direito e não uma regulamentação detalhada, vista em geral nas normas infralegais. Nesse viés, a lei não atinge integralmente seu objetivo de transferir as garantias já presentes na legislação para internet, mesmo porque a normativa nacional, por si, não pode resolver problemas de escala mundial, pois tais aplicações são fornecidas na rede mundial de computadores (TOMASEVICIUS FILHO, 2016, p. 176).

Nesse sentido, é importante mencionar a título de exemplo o caso do Telegram, rede que vem protagonizando uma verdadeira disputa com o governo brasileiro e com outros ao redor do mundo. É possível observar neste caso, não somente a recusa em cumprir ordens judiciais, mas também em colaborar com inquéritos investigativos. A plataforma alega, entre outras coisas, falhas na comunicação para o cumprimento das determinações.

Ademais, quanto às demais plataformas, quase todas elas se envolvem em atritos com governos e apresentam modificações constantes em seus posicionamentos, para além de eventos excepcionais. O Twitter, não é ignorado, mostra-se em situação que apresenta a possibilidade de grande modificação da maneira pela qual modera conteúdo, em decorrência das negociações para a venda da plataforma ao bilionário Elon Musk, que é crítico do processo de moderação⁵. Esta referência a negociações se justifica à medida que elas são indicativas da volatilidade dos regramentos emanados de tais plataformas, podendo sofrer mudanças radicais em questão de meses.

Diante do hiato normativo sobre a moderação de conteúdo, surge a possibilidade ou necessidade tácita da autorregulação, que é marcada pela volatilidade e imprevisibilidade.

⁵As negociações para a realização de tal venda estão paralisadas, em decorrência da tentativa de desistência por parte de Musk, o que gerou um conflito que pode terminar inclusive em disputa judicial: <https://time.com/6196509/twitter-sues-elon-musk/>

Assim, é preciso discutir sobre a correção de tal decisão do legislador, tomada, como visto, há quase uma década, quando o problema não existia. Trata-se, em suma, de debater os limites da liberdade de expressão, de forma ampla, com vias a tratar a questão da autorregulação no interior de um universo onde exista segurança jurídica. Para a pesquisadora Maria Giorgetti Valente, em participação no livro *A Liberdade de Expressão e as novas Mídias*, organizado por José Eduardo Faria (FARIA, *et al.*, 2020, p. 22), a discussão sobre a liberdade de expressão no ambiente digital passa por três níveis, quais sejam: garantia da censura contra o Estado, a natureza pública das comunicações nas redes sociais e o nível referente aos cidadãos.

Dessa forma, é importante ter em mente o fato de que a questão deve ser abordada de maneira multifacetada, tal qual ela se apresenta na realidade. Ademais, há que se considerar também o papel da regulamentação estatal, que não pode obviamente determinar a volta da censura no interior de uma ordem democrática. Mas é preciso, enfim, voltar o radar do debate à questão levantada neste trabalho, a fim de dirimir possibilidades de restrições ao direito, advindas de outras fontes ou do próprio Estado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo compreender a relação entre a legislação do Marco Civil da Internet e a autorregulação na moderação de conteúdo nas redes sociais, de modo a determinar se tal situação pode causar uma restrição indevida da liberdade de expressão. Buscou-se cumprir tal meta por meio da análise realizada do texto da lei, lançando um olhar sobre a situação fática no que se refere às mídias sociais e discutindo esses pontos ao final.

Como foi visto, é notória, no Marco Civil, a garantia genérica da liberdade de expressão, repetindo os dispositivos constitucionais sem uma regulamentação detalhada e contextualizada, e pela limitação da responsabilidade dos provedores de aplicações de internet. Tal conjuntura resultou em grande autonomia para as plataformas, que em resposta aos apelos da sociedade passaram a moderar o conteúdo de maneira ativa.

Através da análise dos termos de uso das plataformas, o Facebook neste caso, percebe-se que não existe cláusula explícita que infrinja a liberdade de expressão dos usuários. No entanto, a rapidez com que esses termos são modificados, de modo que as traduções para outros idiomas do inglês nem sempre estão disponíveis, gera insegurança sobre a garantia futura do direito à liberdade.

Claro está que, por serem instituições privadas, buscam o lucro e podem ter uma mudança drástica em sua política em caso de troca em seu comando. Além disso, é preciso lembrar também que há diversos casos polêmicos envolvendo a influência das redes sociais em eleições, ou rejeição em seguir decisões de determinados governos, o que mostra o poder que tais agentes possuem.

Assim, a temática exige reflexão e discussão mais profundas. Não se trata de delegar ao Estado

o dever de regular o que as pessoas podem ou não dizer, pois tal alvitre mostra-se historicamente ameaçador às liberdades individuais. No entanto, a falta de qualquer diretriz legal clara pode deixar a sociedade refém da vontade de tais poderosos agentes do cenário político e econômico internacional, que são tais plataformas digitais. De modo que é importante ponderação no momento de debater e ainda mais naquele em que se busca concretizar as decisões tomadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição federal da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF:

Senado Federal, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres

para o uso da internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 13 abr. 2022.

BARRETO JUNIOR, Irineu F. Sistemas de responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por ato de terceiro: Brasil, União Europeia e Estados Unidos da América. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria. v. 13, n. 2, p.506-531, 2018.

ESTARQUE, Marina; ARHEGAS, João Victor. **Redes sociais e moderação de conteúdo**. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio. 2021.

FARIA, José Eduardo. **A liberdade de expressão e as novas mídias**. 1. ed. São Paulo: Perspectiva, 2020.

GONÇALVES, Victor Hugo. **Marco Civil da Internet comentado**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

KANAYAMA, Ricardo Alberto. A liberdade de expressão do Marco Civil da Internet e o procedimento de notificação e retirada para as “infrações” aos direitos autorais. **Civilista.com**, Rio de Janeiro, a. 10, n. 1, 2021. Disponível em: <http://civilistica.com/a-liberdade-de-expressao-do-marco>. Acesso em: 13 abr. 2022.

LAURENTIIS, L.C; THOMAZINI, F. A. Liberdade de expressão: teorias, fundamentos e análise de casos. **Rev. direito e práxis**. Rio de Janeiro, v. 11 n. 4, p 2260-2301, 2020.

MENEZES ACIOLY, Luis Henrique. **Revista Conversas Civilísticas**, Salvador, v. 1, n. 2, jul./dez. 2021.

PADRÕES da comunidade do facebook. **Transparence center**. Meta. Disponível em: <https://transparency.fb.com/policies/community-standards/user-req>. Acesso em: 13 abr. 2022. [Base de dados].

SCABIN, Nara Lya et al. **Comunicação, mídias e liberdade de expressão no século XXI: modos censórios, resistências e debates emergentes**. 1. ed. São Paulo: Intercom e Gênio editorial, 2021. Disponível em: <https://www.portalintercom.org.br/uploads/wysiwyg/comunicacao-midias-e-liberdade-de-expressa-no-seculo-xxi.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2022.

SOUZA GUSTIN, Miracy Barbosa; DIAS, Maria Thereza; NICÁCIO, Camila. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo**. São Paulo: **Estudos avançados**, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/115093>. Acesso em: 13 abr. 2022.

DIREITO À CIDADE: ANÁLISE SOBRE A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA COM ENFOQUE NA CIDADE DE JOÃO PESSOA

RIGHT TO THE CITY: ANALYSIS OF POPULATION IN STREET SITUATION WITH A FOCUS ON THE CITY OF JOÃO PESSOA

Adalberto Velloso Borges Melo de Albuquerque

Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Luciano Nobre de Andrade

Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de entender a realidade das pessoas em situação de rua, com foco na cidade de João Pessoa, relacionando essa realidade com a questão do direito à cidade, passando pela origem da cidade João Pessoa, aspectos urbanísticos importantes em sua formação e conceituação do que é o direito à cidade; o desenvolvimento trata do tema das pessoas em situação de rua de maneira aprofundada, passando por questões relacionadas à especulação imobiliária, impacto da pandemia do COVID-19 nessas pessoas, análise do orçamento brasileiro com enfoque nas áreas relevantes ao tema, entre outras, para entender possíveis intervenções para melhorar o cenário atual que enfrenta essa parcela da população.

Palavras-chave: Direito à cidade. João Pessoa. População em situação de rua. Habitação.

Abstract: This article aims to understand the reality of homeless people, focusing on the city of João Pessoa, relating this reality with the issue of the right to the city, passing through the origin of the city João Pessoa, important urban aspects in its formation and conceptualization of the right to the city; The development deals with the issue of homeless people in depth, going through issues related to real estate speculation, impact of the pandemic, budget analysis, among others, to understand possible interventions to improve the current scenario facing this part of the population.

Keywords: Right to the city. João Pessoa. Homeless population. Housing.

Sumário: 1. Introdução: 1.1 Origem da cidade; 1.2 Breve histórico urbanístico da cidade de João Pessoa; 1.3 O Direito à Cidade e a quem ele se dirige – 2. Desenvolvimento: 2.1 Contrastes: a história da população em situação de rua nas cidades mais ricas; 2.2 Nordeste: o desafio climático e social; 2.3 João Pessoa hoje: miséria e desigualdade; 2.4 Especulação imobiliária e suas consequências; 2.5 Formação de aglomerados subnormais em João Pessoa; 2.6 População em situação de rua durante a pandemia; 2.7 Balanço do Orçamento Geral da

União; 2.8 Constituição e Estatuto da Cidade – 3. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

1.1. ORIGEM DA CIDADE

O filósofo e jurista italiano Norberto Bobbio, em sua principal obra, *A Era dos Direitos*, divide os direitos fundamentais em três gerações ou dimensões, sendo sua divisão dada por sua associação com um dos princípios do lema da Revolução Francesa “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”.

Os direitos de primeira geração são aqueles pautados em prestações negativas por parte do Estado, devendo este não interferir em determinadas faculdades do indivíduo e respeitando sua liberdade; são chamados de direitos individuais por serem fundados na ideologia liberal, profundamente individualista.

Os direitos de segunda dimensão, por outro lado, necessitam de prestações positivas — ou ações — que permitam aos mais socialmente desfavorecidos desfrutarem de sua plena liberdade; a necessidade de direitos dessa natureza foi evidenciada pela impossibilidade do usufruto dos direitos de primeira geração sem as condições mínimas necessárias de vida, o chamado mínimo existencial. Os direitos desta dimensão são chamados de sociais, parte dessa nomenclatura se compreende da ideia de socialização da riqueza para o atendimento da sociedade como um todo, possuindo origem marxista.

Na terceira dimensão constam os direitos coletivos, isto é, aqueles que compreendem a humanidade e a sociedade como um ente que deve ser legalmente protegido. São direitos fundados na solidariedade, estando a coletividade humana como o sujeito a quem esses direitos se destinam. Nesse rol de direitos, encontram-se, dentre outros, o direito ao meio ambiente, à comunicação, direito de autodeterminação dos povos e o direito à cidade.

Para compreender o direito à cidade — e aos espaços públicos que nela se encontram —, é primeiro preciso compreender o que é a cidade, sua origem e a quem se dirige a cidade.

Segundo Raquel Rolnik (2009, p. 12) a cidade se originou na sedentarização do homem a partir do desenvolvimento da agricultura, esta definição, entretanto, a sua origem não é, de forma alguma, atemporal. A autora, na tentativa de buscar uma característica essencial da cidade, não importando o momento histórico ou o local, define a cidade como “um ímã, um campo magnético que reúne e concentra os homens”.

No mundo antigo, são diversos os exemplos de grandes cidades marcadas na história da humanidade; entre os egípcios, maias, gregos, mesopotâmicos, unos e tantas outras civilizações, em que pese as diferenças locais, culturais e temporais, sendo todas estas interligadas por sua forte ligação à agricultura.

Tal situação seria intocada por milênios entre o desenvolvimento da agricultura, durante o período neolítico, e o desenvolvimento de outra atividade com maior poder de agregar os homens nas cidades. Tigar e Levy (2000, p. 40) associam o surgimento das cidades modernas à ampliação da atividade comercial, em especial pelo processo de concentração de artesãos, comerciantes e tecelões nas comunas. Estes locais de trabalho, compra e venda eram porções de terra do rei ou senhor feudal compradas, conquistadas ou adquiridas pelos burgueses e que possuíam leis e cortes internas com maior especialização no trato de contendas comerciais, sendo mais interessante para isso que as cortes reais, feudais e clericais.

É evidente que este movimento, voltado mais ao comércio que à agricultura, demoraria a chegar ao Brasil. Sendo as comunas propriamente europeias, é preciso compreender que cada realidade histórica e espacial molda a urbanização do ambiente. No território brasileiro, pode-se dizer que o “ímã” que atraía as pessoas para a formação de cidades foi a exploração da terra e das riquezas para a agricultura e mineração.

1.2. BREVE HISTÓRICO URBANÍSTICO DA CIDADE DE JOÃO PESSOA

Nascida como tantas outras cidades no Brasil daquela época, João Pessoa surge do intento colonizador português. Da beira do rio Sanhauá, a Filipeia de Nossa Senhora das Neves tem seu princípio no ano de 1585 e era produto de um acordo de paz entre os índios Tabajaras — nação que habitava o local em conjunto com os Potiguaras — e os portugueses. De início lento e ofuscada por Olinda e Recife, em especial no cultivo da cana, durante o período colonial “a sociedade não era tão hierarquizada do ponto de vista das classes sociais sendo, portanto, mais homogênea quanto aos costumes e práticas cotidianas” (SILVA, 1997, p. 6).

Já após a colonização holandesa, Parahyba começa a melhorar estética e estruturalmente a sua urbe nos séculos XVIII e XIX. Silva (1997, p. 11) indica que a produção e exportação algodoeira ajudam no fortalecimento econômico da cidade. Durante a gestão de Henrique de Beaurepaire Rohan, no meio do século XIX, há ainda mais foco no embelezamento da cidade, crescendo também as diferenças de classes sociais. A partir da proibição da utilização de mão de obra escrava, em 1888, o campo perde o foco, e há um significativo aumento da população citadina, bem como um maior foco nas atividades de comércio interno.

Com a chegada do século XX, há um desenvolvimento estrutural urbano intenso, deixando a cidade mais próxima do que hoje é, em um processo que Silva (1997, p. 13-17) descreve sob o nome de Revolução Urbanística. Em que pese as condições de vida gerais da cidade terem mudado, não se pode afirmar que isto tenha sido, de qualquer modo, democrático ou acessível a todos. Em conjunto com a melhora significativa da urbe, uma maior distinção de classes ia surgindo, processo comum no capitalismo. Em realidade, a cidade era construída, e em especial expandida, para conformar os interesses da elite que começava a sair do campo.

Inicia-se, então, um processo de higienização da cidade, afastando a população pobre das áreas nobres e punindo atos considerados contra a moralidade da época. Esse processo, no

entanto, não era novo na Parahyba, na já citada gestão de Henrique Rohan, atos como banhos públicos, dentre outros costumes próprios do povo local, haviam sido proibidos em nome de uma política urbana mais avançada. Santos (2015, p. 40) também cita que, no final do século XIX, a promulgação do Código de Posturas proibia a construção de casas de palha e cortiços no Centro. Em suma, as reformas urbanas foram acompanhadas de reformas políticas e morais promovidas aos interesses da elite; sobre a o processo do início do século XX, Waldeci Ferreira Chagas dispõe:

Encarcerar os pobres e tirá-los da rua temendo que cometessem atos violentos, ou que seus corpos transmitissem alguma moléstia, também se constituiu uma das respostas do processo de urbanização na cidade da Parahyba (Chagas, 2004, p. 22).

A política higienista implantada no Brasil no início do século XX, embora eventualmente conseguisse trazer melhoras sanitárias e estruturais, trazia como custo o afastamento do pobre do centro da cidade, onde a maior parte das melhorias se localizava, e do convívio social. Uma vez excluído, de pouco conseguiria usufruir das novas tecnologias e serviços públicos; a marca desse período de expansão era a desigualdade, marca esta que até hoje permanece e produz efeitos.

A alta sociedade e a classe média alta, como políticos e médicos — estes reunidos em especial na Associação Médica da Parahyba —, atuaram fortemente para o fortalecimento deste processo de exclusão.

Chagas (2004, p. 176) ainda faz uma importante análise quanto à atuação do Estado, ou ausência dela, em posturas assistencialistas. O autor declara que casas para a população mais pobre apenas foram construídas na década de trinta, e de iniciativa de membros da igreja católica, que também eram responsáveis por ações de acolhimento e caridade.

A partir dos anos 60 e 70 a população mais rica volta-se à recém-urbanizada orla e às proximidades da Epitácio, que fora calçada. A população mais pobre passou a se dividir entre as que moram em bairros e cidades marginais, bem como às margens de rios, e as que voltaram ao centro, que passou por um processo de desvalorização imobiliária.

Há um novo movimento de êxodo rural que mudou significativamente o cenário social pessoense. Embora inicialmente não tão impactante por conta da migração para o Sudeste, a população “começa a crescer de forma acelerada a partir dos anos 70, correspondendo entre 1970 a 1980 a um aumento de mais de 53% e chegando em 1991 a mais que o dobro da população existente em 1970” (SILVA, 2014). A União começa a agir mais fortemente para dar suporte ao município, que não estava preparado para lidar com as necessidades habitacionais, decorrentes da nova população.

Embora o problema da habitação tenha sido minorado, ele não foi plenamente solucionado.

A construção urbanística de João Pessoa é marcada pelo obscurecimento — seja do alcance de direitos e políticas, seja dos livros de história — das suas populações mais vulneráveis.

Em que pese a importância da compreensão da história da cidade de João Pessoa para compreender seus problemas, para entender o direito à cidade, é mais essencial analisar a cidade de outra forma. Assim como o aspecto histórico, não irá nos levar muito além um olhar para a cidade em seu espectro objetivo — as construções, ruas e limites que formam a cidade — ou em sua forma jurídica, o município. Para melhor se destrinchar o objeto deste texto, pretende-se observar a cidade na sua dimensão subjetiva: como uma construção constante e viva formada pelas pessoas que nela estão.

1.3. O DIREITO À CIDADE E A QUEM ELE SE DIRIGE

Para o homem cotidiano, a cidade é onde se nasce, onde se dorme, onde se trabalha, onde se estuda, onde se vota, onde se casa... a cidade é onde se vive. É nela que todos os direitos, sejam liberdades ou poderes, são exercidos. Em um ecossistema social capitalista, no entanto, a garantia material de um direito, ou a capacidade do indivíduo de usufruir dele, é medida conforme sua condição financeira. Embora formalmente postos em nível de igualdade — e que existam medidas públicas que buscam a equidade —, é inegável o fato de que os direitos básicos são de melhor acesso para os economicamente favorecidos.

Nesse contexto, é importante entender que o direito à cidade é essencial para o acesso de todos os outros direitos de forma igual e para a formação de uma sociedade mais humana e democrática.

Tendo em mente a compreensão da cidade como uma construção viva, é possível chegar à definição do objeto em discussão. Embora o direito à cidade tenha sido primeiramente levantado por Henri Lefebvre, em 1968, as palavras de David Harvey, em 2013, destrinçam o conceito de forma magistral:

O direito à cidade é [...] muito mais do que um direito de acesso individual ou grupal aos recursos que a cidade incorpora: é um direito de mudar e reinventar a cidade mais de acordo com nossos mais profundos desejos (HARVEY, 2014, p. 34).

Com esse conceito em apresentado, retorna-se ao princípio do texto: o direito à cidade é coletivo, é de todos, não importando sua condição econômica, seu grupo social ou qualquer formalidade jurídica. O direito à cidade pertence ao cidadão, não à toa as duas palavras originam-se, etimologicamente, do mesmo termo grego: *citytas*.

O Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, contempla esse direito de dimensão coletiva no art. 2º, especialmente no inciso I, indicando que a política urbana deve, em suas diretrizes, procurar:

Garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 2001, Art. 2º, I).

Logicamente que a situação real é distante da disposta. Quando se trata do direito de mudar a cidade — política, cultural, estética e historicamente, ou de qualquer outra forma — é primeiro necessário poder viver e residir nela; para usufruir de seus espaços públicos e poder participar da vida urbana, é essencial que eles sejam criados e preservados.

No correr desse estudo, pretende-se expor dois dos principais aspectos que impedem o pleno usufruto da cidade: o desprezo pelas populações de rua — conjunto de pessoas que possui o viver mais íntimo com a cidade — e a falta de políticas públicas suficientes para atender a essa população vulnerável.

De antemão, cabe ressaltar que, obviamente, não será possível discorrer sobre tudo aquilo que limita a garantia do direito à cidade, como a falta de mobilidade, de acessibilidade, a violência, a desigualdade econômica, a falta de saneamento, o desprezo ao meio ambiente, a falta de lazer, a inaptidão dos gestores, entre outros fatores, porém, é mister considerar que a garantia do proveito amplo e democrático dos espaços públicos, e de tudo que isso acarreta, não é uma utopia a ser mirada à distância, e sim aquilo que é correto e devido a cada cidadão nas diversas garantias constitucionais, infraconstitucionais e convenções internacionais.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. CONTRASTES: A HISTÓRIA DA POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA NAS CIDADES MAIS RICAS

O aspecto que mais chama atenção ao observar a miséria urbana, e em especial da população em situação de rua, é o seu contínuo e triste crescimento em conflito com a riqueza e os luxos das áreas nobres das grandes cidades. Como sociedade, acostumou-se a normalizar, e não agir, ao ver pessoas dormindo em escadas de agências de bancos bilionários, em pátios de prédios com vários apartamentos desalocados, em sarjetas de shoppings imensos, etc.

Quando não se normaliza, faz-se pior: torna-se a própria presença dessas pessoas indesejada — como se o morador de rua fosse o errado na questão — ou mesmo ilegal.

A exemplo disso, a cidade de São Paulo, detentora de um PIB de 699,3 bilhões de reais em 2020, possui, por outro lado, uma população em situação de rua de mais de vinte e cinco mil habitantes. Embora plenamente capaz de realizar políticas de habitação que resolveriam a situação de boa parte do seu povo mais pobre, a cidade possui um histórico recente de polêmicas envolvendo a tomada de medidas urbanísticas que visam afastar certos usos do espaço público pela população em situação de rua — como bancos de praça e calçadas

antiergonômicos, evitando que estas pessoas lá durmam.

O conflito se agrava ao se considerar que, por suas condições materiais, os moradores de rua são usuários do espaço público de forma quase intermitente: enquanto a maioria da população utiliza para lazer e transporte — entre a casa e o trabalho —, quem mora na rua vive o espaço público, mesmo que seja por falta de opção, e são as mais vedadas desse direito de participar, usar e ser a cidade. Conquanto seja injusta essa incoerência, ela não é nova na história do capitalismo.

De antemão, cabe levantar que dispor sobre como a população em situação de rua surgiu e vem crescendo é um ponto de teor geral, são vários motivos — e várias histórias — que levam alguém a não possuir condições de sustentar um lar, é importante, porém, observar momentos e condições — sociais, político-legais e econômicas — que propiciaram a situação a chegar aonde está.

Com o advento da Revolução Industrial no século XVIII, houve um súbito aumento na capacidade produtiva das fábricas, de propriedade da classe burguesa; com a abertura de diversos postos de trabalho, a população camponesa — desempregada após o cercamento de terras para a construção de fábricas — migra em massa para os centros econômicos. De acordo com Pinto e Gondim (2017, p. 3) Embora a maior parte tenha conseguido se empregar, em condições miseráveis de vida e trabalho, uma parcela de não absorvidos pelo mercado e de não adaptados às indústrias passaram a viver na rua. À luz do Estado liberal da época, pouco ou nada se fazia para com essas pessoas.

A presença das pessoas que moram nas ruas persiste ao longo dos séculos, concomitantemente com as transformações ocorridas com o capitalismo na sociedade, em diversas partes do mundo. [...] A existência de pessoas que moram nas ruas acompanha a formação socioeconômica desses países (Oliveira, 2011, p. 59).

Este movimento iniciado na Inglaterra aconteceu, em uma medida ou outra, em todas as grandes economias do capitalismo. No Brasil, a industrialização mais pesada ocorre no período Vargas (1930-1945), mas as questões sociais e econômicas são mais difusas em território brasileiro, em especial no Nordeste.

Com o fim da escravidão legal, em 13 de maio de 1888, ocorrida a partir da assinatura da Lei Áurea, a população negra escravizada perdeu os seus postos de trabalho e vida precários sem assistência alguma por parte do Estado. Com a imigração de europeus se intensificando ainda mais, coube a essas pessoas irem morar em situação extremamente precária — em cortiços e favelas — para manter sua subsistência; quando isto não era possível, iam para rua.

Agravando a situação, em especial no Rio de Janeiro, há a idealização de uma reforma urbana e sanitária, que se inicia na Revolta da Vacina (1904), resultando na destruição de diversas

moradias irregulares (mormente cortiços) e afastando os moradores para as favelas e ruas.

A questão, no entanto, além de social, era legal; a população em situação de rua, cada vez maior, foi gravemente criminalizada: O simples fato de pedir dinheiro possuindo saúde para trabalhar — ou mesmo que não possua, mas em local onde há assistência médica para cuidado —, não possuir profissão para garantir subsistência e domicílio, entre outros “crimes”, renderam dois capítulos do Código Penal de 1890, no que totalizam 14 artigos. Cabe ressaltar que a repressão era, acima de tudo, moral, proibindo-se nesses capítulos se embriagar em público e até a prática de capoeira.

2.2. NORDESTE: O DESAFIO CLIMÁTICO E SOCIAL.

Na região Nordeste do Brasil, em especial no século XIX, um problema recorrente ditava o aumento cada vez maior da população rural para a área urbana: a seca. Embora especialmente devastadora nos estados do Ceará e Piauí, o flagelo da seca atingiu o interior do estado da Paraíba (à época Província da Parahyba do Norte) de forma a agravar a pobreza e o problema da população em situação de rua.

A seca causou um imenso e tortuoso processo de migração do campo para a cidade. Sem condições de plantação, ou mesmo de vida, no interior de várias províncias nordestinas, a população — assolada também pela fome e doenças — busca uma esperança de vida em cidades litorâneas.

Tal qual Severino, a mudança do sertão para o litoral em muito pouco muda a condição de miséria; os poucos que conseguem um mísero sustento, o obtém por meio de centros de caridade da Igreja. Os retirantes, como eram chamados, fogem da miséria da seca para a miséria social, muitos recorrendo para a mendicância em busca de algo para saciar a fome.

Como já analisado, a presença da população pobre nos espaços urbanos não é de agrado das elites político-econômicas, não significando isto que houve, ou que haja, uma efetiva tentativa de desmarginalizar essas pessoas; pelo contrário, o combate não é à miséria ou à sua causa, o combate é à pessoa.

Em função disso [seca], passou a ser comum, no cenário urbano, levas de mulheres, jovens e idosas maltrapilhas e famintas, vindas das diversas cidades do sertão. Sem opção e condição, lhes restaram a mendicância e a ociosidade, compreendidas pelas elites como crime (CHAGAS, 2004).

Embora a seca de 1877 ter sido o caso de maior relevância e discussão — até mesmo em termos literários, como no livro *Os Retirantes*, de José do Patrocínio —, fato é que o fantasma da seca assombra o interior paraibano de tempos em tempos. Em especial no início do século 20, o estado pouco fazia para minorar os efeitos da situação.

O pouco que se fazia pela parcela dessa população que ia morar na rua não possuía genuínos fins sociais; embora se pudesse falar de fins humanitários por parte das instituições religiosas, os interesses do financiamento governamental e dos médicos sanitaristas era mormente para “jogar debaixo do pano” aquilo que eles não queriam diretamente resolver ou tratar.

Chagas (2004) traz à tona a ideia de que todas as políticas realizadas para essa população foram de cunho paternalista, isto é, não havia uma tentativa de garantir os direitos efetivos destes indivíduos de forma autônoma. Para além dos asilos católicos, o autor ainda cita a utilização da mão de obra dos moradores de rua para obras de infraestrutura urbana, como forma de tirá-los do ócio.

A luta e as ações, por parte do Estado e da elite, não eram contra a miséria e a fome, mas sim contra o incômodo trazido quando esta questão começa a interferir em suas vidas comuns, em especial no espaço urbano. Isto é, apenas quando a segurança das pessoas mais abastadas aparenta estar sob risco — com o aumento da criminalidade associado à miséria — ou quando os ambientes entendidos como destinados a essa população estão sendo ocupados, ou seja, apenas quando o problema transborda da classe pobre para chegar aos mais ricos, é que há algum tipo de ação no sentido de atenuar os efeitos — seja por meio de atitudes paliativas ou pelo encarceramento destas pessoas.

2.3. JOÃO PESSOA HOJE: MISÉRIA E DESIGUALDADE

Embora a política e teoria higienista já não sejam vistas como algo positivo há muito tempo, para a parcela mais vulnerável da população, até hoje a situação não se encontra muito diferente. De forma semelhante ao que se observava na ideia de urbanização do fim do século XIX e início do XX, quando se trata de melhoria ou modernização de uma cidade, normalmente o objetivo é a reforma e criação de espaços e políticas voltados para a classe média e a elite, não para a democratização do que é público para aqueles que mais necessitam.

A democratização dos espaços públicos e da cidade é algo essencial em especial no Nordeste, pois a região carrega o peso da desigualdade social e da miséria para grande parte de sua população. A concentração de capital político e econômico no Brasil inteiro encontra-se agravada pela associação do poder ao pertencimento à oligarquias e à posse de terras.

Os dados de desigualdade na região metropolitana de João Pessoa são desoladores. Conforme aponta estudo do Observatório das Metrôpoles, do quarto trimestre de 2021, a Região Metropolitana de João Pessoa possuiu os maiores índices de desigualdade entre todas as mais de 20 RMs estudadas. A região foi responsável pelo maior Coeficiente de Gini (0,683) — sendo a que teve esse índice mais elevado durante a pandemia —, o segundo menor rendimento médio entre os 40% mais pobres (104,97), a maior razão entre os rendimentos médios dos 10% mais ricos e 40% mais pobres (52) e o maior percentual de pessoas vivendo em domicílios com renda menor que $\frac{1}{4}$ do salário mínimo (40,5%). Na maior parte dos casos estando acompanhado por outras capitais nordestinas no páreo da desigualdade, comprovando o

baixo nível de distribuição de riqueza na região.

Em um ambiente de tamanha inequidade, a situação é mais agravada àqueles que pouco ou nada têm. Em relação à população em situação de rua, há poucas fontes seguras no que diz respeito à quantidade. O número mais recente que pode ser apontado de alguma forma como base foi a campanha de vacinação — realizada por um dos poucos projetos de assistência para essa população, o Consultório na Rua, programa do SUS — itinerante voltada a atender moradores de rua, alcançando mais de 800 pessoas nesta situação, segundo matéria do G1, de 2021. A ausência de pesquisas específicas apenas demonstra a falta de ações estatais para o atendimento deste grupo, haja vista que o mapeamento é o primeiro passo para o sucesso de projetos que visem efetivar os direitos de pessoas em situação vulnerável.

Embora não haja dados concretos e públicos referentes à questão, é sensato considerar que houve um grave aumento na quantidade de pessoas em situação de rua, bem como uma piora na situação em que se encontram, por conta dos impactos econômicos trazidos pela pandemia. Há de se pontuar que, sendo uma das melhores formas de prevenção a higiene e a utilização de máscaras, esta população se encontra especialmente afetada pelo difícil acesso a esses recursos.

2.4. ESPECULAÇÃO IMOBILIÁRIA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Para compreender melhor o cenário em que está a população em situação de rua, é preciso entender como funciona a especulação imobiliária e como esse fenômeno contemporâneo empurra as pessoas para longe dos locais de trabalho e, por vezes, colocam-nas para fora de casa.

Na definição de Campos Filho (2001, p. 48), a especulação imobiliária é uma maneira pela qual proprietários de terra recebem uma renda transferida dos outros setores produtivos da economia, principalmente a partir de investimentos públicos na infraestrutura e serviços urbanos, ocorrendo uma apropriação privada dos lucros provenientes das melhorias ensejadas pela distribuição coletiva dos custos de melhoria das localizações.

Essa renda transferida se dá pelo aumento do valor de mercado de um imóvel durante um certo período de tempo, quando há uma demanda crescente na região em que está localizado o imóvel, motivada principalmente pelo processo de evolução urbana, com o aumento do fluxo de pessoas e crescimento do comércio.

Esse tipo de operação restringe o uso social de certo terreno, seja para fins produtivos ou habitacionais, e, com esse espaço ocioso, ocorre o aumento dos preços de imóveis na região, dado o aumento da demanda e disponibilidade diminuída de terrenos, afastando pessoas de baixa condição econômica desses locais e que, ou acabam se mudando para um local periférico que possam arcar com os custos, ou acabam ficando em situação de rua.

É importante entender o que Campos Filho quer dizer com apropriação privada das melhorias

coletivas, pois o terreno em si, objeto da especulação imobiliária, não é fisicamente modificado nesse processo, mas sim o seu entorno, que por ser uma região em crescimento, é beneficiada por infraestrutura relacionada à água, esgoto e energia, serviços urbanos como creches e melhoramento da acessibilidade à região pela pavimentação, implantação de novas vias e melhora do transporte público. Assim, com essas melhorias realizadas ao redor do terreno, lhe é agregado valor, de forma infrutífera para a sociedade e benéfica apenas ao interesse do particular que está praticando a especulação.

Desse modo, a especulação imobiliária gera problemas urbanos e sociais graves, pela modificação artificial do tecido urbano, com infraestrutura subutilizada em um certo local e sobrecarregada em outros, aumentando o custo desta; bem como a dificuldade de deslocamento que passa a existir pelo afastamento da população de baixa renda das áreas com empregos e aumentando o tráfego pela concentração excessiva de pessoas se deslocando em vias limitadas; e o problema principal para esse artigo, o aumento da população em situação de rua pelo aumento artificial do custo da moradia e de vida.

2.5. FORMAÇÃO DE AGLOMERADOS SUBNORMAIS EM JOÃO PESSOA

O aumento no custo de moradia possui duas consequências diretas: o crescimento de moradias precárias ou, nos mais graves casos, o aumento da população em situação de rua. Conjuntos de moradias precárias são melhores definidas pelo conceito de aglomerado subnormal criado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para incluir de forma generalizada a diversidade de assentamentos irregulares existentes no país, como: favela, invasão, grota, baixada, comunidade, vila, ressaca, mocambo, palafita, para citar apenas alguns.

Aglomerados, conforme o IBGE (2010, p. 27), são conjuntos com no mínimo 51 unidades habitacionais carentes, ocupando ou tendo ocupado, até período recente, terreno de propriedade alheia, sendo ela pública ou particular e dispostas, comumente, de forma desordenada e densa.

Os aglomerados são identificados como subnormais pelo IBGE (2010) quando apresentam ocupação ilegal da terra, precariedade de serviços públicos essenciais e ao menos uma dessas características: urbanização fora dos padrões refletida por vias de circulação estreitas e de alinhamento irregular, lotes de tamanhos e formas desiguais e construções não regularizadas por órgãos públicos.

Tendo o conceito em mãos, podemos falar de João Pessoa, tendo por base o último censo, de 2010, o mesmo de onde foram retirados os conceitos acima. Os dados trazem que a Paraíba tem 90 áreas de aglomerados subnormais, com uma população de mais de 130 mil habitantes e 36.380 domicílios, com João Pessoa tendo a maior densidade dessas áreas, seguida por Campina Grande, Bayeux, Cabedelo e Santa Rita. Infelizmente a classificação utilizada exclui aglomerações com números abaixo de 50 moradias, o que afeta um pouco a real

compreensão da realidade de pessoas vivendo nesse tipo de condição.

Como abordado na breve exposição sobre a história de João Pessoa, o cenário de modernização e políticas higienistas no século XIX, particularmente com o Código de Posturas, que visava ordenar e disciplinar o uso do terreno urbano pela população e poder público, tentando reger a natureza da morada, motivou o desenvolvimento dos primeiros aglomerados subnormais da cidade de João Pessoa, a partir da proibição de construção e permanência de casas de palhas, casebres e cortiços na parte central da cidade, que eram considerados moradias insalubres, como bem descreve Santos (2015, p. 42). A partir disso, a população pobre migrou para as periferias e nas condições mais precárias de moradia.

Outro período que ensejou mudanças na cidade de João Pessoa, no que diz respeito à habitação, foi a partir da década de 1970, com a rede urbana se expandindo em direção ao litoral, e a construção de grandes conjuntos habitacionais populares, como Valentina, Castelo Branco, Mangabeira e Bancários, que hoje estão na condição de bairros.

Com a criação do Distrito Industrial, inauguração do Hotel Tambaú, as obras da UFPB no Castelo Branco e a abertura de loteamentos no Manaíra e Bessa, as áreas centrais se valorizaram e mais uma vez expulsaram a classe mais pobre para a periferia, e essa necessidade de moradia deu origem a ocupações ilegais, os aglomerados subnormais.

Após o ano de 1980, ainda segundo Santos (2015, p. 44), o processo de favelização foi intensificado, com a instalação de favelas em vales de rios, entre conjuntos habitacionais e outros espaços públicos. Dos 65 bairros pessoenses, 44 deles possuem favelas, muitas delas localizadas em margens de rios que cortam a cidade, em consequência da diferenciação socioeconômica existente.

2.6. POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA DURANTE A PANDEMIA

Em notícia publicada na Fiocruz, por Nathália Gameiro (2021), em repercussão da audiência pública da Câmara dos Deputados com o tema “População em situação de rua durante a pandemia”, especialistas e representantes de movimentos sociais falaram sobre o tema e trouxeram dados importantes. Antes da eclosão da pandemia, segundo representante do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a estimativa era de 221 mil pessoas em situação de rua, e que não há um número exato para a pandemia, mas que os sinais indicam que houve um aumento expressivo, a exemplo do aumento de pessoas pedindo dinheiro nas ruas.

Com o agravamento econômico que ocorreu durante a pandemia, apontou o pesquisador Marcelo Pedra, do Núcleo de População em Situação de Rua da Fiocruz Brasília, que um novo perfil de pessoas em situação de ruas apareceu, o de trabalhadores que não conseguem pagar aluguéis e estão indo para as ruas por não terem como se manter. Dados trazidos pelo mesmo pesquisador, de pesquisa realizada pela Prefeitura do Rio de Janeiro, apontam que 31% das

peças estavam na rua há menos de um ano, e desses, 64% por perda de trabalho, moradia ou renda. Ainda, 42% afirmaram que sairiam da rua se tivessem um emprego. Também foi apresentado dados de cadastro do Sistema Único de Saúde (SUS), que mostraram um aumento de 35% do número de mulheres em situação de rua. Isto é, todos os dados corroboram para a hipótese de que o aumento no número de pessoas em situação de rua foi expressivo.

Um assunto abordado também foi a falta de políticas públicas de saúde e de proteção social voltadas à população em questão, não muito diferente do que acontecia antes da pandemia, mas que foi agravado e afeta questões como o uso de máscara (já que essas pessoas não têm onde lavar), a questão de ficar em casa (que é impossível), o fato de serem grupo prioritário de vacinação e mesmo assim terem enfrentado dificuldades relacionadas à documentação, como também aconteceu com o auxílio emergencial, que impediu o acesso por parte de pessoas em situação de rua que não tinham celular, por exemplo. O cenário descrito na audiência é devastador e frustrante para quem tem atuação direta com essas pessoas, que sequer estão incluídas no censo nacional; Marcelo Pedra, sobre a questão de dados, defende essa inclusão e a integração dos sistemas de assistência social, e a feitura de uma diretriz nacional para o atendimento dessa população.

2.7. BALANÇO DO ORÇAMENTO GERAL DA UNIÃO

Analisada toda a questão econômica e social por que passa o Brasil nos últimos anos, espera-se que o Estado responda ao conjunto da crise de forma ativa, importando em investimentos em infraestrutura habitacional popular. Não é isso que mostra o Balanço do Orçamento Geral da União (2021), de subtítulo “A conta do desmonte”, elaborado pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC), documento que se apresenta importantíssimo para as questões discutidas, pois traz dados e análises atualizadas sobre o orçamento e os impactos práticos dos cortes de recursos públicos em diversas áreas ligadas às políticas sociais, que estão sendo interrompidas ou prejudicadas desde o início do governo Bolsonaro até a publicação do estudo, de 2019 a 2021.

Nesse caso, é mais relevante focar no capítulo dedicado justamente ao direito à cidade, para entender como a alocação de recursos acaba impactando a vida das pessoas em situações de rua. O capítulo inicia falando sobre o pacto federativo do Brasil, que deixa quase nada da arrecadação para os municípios, enquanto eles têm boa parte das responsabilidades e acabam pagando boa parte da conta. Que essa interdependência era funcional até 2016, mas que depois disso está ocorrendo uma rivalidade do Governo Federal para com os entes federativos, em nível estadual e municipal.

O Ministério das Cidades, crucial para efetivação das políticas urbanas, foi desmontado e recursos que antes eram destinados ao saneamento e à moradia ficaram perdidos, deixando a desejar a realização dos direitos mais básicos. Relatórios apontam que o direito à cidade, diante desse fato, estava com risco de retroceder.

A nova gestão que subiu ao Planalto em 2019 não destinou novos recursos orçamentários para habitação, renegando esse setor ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Chegando aos números, o orçamento é dividido entre montante autorizado e o montante executado, que vem caindo muito. Em números, ao longo dos anos desse governo, a execução caiu para quase 1/3 do primeiro ano, de 73 milhões para 25 milhões executados, enquanto, no último ano, o autorizado era um orçamento de 105,53 milhões de reais. Importante salientar que, essa discrepância está ocorrendo em um ano de pandemia, onde seria ainda mais importante do que o normal investir em habitação.

Além disso, o orçamento dedicado ao urbanismo somente está executando os restos a pagar de exercícios anteriores, não sendo nada utilizado do valor autorizado para projetos de habitação, nem demonstra qualquer interesse em enfrentar o problema da falta de moradia. Do orçamento da subfunção habitação, absolutamente nada foi pago ou sequer autorizado no período analisado.

Ademais, o orçamento para transportes coletivos urbanos, que já é terceirizado para empresas privadas que cobram por passageiro, em oposição à cobrança por quilômetros rodados, ensejando diminuição da frota e renega regiões com menor número de passageiros, colocando o lucro acima do que deveria ser um direito básico viabilizado por política pública.

Por fim, o documento traz perspectivas para o ano de 2022, e que, infelizmente, as políticas urbanas devem continuar da mesma forma, sem recursos para habitação, saneamento, transporte público, com o grave dado de nenhum valor autorizado para subfunção habitação urbana, significando que a população em situação de rua deve continuar renegada pelas políticas públicas federais. A recomendação final sobre a área é retomar projetos de habitação de interesse social e urbanização de favelas e criar o fundo de financiamento para o transporte público, mas, para os autores do estudo, pouco pode se esperar em razão da falta de compromisso político e social desta administração.

2.8. CONSTITUIÇÃO E ESTATUTO DA CIDADE

Embora falte investimento e políticas públicas por parte do Governo, não falta ao povo brasileiro garantias no que concerne aos seus direitos sociais e econômicos de habitação e dignidade, cabendo destaque à Constituição Cidadã e ao Estatuto da Cidade.

A Constituição Brasileira traz a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado, no inciso III do art. 1º é objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção do bem de todos e a erradicação da pobreza e da marginalização. Assim, é inegável que essas disposições se correlacionam com a questão da população em situação de rua, devendo ser prioridade do Estado brasileiro promover políticas públicas voltadas às pessoas em questão.

Segundo Mário Augusto Silva (2020, p. 5), o Estatuto das Cidades, instituído pela Lei

nº 10.257/2001 foi inovador ao instituir uma política urbana direcionada ao pleno desenvolvimento das funções sociais, da propriedade e da cidade. Em seu conteúdo, está contido o direito à cidade, como o direito a cidades sustentáveis, com moradia, saneamento ambiental, infraestrutura e serviços públicos, trabalho e lazer, a fim de se atingir uma vida urbana digna. Também está presente no art. 2º do Estatuto das Cidades a gestão democrática das cidades, e os titulares do direito a cidades sustentáveis são os titulares presentes e as futuras gerações, no mesmo entendimento do direito ao meio ambiente.

No que diz respeito às pessoas em situação de rua, o direito à cidade entende como detentor de direito todas as pessoas que habitam de forma permanente ou transitória nas cidades, não limitando quem são os titulares do direito, e, desse modo, contempla a população em situação de rua. E com o direito fundamental de não sofrer discriminação, as pessoas em situação de rua que se encontram em marginalidade e vulnerabilidade não podem ter sua cidadania excluída, sendo titulares do direito à cidade como qualquer outro que ali habita.

Para que tal cidadania seja atingida de forma plena e digna, é essencial que a estas pessoas seja garantido o seu direito à habitação, primeiro passo de muitos no caminho à desmarginalização e inclusão social, mas, para tanto, é necessário que as autoridades públicas enxerguem nelas a cidadania e o respeito merecido.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com todo o exposto, fica evidente a urgência do fortalecimento da ideia e da tradução prática do direito à cidade, particularmente na cidade de João Pessoa, mas também no Brasil como um todo, que é detentor de uma história cruel, principalmente no que diz respeito às pessoas mais pobres, sobre a exclusão contínua destas das cidades de forma sistemática.

Um ponto crucial para concretizar esse direito é a democratização do espaço público, que não se entenda que seja apenas o direito a estar nele; uma definição como esta celebraria apenas uma ideia formal de igualdade, algo que este estudo não pretende definir como um objetivo ideal do direito à cidade, em especial em que se refere a populações vulneráveis. Nesse sentido, defende-se o direito democrático ao pertencimento à Cidade, de forma com que todos possam usufruir de seus direitos de saúde, educação, segurança, vida, cidadania e todas as garantias inalienáveis ao indivíduo. A primeira etapa para isso parte de compreender a população em situação de rua como cidadãos de fato e sujeitos de direito, não apenas como um problema a ser evitado, quer seja na rua ou no orçamento.

Outra questão fundamental no tópico de democratizar os espaços se trata da desapropriação de imóveis inutilizados para a implantação de programas sociais de moradia que atendam tanto a população em condição de rua quanto as famílias em moradias deficitárias, destacando-se o déficit habitacional, segundo pesquisa da Fundação João Pinheiro, o total de domicílios precários na Região Metropolitana de João Pessoa beira a 47 mil, visando combater a especulação imobiliária, que ataca praticamente a totalidade dos bairros da cidade, mesmo

os mais antigos e movimentados.

A população em situação de rua sempre foi marginalizada e renegada pelo poder público e pela sociedade, entretanto, é preciso mudar essa noção. Dados como os apresentados aqui no texto demonstram a necessidade de atenção dessa população, que muitas vezes não é incluída em programas públicos sociais. Por fim, entende-se a necessidade de fazer valer o direito fundamental à moradia que está presente na Constituição Federal, seja para as pessoas em situação de rua ou qualquer outro que vive no aluguel por não ter condição de comprar uma casa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 de jun. 2022.

BRASIL. Lei n 10.257 de 10 de julho de 2001 – **Estatuto da Cidade**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 10 de jun. 2022.

CAMPOS FILHO, Candido Malta. **Cidades brasileiras: seu controle ou o caos**. 4 ed. São Paulo: Studio Nobel, 2001.

CHAGAS, Waldeci Ferreira. **As singularidades da modernização da Cidade da Parahyba, nas décadas de 1910 a 1930**. Tese. Recife: UFPE/PPGH, 2004. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/7459/1/arquivo7777_1.pdf. Acesso em: 27 de maio 2022.

DA SILVA, Eron Carlos Santos. **A urbanização do bairro Valentina Figueiredo e suas desigualdades sociais**. 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/810/1/ECSS02102014.pdf> . Acesso em: 29 de maio 2022.

DA SILVA, Lígia Maria Tavares. **Forma urbana e cotidiano na evolução de João Pessoa**. Sæculum – Revista de História, [S. l.], n. 3, 1997. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/srh/article/view/11234>. Acesso em: 27 de maio 2022.

DA SILVA, Mário Augusto Paixão; SAULE JUNIOR, Nelson. **O direito à cidade da população em situação de rua e os espaços públicos**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 05, Ed. 11, Vol. 10, pp. 42-66. Novembro de 2020. Disponível em <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/situacao-de-rua>>. Acesso em 09 de jun. 2022.

FUNDAÇÃO João Pinheiro. **Déficit Habitacional no Brasil de 2016 a 2019**. Belo Horizonte, Brasil, 2020. Disponível em: <http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit->

habitacional-no-brasil. Acesso em: 07 de jun. 2022.

GAMEIRO, Nathália. População em situação de rua aumentou durante a pandemia. **Portal Fiocruz**, 10 jun. 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/populacao-em-situacao-de-rua-aumentou-durante-pandemia>. Acesso em: 10 jun. 2022.

HARVEY, David. **Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo Demográfico 2010**. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: junho de 2022. IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **IBGE Censo Demográfico 2010**.

_____. **Aglomerados Subnormais. Primeiros resultados**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_subnormais/agsn2010.pdf>. Acesso em: 8 de jun. 2022.

INESC. Instituto de Estudos Socioeconômicos. **A conta do desmonte – Balanço do Orçamento Geral da União 2021**. Brasil, Distrito Federal, 2022. Disponível em: <https://www.inesc.org.br/wp-content/uploads/2022/04/BalancoOrçamento2021-Inesc-1.pdf>. Acesso em: 12 de jun. 2022.

OLIVEIRA, Maria do Rosário de Lima . **A rua como espaço para morar: observações sobre a apropriação dos espaços públicos pelos moradores de rua da cidade de João Pessoa-PB**. 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/7216/1/arquivototal.pdf>. Acesso em: 01 de jun. 2022.

PESSOAS em situação de rua recebem segunda dose da vacina contra Covid-19, em João Pessoa. **G1**, 19 ago. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2021/08/19/pessoas-em-situacao-de-rua-recebem-segunda-dose-da-vacina-contra-covid-19-em-joao-pessoa.ghtml>. Acesso em: 4 de jun. 2022.

PINTO, Régia Maria Prado; GONDIM, Antônio Beethoven Carneiro. **Trabalho e população em situação de rua no Brasil: uma análise à luz da questão social**. 2017. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2017/pdfs/eixo1/trabalhoepopulacaoemsituacaoderuamaanalisealuzdaquestaosocial.pdf>. Acesso em: 01 de jun. 2022.

PRADO, Matheus. Maior que Uruguai, Croácia e Angola: cidade de SP tem PIB de R\$ 699 bilhões. **CNN Brasil**, 11 nov. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/maior-que-uruguai-croacia-e-angola-cidade-de-sp-tem-pib-de-r-699-bilhoes/>. Acesso em: 01 de jun. 2021.

ROLNIK, Raquel. **O que é a cidade**. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2017.

SALATA, Andre Ricardo; RIBEIRO, Marcelo Gomes. **Boletim Desigualdade nas Metrôpoles**, 4º Trimestre de 2021. Porto Alegre/RS, n. 07, 2022. Disponível em: https://www.observatoriodasmetrosoles.net.br/wp-content/uploads/2022/04/BOLETIM_DESIGUALDADE-NAS-METROPOLES_07.pdf. Acesso em: 02 de jun. 2022.

SANTOS, Eliane Campos dos. **Transformações na Favela do Timbó em João Pessoa de 1980 a 2013**. Universidade Federal da Paraíba, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/14956>>. Acesso em: 27 de maio 2022.

TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R.; JUNGSMANN, Ruy. **O direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

INCONSTITUCIONALIDADE DAS TENTATIVAS DE PROIBIÇÃO DO ENSINO SOBRE DIVERSIDADE SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO NAS ESCOLAS

UNCONSTITUTIONALITY OF THE ATTEMPTS TO BAN THE TEACHING ABOUT SEXUAL DIVERSITY AND GENDER IDENTITY IN SCHOOLS

Luis Arthur Macedo Leal

Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Matheus Henrique Bezerra Ferreira

Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Sarah Nóbrega Escorel

Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Resumo: Diante da complexidade envolvendo sexualidade e gênero, o estudo dessa temática nas escolas aparenta ser uma possível solução para esclarecer fatos e reduzir a estigmatização e a discriminação sofridas pela comunidade LGBTQIA+. Entretanto, alguns movimentos sociais vêm se opondo a tal ideia, propondo, inclusive, a proibição da discussão referente à orientação sexual e à identidade de gênero nas instituições educacionais. Considerando esse contexto, o presente artigo questiona a possível inconstitucionalidade das tentativas de proibição dessas discussões no ambiente escolar, bem como destaca informações sociais e históricas essenciais que permitirão uma melhor compreensão do tema. Para isso, são utilizados os métodos hermenêutico e hipotético-dedutivo a fim de analisar documentos, legislações e precedentes judiciais. Ao final, chega-se à conclusão de que proibir o ensino sobre diversidade sexual e de gênero nas escolas vai diretamente de encontro ao sistema constitucional brasileiro.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Ensino. LGBTQIA+. Proibição. Inconstitucionalidade.

Abstract: Given the complexity involving sexuality and gender, the study of this topic in schools seems to be a possible solution to clarify facts and reduce stigmatization and discrimination endured by the LGBTQIA+ community. However, some social movements have been opposing this idea, to the point of proposing the ban of discussions about sexual orientation and gender identity in educational institutions. Considering this context, this article questions the possible unconstitutionality of the attempts to ban these discussions in the school environment, as well as highlights essential social and historical information that will allow for a better understanding of the subject. To this end, the hermeneutic and hypothetical-deductive methods are used in order to analyse documents, legislation, and judicial precedents. At the end, the conclusion drawn is that banning the teaching about sexual and gender diversity in

schools goes directly against the Brazilian constitutional system.

Keywords: Human Rights. Teaching. LGBTQIA+. Ban. Unconstitutionality.

Sumário: 1. Introdução – 2. O grupo LGBTQIA+ e sua vulnerabilidade social – 3. O ensino sobre diversidade sexual e identidade de gênero nas escolas e seu amparo legal – 4. As tentativas de proibição do ensino em questão e sua inconstitucionalidade – 5. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

A população LGBTQIA+, historicamente, sofre discriminação e violência de forma cotidiana no Brasil. Em 2018, de acordo com dados divulgados pelo Grupo Gay da Bahia, 420 pessoas foram mortas por não se enquadrarem nos padrões sociais de gênero e de orientação sexual. Ainda, a Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Intersexuais constatou que, em 2016, o Brasil foi o país que mais assassinou pessoas por motivações homofóbicas ou transfóbicas (DINIZ, 2017).

Além disso, a onda conservadora observada no País nos últimos anos vem propondo a proibição do ensino sobre a diversidade sexual e de gênero nas escolas. O argumento utilizado sustenta que tal debate incentivaria uma suposta sexualização precoce das crianças e uma “indução” de comportamento dos jovens.

Tal movimento consiste, basicamente, na propositura de diversos projetos de lei com o intuito de proibir a referência a gênero e sexualidade nas instituições de ensino, a exemplo de leis municipais aprovadas em Londrina, Foz do Iguaçu e Paranaguá, municípios pertencentes ao estado do Paraná. Foi proposto, inclusive, um Projeto de Lei (PL) na Câmara dos Deputados, o PL 4.893/20, que visa criminalizar a conduta de quem promover a “ideologia de gênero” nas escolas.

Esses diplomas tiveram a sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal (STF) e promoveram o debate acerca da possível incompatibilidade dessa proibição com os valores estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), pelos tratados internacionais e pela legislação federal. A tentativa de proibição de adoção de medidas que visam ao combate à discriminação e à promoção da dignidade humana aparentam, em uma primeira análise, desrespeitar direitos humanos básicos que fundamentam o texto constitucional brasileiro.

Diante desse cenário, surge naturalmente o seguinte questionamento: a proibição do ensino sobre identidade de gênero e orientação sexual no país é compatível com as disposições estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)?

A priori, estabelece-se a hipótese de que essa tentativa de proibição é incompatível com as

normas e os valores vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que impediria a adoção de medidas para concretizar garantias fundamentais e direitos básicos previstos pela normatividade do país.

Considera-se que tal proibição iria de encontro com os artigos 1º, 3º, 205, 206 e 214 da Constituição, além de não prevalecer no âmbito da jurisprudência, observadas as Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) 457, 461, 467, 526 e 600, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5537 e o Recurso Extraordinário (RE) 477554.

A partir disso, o presente artigo busca esmiuçar as normas constitucionais vigentes no Brasil que regem a temática e verificar se elas permitem a proibição do debate acerca de gênero e sexualidade nas escolas. Para isso, primeiro será analisada a história do grupo LGBTQIA+ e a sua posição de vulnerabilidade perante a sociedade. Depois, procurar-se-á entender o que o ensino sobre diversidade sexual e identidade de gênero propõe e quais normas incentivam a sua realização. Ainda, serão apuradas as tentativas de proibição desse ensino e, por fim, será verificada a possível incompatibilidade da referida proibição com a CRFB/88.

A metodologia utilizada baseia-se no método hipotético-dedutivo, partindo de princípios gerais presentes nas normas constitucionais brasileiras, a fim de chegar a conclusões específicas acerca da temática, sempre em observância à falseabilidade das ideias, testando as hipóteses constantemente para alcançar a verdade. Há ênfase nos meios bibliográficos e documentais, consistindo em artigos e doutrinas que investigam o tema, além de reportagens veiculadas pela mídia nacional, assim como leis, projetos de leis, decisões e ações judiciais.

Concomitantemente, foi utilizado o método hermenêutico com o intuito de verificar possíveis incompatibilidades das propostas apresentadas com o texto constitucional, buscando interpretar corretamente os princípios apresentados pela CRFB/88 e entender como eles conversam com os projetos de lei a serem analisados.

Certamente, o resultado deste artigo possuirá relevância para os operadores do direito, que poderão observar o teor e a forma das tentativas de proibição do ensino sobre sexualidade e gênero em face dos valores estabelecidos pela Assembleia Constituinte de 88. Ademais, a significativa importância social da temática, que trata de garantias fundamentais protetoras de grupos marginalizados, reforça a justificativa para a existência da investigação.

2. O GRUPO LBGTQIA+ E SUA VULNERABILIDADE SOCIAL

Em primeiro lugar, para melhor trabalhar as temáticas envolvendo a comunidade vulnerável em questão, faz-se necessário esclarecer assuntos terminológicos, como o significado de “LGBTQIA+”. Apesar de a referida sigla ser utilizada diariamente, por inúmeras pessoas, em diferentes contextos, não são raras as ocasiões em que o orador não parece compreender perfeitamente a quem está se referindo, quando faz uso de tal termo ou de suas variantes.

Conforme destaca o ministro Celso de Mello, do STF, no seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, o termo é amplamente aceito, em vários lugares. Diz o ministro: “a expressão LGBT, além de possuir a virtude de haver sido formulada pela própria comunidade que designa, atingiu ampla aceitação pública e consenso internacional”.

Percebe-se, portanto, que a sigla “LGBTQIA+”, assim como as suas diversas variantes (LGBT, LGBTQ+, LGBTQI+), simboliza uma noção de inclusão e respeito. Isso porque trata-se de expressão cunhada pela própria comunidade a quem representa, evitando reducionismos ou termos pejorativos advindos de outras pessoas ou de instituições alheias à realidade desse grupo.

Compreendida a popularidade e a aceitação da expressão em questão, passa-se para a etapa de identificação do significado de cada letra representada. Inicialmente, é importante notar que é possível dividir tal sigla em duas partes (MARASCIULO, 2020): “LGB” e “TQI”. A primeira refere-se à orientação sexual do indivíduo, enquanto a segunda diz respeito ao gênero. O símbolo “+” no fim da sigla traduz todas as outras letras atribuídas a esse grupo, como a letra “A”, para os assexuais, entre outras.

Ressalta-se que a *orientação sexual* de uma pessoa está relacionada ao seu desejo erótico-afetivo: com quem ela gosta de namorar e/ou fazer sexo (LANZ, 2014, p. 40). Assim, “LGB” representa, respectivamente: *lésbicas*, mulheres que se identificam como mulheres e têm preferências por outras mulheres; *gays*, homens que se identificam como homens e têm preferências por outros homens; e *bissexuais*, mulheres ou homens que têm preferências por ambos os gêneros.

Em outro sentido, entende-se por *gênero* a forma de se identificar e de ser identificado como homem ou como mulher (JESUS, 2012, p. 12). Dessa forma, “TQI” representa, respectivamente: *transexuais*, *travestis* e *transgêneros*, pessoas que não se identificam com os gêneros masculino ou feminino atribuídos no nascimento com base nos órgãos sexuais; *queer*, pessoas que transitam entre os gêneros, ou que não sabem definir seu gênero/orientação sexual; e *intersexuais*, pessoas que apresentam variações em cromossomos ou órgãos genitais que não permitem que elas sejam distintamente identificadas como homem ou mulher.

A partir desses esclarecimentos iniciais, tenta-se conhecer a realidade desse grupo socialmente vulnerável analisando a sua trajetória. Enquanto uma população constituída por pessoas que fogem da heteronormatividade (MÉLLO, 2012, p. 197-207), o movimento LGBTQIA+ possui uma grande diversidade dentro do próprio grupo. Contudo, apesar das evidentes diferenças entre os seus integrantes, é fato que tal comunidade possui uma história comum, marcada pela autoafirmação e pela luta contra regras e padrões opressores, impostos pela classe dominante heterossexual e cisgênero, que historicamente reprimiu e continua a reprimir a minoria social LGBTQIA+.

Com efeito, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, na ADPF 600/PR, a sexualidade se

se trata de um fato da vida, inerente à condição humana. No entanto, mesmo estando intimamente ligada à liberdade e à dignidade da pessoa humana, princípios constitucionalmente reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, a forma de cada um viver a sua vida afetiva e sexual não é tolerada, nem muito menos respeitada, por todos. A destilação de ódio e preconceito está presente em várias esferas sociais: na família, na Igreja, na escola e até mesmo nos espaços públicos, sujeitos vulneráveis são coibidos por simplesmente sentirem o que sentem e por serem quem são.

Na prática, não é de hoje que indivíduos vistos como “desviantes” são reprimidos por pessoas consideradas “normais”, que justificam seus abusos e discriminações com base nos costumes, na tradição ou em preceitos morais e religiosos. No Brasil, a pesquisadora Verônica de Jesus Gomes demonstra (GOMES, 2010, p. 59) que as pessoas não heterossexuais que viveram entre os séculos XVI e XIX, durante a vigência das Ordenações do Reino — legislação portuguesa aplicada no Brasil — eram punidas pelo próprio Estado, que previa sanções contra esses indivíduos.

Nesse cenário, os chamados “sodomitas” podiam ser punidos com a morte, além de terem os filhos e descendentes condenados à “infâmia”, que proibia a ocupação em cargos públicos. Quem cometesse o intitulado “ato sodomítico” sofreria as mesmas punições de quem traísse a pessoa do rei ou seu real estado, equiparando o “crime de sodomia” ao de lesa-majestade. Incitava-se a delação com a promessa de um terço da fazenda dos acusados aos delatores, e quem soubesse de algum “desviante” e não o delatasse teria todos os bens confiscados e seria exilado para sempre dos reinos e senhorios portugueses.

Essa criminalização da “sodomia” perdurou no Direito brasileiro até o Código Penal do Império, de 1830. Tal Código foi promulgado no ambiente ideológico do iluminismo liberal e influenciado pelo Código Criminal Napoleônico de 1810, conforme aponta Roger Raupp Rios, no trabalho coordenado por Keila Deslandes, direcionado ao estudo da homotransfobia e direitos sexuais (DESLANDES, 2018, p. 135).

Além dos exemplos de opressão no Brasil Colônia, são incontáveis os casos de violência e de tortura contra pessoas LGBTQIA+ em todo o mundo, inclusive partindo de fontes legais, quando a repressão parte do próprio Estado. Ainda hoje, vários países na África e na Ásia, como a Nigéria, o Sudão, a Somália, a Arábia Saudita, o Qatar, o Yemen, o Irã e o Afeganistão, persistem em punir pessoas homoafetivas. Para elas, esses países preveem as mais variadas sanções nos seus ordenamentos jurídicos: prisões, castigos (chicotadas) e, por vezes, a pena capital (MENDOS, 2019, p. 197).

Pontua-se que, no Brasil, apesar de não mais haver punições previstas na legislação, o grupo LGBTQIA+ continua a ser extremamente vulnerável, devido à violência preconceituosa recorrente no País. Mesmo com a subnotificação, são alarmantes os números envolvendo a opressão contra essa minoria social. Conforme divulgado pelo Portal Humanista, jornal laboratorial da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), dados do Grupo Gay da

Bahia apontaram que aqui, apenas no período de Janeiro a 15 de Maio de 2019, foram registradas 141 mortes de pessoas LGBT (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, 2019). Tal número indica a triste média de uma morte a cada 23 horas: ao menos uma por dia.

É nesse contexto que o Movimento LGBTQIA+ atua no Brasil. Com início oficial atribuído aos anos 1970 (FERREIRA, 2019, p. 236), o movimento em questão se estabeleceu em plena Ditadura Militar, que durou 21 anos, de 1964 a 1985. Suas pautas estão ligadas a objetivos comuns, como a criminalização legislativa da LGBTfobia, o fim dos tratamentos de “cura gay”, políticas públicas pelo fim da discriminação e o fim dos estereótipos nos meios de comunicação, que frequentemente reforçam o preconceito enraizado na sociedade.

Por fim, é imprescindível salientar que o objetivo principal do Movimento LGBTQIA+ é a conquista do respeito e da igualdade. A intolerância institucional, social e religiosa vulnerabiliza um grupo em razão da sua orientação sexual ou identidade de gênero, constituindo uma minoria que sofre discriminações e violências das mais diversas formas, todos os dias. É certo que o conhecimento sobre as diferenças sexuais, afetivas e identitárias é o caminho para o fim ou para a mitigação do preconceito e da opressão.

3. O ENSINO SOBRE DIVERSIDADE SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO NAS ESCOLAS E SEU AMPARO LEGAL

Após ser compreendida a posição de marginalização social da população LGBTQIA+, torna-se indispensável refletir sobre quais caminhos são adequados para construir um país mais justo, inclusivo e acolhedor. Afinal, a redução das desigualdades sociais, a promoção do bem de todos sem qualquer forma de preconceito e a promoção de uma sociedade justa e solidária são alguns dos objetivos fundamentais da República, estabelecidos pela CRFB/88, em seu art. 3º.

O fato de que as escolas constituem ambientes propensos à reprodução de mecanismos estruturais discriminatórios (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2007, p. 54) alerta, por si só, a necessidade do combate à violência por meio da disseminação da informação nessas instituições. A adoção de um ensino que incentive o respeito à pluralidade promove, de forma direta, o cumprimento do disposto no art. 205 da CRFB/88:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (grifos não originais).

Portanto, promover nas escolas um ensino pedagógico, que valorize a pluralidade étnica, de gênero e sexual no país é fundamental para que cada indivíduo possa exercer plenamente a cidadania, uma vez que a inserção dos estudos de gênero na educação básica brasileira contribui significativamente para a criação de vínculos de empatia e, conseqüentemente,

fortalece a construção coletiva dos direitos humanos e o desenvolvimento da tolerância recíproca.

Nesse sentido, a realização de aulas baseadas em estudos científicos — que exponham a diferença entre sexo biológico, identidade de gênero e orientação sexual como uma manifestação da natureza humana — também contribuiria, certamente, para a redução dos estigmas e promoveria a autoaceitação da própria população LGBTQIA+, pois a desconstrução de mitos envolvendo o assunto é imprescindível para que a pluralidade humana seja enxergada como um fato a ser celebrado, e não julgado.

A título de exemplo, além das necessárias explicações relacionadas à diversidade sexual e à identidade de gênero, a demonstração científica da existência de relações homoafetivas no mundo animal (UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS, 2013) seria um fator importante para o tema ser internalizado pelos alunos como algo inerente à vida. Há mais de 1.500 espécies animais que demonstraram relações sexuais e afetivas entre indivíduos do mesmo sexo (LOPES; MANUEL, 2016). Muitos desses registros estão presentes no livro *“Biological Exuberance”*, do psicólogo Paul Vasey, da Universidade de Lethbridge, no Canadá (HOGENBOOM, 2015).

Aliado ao ensino tradicional ou formal — aquele realizado nas escolas — a educação que não se restringe aos espaços escolarizáveis pode ser mais uma ferramenta educativa para a superação do preconceito e discriminação. Marco Antônio Torres, que escreve sobre a diversidade sexual na educação e os direitos da cidadania LGBT na Escola (TORRES, 2014, p. 52), aponta que também é possível criar um contexto educador nos movimentos sociais, nas organizações não governamentais (ONGs), na família, nos grupos espontâneos e em quaisquer outros ambientes que pretendem transformar crianças, jovens e adultos em cidadãos.

É em face disso que a pesquisadora Carla Bianca Bittar expõe, na sua obra intitulada *“Educação e Direitos Humanos no Brasil”*, que, a fim de satisfazer plenamente os Direitos Humanos, cabe à sociedade civil complementar o papel do Estado (BITTAR, 2014, p. 55). Por mais responsável que seja o governo, no que se refere à instituição de políticas públicas educacionais, a sua responsabilidade não é exclusiva, quando se fala na efetiva proteção desses direitos.

Entretanto, ainda que a sociedade civil possua uma participação relevante nessa tarefa, o Estado não deve se eximir de sua responsabilidade. Nesse contexto, foi justamente tendo em vista a importância do ensino da pluralidade sexual para o desenvolvimento do exercício da cidadania e da dignidade humana que o Governo Federal lançou, em 2004, o *“Programa Brasil sem Homofobia”*, que propôs, dentre outras medidas, a elaboração de materiais educativos para discutir questões relacionadas a gênero, sexualidade e homofobia.

Em 2011, o Ministério da Educação (MEC) tentou colocar em prática tais diretrizes e elaborou o caderno *“Escola sem Homofobia”*, que foi apelidado pejorativamente de *“kit gay”*. De acordo

com o próprio documento (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2009, p. 13), o texto se destina aos profissionais da área de educação, propondo um debate acerca da melhor maneira de compreender e abolir a discriminação praticada contra a população LGBTQIA+ no ambiente escolar.

Em resumo, inicialmente o material procura desconstruir conceitos equivocados relacionados à orientação sexual e ao gênero, buscando esclarecer dúvidas presentes no senso comum por meio da referência à Ciência. Depois, são demonstradas as práticas preconceituosas presentes nas escolas por meio de pesquisas e de exemplos. Para finalizar, o documento propõe diversas ações, reflexões e atividades para os professores enfrentarem o preconceito nas salas de aula.

Diante das desinformações espalhadas sobre o projeto e da intensa reação de parte da sociedade civil, houve uma movimentação no sentido contrário por parte de algumas instituições, que se manifestaram para elencar argumentos favoráveis ao ensino da diversidade.

O Conselho Federal de Psicologia (CFP) emitiu um parecer técnico defendendo a “construção de uma escola sem homofobia”. Os seguintes trechos definem bem o posicionamento adotado:

Os materiais apresentados para o Projeto Escola Sem Homofobia estão adequados às faixas etárias e de desenvolvimento afetivo-cognitivo a que se destinam, com linguagem contemporânea e de acordo com a problemática enfrentada na escola na atualidade (...)

Acerca da polêmica criada sobre o material, em especial os vídeos, e a possibilidade de influenciar a orientação sexual dos demais alunos, a partir dos conceitos centrais e cientificamente históricos da Psicologia, entendemos que o material não induz o corpo discente e mesmo docente à prática da homossexualidade. Pelo contrário, possibilita que professores e alunos trabalhem o tema diferenciando o que é da ordem da heterossexualidade e da homossexualidade (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2011, p. 3-4).

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), por sua vez, publicou um parecer apoiando a distribuição do material pertencente ao projeto “Escola sem Homofobia”. O representante da instituição no Brasil, Vincent Defourny, parabenizou o MEC e outros grupos envolvidos na elaboração do projeto pela iniciativa e, reiterando o afirmado pelo Conselho Federal de Psicologia, disse que “Os materiais do Projeto Escola Sem Homofobia estão adequados às faixas etárias e de desenvolvimento afetivo-cognitivo a que se destinam, de acordo com a Orientação Técnica Internacional sobre Educação em Sexualidade, publicada pela UNESCO em 2010”. Ainda, considerou:

(...) que este conjunto de materiais foi concebido como uma ferramenta para incentivar, desencadear e alimentar processos de formação continuada de profissionais de educação, tomando-se como referência as experiências que já vêm sendo implementadas no país de enfrentamento ao sofrimento de

dolescentes lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2011).

Mesmo após essas declarações, líderes políticos do Congresso Nacional, integrantes das bancadas evangélica, católica e da família, mantiveram o posicionamento contrário ao projeto, realizando contínuos protestos. Em face da pressão exercida, a então presidente Dilma Rousseff suspendeu a continuidade do projeto e a futura distribuição do material que procurava combater a homofobia (PASSARINHO, 2011).

Após ter sido demonstrada a necessidade factual e técnica de combater a discriminação da população LGBTQIA+ por meio do ensino da temática nas escolas, é preciso destacar que, além da CRFB/88, o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a adoção de ações estatais e sociais para promover a real isonomia entre os cidadãos.

Um dos fundamentos jurídicos é encontrado nos Princípios de Yogyakarta. Eles foram criados por 29 especialistas na área de direitos humanos e foram reunidos em um documento em 2006 na Universidade de Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia. O principal intuito foi de refletir sobre como os instrumentos de direitos humanos presentes nos diversos tratados internacionais se aplicam à população LGBTQIA+ (ALAMINO; VECCHIO, 2018, p. 649).

Apesar desses princípios não possuírem caráter vinculante, eles foram internalizados por alguns países e, portanto, passaram a ter força de costume internacional. Além disso, eles apenas refletem a concretização de direitos já garantidos por outros instrumentos incorporados pelo Brasil (ALAMINO; VECCHIO, 2018, p. 663). Assim, observa-se argumentos jurídicos convincentes que justificam a sua aplicação no país, algo que já foi feito, inclusive, pelo ministro Celso de Mello, do STF, no Recurso Extraordinário 477.554, em que os Princípios da Yogyakarta foram utilizados para fundamentar o reconhecimento de união estável homoafetiva.

O Princípio 16 do documento em questão trata do direito à educação, destacando, em alguns de seus pontos, a necessidade de:

- c) Assegurar que a educação seja direcionada ao desenvolvimento do respeito aos direitos humanos e do respeito aos pais e membros da família de cada criança, identidade cultural, língua e valores, num espírito de entendimento, paz, tolerância e igualdade, levando em consideração e respeitando as diversas orientações sexuais e identidades de gênero;
- d) Garantir que os métodos educacionais, currículos e recursos sirvam para melhorar a compreensão e o respeito pelas diversas orientações sexuais e identidades de gênero, incluindo as necessidades particulares de estudantes, seus pais e familiares; (COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS; SERVIÇO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 2007).

Indo adiante, o Plano Nacional de Educação (PNE), estabelecido pela Lei nº 13.005/2014, determina como diretrizes, dentre outras, a “erradicação de todas as formas de discriminação;” e a “promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental”. Logo, o ensino relativo à sexualidade e à identidade de gênero se enquadra nas metas — estabelecidas por legislação federal — de promover a diversidade e de combater a discriminação, devendo ser adotado pelas instituições educacionais.

Outrossim, a Lei de diretrizes e bases da educação básica (LDB) dispõe, em seus artigos 22 e 32, IV, que a educação básica tem por finalidade a formação da cidadania e o desenvolvimento da tolerância recíproca em que se assenta a vida social, além de ressaltar que o ensino exige condições de igualdade para o acesso e a permanência dos estudantes na escola, bem como de liberdade de aprendizagem, ensino, pesquisa e divulgação cultural, colaborando para o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas.

Também a Resolução n. 07 do Conselho Nacional de Educação, de 14 de dezembro de 2014, em seu art. 16, inciso XV, destaca a importância da valorização e promoção dos direitos humanos mediante temas relativos a gênero, identidade de gênero, raça e etnia, religião, orientação sexual, pessoas com deficiência, entre outros, bem como práticas que contribuam para a igualdade e para o enfrentamento de todas as formas de preconceito, discriminação e violência sob todas as formas (BRASIL, 2012, Seção 1, p. 20).

Por fim, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 5º, é garantido que nenhuma criança ou adolescente será objeto de discriminação, sendo passível de punição a omissão que permitir o ataque a seus direitos fundamentais. Portanto, se nenhuma medida for adotada — como a promoção do respeito à diversidade por meio da educação — para mitigar o cenário de preconceito contra aqueles infantes que são LGBTQIA+, o ECA estará sendo violado frontalmente.

Linha de raciocínio parecida pode ser aplicada ao art. 53, também do ECA, que garante o direito das crianças e dos adolescentes ao desenvolvimento pessoal e ao preparo para o exercício da cidadania por meio da educação. Assim, para o desenvolvimento integral e saudável da personalidade da criança, é necessário o suporte educacional, de modo a propiciar o correto entendimento acerca de seu corpo e de sua mente, bem como a promoção do respeito nas escolas, de modo a garantir a plena cidadania de toda a população LGBTQIA+.

Considerando estes diplomas e as disposições constitucionais inicialmente citadas, nota-se uma preocupação do constituinte e do legislador brasileiro em celebrar a diversidade e o pluralismo como forma de combater a discriminação, utilizando, para isso, as ferramentas educacionais. Destarte, mostra-se evidente que o sistema jurídico brasileiro autoriza e prioriza o debate sobre diversidade sexual e identidade de gênero nas escolas.

4. AS TENTATIVAS DE PROIBIÇÃO DO ENSINO EM QUESTÃO E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

Analisados o contexto, a necessidade, o cabimento e as propostas do ensino sobre diversidade sexual e identidade de gênero nas escolas, faz-se necessário examinar a resistência contra esse projeto. Apesar da discussão apresentada oferecer diversas vantagens para a educação nacional, contribuindo para o desenvolvimento social e humano dos jovens, imersos em uma sociedade plural e heterogênea, ainda é expressiva a onda conservadora que se opõe a essas pautas.

A princípio, é preciso diferenciar os tipos de oposição à abordagem do tema em questão no sistema educacional. Primeiramente, observa-se a oposição popular, feita pelo povo, pela população comum, na esfera extralegal. Aqui, estuda-se a reação das pessoas no geral, nas suas discussões não técnicas. Por outro lado, há de se averiguar a oposição jurídico-política ao ensino sobre a diversidade sexual e identidade de gênero. Esse último tipo de objeção é explorado em projetos de lei, em atos de órgãos administrativos e judiciais e entre outras espécies normativas.

No que tange às fontes de informação das “pessoas comuns”, isto é, daqueles cidadãos que não são autoridades políticas ou jurídicas, é relevante abordar as ideias leigas divulgadas nas redes sociais e na mídia, a respeito da comunidade LGBTQIA+ e das suas necessidades, visto que frequentemente mensagens distorcidas sobre o tema são disseminadas por formadores de opinião, tais como celebridades, figuras religiosas e políticos eleitos, afetando a percepção da população acerca das medidas educativas em questão.

Dentre as várias ideias preconceituosas e ignorantes propagadas por alguns líderes conservadores, muitas vezes de má-fé, tornou-se amplamente conhecida a de “ideologia de gênero” e a do “kit gay”. Assim, sob o argumento de que a discussão sobre sexualidade e gênero ofenderia as tradições, a fé, a família e os bons costumes, consolidou-se uma oposição ferrenha a esse debate, de modo que até mesmo o Papa Francisco afirmou que a “teoria de gênero” representaria um “grande inimigo do casamento”, instituição católica que estaria sob ataque, em uma “guerra global” (PULLELLA, 2016).

Além disso, no âmbito nacional, tornou-se comum a falsa alegação de que pessoas ligadas à esquerda, no quadro político, estariam tentando corromper ou desvirtuar as crianças, que seriam alvos de uma “doutrinação ideológica”. Nessa linha de pensamento, convém mencionar o “Programa Escola Sem Partido”, Projeto de Lei (PL) 246/2019 da deputada federal Bia Kicis (PSL), que se opõe ao ensino da diversidade sexual nas escolas. A justificação da proposta alega que:

É fato notório que professores e autores de livros didáticos vêm-se utilizando de suas aulas e de suas obras para tentar obter a adesão dos estudantes a determinadas correntes políticas e ideológicas, bem como para fazer com que

eles adotem padrões de julgamento e de conduta moral — especialmente moral sexual — incompatíveis com os que lhes são ensinados por seus pais ou responsáveis.

Além do PL 246/2019, outro Projeto de Lei contra a “ideologia de gênero” foi proposto na Câmara dos Deputados, em 13 de outubro de 2020. Trata-se do PL 4.893/2020, de autoria do deputado federal Léo Motta, também do Partido Social Liberal (PSL). A ementa do PL dispõe que:

Tipifica como crime a conduta de quem, nas dependências das instituições da rede municipal, estadual e federal de ensino, adote, divulgue, realize ou organize política de ensino, currículo escolar, disciplina obrigatório, complementar ou facultativa, ou ainda atividades culturais que tenham como conteúdo a ideologia de gênero.

Inspirada pela iniciativa “Escola Sem Partido”¹, a classe política conservadora reproduz o discurso popular contrário às discussões sobre sexualidade e gênero, através de diversas leis municipais e estaduais, aliadas a projetos de lei em tramitação no Poder Legislativo, que proíbem os temas em questão nas abordagens em ambiente escolar (COVAS, 2017, p. 11).

O Escola Sem Partido é um movimento organizado que visa combater uma suposta “doutrinação ideológica nas escolas”, sendo composto, conforme destaca a pesquisadora Vera Masagão Ribeiro por parlamentares de vários partidos, como PMDB, PSDB, PMN, PSC, DEM, Solidariedade, PPL, PRTB, PP, PTN e PV, membros da bancada evangélica, entusiastas da ditadura militar, defensores da pena de morte e da “cura gay”, ideólogos do liberalismo e da privatização e outras organizações de direita, como o Movimento Brasil Livre (MBL) e o Revoltados Online, protagonistas dos protestos pelo impeachment da presidenta Dilma Rousseff (RIBEIRO, 2016, p. 5).

Com efeito, o referido movimento surgiu em 2004, mas as matérias de imprensa que tratam do assunto verificam ações efetivas somente a partir de 2014, razão pela qual há poucas informações disponíveis na internet sobre as ações do movimento na primeira década de sua existência. O Escola Sem Partido (ESP) foram se tornando mais conhecidos com os projetos de lei apresentados, pioneiramente no Rio de Janeiro pelos parlamentares da família Bolsonaro — PL 2974/2014 (estadual) e PL 867/2014 (municipal) — e posteriormente em âmbito nacional (BRAIT, 2016, p. 161).

Em essência, o movimento busca a neutralidade nas escolas, porque acredita que a suposta militância político-partidária dos professores e discussões sobre sexualidade e gênero estariam entre as questões mais sérias e urgentes da Educação no Brasil. Nesse sentido, uma das justificativas utilizadas por apoiadores do movimento para interditar o debate nas escolas seria o fato de que o professor não poderia adentrar a esfera da orientação sexual dos alunos (RATIER, 2016, p. 36).

¹Página da iniciativa, disponível na internet: <https://www.escolasempartido.org/>

Dito isso, torna-se crucial tratar das propostas presentes no ordenamento jurídico brasileiro a respeito do tema, considerando inclusive aquelas que já foram afastadas por tribunais, até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Inicia-se a análise dessas normas com o exemplo da Lei nº 3.468/2015, do Município de Paranaguá (PR), objeto de julgamento no STF, na ADPF 641/PR. No caso em questão, foram suspensos os efeitos do art. 3º, X, parte final, da referida lei, no trecho que vedava o ensino sobre gênero e orientação sexual. Dizia a norma:

Art. 3º - São diretrizes do Plano Municipal de Educação (PME): X – promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental, sendo vedada entretanto a adoção de políticas de ensino que tendam a aplicar a ideologia de gênero, o termo 'gênero' ou 'orientação sexual'.

Assim como a norma do Município de Paranaguá (PR), várias outras leis municipais e estaduais tiveram seus efeitos suspensos no STF. A Lei nº 7.800/2016 do Estado de Alagoas foi integralmente suspensa pelo ministro Luís Roberto Barroso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.537/AL. Entre outras disposições, a lei estadual criava o programa “Escola Livre”, atendendo aos seguintes princípios: “neutralidade política e ideológica do Estado” e “direito dos pais a que seus filhos recebam a educação moral livre de doutrinação política, religiosa ou ideológica”.

Pode-se falar, ainda, da Emenda à Lei Orgânica nº 55/2018, do Município de Londrina (PR), cujos efeitos foram suspensos também pelo ministro Luís Roberto Barroso, na decisão da ADPF 600/PR. A referida emenda londrinense vedava:

(...) a adoção, divulgação, realização ou organização de políticas de ensino, currículo escolar, disciplina obrigatória, complementar ou facultativa, ou ainda atividades culturais que tendam a aplicar a ideologia de gênero e/ou o conceito de gênero estipulado pelos Princípios de Yogyakarta.

Além das três tentativas supracitadas, são muitas as normas que intentaram impedir o ensino sobre diversidade sexual e identidade de gênero nas escolas, mas foram interditadas². Menciona-se o §5º do art. 162 da Lei Orgânica do Município de Foz do Iguaçu (PR), suspenso pelo STF na ADPF 526/PR; os artigos 2º e 3º da Lei nº 3.491/2015 do Município de Ipatinga (MG), suspensos pelo STF na ADPF 467/MG e a Lei nº 1.516/2015 do Município de Novo Gama (GO), declarada inconstitucional pelo STF na ADPF 457/GO.

Cabe ressaltar que, na maioria dos casos apresentados, foi decidido que a proibição ao ensino

²Decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) contra Lei nº 2.577/2019 do Município de Barueri (SP). Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/707062427/direta-de-inconstitucionalidade-adi-22665339320188260000-sp-2266533-9320188260000/inteiro-teor-707062447>. Decisão do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR) contra Lei nº 6.496/2015 do Município de Cascavel (PR). Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/832304745/direta-de-inconstitucionalidade-adi-17482174-pr-1748217-4-acordao?ref=serp>

sobre diversidade sexual e identidade de gênero nas escolas é inconstitucional, tanto no quesito formal, como no material. Isso significa que, antes mesmo da análise do mérito, nas leis estaduais e municipais impugnadas havia um vício de competência, haja vista que as normas em questão violavam a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, segundo o inciso XXIV, art. 22 da CRFB/88.

De acordo com a interpretação dos magistrados que julgaram tais processos, as leis contestadas ferem princípios e diretrizes do sistema educacional protegidos pela CRFB/88, como a liberdade de ensinar e o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, II e III). Tais leis afrontam também o art. 24, IX e §1º, da CRFB/88, na medida em que se apropriam da competência da União para estabelecer normas gerais sobre o tema. Ainda, contrariam disposições semelhantes presentes nos artigos 2º e 3º da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), diploma editado pela União.

Para além dos vícios formais da proibição nas leis combatidas, há múltiplas razões materiais para declarar a sua inconstitucionalidade. Isso porque, nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso, na ADI 5.537/AL, tal esforço proibitivo representa uma “violação do direito à educação com o alcance pleno e emancipatório que lhe confere a Constituição” e uma “supressão de domínios inteiros do saber do universo escolar”.

Nesse sentido, o art. 205 da CRFB/88 dispõe que a educação que visa ao pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania não pode ser ameaçada ou censurada de forma injustificada, como resultado da ignorância. A partir disso, percebe-se que a proibição à abordagem de temas relevantes inviabiliza a melhoria da educação nacional e contraria a Constituição da República.

Ademais, pontua-se que não cabe aos pais o direito irrestrito ou absoluto de selecionar quais informações os seus filhos podem ou não receber na escola, obrigando-a a deixar de trabalhar com temas os quais podem não vir a convergir totalmente com os seus valores. Nesse sentido, urge que, em vez de restrigente e reacionária, a educação seja democrática e libertadora.

Ainda, é possível defender a inconstitucionalidade dessa proibição em relação ao art. 206, V da CRFB/88, que determina a “valorização dos profissionais da educação escolar” como um dos princípios da educação. Na tentativa de impor uma abstenção ou omissão ao professor, que deixaria de versar sobre temas essenciais para o desenvolvimento dos estudantes, tal política conservadora fere a liberdade de ensinar e de aprender. Atrapalhar o docente na sua tarefa de ampliar os horizontes dos educandos e de prepará-los para a vida em sociedade, nada mais é do que travar o acesso a questões que impreterivelmente farão parte da realidade desses jovens.

É verdade que, enquanto ferramenta essencial para a transformação de todas as pessoas, a educação possui o poderoso papel de promover o progresso da sociedade, reforçando a necessidade de proteção de certos direitos, como a igualdade, a liberdade e a dignidade.

É por isso que proibir a discussão sobre sexualidade e gênero, isto é, sobre fatos da vida, significaria blindar os cidadãos do seu direito à dignidade (CRFB/88, art. 1º, III), ao seu pleno desenvolvimento como pessoa e ao seu preparo para o exercício da cidadania (CRFB/88, art. 205), assim como ao padrão de qualidade social do ensino (CRFB/88, art. 206, VII).

Isso posto, faz-se relevante, para explicitar o conflito entre os argumentos apresentados pelos setores conservadores e o ordenamento jurídico brasileiro, reiterar que, além da compatibilidade com a Constituição da República, a proposta do ensino civilizado sobre sexualidade e gênero está de pleno acordo com o que propõem as legislações e os documentos nacionais e internacionais sobre o ensino supramencionadas.

Em último lugar, ressalta-se que a carência de discussões sobre diversidade sexual e identidade de gênero não lesiona somente a Constituição da República, mas também a população LGBTQIA+, que é socialmente vulnerável. Uma pesquisa de 2009, da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas da USP (Fipe), encomendada pelo MEC, revelou que as principais vítimas de bullying e discriminação no ambiente escolar são os homossexuais, os negros e os pobres (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2009).

Em adição a essa pesquisa, outro estudo reforçou a triste realidade de opressão da população LGBTQIA+ nas escolas. Trata-se de análise da FLACSO — Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (2015), publicada no livro “Juventudes na escola, sentidos e buscas: por que frequentam?”, em parceria com o MEC. Nessa ocasião, estudantes afirmaram ser excluídos e abusados por serem homossexuais, sendo obrigados a se isolar e a esconder a sua sexualidade para evitar piadas e agressões por parte dos colegas. O mesmo estudo aponta que cerca de 80% dos jovens indicaram ser favoráveis à ideia de a escola lidar com questões que envolvam preconceitos.

Desse modo, constata-se que qualquer ação ou medida de caráter proibitivo no âmbito do ensino sobre a diversidade sexual e identidade de gênero nas escolas pode configurar inconstitucionalidade, além de clara afronta às demais normas e princípios do ordenamento jurídico brasileiro. Por derradeiro, vale salientar também que a ausência de projetos educacionais que visem ao combate à LGBTfobia representa um prejuízo incontestável para a formação dos jovens que sofrem com a discriminação e com a violência em razão de sua sexualidade e gênero, no ambiente escolar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos dados, fatos e argumentos apresentados, é possível confirmar a hipótese inicial de que as tentativas de proibição do ensino sobre diversidade sexual e identidade de gênero nas escolas são inconstitucionais. Observou-se a vulnerabilidade social do grupo LGBTQIA+, que é, atual e historicamente, vítima de discriminação e violência no País. Indicou-se também as bases que suportam a educação enquanto meio para combater a LGBTfobia através da valorização da diversidade e, por fim, analisou-se os esforços conservadores, barrados

judicialmente.

No que concerne à posição da comunidade LGBTQIA+ enquanto grupo socialmente vulnerável, explicitou-se a inegabilidade da repressão exercida pela classe dominante heterossexual e cisgênero, que desrespeita os direitos de liberdade e de dignidade da pessoa humana, princípios constitucionais. Assim, foram oferecidos registros históricos e geopolíticos, para ilustrar a perseguição estatal à minoria em questão, incluindo documentos sobre o Brasil colônia, aliado a dados atuais sobre a violência sofrida por essas pessoas, tanto em território brasileiro, como no resto do mundo.

Em relação aos benefícios da educação acerca da diversidade nas escolas, percebeu-se amplo amparo de especialistas, manifestado através de pareceres do Conselho Federal de Psicologia e da Unesco. Tais pontos positivos foram, inclusive, incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo na Constituição da República. Para além disso, nota-se que os Princípios da Yogyakarta, o PNE e o ECA apresentam normas que incentivam a valorização da pluralidade no ambiente escolar.

Dessa forma, após compreender as vantagens desse tipo de educação, buscou-se apontar as tentativas fracassadas de proibi-la, bem como evidenciar a oposição da população, influenciada por líderes conservadores. Comentou-se sobre as falácias de “ideologia de gênero” e “kit gay”, exploradas por personalidades religiosas e políticas, que transformaram os receios do povo em Projetos de Lei e até mesmo em leis estaduais e municipais, que foram afastadas por tribunais do País.

Assim, foram trazidos para o debate o PL 246/2019 e o PL 4.893/2020, que respectivamente promovem o “Programa Escola Sem Partido” e criminalizam a abordagem da “ideologia de gênero” nas escolas. Também foram expostas as decisões que declararam a inconstitucionalidade de normas como a Lei nº 3.468/2015, do Município de Paraganá (PR), a Lei nº 7.800/2016 do Estado do Alagoas, a Emenda à Lei Orgânica nº 55/2018, do Município de Londrina (PR), entre outras.

Com efeito, a suspensão de efeitos das leis impugnadas baseou-se na inconstitucionalidade formal, considerando os vícios referentes à competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional e, mais importante, na inconstitucionalidade material. Tal afronta do conteúdo das normas ao texto da CRFB/88 representa um rompimento com o projeto de educação emancipadora previsto pela nossa Lei Maior.

Aponta-se especificamente o conflito direto das normas conservadoras com a CRFB/88 nos seus arts. 1º, III; 205; 206, I, II, III, V e VII e 214, V, aliado aos arts. 22, XXIV e 24, IX e §1º. Ademais, a proibição do ensino sobre diversidade sexual e identidade de gênero também fere leis federais — editadas pela União —, como a Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), comprometendo o pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania.

Aliado a isso, demonstrou-se, por meio de dados exibidos por pesquisas, que a falta de discussões sobre sexualidade e gênero nas escolas possui impactos diretos sobre a população LGBTQIA+. Na medida em que não se pluraliza o ensino, nem se naturaliza a diversidade, cresce a intolerância, que mina o bom desempenho escolar dos jovens. Similarmente, limitar o universo informacional dos estudantes afasta-os da realidade social, abrindo-se espaço para o bullying, para a discriminação e para a violência tanto no ambiente acadêmico, como na vida em sociedade.

Portanto, após a apresentação de todo o contexto histórico, social, jurídico e político envolvendo a temática, resta evidenciada a necessidade de ensinar e debater nas escolas assuntos que envolvem a sexualidade e o gênero humanos. Essa urgência se impõe diante do cenário de extrema violência e discriminação vivenciado cotidianamente pela população LGBTQIA+, situação que necessita de resolução para que, assim, os valores caros ao ordenamento jurídico brasileiro sejam retirados do papel e realmente aplicados.

REFERÊNCIAS

ALAMINO, F. N. P.; DEL VECCHIO, V. A. **Os Princípios de Yogyakarta e a proteção de direitos fundamentais das minorias de orientação sexual e de identidade de gênero**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 113, p. 645-668, 2018. DOI:

10.11606/issn.2318-8235.v113i0p645-668. Disponível em:

<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156674>. Acesso em: 1 maio 2022.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE ALAGOAS. **LEI ORDINÁRIA nº 7.800, de 05 de maio de 2016**.

Disponível em: <https://sapl.al.al.leg.br/norma/1195>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BITTAR, Carla Bianca. **Educação e direitos humanos no Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Acesso em: 04 jun. 2022.

BRAIT, Daniele; RATIER, Rodrigo; RIBEIRO. **A ideologia do movimento Escola Sem Partido: 20 autores desmontam o discurso**. Disponível em: http://observatoriodh.com.br/wp-content/uploads/2020/12/escolasempartido_miolo.pdf. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. LDB nacional [recurso eletrônico]: **Lei de diretrizes e bases da educação nacional: Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. 11. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015. [Lei Darcy Ribeiro (1996)].

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. **Diretrizes curriculares nacionais para a educação infantil** / Secretaria de Educação Básica. Brasília: MEC, SEB, 2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 246/2019**. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190752>. Acesso

em: 23 maio 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 4893/2020**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2264281>. Acesso em: 23 maio 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PROJETO DE LEI N° DE 2019** Institui o “Programa Escola sem Partido”.. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1707037&filename=PL+246/2019. Acesso em: 23 maio 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto criminaliza promoção de “ideologia de gênero” nas escolas** Fonte: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: : <https://www.camara.leg.br/noticias/699563-projeto-criminaliza-promocao-de-ideologia-de-genero-nas-escolas/>. Acesso em: 22 maio 2022.

CÂMARA MUNICIPAL DE LONDRINA. **EMENDA À LEI ORGÂNICA N° 55, DE 14 DE SETEMBRO DE 2018**. Disponível em: <https://www.cml.pr.gov.br/leis/2018/web/EL000552018consol.html>. Acesso em: 23 maio 2022.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS; SERVIÇO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. **PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 22 maio 2022.

CONJUR. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 26 DISTRITO FEDERAL**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-celso-mello2.pdf>. Acesso em: 28 maio 2022.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **PARECER PROJETO “ESCOLA SEM HOMOFOBIA”**. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2011/02/parecer_tecnico_projeto_escola_sem_homofobia.pdf. Acesso em: 29 maio 2022.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **UNESCO aprova os materiais educativos do projeto Escola Sem Homofobia**.. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/unesco-aprova-os-materiais-educativos-do-projeto-escola-sem-homofobia/>. Acesso em: 29 maio. 2022.

COVAS, Fabíola Sucasas Negrão. **A proibição das abordagens de gênero nas escolas**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilhas/Direito_Diversidade.pdf. Acesso em: 24 nov. 2020.

DESLANDES, Keila. **Homotransfobia e direitos sexuais**. 1ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018. Acesso em: 04 jun. 2022.

DINIZ, Pedro. **Brasil patina no combate à homofobia e vira líder em assassinatos de LGBTs**. 2017. Disponível em: : <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/1884666-brasil-patina-no-combate-a-homofobia-e-vira-lider-em-assassinatos-de-lgbts.shtml>. Acesso em: 30 maio 2022.

FARIA, F.; SALDAÑA, P. **Entenda as polêmicas sobre Escola sem Partido e gênero na educação**. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2018/10/entenda-as-polemicas-sobre-escola-sem-partido-e-genero-na-educacao.shtml>. Acesso em: 30 maio 2022.

FERREIRA, Vinícius; SACRAMENTO, Igor. **Movimento LGBT no Braisl: violências, memórias e lutas**. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/33802/2/2.pdf>. Acesso em: 30 maio 2022

FLACSO. **Juventudes na Sentidos e Buscas: Escola, POR QUE FREQUENTAM?**. Disponível em: http://flacso.org.br/files/2015/11/LIVROWEB_Juventudes-na-escola-sentidos-e-buscas.pdf. Acesso em: 23 maio 2022.

G1. **Projeto de distribuir nas escolas kits contra a homofobia provoca debate**. Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2011/05/projeto-de-distribuir-nas-escolas-kits-contr-homofobia-provoca-debate.html>. Acesso em: 29 maio 2022.

COMES, Paulo. **Ao menos uma pessoa é morta por dia no Brasil por homofobia, diz relatório**. 2019. Disponível em: : <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/ao-menos-uma-pessoa-e-morta-por-dia-no-brasil-por-homofobia-diz-relatorio.shtml>. Acesso em: 30 maio 2022.

COMES, Verônica de Jesus. **Vício dos Clérigos: A Sodomia nas Malhas do Tribunal do Santo Ofício de Lisboa**, Niterói, UFF, 2010. Página 59. Disponível em: <https://www.historia.uff.br/stricto/td/1386.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2022

HOGENBOOM, Melissa. **O mistério da homossexualidade em animais**. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/02/150211_vert_earth_animais_homossexuais_ml. Acesso em: 23 abr. 2022.

JESUS, Jaqueline Gomes. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.diversidadessexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>

JUSBRASIL. **Decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) contra Lei nº 2.577/2019 do Município de Barueri (SP)**. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/707062427/direta-de-inconstitucionalidade-adi-22665339320188260000-sp-2266533-9320188260000/inteiro-teor-707062447>. Acesso em: 23 maio 2022.

JUSBRASIL. **Decisão do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR) contra Lei nº 6.496/2015 do Município de Cascavel (PR)**. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/832304745/direta-de-inconstitucionalidade-adi-17482174-pr-1748217-4-acordao?ref=serp>. Acesso em: 23 maio 2022.

LANZ, Letícia. **O corpo da roupa**. Página 40. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36800/R%20-%20D%20-%20LETICIA%20LANZ.pdf>. Acesso em: 23 maio 2022.

LEIS MUNICIPAIS. **LEI Nº 3468, DE 23 DE JUNHO DE 2015**. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pr/p/paranagua/lei-ordinaria/2015/346/3468/lei-ordinaria-n-3468-2015-dispoe-sobre-a-aprovacao-do-plano-municipal-de-educacao-de-paranagua-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 23 maio 2022.

LEIS MUNICIPAIS. **LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE FOZ DO IGUAÇU/PR**. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/lei-organica-foz-do-iguacu-pr>. Acesso em: 23 maio 2022.

LOPES, R. J; MANUEL, M. **Não somos a única espécie gay**. Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/nao-somos-a-unica-especie-gay/>. Acesso em: 22 maio 2022.

MARASCIULO, Marília. **O que significam as letras da sigla LGBTQI+**. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2020/03/o-que-significam-letras-da-sigla-lgbtqi.html>. Acesso em: 24 maio 2022.

MEC. **Caderno Escola sem Homofobia**. Disponível em: <https://nova-escola-producao.s3.amazonaws.com/bGjtqbyAxV88KSj5FGExAhHNjzPvYs2V8ZuQd3TMGj2hHeySJ6cuAr5ggvfw/escola-sem-homofobia-mec.pdf>. Acesso em: 24 maio 2022.

MEC. **Gênero e Diversidade Sexual na Escola: reconhecer diferenças e superar preconceitos**. Disponível em: https://prceu.usp.br/wp-content/uploads/2020/03/GENERO_DIVERSIDADE_SEXUAL_NA_ESCOLA.pdf. Acesso em: 22 maio 2022.

MEC. **PESQUISA NACIONAL DIVERSIDADE NA ESCOLA SUMÁRIO EXECUTIVO**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/sumario_diversidade.pdf. Acesso em: 24 maio 2022.

MEC. **PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO - LEI Nº 13.005/2014**. Disponível em: <http://pne.mec.gov.br/18-planos-subnacionais-de-educacao/543-plano-nacional-de-educacao-lei-n-13-005-2014>. Acesso em: 24 maio 2022.

MÉLLO, R. P. (2012). **Corpos, heteronormatividade e performances híbridas**. *Psicologia & Sociedade*, 24(1), p. 197-207.

MENDOS, Lucas Ramón. **State-Sponsored Homophobia 2019**. Página 197. Disponível em: https://ilga.org/downloads/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2019.pdf. Acesso em: 24 maio 2022.

NOVA ESCOLA. **Livro exibido por Bolsonaro faz parte de “kit gay”?**. Disponível em: https://novaescola.org.br/conteudo/12465/livro-exibido-por-bolsonaro-nao-faz-parte-de-kit-gay#=_. Acesso em: 23 maio 2022.

OLIVEIRA, Mariana. **Barroso suspende lei de Londrina que proibiu ideologia de gênero nas salas de aula**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/12/13/barroso-suspende-lei-de-londrina-que-proibiu-ideologia-de-genero-nas-salas-de-aula.ghtml>. Acesso em: 23 maio 2022.

PASSARINHO, Nathália. **Dilma Rousseff manda suspender kit anti-homofobia, diz ministro**. Disponível em: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2011/05/dilma-rousseff-manda-suspender-kit-anti-homofobia-diz-ministro.html>. Acesso em: 22 maio 2022.

PLANALTO. **LEI Nº 12.612, DE 13 DE ABRIL DE 2012..** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12612.htm. Acesso em: 22 maio 2022.

PORTAL DO CIDADÃO DA PREFEITURA DE NOVO GAMA. **Lei 1.516/2015**. Disponível em: <https://acessoainformacao.novogama.go.gov.br/legislacao/lei/id=49>. Acesso em: 23 maio 2022.

PREFEITURA DE IPATINGA. **LEI Nº 3.491, DE 28 DE AGOSTO DE 2015..** Disponível em: <https://www.ipatinga.mg.gov.br/detalhe-da-legislacao/info/lei-3491-2015/21684>. Acesso em: 23 maio 2022.

PULELLA, Philip. **Papa diz que teoria de gênero é 'guerra global' contra o casamento**. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/vaticano-papa-casamento-idBRKCN1213M4>. Acesso em: 23 maio 2022.

STF JUS. **ADI 5537**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311456113&ext=.pdf>. Acesso em: 23 maio 2022.

STF JUS. **ADPF 457**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5192888>. Acesso em: 23 maio 2022.

STF JUS. **ADPF 461**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5204906>. Acesso em: 23 maio 2022.

STF JUS. **ADPF 467**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5206806>. Acesso em: 23 maio 2022.

STF JUS. **ADPF 526**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496114>. Acesso em: 23 maio 2022.

STF JUS. **ADPF 600**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF600.pdf>. Acesso em: 28 maio 2022.

STF JUS. **Diversidade - Jurisprudência do STF e Bibliografia Temática**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/diversidade.pdf>.
Acesso em: 29 maio 2022.

STF JUS. **RE 477554**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf>. Acesso em: 22 maio 2022.

TORRES, Marco Antônio. **A diversidade sexual na educação e os direitos de cidadania LGBT na Escola**. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014. Acesso em: 04 jun. 2022.

UFMG. **Ciência para todos - homossexualidade natural**. Disponível em:
<https://www.ufmg.br/cienciaparatodos/wp-content/uploads/2013/12/pag17-Ciencia.pdf>. Acesso em: 22 maio 2022.

UFRGS - **JORNALISMO E DIREITOS HUMANOS. Brasil já registra 141 mortes de LGBT's em 2019; personalidades se manifestam nas redes sociais**. Disponível em:
<https://www.ufrgs.br/humanista/2019/05/17/brasil-ja-registra-141-mortes-de-lgbts-em-2019-personalidades-se-manifestam-nas-redes-socias/>. Acesso em: 23 maio 2022.

O CONTRATO DE FACÇÃO SOB A ÓTICA DO DOCUMENTÁRIO “ESTOU ME GUARDANDO PARA QUANDO O CARNAVAL CHEGAR”: A (NÃO) APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS EM TORITAMA, PERNAMBUCO

THE PARTNERSHIP AGREEMENT FROM THE VIEWPOINT OF THE DOCUMENTARY “I’M SAVING MYSELF FOR WHEN CARNIVAL ARRIVES”: THE (NO) APPLICATION OF FUNDAMENTAL LABOR RIGHTS IN TORITAMA, PERNAMBUCO

Rafaela Beatriz de Aguiar Silva

Estudante de Direito na Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Helka Waléria da Silva Carvalho

Estudante de Direito na Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Jessé Andrade Araújo

Estudante de Direito na Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Pablo Ruan Siqueira Lopes

Estudante de Direito na Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Resumo: O presente artigo aborda o contrato de facção sob a perspectiva do documentário do cineasta brasileiro Marcelo Gomes: “Estou me Guardando para Quando o Carnaval Chegar”. O objetivo central deste trabalho é explorar, por meio da pesquisa teórica — documental e bibliográfica —, as consequências dos contratos de facção aos direitos trabalhistas fundamentais, com ênfase nos trabalhadores do setor têxtil do município de Toritama, através do método indutivo. Analisou-se, também, os julgados do Tribunal Superior do Trabalho a respeito da caracterização do vínculo empregatício entre contratantes e a empresa contratada, como forma de buscar uma maior compreensão acerca do tema.

Palavras-chave: Contratos de Facção. Direitos Trabalhistas Fundamentais. “Estou me Guardando para Quando o Carnaval Chegar” (2019). Pernambuco. Toritama.

Abstract: This article approaches the faction contract from the perspective of the documentary by Brazilian filmmaker Marcelo Gomes: “I’m saving myself for when carnival arrives”. The main objective of this work is to explore, through theoretical — documentary and bibliographic — research, the consequences of faction contracts to fundamental labor rights, with emphasis on workers in the textile sector in the municipality of Toritama, through the inductive method.

The judgments of the Superior Labor Court were also analyzed regarding the characterization of the employment relationship between contractors and the contracted company, as a way of seeking a greater understanding of the subject.

Keywords: Faction Contracts. Fundamental Labor Rights. “I’m Saving Myself For When Carnival Comes” (2019). Pernambuco. Toritama.

Sumário: 1. Introdução – 2. Breve análise do longa – 3. O contrato de facção: 3.1 O contrato de facção x Terceirização – 4. Precedentes dos Tribunais Superiores – 5. A estrutura de produção têxtil do município de Toritama e a afetação dos direitos fundamentais do trabalhador: 5.1 Da existência de uma estrutura de informalidade alimentada pelos contratos de facção; 5.2 O carnaval como um “Oásis” no meio do “deserto” agrestino: subversão ou desespero – 6. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

Toritama, cidade do agreste pernambucano, localizada a 164 km de Recife, com cerca de 46.164 mil habitantes (IBGE, 2020), é reconhecida por produzir grandes quantidades de peças jeans para a venda em todo o mundo, recebendo, inclusive, o apelido de “Capital Brasileira do Jeans”. Em meio ao reconhecimento pela grande produção de peças em jeans, Toritama apresenta dilemas: de um lado, a expectativa, por parte de sua população, de conseguir sua renda através da confecção dos jeans; e, de outro, a estabilização da pobreza e o trabalho árduo, distante dos direitos fundamentais trabalhistas.

Pelo menos essa é a visão do cineasta Marcelo Gomes, que traz para as telas o dia-a-dia dos toritamenses, no documentário “Estou me Guardando para Quando o Carnaval Chegar” (2019). O nome escolhido pelo diretor não se mostra figura de linguagem: tais pernambucanos encontram naquela festividade o único refúgio das suas atividades laborais, e economizam, durante 11 meses do ano, a fim de guardarem para si o que os torna verdadeiramente humanos.

Segundo Gomes, antes da chegada do jeans, Toritama era uma cidade de base rural. Composta por famílias de pequenos agricultores, o sustento das famílias advinha da criação de animais e da colheita das plantações. A cidade apresentava tranquilidade, tendo os seus habitantes tempo de sobra para realizar suas atividades rurais, prostrar nas calçadas e viver sem muitas preocupações com o “tic-tac” do relógio.

Com o passar dos anos, tal realidade começou a mudar com a abertura da cidade para a confecção do jeans, o cenário de tranquilidade foi trocado pelo barulho das máquinas de confecção, ruas movimentadas pelo trânsito de motocicletas e de pessoas transportando o jeans, e principalmente pela maior preocupação com o passar das horas. A partir daí, Toritama se transformou no segundo maior polo de confecção do Brasil, responsável por cerca de 16% da produção nacional de jeans (SEBRAE, 2019, p. 60).

Seria Toritama esperança de riqueza ou apenas mais uma marionete do sistema capitalista? Para Gomes, foi demonstrada a presença alarmante de trabalho informal, desrespeito às leis trabalhistas e uma cidade imersa na onda dos contratos de facção, que continua a fechar os olhos de suas vítimas, acreditando elas estarem diante de uma prosperidade meritocrática advinda do trabalho duro, e não diante de uma exploração de mão de obra barata.

Desta forma, o presente trabalho tem como principal objetivo, a partir do documentário “Estou me Guardando para Quando o Carnaval Chegar”, do exposto pela doutrina e do posicionamento dos Tribunais Superiores acerca do tema, demonstrar como os contratos de facção existentes na relação de emprego em Toritama interferem negativamente na vida dos trabalhadores do jeans, trazendo como consequência um maior distanciamento entre esses trabalhadores e as garantias e direitos fundamentais trabalhistas, que são de extrema importância para qualquer ser humano que exerce o trabalho.

2. BREVE ANÁLISE DO LONGA

Marcelo Gomes (Recife, 1963) possui uma filmografia baseada em torno do brasileiro simples e invisível. Seja como roteirista de filmes premiados como “Madame Satã” (2002), que retrata a vida real de uma travesti marginalizada pela sociedade; ou como diretor de “Cinema, Aspirinas e Urubus” (2005), que trata de itinerantes em busca de uma renda digna; é em “Estou me Guardando Para Quando o Carnaval Chegar” (2019) que talvez esteja sua produção mais íntima: através de suas memórias, ele compara uma Toritama vista em sua infância com uma atual, e, para ele, a diferença é preocupante.

Se antes a cidade era conhecida pela sua calma, agora representa um foco gritante de capitalismo em pleno interior, em um movimento que desperta a atenção de especialistas e — por que não? — dos cineastas. Afinal, é através das lentes cinematográficas, do som empenhado na filmagem e nos relatos dos próprios indivíduos que surge a empatia buscada por qualquer documentarista na defesa de seu próprio ponto de vista.

Isso porque não existe documentarista ou documentário imparcial. Como afirma Nichols (2005, p. 153), “o documentário participativo oferece uma ideia do que é, para o cineasta, estar numa determinada situação e como aquela situação conseqüentemente se altera”. Afinal, segundo o mesmo autor, os documentários participativos/interativos testemunham a visão de mundo de quem nele se engaja ativamente, e não de quem observa discretamente.

Dalenogare (2019) vai além e afirma que a tradição do “terceiro cinema”, movimento do documentarismo latino-americano iniciado a partir da década de 1970, tem como objetivo investigar as questões sociais do momento pelo qual se situam, com a participação direta do cineasta.

Inserido em tais movimentos, utiliza-se Gomes de instrumentos criativos simples, como a supressão dos sons repetitivos e estressantes das máquinas, além de entrevistas com os

próprios laborais e moradores da cidade. Percebe-se que algumas pessoas dão seus relatos enquanto trabalham, para não parar de trabalhar nem produzir menos. A montagem do filme defende a tese de que a esfera pública absorveu a vida privada daqueles habitantes: vivem para trabalhar, e não trabalham para viver.

Permanecem assim durante 11 meses e alguns dias do ano, descontinuando suas atividades apenas para aproveitar menos de uma semana de carnaval. Os endividados não se importam em vender seus objetos pessoais de importância, como geladeiras, para conseguir desfrutar o feriado.

O filme encerra-se com filmagens amadoras das próprias personagens durante suas viagens: em uma cena, um trabalhador se mascara de Guy Fawkes (York, 1570), personalidade que, ao redor do mundo, se tornou ícone da cultura pop (vide produções como V de Vingança, de 1982) e de movimentos contra ditaduras e opressão de quaisquer tipos (o grupo Anonymous, por exemplo). A escolha do diretor em manter tal cena no corte final, em concordância com o contexto desenvolvido ao longo de sua obra, passa a mensagem de que a alegria e a felicidade apenas são alcançadas, nesses grupos, na superação das horas de dedicação ao trabalho extremo.

Encontra-se então a defesa, por parte do diretor, de que os direitos fundamentais trabalhistas são desrespeitados naquela cidade, dia após dia, com a conivência ingênua de suas próprias vítimas, que veem uma chance de ganhar mais dinheiro, mesmo que isso signifique ficar mais tempo longe de suas próprias famílias e de seus poucos momentos de lazer.

O princípio da dignidade humana, tido pelo STF como superprincípio que funda as escolhas políticas no modelo de direito concebido pela Constituição (ADI 3.510/DF), abarca o trabalho decente como imperativo que deve vincular não apenas as normas e princípios de direito do trabalho, mas também os contratos de quaisquer ramos da vida laboral, em que o indivíduo empreste sua mão de obra.

Para Marx, em sua concepção materialista da história, o capital e as relações de produção influenciam a política, as instituições, a justiça e até mesmo o comportamento dos indivíduos (BARBOSA, 2012, p. 7-9). Nesse sentido, observa-se a compra, por parte dos toritameses, da narrativa burguesa de que o trabalho cansativo representa mérito para ocupar uma melhor posição social, mesmo que essa posição nunca chegue. O simples faturamento de mais dinheiro por parte dos indivíduos, no final do dia, não muda suas realidades sociais, mas alimenta uma gigante indústria invisível aos olhos dessas pessoas.

Afirma Gomes, em entrevista ao “Metrópolis” (2019), que esses indivíduos das facções, que trabalham de 12 a 14 horas por dia, sete dias por semana, são vítimas da própria escravização: “são algozes e vítimas do próprio excesso de trabalho”.

Em uma realidade de um país que extinguiu um Ministério do Trabalho autônomo, e onde a

reforma trabalhista tem seus dispositivos contestados pelo Estado-juiz em controles difusos de constitucionalidade, mas que possui entendimentos escassos a seu respeito pela Suprema Corte (HIGÍDIO e VOLTARE, 2020), guardião da Constituição.

3. O CONTRATO DE FACÇÃO

No documentário “Estou me Guardando para Quando o Carnaval Chegar” é possível identificar, mediante os registros feitos e o próprio relato do cineasta Marcelo Gomes, que o tipo de contrato mais utilizado pelos trabalhadores da confecção do jeans em Toritama é o “contrato de facção”. Nessa modalidade de contrato comercial, muito utilizada pelo ramo têxtil, existe uma empresa contratante que contrata o produto final da empresa contratada, ou seja, o que é negociado é a peça pronta no final, não existindo, por exemplo, nenhuma responsabilização ou preocupação por parte das empresas contratantes em relação ao processo de fabricação, à situação trabalhista dos trabalhadores, segurança e local de trabalho digno em relação aos contratados, causando, assim, a supressão dos direitos trabalhistas.

A priori, observa-se que o contrato de facção afasta a intromissão da empresa contratante do processo de produção do produto feito pela empresa contratada, como bem pontua o Magistrado Oscar Krost em artigo sobre o tema:

(...) ocorre a fragmentação do processo fabril e o desmembramento do ciclo produtivo de manufatura, antes setorizado, dentro de uma mesma empresa. Há o repasse a um “terceiro” da realização de parte (facção) das atividades necessárias à obtenção de um produto final, fenômeno comum no ramo têxtil (KROST, 2007, p.28).

Nestas situações, a empresa contratada detém autonomia na realização das suas atividades, podendo escolher as formas de trabalho a serem seguidas, atentando-se sempre para entregar o produto final, assim como foi contratado entre as partes. Em Toritama, presencia-se a expansão “nua e crua” desse tipo de contrato, que se intensificou atualmente, pois a maioria dos trabalhadores cria a falsa visão de autonomia e poder em relação às suas fabricações, deixando de lado os perigos que esses tipos de contrato podem apresentar na prática.

Outrossim, o que se presencia, na prática, é uma demanda de produção muito alta, fazendo com que os trabalhadores das facções (nome dado aos salões de confecção) tenham jornadas de trabalho extremamente cansativas, sem carteira assinada e nenhuma asseguaração de direitos trabalhistas. Para alguns toritamenses, o contrato de facção representa uma esperança em conseguir crescer empresarialmente sem ser submisso a ninguém, mesmo que isso lhes custe, por exemplo, décimo terceiro, férias justas e remuneração adequada, dentre outros direitos trabalhistas essenciais. O mais importante para eles e para muitos outros trabalhadores em todo o país, que trabalham por meio do contrato de facção, é a autonomia para desempenhar as atividades de produção, e serem, pelo menos na mente, “livres”.

3.1. CONTRATO DE FACÇÃO X TERCEIRIZAÇÃO

Como já tratado, o contrato de facção é o contrato feito entre uma empresa contratante e uma empresa contratada, no qual o que vai importar é a entrega do produto final, não tendo a empresa contratante nenhuma interferência no processo de fabricação do produto. Contudo, alguns questionamentos existem em relação ao reconhecimento desse tipo de contrato como terceirização, ou seja, uma prestação de serviço terceirizada.

A terceirização é oriunda da existência de um terceiro, visto como “intermediário” na relação trabalhista, representando no mundo do trabalho a contratação de uma empresa, ou autônomo, por outra empresa. A relação de emprego terceirizado se dá entre a empresa prestadora de serviços, o trabalhador, e a empresa contratante dos serviços, sendo uma relação triangular, não tendo a empresa contratante dos serviços terceirizados nenhuma responsabilidade perante os trabalhadores. Sobre o tema, o autor Mauricio Godinho Delgado (2019, p. 540) discorre que:

Para o Direito do Trabalho, terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Apesar de apresentarem semelhanças, o contrato de facção e a terceirização não podem ser considerados a mesma coisa, uma vez que contrato de facção representa um contrato comercial em que se espera a entrega do produto como resultado final, pronto para a comercialização, e não a mão de obra para a execução do que foi contratado, descaracterizando assim um contrato terceirizado. De acordo com Sérgio Martins Pinto (2016) acerca do contrato de facção e a terceirização, “o objetivo do contrato de facção não é o fornecimento de mão de obra para se falar em terceirização de mão de obra.” Sendo assim, não se reconhece a terceirização em contratos do tipo citado, visto que não é permitido, nesse formato de contrato, a interferência da empresa contratante na forma de produção da empresa ou microempresa, ou trabalhador individual, o que na terceirização existe na figura da empresa responsável pelo trabalhador que permite a sua contratação para prestar os seus serviços às empresa contratantes, existindo explicitamente um contrato de mão de obra, e não do produto destinado à comercialização.

O entendimento majoritário da jurisprudência, citando como exemplo a decisão do Tribunal Superior do Trabalho (2015), “o contrato de facção se destina ao fornecimento de produtos por um empresário a outro, a fim de que deles se utilize em sua atividade econômica”.

Dessa forma, compreende-se que, o contrato de facção e a terceirização não podem ser confundidos, pois representam situações diferentes no mundo do trabalho. Enquanto um, como já foi abordado anteriormente, trata do contrato em relação ao produto final pronto, o outro trata do contrato da mão de obra para a realização do serviço, fazendo com que doutrinadores do direito do trabalho e jurisprudência tratassem da discussão acerca da semelhança entre esses contratos. Assim, nos traz Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2018, p. 359):

Nos contratos de facção, no entanto, não existe contratação de mão de obra, uma vez que a contratada se compromete a entregar à contratante um produto final, acabado, produzido por seus empregados, sob sua responsabilidade e controle. Assim, a “empresa tomadora de serviços”, por não ter nenhum controle sobre a produção da contratada, isenta-se de qualquer responsabilidade pelos contratos trabalhistas firmados, com os empregados da empresa de , os quais não estão subordinados juridicamente à contratante.

Sendo assim, existindo o contrato de facção, como bem é demonstrado em Toritama, as responsabilidades recaem sobre a empresa contratada, e não sobre a contratante, afastando dessas situações o contrato terceirizado.

4. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A economia da cidade de Toritama é baseada na produção têxtil, e a grande parte da população trabalha nas chamadas facções, as indústrias de fundo de quintal. No documentário, são notórias as condições trabalhistas precárias do povo toritamense, que dedicam os seus dias e noites para a produção e descansam apenas no carnaval. Para Garcia (2018, p. 358) “No contrato de facção a empresa contratante adquire produtos prontos e acabados, fornecidos pela empresa contratada.” Partindo desse conceito, os contratos de facção não se configuram como uma relação de trabalho, mas como uma relação comercial, uma vez que o objeto da relação é o produto e não a contratação da mão de obra. Dessa maneira, a jurisprudência majoritária entende que o contrato de facção não se trata da terceirização dos serviços, afastando a responsabilidade subsidiária da empresa contratante por verbas trabalhistas. Nesse sentido, observa-se o julgado da 5ª Região do Tribunal Superior do Trabalho:

Agravo de instrumento. Responsabilidade subsidiária. Contrato de facção. Em fase de possível contrariedade à Súmula 331, item IV, do TST, dá-se provimento ao agravo de instrumento para o amplo julgamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se dá provimento. Recurso de revista. Responsabilidade subsidiária. Contrato de facção. O contrato de facção é um fenômeno comum na indústria têxtil, onde se fraciona o processo fabril repassando-se à faccionária a realização de das atividades necessárias à obtenção de um produto final. Nele, a indústria contratante não tem influência sobre a forma de produção da contratada. Assim, não há entre as empresas que o firmam a responsabilidade subsidiária. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento.

A respeito da responsabilidade subsidiária, dispõe o item IV da Súmula 331 do TST, *in verbis*:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Posto isso, analisa-se que, como mencionado anteriormente, em razão da descaracterização da terceirização nos contratos de facção, é afastada a responsabilidade subsidiária dos contratantes, pois não teoricamente, não há que se falar em relação trabalhista entre as partes, mas em relações de fins comerciais.

Para que os profissionais têxteis exijam o reconhecimento do vínculo empregatício entre os contratantes, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos, à luz dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas: serviço prestado por pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade. Desta forma, o trabalho deve ser sempre realizado por pessoa física; com a ocorrência da pessoalidade, o trabalhador não poderá ser substituído por outro para que o serviço seja realizado; que seja prestado permanentemente, sem eventualidade; com subordinação, que implica dizer no recebimento de ordens quanto ao serviço prestado; e a onerosidade, a remuneração pelo serviço.

No quesito subordinação, caso a empresa realize qualquer ingerência nos serviços da facção, poderá ser considerado o vínculo empregatício entre o contratante e os trabalhadores têxteis, como no caso concreto julgado pela terceira turma do Tribunal Regional do Trabalho 18ª Região:

Ementa: Contrato de facção. Responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços. No contrato de facção, a contratante responde pelas obrigações trabalhistas da contratada se esta sofrer ingerência em sua administração ou se depender economicamente daquela.

É possível observar que há um ponto importante na teoria dos contratos de facção, que se trata da sua suposta autonomia no trabalho e a ingerência do contratante na facção. De uma situação à outra, o contrato parte da simples ideia da relação comercial de produção de jeans ao aproveitamento da mão de obra barata. Não há legislação específica que regulamente os contratos de facção e conseqüentemente as fraudes decorrentes deste, mas é possível recorrer ao seguinte dispositivo da legislação trabalhista, onde, segundo o artigo 9º da CLT, serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos nessa consolidação.

Além do dispositivo supracitado, também deve ser aplicado nas práticas de fraude, o princípio da primazia da realidade do direito do trabalho. De acordo com Garcia (2018, p. 73):

O princípio da primazia da realidade indica que, na relação de emprego, deve prevalecer a realidade dos fatos, e não eventual forma construída em desacordo com a verdade. Em razão disso, por exemplo, na avaliação de certo documento pertinente à relação de emprego, deve-se verificar se ele corresponde ao ocorrido no plano dos fatos, pois deve prevalecer a verdade real.

A realidade dura da população toritamense deve ser considerada, contrapondo-se à visão do direito do trabalho brasileiro, que ainda prevê o contrato de facção como uma mera relação comercial, ignorando a explícita realidade dos trabalhadores, que vivem sem a garantia de direitos trabalhistas e dignidade humana.

5. A ESTRUTURA DE PRODUÇÃO TÊXTIL DO MUNICÍPIO DE TORITAMA E A AFETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

Considerar-se-á dizer que o ponto nevrálgico desta análise, ante o documentário em escrutínio, cinge na demonstração de como a estrutura de produção sustentada, em grande parte, pelos contratos de facção vai de encontro aos direitos fundamentais do trabalhador.

5.1. DA EXISTÊNCIA DE UMA ESTRUTURA DE INFORMALIDADE ALIMENTADA PELOS CONTRATOS DE FACÇÃO

De acordo com o censo demográfico de 2010 (IBGE), 94,5% dos trabalhadores toritamenses trabalham na informalidade. Esse número, apesar de não precisar os ofícios levantados, seguramente possui vultosa contribuição da estrutura de confecção têxtil, já que essa é a marca do município pernambucano. Outrossim, tal proposição ainda encontra lastro no que pode ser extraído da análise do volume da informalidade no contexto nacional, que é de 41,6% em 2019 (IBGE). Sendo 56,9% a proporção da região Nordeste, também em 2019 (IBGE). Portanto, é razoável a conclusão de que boa parte da informalidade no território municipal é consequência da precarização que alimenta o arranjo de produção têxtil local.

Com fito nisso, percebe-se *in prima facie* a gênese do problema: a estruturação produtiva de Toritama, imersa na nova informalidade, afasta os trabalhadores da institucionalização/regulamentação. Pois, como emana do entendimento do TST (2020), o contrato de facção possui caráter comercial, já que a avença gira em torno de parte da produção do empregador. Não pertencendo à seara trabalhista, o contrato de facção impele a existência de uma nova classe de empregadores, já que pequenas “facções” são criadas e nessas passam a ser recrutados uma série de trabalhadores. Daí advém o esboço da estrutura sob análise. As empresas informais (facções), em grande maioria precárias, rudimentares, e com um orçamento ínfimo — vide o que fora exposto no longa-metragem de Gomes —, são obrigadas a contratar uma força de trabalho empobrecida e pouco qualificada (ANTUNES, 2006), também sob condições informais, o que reforça a nova informalidade. Conceito aduzido por Jacob Lima (2013) nos seguintes termos:

Essa definição inclui o auto emprego em empresas informais, os empregadores, os trabalhadores por conta própria e os membros da família que trabalham sem remuneração ou remuneração casual, trabalhadores de empresas informais, diaristas, domésticos e industriais temporários, por tempo parcial, prestadores de serviços eventuais e terceirizados em empresas ou oficinas informais e formais, e aqueles trabalhadores domiciliares.

Ainda, não é possível arguir a inexistência de vínculo empregatício entre os donos das garagens-fábrica e os que ali costumam ou desempenham outra função produtiva. Por força do princípio da primazia da realidade, fulcral para o Direito do Trabalho (PONTES, 2010), há elementos que evidenciam a pessoalidade e a não-eventualidade. Como nos primeiros 20 minutos de filme, em que uma mulher, não identificada — o que é uma característica constante na obra — relata sua rotina diuturna, composta por uma jornada de trabalho que tem início às 7h e finda às 22h, com intervalos intermitentes. Outro ponto importante a ser destacado é a *relación de ajenidad*, haja vista que os empregados não produzem para si, mas para o empregador (PRÓ, 2014).

Nesse sentido, boa parte da cadeia produtiva têxtil que se assenta em Toritama está contaminada pela desvalorização institucional e simbólica do trabalho, o que contribui para o retrocesso dos direitos trabalhistas galgados com tanto afã (SANTOS E VASCONCELOS, 2018).

Além disso, os dados comprovam que a falácia neoliberal de que a flexibilização, tendendo ao *laissez-faire*, garantiria salários mais justos aos trabalhadores, não passa disso: uma falácia. As informações colhidas no município mostram que os trabalhadores formais recebem em média três vezes mais do que os trabalhadores informais (IBGE, 2010).

5.2. O CARNAVAL COMO UM “OÁSIS” NO MEIO DO “DESERTO” AGRESTINO: SUBVERSÃO OU DESESPERO?

O desenlace do Documentário reforça o enunciado que o intitula; os trabalhadores realmente se resignam para a chegada do carnaval. Na iminência do feriado, os personagens passam a poupar recursos, ou até captá-los com a venda de bens pessoais. Isso demonstra as consequências pérfidas da supressão de direitos trabalhistas. Com a ausência de férias remuneradas, ou repouso semanal — direitos fundamentais, dispostos na Constituição Federal (1988) —, há uma sobrecarga de trabalho incessante, que, *in casu*, é mitigada com alguns dias no litoral.

Nessa esteira, pode-se dizer que a contundência do golpe da informalidade é manifesta. À legião de trabalhadores do ramo têxtil informal de Toritama, resta um círculo vicioso, derivado da sua estrutura de produção. Trabalha-se muito, com nenhuma proteção trabalhista, adquire-se bens, vendem-se esses bens, com o valor adquirido dessa transação, passa-se uma temporada na praia; o que transforma a área em uma “cidade fantasma”. O progresso financeiro individual, com o fim das férias, volta à estaca zero. Grande parte desses desassistidos passam, com a volta da rotina, a reaver o que fora despendido a fim de custear o lazer. Assim, parece que se vive pelo trabalho e pela semana do ócio, nada mais. É como se o trabalho voltasse a designar o *tripalium*, e não existisse outro direito senão o de livrar-se, por alguns dias, de uma vida sem direitos.

O próprio diretor, Marcelo Gomes, em uma entrevista concedida à Raquel Gandra, no Festival de Berlim de 2019, revela que há, através do documentário, o intento de perscrutar o real

motivo da “fuga” dos trabalhadores no período festivo de carnaval. Para o cineasta há duas hipóteses: por desespero, ou por transgressão (GOMES, 2019). O que mais tarde conclui ser uma consubstanciação das duas.

Conquanto a finalidade seja incerta, à motivação e à forma concerne algumas digressões. O motivo certamente emana da necessidade de se encontrar a si mesmo. Pois o homem, no modelo capitalista, passa a ser um instrumento de produção, e não transmissor de significado à natureza. O processo e o produto lhe são estranhos. Para Marx (1983), o trabalho dentro do modelo capitalista deixa de hominizar e passa a alienar. Assim, a visão de liberdade do homem é cambiada à medida que precisa vender sua força de trabalho para sua sobrevivência. Logo, privados de seus direitos fulcrais, os “atores” da obra documental sentem, sem nenhuma cerimônia, a violência do modelo econômico vigente; ao passo que buscam, através da jornada ao mar, uma conexão com tudo aquilo que é exógeno à cadeia de produção que os aprisionam.

Por conseguinte, é plausível interpretar a busca pela felicidade carnavalesca como uma reafirmação da importância de direitos no âmbito trabalhista. Tanto os trabalhadores que vêm à tona com a obra de Gomes, quanto os demais que vivem em condições equiparáveis, afastados da prescrição constitucional referente aos agentes laborais, buscando, de alguma forma, concretizar, mesmo sem a devida cognição de seus direitos, benefícios que consideram impreteríveis; *Id est*, fundamentais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o que fora aqui explorado, verifica-se o problema gerado pelos contratos de facção dentro de um contexto empobrecido. Os trabalhadores toritamaenses sofrem com a informalidade excessiva lastreada pela avença sobre o produto têxtil, e não sobre o trabalho. Assim sendo, encontram-se em situação de vulnerabilidade; sendo afastados do que lhes garante a Carta Constitucional. Portanto, não há de se falar na proteção de seus direitos trabalhistas fundamentais — fulcrais à dignidade —, em razão do arranjo de produção informal que se desenha.

Fisgados por uma estrutura produtiva de exploração incessante, os agentes que vendem sua força de trabalho para o setor têxtil de Toritama se veem não-possuidores de benefícios básicos, como o ócio. A rotina hercúlea, fordista, é contrastada com o hábito local de vender os próprios pertences, às vésperas do carnaval, para garantir alguns dias no litoral. Tal comportamento pode ser interpretado como um ato de transgressão contra as mazelas impostas pela pobreza e pelo capitalismo. Ao passo que também é um grito de reafirmação. Reafirmam, com todo vigor, que o direito às férias remuneradas, ao repouso semanal, ao décimo terceiro — e tantos outros que lhes são negados —, compõem um rol de fundamentalidade, não podendo, pois, serem preteridos.

Ao fim e ao cabo, verifica-se a importância de compreender e problematizar as consequências

o contrato de facção em relação aos direitos fundamentais do trabalhador. Ainda, no mesmo fôlego, apontar a faceta ímpia que o capitalismo possui para com os mais pobres. Não só, mas também apontar para a imprescindibilidade da defesa dos direitos como *Wille Zur Verfassung*, bem como a mitigação da informalidade no âmbito trabalhista.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2006.

BARBOSA, Walmir. **Estado e poder político em Marx**. Disponível em: <https://www.sinprodf.org.br/wp-content/uploads/2012/01/texto-2-estado_poderpolitico_marx.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 maio 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452**. Rio de Janeiro, 01 maio 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 14 maio 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510 Distrito Federal**. 29 mai. 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=583645&prcID=2299631#>>. Acesso em: 14 maio 2021.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinario Trabalhista nº 0010387-22.2019.5.18.0054**. Relator: Mário Sérgio Botazzo, 3ª Turma, 11 dez. 2019. Disponível em: <<https://trt-18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/792540930/rot-103872220195180054-go-0010387-2220195180054/inteiro-teor-792540931>> Acesso em: 14 maio 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho, 5ª Turma. **Agravo de Instrumento nº TST-RR-20330-42.2014.5.04.0373**. 18 nov. 2020. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1128752598/recurso-de-revista-rr-203304220145040373>>. Acesso em: 14 maio 2021.

_____. _____. **Recurso de Revista nº 1996320105000**. Relator: João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, 10 mai. 2013. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/939087179/recurso-de-revista-rr-1996320105090303>> Acesso em: 13 maio 2021.

_____. _____. **Recurso de Revista nº 2143220105090303**, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, 21 out. 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/102756137/tst->

judiciario-22-10-2015-pg-2553>. Acesso em: 14 maio 2021.

DALENOGARE, Waldemar. **Democracia em Vertigem** – apontamentos teóricos: documentarismo x neutralidade e tempo presente. 19 jun. 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=t55rKtp8WyA>>. Acesso em: 14 maio 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

ESTOU me Guardando para Quando o Carnaval Chegar. Dirigido por Marcelo Gomes. São Paulo: Vitrine Filmes, 2019 (86 min.).

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Contrato de Facção e Responsabilidade por Terceirização de Serviços**. GenJurídico.com.br. 19 jan. 2015. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/01/19/contrato-de-faccao-e-responsabilidade-por-terceirizacao-de-servicos/#:~:text=Legalidade,%2C%20de%2003.01.1974>>. Acesso em: 16 maio 2021.

HIGÍDIO, José; VOLTARE, Emerson. **Ações sobre a reforma trabalhista, 3 anos, repousam no Supremo**. Conjur, 28 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-28/acoes-reforma-trabalhista-anos-caducam-supremo>>. Acesso em: 17 maio 2021.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico**. Rio de Janeiro, 2010.

_____. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estimativas da população residente com data de referência 01 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/pe/toritama.html>>

_____. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira, 2019**. IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais - Rio de Janeiro: IBGE, 2019. (Estudos e pesquisas. Informação demográfica e socioeconômica, ISSN 1516-3296; n. 40)

KROST, Oscar. **Contrato de facção: fundamentos da responsabilidade da contratante por créditos trabalhistas dos empregados da contratada**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1587, 5 nov. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10611>>. Acesso em: 18 maio 2021.

LIMA, Jacob Carlos. **A Nova Informalidade**. Dicionário Temático Desenvolvimento e Questão Social: 81 problemáticas contemporâneas. São Paulo: Annablume, 2013, pp 330-336. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/316750217_A_nova_informalidade>. Acesso em: 14 maio 2021.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

METRÓPOLIS. **Entrevista com Marcelo Gomes, diretor de Estou me Guardando para Quando o**

Carnaval Chegar. 15 jul. 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=tmJPOKzaiVM>>. Acesso em: 17 maio 2021.

NICHOLS, Bill. **Introdução ao documentário**. 5. ed. Campinas: Papyrus Editora, 2005.

PACHECO, Pedro Pongidor. **O contrato de facção e o direito do trabalho**. 11 mar. 2021. Disponível em: <<https://ribeiroalbuquerque.com.br/o-contrato-de-faccao-e-o-direito-do-trabalho/>>. Acesso em: 15 maio 2021.

PONTES, Luciana Moura Araújo Cardoso. **Princípio da primazia da realidade no direito: a realidade no direito do trabalho: a atuação do juiz-investigador**. In: Pamplona Filho, Rodolfo; Cerqueira, Nelson; Santana Júnior, Gilson Alves (Org.). *Metodologia da pesquisa em Direito*. 1. ed. Salvador: [s.n.], 2010, v. II, pp. 373-385.

PRÓ, Guillermo Boza. **Surgimiento, Evolución y Consolidación del Derecho del Trabajo**. *Thêmis: Revista de Derecho*, Lima, v.64, N.1, may./jun. 2014, pp. 13-26.

SANTOS, Breno Bittencourt; VASCONCELOS, Valtemira Mendes. **Fatores socioeconômicos e demográficos associados ao trabalho informal: o caso de Toritama, Pernambuco, Brasil**. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar*, v. 8, n. 1, jan.- jun. 2018, pp. 289-316.

SEBRAE - Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Estudo Econômico das Indústrias de Confecções de Toritama/PE**. Recife, abr. 2019. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/PE/Anexos/RELATORIO-TORITAMA-FINAL.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2020.

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL EM FACE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE TEMPORAL SOB A PERSPECTIVA DA SEGURANÇA JURÍDICA

RELATIVIZATION OF THE MATERIAL JUDGED THING
IN FACE OF THE STATEMENT OF
UNCONSTITUTIONALITY: A TEMPORAL ANALYSIS
FROM THE PERSPECTIVE OF LEGAL SECURITY

Emanuela Ribeiro Santos

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Doctum de Teófilo Otoni (UniDoctum).

Rodrigo Barbosa Luz

Mestre em Linguística Aplicada pela Unisinos/RS. Especialista em Direito Tributário pela Uniderp/Anhanguera. Bacharel em Direito pela Fundação Educacional do Nordeste Mineiro (IESE/FERNOD). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Doctum de Teófilo Otoni (UniDoctum).

Resumo: Discutiu-se no presente artigo a forma como o *dies a quo* da ação rescisória, previsto no artigo 525, §15, do CPC/15, com base na declaração posterior de inconstitucionalidade, rompe com a autoridade da coisa julgada material e gera instabilidade ao ordenamento jurídico pátrio. Por esta perspectiva, a formação da coisa julgada material é ligada ao trânsito em julgado de uma sentença que a submete a uma impossibilidade de revisão de mérito, entretanto, a legislação processual prevê exceções à regra de intangibilidade, destacando-se dentre elas, a possibilidade da sua relativização em face da declaração posterior de inconstitucionalidade da norma que a fundamentou. Referida previsão submete a coisa julgada material a uma situação de instabilidade, pois posterga a sua estabilidade a evento futuro e incerto. Dessa forma, realizou-se pesquisa do tipo exploratória, através de uma revisão bibliográfica, tendo por base a utilização de doutrinas de Processo Civil e de Direito Constitucional, artigos, jurisprudências e leis que disciplinam o assunto, analisando a aplicabilidade do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, conceituando a coisa julgada, seu conteúdo dogmático e sua relação de interdependência com a segurança jurídica e seus desdobramentos em face da sua relativização. Concluiu-se que o início de prazo previsto no artigo 525, §15, do CPC/15, para manejo da ação rescisória em razão inconstitucionalidade superveniente, deve ser iniciado a partir do trânsito em julgado da sentença que se pretende rescindir, pois protegerá a superioridade da norma constitucional, a autoridade da coisa julgada e a estabilidade das relações processuais através da segurança jurídica.

Palavras-chave: Ação Rescisória. Segurança Jurídica. Coisa Julgada. Controle de Constitucionalidade.

Abstract: This article discusses how the *dies a quo* of the rescissory action, provided for in article 525, §15, of CPC/15, based on the subsequent declaration of unconstitutionality, breaks with the authority of the material *res judicata* and generates instability to the national legal system. From this perspective, the formation of material *res judicata* is linked to the *res judicata* of a sentence that submits it to an impossibility of reviewing the merits, however, the procedural legislation provides for exceptions to this rule of intangibility, highlighting among them, the possibility of its relativization in the face of the subsequent declaration of unconstitutionality of the rule on which it was based. The legal provision submits the material *res judicata* to a situation of instability, as it postpones its stability to a future and uncertain event. In this way, an exploratory research was carried out, through a bibliographic review, based on the use of doctrines of civil procedure and constitutional law, articles, jurisprudence and laws that discipline the subject, analyzing the applicability of constitutionality control in the Brazilian law, conceptualizing *res judicata*, its dogmatic content and its interdependent relationship with legal certainty and its consequences in the face of its relativization. It was concluded that the beginning of the period provided for in article 525, §15, of CPC/15, for handling the rescission action on grounds of supervening unconstitutionality, must be started from the final judgment of the sentence that is intended to be rescinded, as it will protect the superiority of the constitutional norm, the authority of *res judicata* and the stability of procedural relations through legal certainty.

Keywords: Rescissory Action. Legal Certainty. Judged Thing. Constitutional Control.

Sumário: 1. Introdução – 2. Controle de constitucionalidade brasileiro: 2.1 Modalidades do controle de constitucionalidade e seus respectivos efeitos – 3. O conceito de coisa julgada: 3.1 Coisa julgada sobre a perspectiva da segurança jurídica; 3.2 Relativização da coisa julgada – 4. Relativizar a coisa julgada inconstitucional: 4.1 Possibilidade de desconstituição da coisa julgada a partir da declaração de inconstitucionalidade da norma pelo STF – 5. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

A coisa julgada material é direito fundamental previsto na Constituição da República (CR) de 1988, e é apresentada como a possibilidade de estabilização das situações jurídicas a partir da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ou reexame necessário. Ela garante que o Poder Judiciário não passe por infundáveis rediscussões sobre os mesmos problemas, evitando o enfraquecimento das relações jurídicas e, conseqüentemente, a instabilidade do ordenamento jurídico.

Entretanto, existem situações previstas no Código de Processo Civil (2015) em que se permite a relativização da coisa julgada, possibilitando que a sentença revestida pelo manto da coisa

julgada material, e que até o momento era imutável e indiscutível, seja passível de uma nova discussão de mérito.

Situações como essa são previstas no artigo 525, §15, do CPC/15, o qual indica a possibilidade de se relativizar a coisa julgada por meio de ação rescisória com fundamento na declaração posterior de inconstitucionalidade da norma que fundamentou a sentença. Dito isso, estabeleceu o legislador que o começo do prazo de 02 (dois) anos para o manejo da ação rescisória seja contado a partir do trânsito em julgado da decisão que declarou a norma inconstitucional, não optando em seguir o início do prazo das hipóteses típicas da ação rescisória prevista no artigo 975 do CPC/15.

Esse *dies a quo* — termo inicial do prazo — leva a doutrina a discutir sobre a sua validade, levando-se em conta a ruptura da autoridade da coisa julgada material por uma situação indefinida — uma vez que não se pode prever quando a norma poderá ser levada a discussão no STF. Nessa situação, quando se pensa em estabilidade e previsibilidade da sentença a partir da formação da coisa julgada material, reputa-se a confiabilidade dos litigantes em uma solução definitiva do seu litígio pelo Poder Judiciário. Dessa forma, as normas procedimentais devem ser vistas como garantidoras de um processo justo e definitivo, que tem como consequência uma solução ao caso concreto através de uma sentença revestida de imutabilidade.

Em razão disso, o presente artigo objetiva demonstrar, com base na abordagem geral do controle de constitucionalidade, da coisa julgada e da segurança jurídica, de que forma o *dies a quo* da ação rescisória prevista no artigo 525, §15, do CPC/15, com fundamento na declaração posterior de inconstitucionalidade, mitiga o princípio da segurança jurídica e gera instabilidade ao ordenamento jurídico. Ao mesmo tempo, nos objetivos específicos, refletiu-se sobre a aplicabilidade do controle de constitucionalidade no direito brasileiro; conceituou-se a coisa julgada, seu conteúdo dogmático, sua relação de interdependência com a segurança jurídica e seus desdobramentos em face da sua relativização.

Para tanto, utiliza-se da pesquisa do tipo exploratória, a partir de uma revisão bibliográfica tendo como base de pesquisa a utilização de doutrinas de Processo Civil e de Direito Constitucional, artigos, jurisprudências, a Constituição da República de 1988 e a Lei nº 13.105 de 2015 que disciplina o Código de Processo Civil.

Por fim, aborda-se no primeiro capítulo o controle de constitucionalidade brasileiro, passando por suas modalidades e efeitos. Em sequência, analisam-se os conceitos gerais da coisa julgada, sua relação de interdependência com a segurança jurídica e sua relativização em face da declaração inconstitucionalidade. Ao final, discute-se como o início do prazo para manejo da ação rescisória em face da declaração posterior de inconstitucionalidade leva ao enfraquecimento das relações jurídico-processuais através da sua instabilidade.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

O controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil por meio da Constituição de 1891 e aprimorado a partir da Constituição da República de 1988 com a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, essa introduzida pela Emenda Constitucional nº 3/93 (SILVA e CRUZ, 2020).

O instituto é conhecido como técnica jurídica de proteção à supremacia da norma constitucional, diante tal fato:

O controle de constitucionalidade visa garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas ou implícitas) frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação de compatibilidade (ou adequação) de leis ou atos normativos em relação a uma Constituição (FERNANDES, 2020, p. 1810).

Essa supremacia pode ser referida, segundo Novelino (2020), em sentido formal e material. A supremacia material existe em razão do conteúdo da Constituição da República estar em posição hierarquicamente superior quando comparado em relação às demais leis, uma vez que são responsáveis pela definição das diretrizes de um Estado de Direito através dos direitos e garantias fundamentais, da estrutura do Estado e da organização dos poderes. Já a supremacia formal, se traduz na superioridade hierárquica de suas normas em relação às outras espécies normativas, as quais só serão válidas se produzidas em consonância com a forma e/ou conteúdo constitucionalmente determinado (NOVELINO, 2020).

Através dessa superioridade hierárquica, a CR vincula as normas do ordenamento jurídico à sua compatibilidade vertical, impondo aos órgãos competentes um controle para impedir a criação ou manutenção dos atos normativos em desacordo com seu fundamento de validade (NOVELINO, 2020). Sendo assim, a supremacia da Constituição pode ser entendida como base para a sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, vez que assegura o respeito à ordem jurídica, através da sua superioridade hierárquica e traz efetividade aos valores sociais, através da sua superioridade de conteúdo.

Aponta Cunha Jr. (2019), que a supremacia constitucional estaria comprometida se não houvesse um sistema que pudesse garanti-la, e por consequência, assegurar a sua superioridade e força normativa. Dessa forma, a CR estabeleceu mecanismos de controle a serem exercidos no ordenamento jurídico, que visam analisar a norma apontada como inconstitucional, afastando-a da aplicação em um caso concreto ou declarando o seu vício, para que não surta mais efeitos em um plano de validade e eficácia.

2.1. MODALIDADES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SEUS RESPECTIVOS EFEITOS

Como dito, para garantir que não houvesse no ordenamento jurídico atos normativos em

desacordo com os fundamentos previstos na CR, foram criados mecanismos de controle de normas infraconstitucionais, justamente para permitir, através do respeito à ordem jurídica, o sustentáculo necessário ao Estado Democrático de Direito. À vista disso, esses mecanismos de controle de constitucionalidade atacam as normas infraconstitucionais tanto de maneira subjetiva (ou incidental) quanto de maneira objetiva.

Sob essa perspectiva, o controle difuso é exercido de forma incidental e tem a finalidade de proteção de direitos subjetivos. Dessa forma, em uma controvérsia judicial — em qualquer órgão do Poder Judiciário e em qualquer instância ou grau de jurisdição — qualquer uma das partes envolvidas ou até mesmo o órgão jurisdicional de ofício poderão alegar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo que a outra parte pretende ver aplicada ao caso (CUNHA Jr., 2019).

A inconstitucionalidade alegada através do controle difuso será tratada como questão prejudicial e, uma vez que as questões prejudiciais são associadas ao mérito da causa, a inconstitucionalidade deverá ser julgada antes e como condição de resolução da própria controvérsia. Sendo assim:

Para acolher ou desacolher a pretensão do autor (exposta da petição inicial) ou do réu (extremada na peça de defesa) o juiz deve necessariamente examinar a inconstitucionalidade da lei ou ato estatal, invocada por uma das partes como fundamento justificador da respectiva pretensão (CUNHA Jr., 2019, p. 282).

Por se tratar de uma questão incidental analisada no dispositivo da decisão, Novelino (2020) pontua que a norma não será declarada inconstitucional, apenas será reconhecido o seu vício para que seja afastada a sua aplicação ao caso concreto. Diferente do que acontece no controle difuso, o controle concentrado tem natureza de questão principal, uma vez que se relaciona diretamente ao próprio objeto da demanda (CUNHA Jr., 2019). Diante disso, o controle concentrado de constitucionalidade será exercido com a propositura de uma ação direta, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, ostentando no seu pedido principal a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade (CUNHA Jr., 2019). Dessa forma:

No controle concentrado principal de constitucionalidade, as partes legitimadas propõem ao órgão judiciário competente uma fiscalização abstrata ou em tese de validade das leis ou atos normativos do poder público em confronto com o texto constitucional (CUNHA Jr., 2019, p. 315).

Sendo assim, através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade ou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Supremo Tribunal Federal se limitará a examinar abstratamente o confronto entre as normas constitucionais e infraconstitucionais, como medida de assegurar a supremacia da Constituição (CUNHA Jr., 2019).

O intuito das ações citadas, tendo em vista seu caráter objetivo, é discutir eventual (in)constitucionalidade da norma, com a finalidade de afastar os seus efeitos do ordenamento jurídico, tendo a decisão do STF que a declara o condão de produzir efeitos sobre os atos jurídicos nela fundamentados. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal dá ao controle concentrado de constitucionalidade eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, de acordo o parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868 de 1999¹.

Diferente dos efeitos trazidos pelo controle concentrado, no controle difuso/incidental os efeitos da declaração terão características, em regra, mais limitadas, pois uma vez que eventual declaração de inconstitucionalidade apenas afasta a norma inconstitucional da decisão em si e se restringe somente às partes,

Continua a lei ou ato normativo impugnado, e declarado inconstitucional em relação àquelas partes, a vigorar e a produzir efeitos relativamente a outras situações e pessoas, a menos que, igualmente, se provoque a jurisdição constitucional, logrando essas pessoas obter poder idêntico pronunciamento (CUNHA Jr., 2019, p. 293).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal passou a entender através das ADI's 3406/RJ e 3470/RJ que as decisões em sede de controle difuso proferidas por ele terão eficácia *erga omnes*, ou seja, terão os mesmos efeitos das decisões em controle concentrado. Desse modo:

O STF entendeu ser necessário, a fim de assegurar a unidade do sistema de controle de constitucionalidade, uniformizar os efeitos da decisão do próprio tribunal que declara a inconstitucionalidade, tanto em sede de controle principal, como em sede de controle incidental (CUNHA Jr., 2019, p. 304).

Percebe-se que tanto no controle concentrado quanto no controle difuso (em decisões proferidas pelo STF) os efeitos das decisões que declarem a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma terão eficácia vinculante. Diante disso, é necessário pontuar que o Supremo Tribunal Federal ao adotar a teoria da nulidade como regra no direito brasileiro — através das ADI 875; ADI 1987; ADI 2.727 — passou a considerar a inconstitucionalidade como um vício insanável capaz de fulminar a norma desde a sua origem (NOVELINO, 2020). Sendo assim, ao uniformizar os efeitos das suas decisões — tanto em sede de controle difuso, quanto em sede de controle concentrado — dando eficácia vinculante às decisões em sede de controle de constitucionalidade, permitiu o reexame do mérito das decisões fundadas em normas declaradas inconstitucionais, dessa forma:

A declaração de inconstitucionalidade fulmina de nulidade o ato impugnado, e

¹Artigo 28, parágrafo único: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

todas as relações jurídicas fundadas neste ato, desde o seu nascedouro, serão desconstituídas. Quer dizer, a nulidade retroage à origem mesma do ato (CUNHA Jr., 2019, p. 292).

Conforme visto e acima apontado, o controle de constitucionalidade tem a finalidade de garantir a superioridade da norma constitucional, podendo ser exercido através de formas subjetivas e objetivas com eficácia de desconstituir os atos jurídicos a ela fundamentados. Dessa forma, decisões judiciais acobertadas de coisa julgada material poderão ser afetadas pela declaração de inconstitucionalidade.

3. O CONCEITO DE COISA JULGADA

A partir do que foi apresentado, a declaração de inconstitucionalidade da norma poderá ser afetada pela coisa julgada, pois sua natureza está diretamente ligada à decisão que reconhece o direito ou dever de uma parte através da aplicação de um preceito normativo.

A coisa julgada é garantia constitucional prevista no rol dos direitos fundamentais no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal do Brasil de 1988², e é entendida como “uma especial qualidade da sentença que imuniza os efeitos substanciais desta visando garantir a estabilidade da tutela jurisdicional” (NOVELINO, 2020, p. 443).

Para Marinoni *et al.* (2020, s/n), a sua caracterização está diretamente relacionada a uma decisão que seja capaz de declarar a existência ou inexistência de um direito em discussão processual, dessa forma:

A coisa julgada corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre a existência ou não do direito de a parte requerer a tutela jurisdicional. Portanto, para que possa ocorrer a coisa julgada, é necessário que a sentença seja capaz de declarar a existência ou não de um direito (MARINONI *et al.*, 2020, s/n).

Esse impedimento de modificação do mérito acontecerá tanto no curso do processo, através de uma sentença que ainda comporta recurso, quanto ao final do processo através do trânsito em julgado da decisão. A imutabilidade produzida no curso do processo em que a sentença foi prolatada, é denominada tradicionalmente como coisa julgada formal (DINAMARCO, 2002 *apud* NEVES, 2018). Essa não ostenta de previsão expressa no Código de Processo Civil, sendo conceituada pela doutrina como fenômeno endoprocessual capaz de gerar uma preclusão máxima³ da discussão. Assim, conforme explica Marinoni *et al.* (2020, s/n) “a coisa julgada opera-se em relação a qualquer sentença a partir do momento em que precluir o direito do interessado em impugná-la internamente ao processo”, ou seja, quando não houver mais a possibilidade de rediscussão por qualquer outro meio processual. Assim:

²Artigo 5º, inciso XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

³A preclusão é a perda, extinção ou consumação de uma posição jurídica operada no curso do processo. De fato, somente se pode pensar que dentro do processo não se pode discutir a sentença prolatada, se por algum motivo não houver a possibilidade de interposição de recurso em relação a ela” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO; 2020, s/n.).

Em todo processo, independentemente de sua natureza, haverá a prolação de uma sentença (ou acórdão nas ações de competência originária dos tribunais), que em determinado momento torna-se imutável e indiscutível dentro do processo em que foi proferida. Para tanto, basta que não seja interposto o recurso cabível ou ainda que todos os recursos cabíveis já tenham sido interpostos ou decididos (FILHO, 2007 *apud* NEVES, 2018, p. 877).

Já nas situações em que a sentença de mérito produz efeitos para fora do processo em que foi proferida, tornando-a imutável e indiscutível, o fenômeno é denominado como coisa julgada material. Dessa forma:

Quando se alude à indiscutibilidade da sentença judicial fora do processo, portanto, em relação a outros efeitos judiciais, o campo é da coisa julgada material, que aqui realmente importa e constitui verdadeiramente o âmbito em que se afigura mais relevante a coisa julgada (MARINONI *et al.*, 2020, s/n).

A coisa julgada material é definida pelo artigo 502 do Código de Processo Civil como uma autoridade capaz de tornar imutável e indiscutível uma decisão de mérito não mais sujeita a recurso ou reexame necessário. Essa imutabilidade e indiscutibilidade é caracterizada pelo trânsito em julgado, o qual produz efeitos para fora do processo, impedindo que seu mérito seja rediscutido e/ou desconsiderado por um novo processo. Nesse sentido:

A definição na coisa julgada é interligada à decisão realizada ao final da demanda, seja uma sentença — em 1º grau — ou um acórdão ou decisão unipessoal — em Tribunais. Uma vez decidida a questão cognitiva da demanda, sem a interposição ou cabimento de um recurso, ocorrendo o trânsito em julgado, há, conseqüentemente, a formação da coisa julgada, da imutabilidade da decisão, sem poder decidir sobre aquele ponto novamente (WAGNER e LEMOS, 2019, p. 277).

A imutabilidade gerada pela coisa julgada material opera-se sobre a declaração da norma abstrata — através de uma decisão — ao caso concreto, e esse elemento declaratório tem como efeito “a certeza jurídica de que, diante os fatos alegados e considerados pelo juiz, o direito material conforme declarado na sentença existe” (NEVES, 2018, p. 880).

Portanto, quando se submete ao Poder Judiciário a resolução do litígio das partes é esperado que esse o resolva e que a solução seja capaz de ter efetividade nas relações jurídicas, sociais e pessoais. Assim, quando se reveste a coisa julgada material de estabilidade, assegura-se que os problemas postos e decididos pelo judiciário, tenham eficácia através do seu caráter definitivo.

3.1. COISA JULGADA SOBRE A PERSPECTIVA DA SEGURANÇA JURÍDICA

De acordo com o exposto, a coisa julgada tem como objetivo a garantia da estabilidade da tutela jurisdicional. Nesse sentido, a segurança jurídica e a coisa julgada após a

constitucionalização do processo ganharam estreita relação, pois as razões de ser dos dois institutos se interligam e partem de uma perspectiva de proteção dos direitos e garantias fundamentais (MARINONI *et al.*, 2020), dessa forma, ao se falar de estabilidade das situações jurídicas trazidas pela coisa julgada material, é levada em consideração a sua fundamentação com base na segurança jurídica.

Diante tal fato, a doutrina vem relacionando os conceitos de coisa julgada à segurança jurídica, assim, a Constituição da República de 1988 confere a esta o status de garantia fundamental, como previsto no *caput* do artigo 5º⁴, nos incisos I e XXXVI que preveem o princípio da legalidade⁵ e a inviolabilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada⁶ (MARINONI, 2004).

Esse aparato constitucional dado à segurança jurídica visa a proteção das situações jurídicas através da previsibilidade das consequências jurídicas das condutas, estabilidade e continuidade da ordem jurídica. Assim:

A segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a confirmação de um Estado que pretende ser Estado de Direito (MARINONI, 2004, s/n).

Para isso, é preciso que as decisões judiciais tenham um mínimo de estabilidade “até mesmo para que o Estado de Direito não seja provisório, incapaz de se impor enquanto ordem jurídica dotada de eficácia e potencialidade de se impor aos cidadãos” (MARINONI, 2004, s/n). Nota-se assim, que a finalidade da segurança jurídica vai ao encontro dos efeitos da coisa julgada, uma vez que a legislação processual tem claro objetivo de proteger a segurança jurídica quando trata da estabilidade e imutabilidade do direito declarado nas decisões através da coisa julgada, pois:

É na coisa julgada — seja em sua função negativa, quando impede a reanálise do mérito de casos já decididos, seja em sua função positiva, quando produz imutabilidade da decisão, que a segurança jurídica se perfectibiliza. [...] Com isso, é possível inferir que uma “ofensa da coisa julgada” é uma agressão contra a segurança jurídica e, portanto, contra o Estado de Direito (GOMES e ZAMARIAN, 2012, s/n).

Apesar da garantia constitucional de respeito à coisa julgada material através da segurança jurídica, essa não é vista de forma absoluta, uma vez que, conforme pontua Gomes e Zamarian

⁴Artigo 5º: “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.”

⁵Artigo 5º, inciso I: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

⁶“Ao referir que a lei não prejudicará a coisa julgada a constituição optou por densificar o princípio constitucional da segurança jurídica mediante instituição de uma regra de proteção à coisa julgada. Por expressa disposição constitucional, portanto, a coisa julgada integra o núcleo duro do direito fundamental à segurança jurídica no processo” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2020, s/n).

(2012), a dogmática jurídica moderna reconhece a possibilidade de excepcioná-la.

3.2. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Conforme visto, tanto a coisa julgada material quanto a segurança jurídica, através dos seus conceitos interligados, garantem que as situações definidas através de um processo judicial sejam revestidas de imutabilidade para que não sejam sujeitas à revisão do mérito a qualquer tempo. No entanto, assim como em outros ramos do Direito, as decisões judiciais revestidas pela coisa julgada material não gozam de caráter absoluto, tendo potencial de serem revistas.

Nesse sentido, Silva e Cruz (2019) explicam que já é pacífico na doutrina e na jurisprudência que a coisa julgada não se encontra totalmente estática, razão pela qual pode sofrer relativização por meios próprios previstos na legislação processual. Dessa forma, apesar da intangibilidade da sentença transitada em julgado conferida pela coisa julgada material, existem situações em que se torna necessário sua revisão, ou seja:

Há situações — excepcionalíssimas, aliás — em que tornar indiscutível uma decisão judicial por meio da coisa julgada representa injustiça tão grave e solução ofensiva às linhas fundamentais que pautam o ordenamento jurídico que é necessário prever mecanismos de rescisão da decisão transitada em julgado (MARINONI *et al.*, 2020, s/n).

Ao conferir a exceção à intangibilidade da coisa julgada por meio da sua relativização, objetivou-se dar atenção a situações totalmente discrepantes da tutela jurisdicional, sem eliminar:

A garantia de indiscutibilidade e imutabilidade, inerentes ao poder estabelecido para dar solução aos conflitos, como também imprescritível do direito de acesso aos tribunais e à segurança e à estabilidade da vida das pessoas (MARINONI, 2004, s/n).

Diante disso, o Código de Processo Civil de 2015 prevê instrumentos destinados à relativização da coisa julgada, tais como: a ação rescisória, prevista no artigo 966 e seguintes; a *querela nullitatis insanabilis*, prevista nos artigos 525, §1º, inciso I, e 535, inciso I, sendo que tais instrumentos processuais são vistos como formas típicas de se desconstituir a coisa julgada (DIDIER Jr. *et al.*, 2015, p. 558).

Para além das formas típicas de se desconstituir a coisa julgada, Didier Jr. *et al.* (2015) explica que na doutrina há quem entenda pela possibilidade da relativização atípica da coisa julgada, isto é, interpretam que a decisão judicial não pode perpetuar quando for injusta ou inconstitucional, em outras palavras, “a coisa julgada material poderia ser revista e/ou rescindida a qualquer tempo, por critérios e meios atípicos — não previstos em lei” (DIDIER Jr. *et al.*, 2015, p. 556).

Através da relativização atípica, a coisa julgada poderia ser desconstituída através da ponderação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não necessitando de

previsão legal para que a respectiva acontecesse, ou seja, poderia ser revista a qualquer tempo. Dessa forma haveria “a revisão da carga imperativa da coisa julgada toda vez que afrontasse a moralidade, a legalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade, ou se desafinasse com a realidade dos fatos” (DELGADO, 2001 *apud* DIDIER Jr. *et al.*, 2015).

No entanto, a relativização atípica é objeto de controvérsia e conseqüentemente problemática, pois “a falta de critérios seguros e racionais para “relativização” da coisa julgada material pode, na verdade, conduzir à sua “desconsideração”, estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça” (MARINONI, 2004, s/n).

Com vistas a solucionar o problema de uma revisão a qualquer tempo e por meio de critérios atípicos e não previstos em lei, também foram criadas hipóteses para que a coisa julgada seja revista nos casos em que a norma que a fundamentou seja declarada inconstitucional, dessa forma, “buscou-se harmonizar a garantia da segurança e estabilidade das situações jurídicas com legalidade, justiça e coerência das decisões jurisdicionais” (DIDIER Jr. *et al.*, 2015, p. 556).

Com a previsão legal para a relativização da coisa julgada em face da inconstitucionalidade é assegurado tanto a garantia de autoridade da coisa julgada, quanto a garantia da soberania da norma constitucional. No entanto, essa garantia deve ser assegurada de maneira equânime para que não seja levado novamente à discussão as situações consolidadas no ordenamento jurídico.

4. RELATIVIZAR A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Conforme visto, as sentenças transitadas em julgado acobertadas pela coisa julgada material têm a capacidade de serem excepcionalmente revistas para que o seu mérito seja rediscutido, tendo essa revisão fundamento na declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma que a fundamentou, e denominando-se como coisa julgada inconstitucional.

Esse instituto tem previsão no Código de Processo Civil e fundamenta-se no afastamento da coisa julgada material de sentenças de mérito transitadas em julgado que foram fundamentadas a partir de norma declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle de constitucionalidade.

A partir de tal premissa, o Código de Processo Civil prevê duas hipóteses em que poderá relativizar a coisa julgada sob o fundamento da inconstitucionalidade. A primeira encontra-se no artigo 525, §1º, inciso III e §12 do referido Código, o qual diz que no curso do cumprimento de sentença o executado poderá impugnar a sentença alegando a inexigibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação com base em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo pela Corte Suprema como incompatível com a Constituição Federal, em controle concentrado ou difuso.

Para que a hipótese narrada seja possível, diz o §14 do artigo 525 que a decisão do Supremo Tribunal Federal deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda. Sendo assim, nos casos em que a decisão sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo se operar no curso de um cumprimento de sentença, o executado poderá utilizá-la para desconstituir a coisa julgada por meio da sua impugnação.

No entanto, se a decisão do Supremo Tribunal Federal for posterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, o instituto capaz de desconstituir a força da coisa julgada não será a impugnação ao cumprimento de sentença, mas sim a ação rescisória, conforme previsão do §15 do artigo 525⁷ do Código de Processo Civil. Essa previsão também se fundamenta no rol de hipóteses da ação rescisória previstas pelo artigo 966 do Código de Processo Civil de 2015, mais precisamente no seu inciso V, que prevê a revisão da coisa julgada quando essa violar manifestamente norma jurídica. Por esse ângulo:

Tradicionalmente o Supremo Tribunal Federal admite ação rescisória quando há declaração de inconstitucionalidade superveniente da lei. Diante desse panorama, poder-se-ia concluir pela admissão da ação rescisória com fundamento no art. 966, inciso V, do CPC (NEVES, 2018, p. 897).

Apesar do entendimento acerca da possibilidade de admitir a ação rescisória quando há inconstitucionalidade superveniente a coisa julgada, o *dies a quo* do prazo para a propositura é diferente, uma vez que o artigo 975⁸ diz que o direito à rescisão extinguirá em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da decisão em que se pretende rescindir, enquanto o §15 do artigo 525 prevê que esse direito começará a partir do trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF.

Ao prever que o prazo para a ação rescisória fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF comece a partir do seu trânsito em julgado, o legislador opta por um prazo fluído para que as decisões que geraram coisa julgada material sejam revistas e dessa forma abre margem para que a sua imutabilidade seja colocada em risco. Diante disso, é necessário analisar os efeitos que esse *dies a quo* pode provocar nas relações jurídicas e consequentemente no ordenamento jurídico.

4.1. POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA A PARTIR DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PELO STF

Conforme visto na seção que trata do controle de constitucionalidade, tanto as decisões em sede de controle difuso quanto às decisões em controle concentrado são capazes de atacar a autoridade de sentenças transitadas em julgado e revestidas pelo manto da coisa julgada

⁷Artigo 525, §15: “Se a decisão referida no §12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.”

⁸Artigo 975: O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

material.

Quando o CPC/15 atribuiu um prazo fluido para que as decisões que geraram coisa julgada material sejam atingidas em razão de uma inconstitucionalidade superveniente, ele abriu uma discussão sobre a estabilidade da coisa julgada e as suas consequências sobre o plano da segurança jurídica. Nessa situação, há quem sustente que o §15 do artigo 525 é irremediavelmente inconstitucional, pois:

Se o §14 do artigo 525 corretamente exclui a possibilidade de superveniente decisão de inconstitucionalidade obstaculizar a execução da sentença, §15 admite sua invocação como sustentáculo da ação rescisória. Trata-se de normas claramente contraditórias, de modo que a segunda só pode ser compreendida como resultado de uma inserção descuidada, dessas que não são feitas em uma lei de grande amplitude no apagar das luzes da discussão parlamentar (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2020, s/n).

Defendem ainda que “a garantia da coisa julgada não resguarda os efeitos de uma lei inconstitucional, porém, ressalva os efeitos de um juízo constitucional que aplicou uma lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF” (Marinoni *et al.*, 2020, s/n). No entanto, apesar dos argumentos ora levantados, o entendimento firmado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (2018) é o mais condizente, uma vez que os autores defendem que o legislador ao redigir o artigo 525, §15, do CPC/15, tentando proteger a superioridade da norma constitucional, colocou a coisa julgada material em uma verdadeira condição atemporal, ferindo o seu núcleo base caracterizado pela imutabilidade e indiscutibilidade das situações jurídicas.

Sendo assim, o grande problema do artigo 525, §15, estaria exatamente na possibilidade de se rever a coisa julgada material a qualquer tempo, uma vez que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade “não têm prazo de exercício previsto em lei, de sorte que se trata de pretensão perpétua, que pode ser ajuizada dois, cinco, dez, vinte anos depois da entrada em vigor da lei apontada inconstitucional” (NERY Jr. e NERY, 2018, p. 1322).

Isto posto, a ação rescisória deve ser vista como uma exceção à autoridade da coisa julgada material, devendo ser tratada restritivamente, pois se revestida de diferente maneira, submete-se o processo a uma verdadeira insegurança jurídica. Logo:

A rescisória — instituto que se caracteriza como exceção à regra constitucional da intangibilidade da coisa julgada material (CF 5º XXXVI), que, como exceção, deve ser interpretada *restritivamente* — não pode receber esse mesmo tratamento e nem as partes devem submeter-se à essa absoluta insegurança jurídica. Daí por que, extinta a pretensão rescisória pela decadência, não pode renascer. Entendimento diverso ofenderia o princípio constitucional da segurança jurídica e a garantia fundamental da intangibilidade da coisa julgada (CF 5º XXXVI) (NERY Jr. e NERY, 2018, p. 1322).

Respeitar a coisa julgada material como uma autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito transitada em julgado, conforme disposto no artigo 502 do CPC/2015, é entender que esta não pode ser sujeita a desconstituição a qualquer momento. Dessa forma:

A dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas” (SARLET, 2004 *apud* MARINONI, 2004, s/n).

Para que essa tenha eficácia através da sua imutabilidade, é necessário que os institutos processuais prevejam normas capazes de resguardá-las, ou seja, devem indicar que:

A limitação dos efeitos retroativos das decisões não é mera decorrência da necessidade de compatibilizar a segurança jurídica com a teoria da nulidade da lei inconstitucionalidade. Trata-se, ao contrário, de algo imprescindível para não surpreender aqueles que depositaram a confiança justificada nos precedentes judiciais. Os atos, alicerçados em precedentes dotados de autoridade em determinado momento histórico — e, assim, irradiadores de confiança justificada —, não podem ser desconsiderados pela decisão que revoga os precedentes, sob pena de violação da segurança jurídica e à confiança nos atos do Poder Público (MARINONI, 2004, s/n).

Assim, é necessário tratar a revisão da coisa julgada através da ação rescisória de maneira excepcionalíssima, levando em consideração o início do prazo da sua propositura, que somente pode ser iniciado a partir do trânsito em julgado da decisão do STF se ainda não tiver sido extinta a pretensão rescisória cujo o prazo tenha se iniciado do trânsito em julgado da decisão exequenda (NERY Jr. e NERY, 2018). Entretanto:

Determina o texto comentado que o *dies a quo* desse prazo seja o do trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF. Haveria, portanto, dois prazos de rescisória? O prazo 1 — dois anos a contar do trânsito em julgado da própria sentença exequenda — e o prazo 2 — dois anos a contar do trânsito em julgado do acórdão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em que se funda a sentença exequenda? A pretensão rescisória extinta pela decadência não pode renascer pela decisão futura pelo STF (NERY Jr. e NERY, 2018, p. 1322).

Dessa forma, após o término do prazo previsto no artigo 975, estar-se-ia diante de uma coisa julgada material não mais sujeita a revisão e revestida de uma verdadeira imutabilidade. Assim:

Passado o prazo da ação rescisória, a coisa julgada inatacada, que se formou depois da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, não mais poderá ser

contestada ou impugnada e o devedor terá de, inexoravelmente, submeter-se ao comando desse título executivo judicial transitado soberanamente em julgado (NERY Jr. e NERY, 2018, p. 1322).

A partir do que foi levantado, percebe-se que o prazo previsto no artigo 525, §15, não merece prosperar, sendo necessário que se busque soluções para o problema em comento. Frise-se que o legislador na *vacatio legis* da Lei nº 13.105/15, que disciplina o Código de Processo Civil, teve a oportunidade de alterar o artigo citado anteriormente, pois nessa *vacatio* houve a alteração e revogação — através da Lei nº 13.256/16 — de alguns artigos criados pelo novo código com vistas a racionalizar e otimizar a prestação jurisdicional. Dessa forma, também era necessário alterar a redação do artigo 525, §15, diante da sua clara afronta à autoridade da coisa julgada, bem como à segurança jurídica, valores igualmente protegidos pela Constituição da República.

Ante a não alteração, outra solução igualmente viável para a restrição dos efeitos do artigo 525, §15, seria a provocação do STF para a discussão sobre a (in)constitucionalidade do seu prazo através da propositura de uma ADIN, entretanto, nenhuma discussão sobre o tema chegou à Corte até o momento.

Apresenta-se de forma igualmente viável uma alteração legislativa do artigo 525, §15, para que a nova redação preveja o início do prazo para a ação rescisória, ainda que em razão de posterior declaração de inconstitucionalidade, a partir do trânsito em julgado da decisão que se pretende rescindir. Dessa forma, a nova redação será compatível com o já previsto para as hipóteses típicas da ação rescisória previstas no artigo 975 do CPC/15.

Por fim, enquanto não equacionada a questão, a solução mais adequada relaciona-se à apresentada por Nelson Nery e Rosa Maria Nery (2018), vez que nas condições atuais do processo, ainda que haja previsão sobre inconstitucionalidade superveniente aos dois anos de propositura da ação rescisória, a coisa julgada material somente poderá ser atingida pela inconstitucionalidade superveniente se a pretensão ainda estiver acobertada no prazo de dois anos previstos pelo artigo 976 do CPC/15, pois dessa forma haverá a proteção da autoridade da coisa julgada material, valor constitucionalmente previsto e que traz consigo a segurança jurídica, que é o verdadeiro sustentáculo de um Estado Democrático de Direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle de constitucionalidade tem a finalidade de proteção da supremacia constitucional através da manutenção das normas infraconstitucionais que de alguma forma não compactuam com os seus fundamentos. Essa manutenção depende do estudo dos preceitos e fundamentos que norteiam a Constituição, destacando-se entre eles o direito à coisa julgada e à segurança jurídica.

Quando se discute a proteção dada pela Constituição à coisa julgada, leva-se em consideração

que seu fundamento é relacionado a uma autoridade que torna imutável e indiscutível a discussão do mérito, não mais sujeita ao recurso ou reexame necessário. Tal fundamento tem estreita relação com a segurança jurídica, valor igualmente constitucional, que tem por princípio a estabilidade das relações jurídico-processuais através da previsibilidade das consequências jurídicas das condutas levadas ao judiciário.

Apesar da imutabilidade da coisa julgada material, a legislação processual traz possibilidades de eventuais relativizações. Dentre elas, destaca-se a possibilidade de se manejar a ação rescisória contra sentença que se fundamentou em norma declarada posteriormente inconstitucional pelo STF, que tem como início de prazo o trânsito em julgado da decisão que declarou a norma inconstitucional.

Ao prever essa possibilidade o legislador possibilitou discussão sobre a sua legitimidade, pois ao submeter a coisa julgada material a uma desconstituição em face de uma inconstitucionalidade superveniente, ele fere a própria razão de ser da coisa julgada, uma vez que não se pode prever quando o STF será provocado à discussão acerca da inconstitucionalidade de uma norma.

Dessa forma, é necessário que o prazo para o manejo da ação rescisória em face da inconstitucionalidade superveniente da norma seja contado a partir do trânsito em julgado da decisão que se pendente rescindir. Após esse prazo, a coisa julgada material será acobertada pela preclusão máxima, não sendo mais possível a sua desconstituição por outro meio.

Tal previsão se mostra mais condizente, pois protege a soberania constitucional e ao mesmo tempo garante que a coisa julgada material se alinhe ao seu fundamento constitucionalmente estabelecido, e que a partir disso, a confiabilidade das partes na finalidade da prestação jurisdicional, através da segurança jurídica, seja restabelecida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9686 de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o

Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%200%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.256 de 04 de fevereiro de 2016**. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13256.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 875/DF**. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Dj: 24/02/2010. JusBrasil, 2010. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087164/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-875-df>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1987/DF**. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Dj: 24/02/2010. JusBrasil, 2010. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087165/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1987-df>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2727/DF**. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Dj: 24/02/2010. JusBrasil, 2010. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087166/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2727-df>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3406/RJ**. Relatora: Ministra Ellen Gracie Northfleet. Dj: 06/02/2009. JusBrasil, 2019. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3176369/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3406>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3470/RJ**. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Dj: 26/04/2005. JusBrasil, 2005. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14791230/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3470-rj-stf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

CUNHA Jr., Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e dos princípios constitucionais. **Revista do Processo**, São Paulo, n.103, p. 9-36, 2001 *apud* DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael

Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão Precedente, Coisa Julgada e Tutela provisória**. 11.ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão Precedente, Coisa Julgada e**

Tutela provisória. 11.ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001 apud NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 10.ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12.ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2007 apud NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 10.ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais. **Revista Jurídica**: doutrina, legislação, jurisprudência. Porto Alegre, n.317, março de 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Relativizar a coisa julgada material? **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n.830, dezembro de 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; ARENHART, Sérgio Cruz; DANIEL, Mitidiero. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado**. 3.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10.ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 14.ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e a proibição de retrocesso social do direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Social**: Porto Alegre, n.14, p.9-49, junho de 2004 apud MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais. **Revista Jurídica**: doutrina, legislação, jurisprudência. Porto Alegre, n.317, março de 2004.

SILVA, Thaís Valiante da; CRUZ, Célio Rodrigues. A possibilidade de desconstituição da coisa julgada inconstitucional. **Cadernos de Graduação**, Aracajú, n.2, p.63-82, março de 2019.

WAGNER, Juliana Mendes de Oliveira; LEMOS, Vinícius Silva. **Repercussões do CPC no Controle Concentrado de Constitucionalidade**: A declaração de inconstitucionalidade, a modulação de efeitos e a coisa julgada inconstitucional positivada pelo CPC/15. 1.ed. Salvador: JusPODIVM,

p.197-212, 2019.

DOLO EVENTUAL SOB A LUZ DO JULGAMENTO DO CASO “BOATE KISS”

EVENTUAL INTENT UNDER THE “BOATE KISS” TRIAL’S LIGHT

Ana Júlia de Queiroz Bonfim

Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Paulo Henrique Tavares da Silva

Juiz do Trabalho Titular da 5ª Vara de João Pessoa.
Professor universitário, Doutor e Mestre pela UFPB.

Resumo: O artigo investiga o caso concreto da “Boate Kiss” no que concerne aos fundamentos utilizados para a imputação do dolo eventual na resolução da tragédia ocorrida na boate em Santa Maria. Apresenta-se a hipótese de que a imputação deste instituto penal se deu pelos claros indícios de autoria delitiva dos acusados, além de não agirem de forma a evitar o resultado visto como provável, mesmo este não sendo almejado por eles. Nesse sentido, busca-se diferenciar os instrumentos de dolo eventual e culpa consciente por meio da doutrina e jurisprudência, analisando a aplicação de cada instituto nos casos concretos. Além disso, delimita os argumentos utilizados ao longo da Ação Penal tanto para a classificação quanto para a desclassificação deste tipo penal, debruçando-se sobre a investigação, a denúncia, a pronúncia, os recursos interpostos e júri popular, seguido da inconformidade de parte da comunidade acadêmica quanto à sentença. Trata-se de um estudo de caso de natureza qualitativa a partir do debruçamento sobre livros, doutrinas, notícias, leis e jurisprudências aplicáveis ao caso. Os estudos analisados apontaram que o revestimento interno com espuma imprópria, superlotação da casa noturna, o ambiente físico que violava as normas de segurança, o acionamento de objeto pirotécnico impróprio nas presentes condições, entre outros, fundamentaram a condenação por este tipo penal, além da comprovação de que os sócios da boate e os músicos da banda Gurizada Fandangueira denunciados não agiram de forma a evitar a tragédia, persistindo na ação mesmo com consciência das consequências.

Palavras-chave: Direito penal. Crime doloso. Dolo eventual. Boate Kiss.

Abstract: The article investigates the "Boate Kiss"s concrete case regarding to the grounds used for the imputation of the eventual intent in the resolution of the tragedy that occurred in the nightclub in Santa Maria. It is presented the hypothesis that the imputation of this penal institute occurred based on the clear indications of criminal authorship of the accused, besides the fact that they did not act in such a way as to avoid the result seen as probable, even though it was not intended by them.

In this sense, it seeks to differentiate the instruments of eventual intent and conscious guilt through doctrine and jurisprudence, analyzing the application of each institute in concrete cases. Besides, it delimits the arguments used throughout the criminal prosecution for the classification and the declassification of this criminal type, focusing on the investigation, the accusation, the indictment, the interposed appeals and the popular jury, followed by the nonconformity of part of the academic community regarding the sentence. This is a qualitative case study based on the study of books, doctrine, news, laws and jurisprudence applicable to the case. The studies analyzed pointed out that the internal coating with improper foam, overcrowding of the nightclub, the physical environment that violated safety standards, the triggering of improper pyrotechnic object in the present conditions, among others, substantiated the conviction for this criminal type, in addition to the proof that the partners of the nightclub and the musicians of the band Gurizada Fandangueira denounced did not act in a way to avoid the tragedy, persisting in the action even with awareness of the consequences.

Keywords: Criminal law. Intentional crime. Eventual intent. Boate Kiss.

Sumário: 1. Introdução – 2. Dolo Eventual: 2.1 Conceito de Dolo; 2.2 Conceito de Dolo Eventual; 2.3 Dolo X Culpa Consciente – 3. O Caso Boate Kiss: 3.1 A Denúncia; 3.2 A Pronúncia; 3.3 Os Recursos; 3.4 O Júri Popular – 4. Controvérsias Quanto à Imputação do Dolo Eventual no Caso Boate Kiss – 5. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio busca delimitar os fundamentos que levaram à imputação do dolo eventual no caso concreto da “Boate Kiss”. A discussão acerca de tal classificação perpassa o enfrentamento da aplicabilidade dos institutos de dolo e de culpa, além dos pontos sensíveis quanto à subjetividade dos delitos.

A resolução do caso “Boate Kiss” deu-se após quase 9 anos de espera, condenando os quatro réus, Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Bonilha Leão, por homicídio simples com dolo eventual no julgamento mais longo da história do Poder Judiciário do Rio Grande do Sul.

A existência ou não de dolo ocupou o cerne dos debates entre a defesa, a acusação e o público em geral. No dolo eventual, o autor, mesmo tendo previsão do resultado, opta por praticar o ato, aceitando o risco de produzi-lo. Tal é a tese do Ministério Público, responsável pela denúncia, sendo sustentada ardentemente no plenário. Para tanto, o promotor de justiça David Medina da Silva afirmava que: “Colocar fogo num lugar cheio de gente é crime doloso”, sendo seguido pela Promotora Lúcia Helena Callegari: “Condenem os quatro! Eles têm responsabilidade e não podem passar ilesos! A história não pode ser repetida!(...). Se desclassificarem ou absolverem estarão dizendo: façam, que não dá nada” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL- TJRS, 2021).

As defesas dos réus, entretanto, pediam pela desclassificação para outro crime, que não o doloso. Nessa linha, afirmaram a impossibilidade de identificação do dolo, ainda que eventual, já que, na tese da defesa, inexistiu conduta com o fito de produção de homicídios consumados e tentados. Sendo, assim, a imputação pelo crime penal de dolo eventual um mero objeto de vingança. Com efeito, embates acadêmicos e jurisprudenciais foram instaurados.

Em decorrência disso, a presente pesquisa irá debruçar-se sobre o tema: dolo eventual sob a luz do caso “Boate Kiss”. Diante dos pressupostos, deu-se origem ao seguinte problema de pesquisa: quais elementos levaram à aplicação do dolo eventual na decisão judicial do caso da Boate Kiss? A hipótese que se apresenta neste estudo é que a condenação dos quatro réus por homicídio simples com dolo eventual fundamentou-se nos claros indícios de autoria delitiva dos acusados, pois mesmo sem almejam o resultado alcançado, não agiram de forma a evitá-lo.

Para tanto, apresenta como objetivo geral analisar quais os elementos que levaram a aplicação do dolo eventual no caso concreto da Boate Kiss, seguido dos objetivos específicos: investigar fatos relevantes do caso “Boate Kiss” em seus aspectos preliminares, durante a tragédia e o processo de indicação criminal; apontar as características principais que diferenciam o dolo eventual da culpa consciente e explicar a caracterização do dolo eventual no caso “Boate Kiss”.

Através de uma ampla investigação dos fatos que concorreram para o desfecho do incêndio na casa noturna, pretende fornecer uma análise fundamentada do caso ao relacioná-los com os indícios de autoria delitiva dos acusados afirmados na denúncia do Ministério Público. Por conseguinte, evidenciar bases teóricas aplicadas ao problema de pesquisa, debruçando-se no caso “Boate Kiss”, mas também, principalmente, aos futuros casos a ele análogos.

Trata-se, assim, de um estudo de caso de natureza qualitativa, sendo o objeto de estudo o caso “Boate Kiss”, aprofundando-se de forma a levar em consideração suas características internas e seu contexto. Para tanto, a pesquisa se debruçou em livros, artigos, notícias, legislações que envolvem o âmbito penal brasileiro e jurisprudências sobre o tema. Ademais, aplicou-se o método hermenêutico no presente estudo de caso, possibilitando a interpretação dos textos e sua consequente análise.

Nesse contexto, a primeira parte do artigo abordará os conceitos de dolo, dolo eventual e culpa consciente bem como a jurisprudência fixada pelos tribunais, visando delimitar as fundamentações aplicadas para a imputação do dolo eventual em casos concretos. Voltando-se para o caso “Boate Kiss”, é crucial que se faça a análise dos antecedentes, dos inquéritos, dos recursos, das teses — tanto da defesa quanto da acusação —, do julgamento, da sentença e das apelações à luz do Direito Penal, a fim de mostrar os elementos relevantes utilizados para a fixação da resolução do caso, que serão tema do segundo capítulo. Por fim, a terceira parte voltou-se a explicitar as controvérsias quanto à imputação do dolo eventual no caso Boate Kiss, o possível “populismo penal” e o erro técnico salientados por doutrinadores, estudiosos e especialistas em Direito Penal. Pretende-se, ao fim, delimitar as doutrinas e jurisprudências

que fundamentam a imputação do crime de homicídio por dolo eventual.

2. DOLO EVENTUAL

O Código Penal Brasileiro (Decreto Lei de nº 2.848/1940) institui os crimes e suas penas, sendo dividido em duas partes: a geral e a especial. Disposto no artigo 121 do Código Penal, o crime de homicídio configura-se como a morte de uma pessoa praticada por outra. Para Souza (2021, p. 4), “a forma do crime é livre como regra, tendo em vista que existem modalidades qualificadas que indicam os meios e modos para a prática do delito podendo ser cometido dolosa ou culposamente, comissiva ou omissiva.”. Neste âmbito, extraem-se as diferentes qualificações dos crimes contra a vida, incumbindo ao ordenamento jurídico brasileiro aplicar suas devidas imputações e penalidades através da análise do caso concreto. Assim, cabe a classificação dos institutos jurídicos do dolo, dolo eventual e culpa consciente na doutrina, para verificar a compatibilidade da aplicação do dolo eventual ao caso concreto da Boate Kiss.

2.1. CONCEITO DE DOLO

O artigo 18, I, do Código Penal, determina como crime doloso aquele em que o agente almeja o resultado ou aceita o risco de produzi-lo. Com efeito, pode ser entendido como a vontade consciente de realizar uma conduta incriminadora tipificada no Direito Penal. Sendo assim, os crimes, via de regra, são sempre dolosos, exceto quando houver previsão legal para acolher a modalidade culposa do agente, caracterizando-se como uma exceção prevista em lei. Sua origem remete-se ao Direito Romano e ao conceito de *dolus* adotado para se referir a todos os delitos considerados graves.

No Brasil, aplica-se a teoria finalista da ação, ou seja, o dolo é o desejo do agente em praticar a conduta caracterizada no tipo penal, consciente da relação entre a execução e seu resultado. Desenvolvida na doutrina alemã na década de 1950, desintegra a culpabilidade do dolo no conceito de crime e passa a analisá-lo dentro da conduta, no sentido da atividade.

Nesse sentido, assim leciona Cunha:

Cumpra ainda esclarecer que a noção de dolo não se esgota na realização da conduta e do resultado, devendo a vontade do agente projetar-se sobre os elementares, qualificadoras, agravantes e atenuantes (em regra) do crime. Todavia, para a caracterização do crime, em sua forma simples, é suficiente que o dolo compreenda apenas os elementos da figura típica fundamental. Mas a incidência dos tipos qualificadores, privilegiados, das agravantes e atenuantes (em regra) dependem da projeção do dolo do agente sobre estas circunstâncias (CUNHA, 2017, p. 214).

Todavia, a doutrina não é unificada, sendo possível dividir as teorias acerca do dolo em dois grandes grupos: a teoria da vontade e a teoria do conhecimento. A primeira possui protagonismo no direito penal brasileiro, definindo dolo como “sendo composto tanto pelo

conhecimento do qual necessita o agente acerca do mal causado como pela vontade de realizá-lo” (REBELO, 2021, p. 68). No mesmo sentido, deve-se salientar a importância da associação da vontade ao conhecimento do agente quanto às consequências de suas ações, conforme aponta Bitencourt:

Na verdade, vontade e consciência (representação) são, numa linguagem figurada, uma espécie de irmãs siamesas, uma não vive sem a outra, pois a previsão sem vontade é algo completamente inexpressivo, indiferente ao Direito Penal, e a vontade sem representação, isto é, sem previsão, é absolutamente impossível, eis que vazia de conteúdo (BITENCOURT, 2017, p. 368).

Quanto à teoria do conhecimento, também determinada teoria da representação, exige-se apenas que o agente tenha previsto o resultado, como destacado por Reale:

A vontade pressupõe o conhecimento, pois só se pode querer o que se conhece, razão pela qual se diz que o dolo compõe-se de representação e vontade. A representação, como assevera CAVALEIRO DE FERREIRA, é termo que em português não expressa tão bem como a palavra conhecimento, o que importa em ter o agente ciência de todos os contornos da ação ou omissão, contornos relevantes à configuração típica da ação. Desse modo o agente deve conhecer todos os elementos da ação previstos como constitutivos do tipo penal (REALE, 1971, p. 220).

Ademais, a ligação entre a conduta do agente e o evento lesivo pode se apresentar na forma de dolo ou culpa. Dolo, nesse sentido, seriam a consciência e vontade de praticar uma conduta típica, guiada pelos conhecimentos acerca do caso concreto e suas implicações. Deve-se, assim, voltar-se aos elementos objetivos do tipo, analisando o dolo à luz da teoria da ação, como sendo a vontade de agir, tais elementos não estando presentes, não há o que se falar de crime doloso.

Doutrinadores, por sua vez, classificam o dolo como direto ou eventual, havendo alguns — como os representantes do direito alemão — que trabalham com a tripartição do dolo: o dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual. Nesse contexto, segundo Rebelo (2021), o dolo direto vincula o resultado à vontade do agente, podendo ser dividido em duas modalidades distintas, quais sejam de primeiro grau (a produção do resultado como um fim, um objetivo final da sua conduta) e de segundo grau (o agente verifica que sua atuação acarretará resultados além dos por ele almejados, e ainda assim prossegue). Entretanto, cabe pontuar, desde logo, que o dolo direto de segundo grau não pode ser confundido com o dolo eventual, pois naquele o resultado se representa como inexorável, enquanto neste se mostra apenas como possibilidade.

Voltando-se ao dolo indireto, diferentemente do dolo direto, não há vontade direta do agente na produção do resultado alcançado com a ação. Segundo Noronha (1977, p. 146), “é indireto quando, apesar de querer o resultado, a vontade não se manifesta de modo único e seguro em

direção a ele, ao contrário do que sucede na espécie anterior. Comporta duas formas: o alternativo e o eventual”.

Com toda a fundamentação supra, parte-se para a conceituação do dolo eventual, modalidade de dolo indireto aceito pela doutrina e um dos focos do presente trabalho.

2.2. CONCEITO DE DOLO EVENTUAL

No dolo eventual, por sua vez, mesmo que o agente não planeje o resultado, assume o risco de produzi-lo. Nesse sentido, mesmo que não almeje que o fato ocorra, entende e aceita como provável o resultado, persistindo com a conduta, visto que a vontade de praticar a ação é mais importante que suas decorrências. Assim, não está preocupado com a ocorrência do resultado que é previsto, pois o aceita, sendo este para ele indiferente. Todavia, Fonseca (2016, p. 149) alerta que no dolo eventual “é necessária não apenas observação, mas uma análise que transcende à mera ação do autor — e, aqui já se incorrendo em alguma polêmica, mesmo a sua declarada intenção, caso exista”.

Encontra-se legislativamente fundamentado no inciso I do artigo 18 do CP, e é aplicado quando os elementos presentes no caso concreto se configuram como indícios suficientes para se admitir que o agente assumiu o risco de produzir o resultado. Cabe ainda diferenciar os institutos do dolo direto e do dolo eventual, pois o primeiro trata da vontade para que haja o resultado e o segundo volta-se à vontade apenas do resultado. A lei, todavia, não faz distinção entre o dolo direto e o eventual para a aplicação da pena, ficando a critério do juiz fixar a mesma pena para quem agiu com dolo direto e para quem agiu com dolo eventual. Esta redação aberta do instituto acarreta críticas e interpretações amplas acerca de sua incidência, que serão tema do capítulo 4.

Não obstante, o doutrinador Busato afirma:

[...] a decisão a respeito do dolo não pode deixar de ter em conta a intenção do agente, ainda que, claro, para isso tenha que acudir a elementos externos. [...] A demonstração do dolo como realidade psicológica, porém, revelou-se totalmente impossível [...] a impossibilidade deriva não só da falta de instrumentos jurídicos aptos a realizar tal tarefa, mas por sua própria característica: os fenômenos psíquicos resultam inacessíveis (BUSATO, 2014, p. 64-65).

O Supremo Tribunal Federal, ao debruçar-se sobre o dispositivo penal do dolo eventual, entendeu que este refere-se à hipótese em que o sujeito não quer diretamente a realização do tipo penal, mas a aceita como possível ou provável. Nessa senda, o autor assume o risco da produção do resultado, sendo este extraído das circunstâncias do evento, não da mente do autor, não necessitando da declaração expressa do agente quanto a sua ação. Assim, a existência de indícios suficientes de autoria em relação aos crimes dolosos de homicídio e lesão corporal embasam a decisão de pronúncia, bastando apenas um juízo de probabilidade

em relação à autoria delitiva, devendo o convencimento absoluto ser de competência do Tribunal do Júri, que possui a competência para julgamento dos crimes contra a vida.

Nessa esfera, para a imputação de um crime como dolo eventual, a jurisprudência assinala que se deve analisar as circunstâncias do caso concreto, verificando a existência ou não da previsão do resultado. Nesse sentido, o homicídio com dolo eventual configura-se como aquele no qual a pessoa prevê que suas atitudes podem resultar na morte de outra, mas, mesmo assim, prossegue com a ação, assumindo o risco de matar.

2.3. DOLO X CULPA CONSCIENTE

A discussão acerca do dolo eventual e da culpa consciente se dá, principalmente, na análise dos crimes de homicídio no trânsito decorrentes de embriaguez. Entretanto, os dois institutos do Direito Penal possuem efeitos completamente distintos, sendo necessária sua diferenciação.

No dolo eventual, como anteriormente mencionado, o agente considera o risco e o aceita, enquanto na culpa consciente, o mesmo confia e acredita em sua capacidade de não causar o fato. O crime culposo, como previsto no art. 18, II, do Código Penal, é visto como uma conduta voluntária ao realizar um evento ilícito não estimado ou aceito pelo agente, mas que lhe era presumível ou excepcionalmente previsto, e que poderia evitar se empregasse a cautela esperada. Este mesmo artigo define a conduta culposa como quando esta der causa ao resultado danoso por imperícia (inaptidão da capacidade, despreparo ou escassez de conhecimentos técnicos aprimorados para o exercício da profissão ou ofício), negligência (indiferença no agir, ausência de preocupação e descuido do agente que, podendo adotar medidas necessárias, não o faz) ou imprudência (prática de uma conduta perigosa ou arriscada com caráter comissivo).

Por diversas vezes, a diferenciação de dolo eventual e culpa consciente se dá de forma dificultosa, necessitando recorrer à doutrina para a melhor distinção dos dois citados institutos do Direito Penal. Dessa maneira, Capez leciona que:

A culpa consciente difere do dolo eventual porque neste o agente prevê o resultado, mas não se importa que ele ocorra (“se eu continuar dirigindo assim, posso vir a matar alguém, mas não importa; se acontecer tudo bem, eu vou prosseguir”). Na culpa consciente, embora prevendo o que possa vir a acontecer, o agente repudia essa possibilidade (“se eu continuar dirigindo assim, posso vir a matar alguém, mas estou certo de que isso, embora possível, não ocorrerá”). O traço distintivo entre ambos, portanto, é que no dolo eventual o agente diz: “não importa”, enquanto na culpa consciente supõe: é possível, mas não vai acontecer de forma alguma (CAPEZ, 2001, p. 170).

Não obstante, o Código Penal, no inciso II de seu art. 18, conceitua crime culposo como sendo “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia” (BRASIL,

1940). Ademais, Nucci define culpa consciente como aquela que ocorre “quando o agente prevê que sua conduta pode levar a certo resultado lesivo, embora acredite, firmemente, que tal evento não se realizará, confiando na sua atuação (vontade) para impedir o resultado” (NUCCI, 2010, p. 211). Por sua vez, Bittencourt (2004) afirma que ao analisar a culpa consciente, a cautela é precisa, pois, para o doutrinador, a mera previsão do resultado não significa culpa consciente. Infere-se, assim, que para que o crime culposo seja configurado, é necessário que o agente aja ou omita-se de agir, seja mediante imprudência, imperícia ou negligência, mas sem, contudo, ter a intenção do dano, embora a previsibilidade de sua ocorrência.

Voltando-se para o ordenamento jurídico brasileiro, atesta-se que o Código Penal não diferencia culpa consciente e inconsciente, devendo o juiz apenas trazer no momento da dosimetria da pena, prevista no art. 59 do Código Penal. Haja vista a dificuldade de conceber, em casos concretos, se o agente aceitou, previu, ou não a possibilidade da ocorrência do ato lesivo, Greco (2006) leciona que, em caso de dúvida, deve-se sempre aplicar para o réu a punição menos severa, assegurado no princípio que ronda o Direito Penal do *in dubio pro reo*, ao invés de o princípio do *in dubio pro societate*.

Todavia, a classificação de um crime como culposo não pode ser desvinculada de um prévio juízo de valor, visando apurar a presença ou não da culpa. Nesse sentido, para Cunha:

Não se pode, contudo, negar a existência de diferença entre conduta dolosa e culposa, pois enquanto na primeira a vontade é dirigida à realização do resultado ilícito, na segunda, a vontade se direciona à produção de um resultado lícito (em regra), diverso daquele que efetivamente se produz (CUNHA, 2017, p. 2020).

Com efeito, a culpa consciente se dá quando o agente ativo deduz o possível resultado de sua conduta e confia que possui a habilidade necessária para evitá-lo caso esteja iminente a acontecer. Assim, volta-se ao âmbito da intelectualidade do agente quanto aos prováveis resultados que podem acarretar à conduta penalmente tipificada. Segundo Bittencourt:

Há culpa consciente, também chamada de culpa com previsão, quando o agente, deixando de observar a diligência a que estava obrigado, prevê um resultado previsível, mas confia convictamente que ele não ocorra. Quando o agente, embora prevendo o resultado, espera sinceramente que este não se verifique, estar-se-á diante da culpa consciente (BITENCOURT, 2009, p. 307).

Nessa toada, um dos grandes problemas doutrinários para os estudiosos da Teoria do Direito Penal é discernir as fronteiras que limitam o dolo eventual e a culpa consciente. Sabe-se que em ambos há a previsão do resultado ilícito, enquanto no dolo eventual o agente concede o resultado, admitindo o risco de produzir, na culpa consciente o agente afasta a possibilidade do resultado, na certeza de que este não ocorrerá. Desta maneira, muitas vezes recorre-se para a definição que no dolo eventual o agente decide agir guiado por egoísmo, a qualquer custo, diferenciando-se da culpa consciente que o faz por leviandade, por não ter refletido de

maneira suficiente.

Nessa esfera, é clara a jurisprudência dos Tribunais Superiores ao delimitar que o dolo eventual não deve ser extraído da mente do acusado, mas do conjunto de circunstâncias do caso. No julgamento do Habeas Corpus Substantivo de Recurso Especial 321.354/SC com relatoria do Ministro Félix Fisher, a Quinta Turma suscitou o entendimento firmado pela Primeira Turma do STF e firmou que, em se tratando de pronúncia, a desclassificação da modalidade dolosa de homicídio para a culposa deve ser baseada em prova por demais sólida, não podendo a dúvida vir a favorecer o acusado, mas sim incidir a antiga parêmia *in dubio pro societate*. No entendimento dos julgadores, no dolo eventual não se é exigido que o resultado seja aceito como tal — como no caso do dolo direto — mas que a aceitação se mostre no âmbito do possível, do provável (BRASIL, 2016).

Ademais, reiterados são os posicionamentos do Tribunal de Uniformização Infraconstitucional quanto ao deslinde da controvérsia acerca do elemento subjetivo do crime, especificamente sobre se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, reservando ao Tribunal do Júri o momento em que a defesa deve desenvolver a tese contrária à imputação penal. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, pacifica que o dolo eventual “confina-se, mas não se confunde com a culpa consciente, na qual, prevendo ou devendo prever o resultado, o agente espera levemente que ele não se realize” (BRASIL, 1969).

Vê-se que para a indicação penal de um crime como dolo eventual é preciso que a probabilidade do resultado e a indicação à sua ocorrência, assumindo os riscos, estejam devidamente demonstradas. Quanto ao crime culposo, a jurisprudência conceitua como a conduta voluntária reproduzindo um resultado antijurídico, não pretendido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que com a devida atenção seria evitado. Por fim, fixam que havendo elementos que, a primeira análise, possam configurar o dolo eventual, o julgamento acerca da sua ocorrência ou da culpa consciente compete à Corte Popular.

Por conseguinte, a teoria da probabilidade diferencia o dolo eventual da culpa consciente admitindo a existência do dolo eventual quando o agente retratar o resultado como de execução provável e, ainda assim, agir permitindo ou não a sua produção, enquanto a culpa consciente existirá se a realização do resultado for menos aceitável. Já a teoria do consentimento aduz que não é suficiente que o autor represente o resultado como de possível ocorrência, mas sim que a produção do resultado seja incapaz de afastar a vontade de agir, havendo culpa, somente, caso renunciasse da ação sendo convicto da hipótese do resultado.

Diferenciados os institutos penais e sua aplicação segundo a doutrina e a jurisprudência dos tribunais, cabe agora debruçar-se sobre o caso concreto da “Boate Kiss”, voltando-se para os fatos do incêndio e os procedimentos posteriores que levaram à imputação do dolo eventual. Delineando, assim, os elementos relevantes utilizados para a fixação da resolução do caso.

3. O CASO BOATE KISS

No dia 27 de janeiro de 2013 um incêndio tomou conta da Boate Kiss durante uma festa universitária na cidade de Santa Maria, Rio Grande do Sul, vitimando fatalmente 242 pessoas. Conhecida por ter uma das melhores e mais antigas universidades federais do país, a cidade do interior do Rio Grande do Sul foi palco de uma grande tragédia amplamente divulgada pela mídia nacional e internacional.

O grupo Gurizada Fandangueira, pequena banda de música regional, que atraía o público por proporcionar shows pirotécnicos, começou sua apresentação na boate por volta das duas da manhã. Não muitas músicas depois do início do show, o vocalista, auxiliado pelo promotor da banda, acionou um artefato, iniciando quase que de pronto um incêndio no teto do palco (LOUTFI, 2015). Um segurança da boate localizou o extintor de incêndio, que não estava em nenhum dos locais indicados, e tentou por três vezes extinguir o princípio do incêndio, sem lograr êxito. O teto, revestido de espuma de poliuretano, começava a pingar, além da grande nuvem de fumaça escura e densa que se formava, instaurando o pânico nos frequentadores que se aglomeravam na única porta de saída, sendo barrados por seguranças (ARBEX, 2018). Segundo o laudo pericial, as centelhas entraram em contato com uma espuma considerada altamente inflamável que revestia o teto e as paredes da casa noturna, rapidamente desencadeando fogo e a liberação de gases tóxicos, inalados pelas vítimas que não conseguiam sair do prédio devido às irregularidades físicas do ambiente, contrárias às normas de segurança.

Após a liberação da única saída do estabelecimento, os fatos trágicos que se sucederam foram rápidos, como descreve Loutfi:

Os que caíam a frente da multidão eram pisoteados, alguns outros usavam a roupa do corpo como se fosse um filtro, mas tudo era em vão e a sensação de que todos tinham era que a garganta estava sendo estrangulada. As vítimas que chegaram a ser atendidas posteriormente apresentavam partículas sólidas no trato respiratório. Todos estavam no limite da luta pela sobrevivência. Começava a surgir, então, as primeiras vítimas fatais.

Nesse ínterim, duas guarnições do corpo de bombeiros, uma de combate e outra de primeiros socorros foram acionados e dirigiram-se para o local.

[...]

Por volta das quatro horas, os bombeiros encerraram os trabalhos de salvamento. O sargento do corpo de bombeiros consegue identificar uns quinze corpos próximos ao palco, mas quando é chamado, pelo seu colega, para ver o banheiro, percebe uma enorme quantidade de pessoas já mortas. A suposição é que em função da iluminação os jovens procuraram saída através dos banheiros existentes nos locais (LOUTFI, 2015, p. 20).

No dia seguinte, foi decretada a prisão temporária dos sócios da boate, Elissandro C. Spohr e Mauro L. Hoffmann, e dos músicos da banda Gurizada Fandangueira, Luciano A. Bonilha Leão e Marcelo de Jesus dos Santos, com o parecer favorável do Ministério Público, sendo essa revertida pela Justiça em prisão preventiva no dia 01/03/2013. Já no dia 29 de maio do mesmo ano, a prisão preventiva foi revogada pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio

Grande do Sul, por meio de habeas corpus interposto pela defesa do réu Marcelo:

HABEAS CORPUS. INCÊNDIO DA BOATE KISS. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA, EM RAZÃO DE DIFICULDADE DE ACESSO AOS AUTOS. QUESTÃO ESCLARECIDA PELO MAGISTRADO PROCESSANTE. NÃO CONFIGURADO O DEFEITO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COMO GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTOS QUE JÁ NÃO SE FAZEM PRESENTES PARA A MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO PROVISÓRIA (Habeas Corpus N° 70054419841, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 29/05/2013).

A decisão fundamentou-se no entendimento de que, passados quatro meses do incêndio, os elementos justificadores da prisão preventiva dos réus no momento em que foi decretada, não mais se faziam presentes. Assim, o clamor público, a necessidade de resguardar-se a credibilidade da justiça e o intenso abalo social provocado não mais motivariam a detenção temporária dos supostos responsáveis. Acerca da gravidade concreta do fato, a Primeira Câmara Criminal defendeu que a conduta dos acusados não demonstrava crueldade, hediondez ou qualquer forma de desprezo pela vida humana, além de não haver indícios que representavam periculosidade ou demonstração concreta de que pudessem interferir de alguma forma no andamento da instrução criminal. Sendo, assim, a ordem concedida e estendida aos demais acusados presos.

Desde então, uma grande e longa batalha jurídica foi instaurada acerca da tipificação, que será analisada nos próximos capítulos.

3.1. A DENÚNCIA

A denúncia foi formalizada no dia 02 de abril de 2013, acusando os sócios da boate Kiss — Elissandro Calegari Spohr e Mauro Londero Hoffmann — e dois integrantes da banda Gurizada Fandangueira, Marcelo de Jesus dos Santos (vocalista) e Luciano Augusto Bonilha Leão (produtor e auxiliar de palco), por homicídios e tentativas de homicídios, praticados com dolo eventual, qualificados por fogo, asfixia e torpeza (BRASIL, 2013), e acolhida pela Justiça no dia seguinte. Os dois empresários, donos da boate, foram denunciados por terem realizado reformas na Boate com a utilização de materiais inflamáveis como revestimento, além de manterem a casa noturna superlotada e sem capacidade de evacuação. Quanto aos dois músicos da banda, foram acusados de terem comprado e utilizado os artefatos pirotécnicos que deram início ao incêndio.

Nesse sentido, o Ministério Público, baseado no Inquérito policial n° 027/2.13.0000696-7, afirmou que os acusados agiram com dolo eventual em relação às mortes nos seguintes termos:

Os denunciados Elissandro, Mauro, Marcelo e Luciano Augusto assumiram o risco de produzir mortes das pessoas que estavam na boate, revelando total

indiferença e desprezo pela segurança e pela vida das vítimas, pois, mesmo prevendo a possibilidade de matar pessoas em razão da falta de segurança, não tinham qualquer controle sobre o risco criado pelas diversas condições letais da cadeia causal (BRASIL, 2013, p. 6).

As condições estruturais da boate e o uso de fogos de artifícios foram basais para o MP fundamentar a previsibilidade do resultado por parte dos acusados, imperioso elemento do dolo. A culpa consciente é afastada nos termos da denúncia pela ausência do controle do risco criado pelos denunciados e ausência no que confiar, agindo com indiferença, aceitando e assumindo o risco de matar. Todavia, ressalva o órgão:

Conforme orientação do grande inspirador do Código Penal brasileiro, Hans Welzel, “a vontade de realização (dolo) também pode referir-se a resultados que o autor não aprova internamente, senão ao contrário, desaprova e deplora” (Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, p. 83), ou seja, não se vai dizer que os autores quisessem destruir o próprio patrimônio e ceifar vidas, mas agiram de modo finalisticamente orientado a tanto, o que se mostra suficiente para embasar acusação por crime doloso (BRASIL, 2013, p. 6).

Assim agindo, foram denunciados por incorrem 41 vezes nas sanções do art. 121, § 2º, incs. I e III, e no mínimo 636 vezes (número de sobreviventes identificados à época) nas sanções do art. 121, § 2º, incs. I e III, na forma dos arts. 14, inciso II, 29, *caput*, e 70, primeira parte, todos do Código Penal, com duas qualificadoras: motivo torpe e meio cruel.

3.2. A PRONÚNCIA

Em 27 de julho de 2016, o juiz Ulysses Louzada decidiu pela pronúncia dos réus nos termos da denúncia do Ministério Público, sendo seguido por diversos recursos junto ao Tribunal de Justiça. O magistrado entendeu que a materialidade e os indícios presentes no caso eram suficientes para entender que os acusados teriam praticado o fato nos termos da denúncia do Ministério Público, devendo ser julgados pelo Tribunal do Júri.

As defesas dos réus, em síntese, apresentaram resposta à acusação, nos termos delineados na pronúncia. A defesa de Marcelo, de forma preliminar pugnava pelo reconhecimento da inépcia da denúncia, visto que a peça acusatória não vislumbrou de forma individualizada a conduta do acusado; quanto ao mérito, demandava a improcedência da denúncia, a absolvição em decorrência de erro de tipo e erro de proibição, a desclassificação do fato para homicídio culposo, o desaforamento do feito, a produção de provas, a oitiva das testemunhas arroladas e dos inquiridos na fase policial. Além disso, requereu a expedição de ofícios, intimações, a reconstituição do sinistro, a realização de perícia técnica no local, a apresentação dos talonários de notas fiscais e pedidos da loja Kaboom referentes aos meses de novembro e dezembro de 2012 e janeiro de 2013 e, por fim, a concessão da liberdade provisória ao acusado. Protestou, ainda, afirmando cerceamento de defesa em razão da não disponibilização dos

autos físicos no prazo da Defesa.

A defesa de Luciano, de forma similar, requereu a oitiva das vítimas, a reconstituição dos fatos, a expedição de ofícios, a absolvição sumária do produtor com fulcro no art. 397, inciso II do Código de Processo Penal e a revogação da prisão preventiva do acusado. Quanto à defesa do réu Elissandro, proprietário da boate, em sede preliminar, requereu o reconhecimento de inépcia da denúncia bem como o indeferimento do rol de testemunhas apresentado pelo Ministério Público sob o argumento de intempestividade. Já no mérito, pleiteou a oitiva das testemunhas e dos informantes que arrolou, a intimação dos peritos para prestarem esclarecimentos em audiência, a expedição de ofícios, a juntada da notificação feita ao IGP, a remessa das notas fiscais juntadas pela Defesa (visando comprovar os gastos com obras e manutenção da boate), a realização de acareações, a reprodução simulada dos fatos e a juntada aos autos das mídias referentes às interceptações telefônicas realizadas.

A defesa do réu Mauro, por sua vez, alegou a falta de justa causa à ação penal e a ilegitimidade do sócio para figurar como réu, impugnou os elementos da cadeia causal atribuídos a ele, requerendo a adequação dos tipos penais para delito que não o doloso contra a vida ou o afastamento das qualificadoras, a imediata soltura do acusado, a suspensão do processo até a decisão de recebimento ou não das acusações contra agentes detentores do foro privilegiado junto ao TJRS, a oitiva de testemunhas e de todos os peritos do IGP, o apensamento ou a juntada integral de cópias dos autos de todos os expedientes investigativos que deram origem à demanda. Outrossim, a autorização para indicação de assistentes técnicos, autorização para ingresso no local dos fatos, a quebra de sigilo de dados telemáticos do grupo “Boate Kiss” no Facebook, o acesso integral aos processos que envolvem quebra de sigilos fiscal, bancário, telefônico e telemático dos acusados e, por fim, a devolução de uma CPU apreendida (BRASIL, 2016).

O magistrado dedicou várias das mais de 190 páginas para conceituar e diferenciar dolo eventual e culpa consciente, além de evidenciar sua fundamentação a partir dos estudos de Tomás Salvador Vives Atón, nos seguintes termos:

Em relação, especificamente, ao dolo e a imprudência, Vives retira-os do tipo de ação ou omissão (denominado por ele de pretensão de relevância), visto que elas nada mais são do que expressões simbólicas de atividades que dão sentido ao tipo, não necessitando que se averigüe a esfera subjetiva do agente, razão por que são passadas para a pretensão de subjetiva de ilicitude, uma subpretensão da pretensão de ilicitude. Quer dizer: a determinação da — intenção do agente só é verificada depois de se constatar que a ação ou a omissão é uma das que interessa ao Direito Penal (BRASIL, 2016, p. 98).

Por fim, ao decidir pela pronúncia dos acusados nos termos da denúncia, assim afirmou:

Da análise dos relatos, verifico a presença da materialidade e indícios suficientes de autoria apontando para o acusado nos moldes apontados pela peça exordial

acusatória. Não estou referindo que suas teses defensivas não sejam verdadeiras, apenas, que havendo a presença da materialidade e indícios suficientes de autoria como relatado na peça portal, e suas teses não se apresentando de forma esboçada de dúvida nessa fase, a pronúncia é o caminho a ser seguido (BRASIL, 2016, p. 170).

Nesta senda, deu-se a pronúncia dos quatro acusados por homicídio doloso qualificado e homicídio doloso tentado, nos termos da denúncia do Ministério Público. Reiterando, nesse âmbito, a presença de indícios da conduta dolosa dos mesmos, pelo emprego de fogos de artifício impróprios para o local, a superlotação do ambiente, presença de revestimento de madeira, cortinas de tecido e de espuma altamente tóxica e inflamável, inexistência de sinalização de emergência e de saídas alternativas, além de funcionários não preparados para situações de emergência tecidos na denúncia formalizada pelo Ministério Público.

3.3. OS RECURSOS

No ano de 2017, um Recurso em Sentido Estrito impetrado pelas defesas dos réus foi julgado pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mantendo a pronúncia dos dois sócios da boate e dos dois integrantes da banda Gurizada Fandangueira. Manteve-se, também, o entendimento de que houve dolo eventual, sustentando a competência de julgamento ao Tribunal do Júri. Todavia, por maioria, os desembargadores decidiram pela exclusão das qualificadoras, levando os réus a Júri por homicídio e tentativas de homicídios simples por dolo eventual.

Contudo, o desembargador relator, Manuel Martinez defendia que não houve dolo eventual, mas culpa nas ações dos acusados, adotando a teoria do consentimento, concluindo que nenhum dos réus consentiu com o resultado danoso. Por outro lado, o desembargador revisor Jayme Weingartner Neto entendeu pela desclassificação das qualificadoras, mas defendeu a imputação do dolo eventual, sendo seguido pelo voto do desembargador Sylvio Baptista Neto. Em 01 de dezembro de 2017, o 1º Grupo Criminal do TJRS reverteu as decisões anteriores e deliberou que os réus não iriam a Júri, na decisão assim ementada:

EMBARGOS INFRINGENTES. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. CRIMES DE HOMICÍDIO. INCÊNDIO EM ESTABELECIMENTO NOTURNO. ACUSAÇÃO DA PRÁTICA DE FATOS DOLOSOS. INCONFORMIDADE DA DEFESA DOS RÉUS. DIVERGÊNCIA RESTRITA À NATUREZA DOLOSA DAS INFRAÇÕES PENAIS. (...) RECURSOS CONHECIDOS, EXCETO NO QUE TANGE A UM DOS RECURSOS QUE É CONHECIDO APENAS EM PARTE, PARA DAR PROVIMENTO À INCONFORMIDADE DA DEFESA E DESCLASSIFICAR OS FATOS PARA OUTROS QUE NÃO AQUELES DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI (TJRS, Embargos Infringentes e de Nulidade nº 70075120428, 1º Grupo Criminal, Rel. Des. Victor Luiz Barcellos Lima, julgado em 01/12/2017, DJe 22/01/2018).

Nessa senda, os Embargos Infringentes e de Nulidade foram julgados pelo 1º Grupo, que, ao

julgar os fatos delituosos relativos ao incêndio e a pronúncia dos réus pela prática de homicídios qualificados, consumados e tentados, entenderam pela existência de circunstâncias fáticas que não podem ser havidas como demonstrativas de agir doloso pelos denunciados, ora pronunciados. Nesse âmbito, decidiram que o emprego de fogos de artifício impróprios para o local, o fato de o ambiente interior do imóvel encontrar-se revestido de madeira, cortinas de tecido e de espuma altamente tóxica e inflamável, a superlotação com número de pessoas além da capacidade, a inexistência de sinalização de emergência e de saídas alternativas, além de funcionários não preparados para situação de emergência, somadas ao fato de que dito estabelecimento vinha funcionando regularmente, mas com pendências, sem qualquer óbice por parte das autoridades encarregadas de fiscalização, inclusive porque já havia sido exibido o “show” pirotécnico, sem nenhum incidente, viriam a ser dados que demonstrariam um agir culposo, não cabendo o julgamento ao Tribunal do Júri, mas a um Juiz Competente.

Ademais, baseados no art. 18, I, do CP, esclareceram que a conduta dolosa possui como exigência a manifestação da vontade em relação ao resultado morte, aprovando o resultado, o que, para os julgadores, não restou evidenciado nos autos. Aduziram, ainda, a regra do art. 413 do CPP, que impõe ao juiz a pronúncia do acusado tomando como base o convencimento quanto à materialidade do fato que configure crime doloso contra a vida e quando verificar indicativos suficientes da autoria. Não sendo possível, assim, transferir o exame do elemento volitivo do fato aos jurados. Decidindo, nesse sentido, pela desclassificação da espécie que se impõe para outros crimes que não aqueles da competência do Tribunal do Júri. Não conhecendo, entretanto, o pedido de absolvição dos réus, por ultrapassar os limites da divergência de votos quando do julgamento dos recursos em sentido estrito.

Os julgadores entenderam pela falta de indícios que manifestassem a “vontade de matar”, bem como a falta de previsibilidade do resultado como provável, suficientes argumentos para concluir como plausível a desclassificação do dolo eventual. Por conseguinte, a Procuradoria de Recursos interpôs embargos de declaração contra a decisão, sendo estes posteriormente desacolhidos por unanimidade.

Não obstante, o Ministério Público e a Associação de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria (AVTSM) interpuseram recurso questionando a mesma. Em junho de 2019, a 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu por unanimidade que os quatro acusados pelo incêndio na boate Kiss seriam julgados pelo Tribunal do Júri.

EMENTA RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INCÊNDIO NA BOATE KISS. HOMICÍDIOS CONSUMADOS E HOMICÍDIOS TENTADOS. DUPLAMENTE QUALIFICADOS, POR MOTIVO TORPE E POR EMPREGO DE MEIO CRUEL (FOGO E ASFIXIA). PRONÚNCIA. MATERIALIDADE COMPROVADA E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. DOLO EVENTUAL NA CONDUTA DOS RÉUS. COMPATIBILIDADE COM O CRIME DE HOMICÍDIO TENTADO. QUALIFICADORAS AFASTADAS. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS A REVELAR, NO

INJUSTO IMPUTADO, ESPECIAL CENSURABILIDADE OU PERVERSIDADE, E POR HAVEREM SIDO SOPESADAS NA CONFIGURAÇÃO DA TIPICIDADE SUBJETIVA. BIS IN IDEM. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. EMPATE NA VOTAÇÃO. PREVALÊNCIA DA DECISÃO MAIS FAVORÁVEL AOS ACUSADOS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA DELITOS QUE NÃO SÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. ART. 615, § 1º, DO CPP. INAPLICABILIDADE. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM OS ARTS. 74, § 1º, E 413, AMBOS DO CPP. JUDICIUM ACCUSATIONIS. I. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (MPRS) E DA ASSOCIAÇÃO DOS FAMILIARES DE VÍTIMAS E SOBREVIVENTES DA TRAGÉDIA DE SANTA MARIA (AVTSM). PRONÚNCIA. REQUISITOS. COMPETÊNCIA DOS JURADOS. DOLO EVENTUAL E CRIME TENTADO. COMPATIBILIDADE. QUALIFICADORAS CONSIDERADAS PARA TIPIFICAÇÃO SUBJETIVA. NÃO INCIDÊNCIA PARA QUALIFICAR O CRIME. BIS IN IDEM EVITADO. RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE CONHECIDOS E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDOS (STJ - REsp: 1790039 RS 2018/0345779-2, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 18/06/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/08/2019).

Nessa senda, a Sexta Turma delineou o entendimento de que para permitir o julgamento do acusado pelo Tribunal Popular, a lei processual penal exige apenas que haja prova da existência do crime bem como indícios suficientes de sua autoria. Assim, não há julgamento de mérito e não se afirma a responsabilidade penal pelo crime imputado ao réu pronunciado, sendo a competência para avaliar os fatos e julgar o acusado é do Tribunal do Júri. A desclassificação para outros delitos que não os de competência do Tribunal do Júri, só é cabível quando descartada a hipótese acusatória sobre a presença do dolo, em todas as suas modalidades, na conduta dos acusados que levaram ao resultado final.

Quanto às qualificadoras imputadas na denúncia e confirmadas na pronúncia (motivo torpe, consistente na ganância por maiores lucros, e emprego de meio cruel, nas modalidades de fogo e asfixia), os julgadores entenderam pelo afastamento da apreciação dos jurados, por entenderem pela ausência de circunstâncias concretas que viessem a revelar perversidade ou especial censurabilidade dos agentes, não existindo evidências suficientes a ponto de ter como mais agravadas as sanções pelos crimes a eles imputados. Ademais, acerca da ganância dos acusados, essa foi sopesada, no conjunto dos fatos, junto à ocorrência de fogo e asfixia no fatídico evento para configurar a tipicidade subjetiva e classificar a conduta dos agentes como movida por dolo eventual. Dessa maneira, caso chamadas novamente em desfavor dos réus para qualificar os crimes, causariam o vedado *bis in idem*, princípio que estabelece que ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo delito.

Assim, foram os recursos especiais parcialmente providos no sentido de reformar o acórdão do TJRS proferido nos embargos infringentes e de nulidade, mantendo a decisão de pronúncia quanto à tipicidade subjetiva das condutas praticadas pelos réus (homicídios dolosos, consumados e tentados), todavia, mantendo a parte do decisum que afastou as duas qualificadoras mencionadas nos autos.

Assim sendo, os Ministros entenderam que, no processo, existiam evidências suficientes para

enviar o caso para o júri popular, salientando as condições e a série de irregularidades do estabelecimento. Nessa esfera, depois de oito anos de espera, o júri popular do Caso Boate Kiss aconteceria, com grande peso em termos históricos do judiciário.

3.4. O JÚRI POPULAR

O julgamento teve seu início no dia 01 de dezembro de 2021, seis homens e uma mulher compuseram o conselho de sentença, resultando na condenação dos quatro réus denunciados por 242 homicídios consumados e 636 tentados por dolo eventual. Ademais, as penas fixadas foram as seguintes: Elissandro Callegaro Spohr, 22 anos e 6 meses de reclusão em regime inicial fechado; Mauro Londero Hoffmann, 19 anos e 6 meses de reclusão em regime inicial fechado; Luciano Bonilha Leão, 18 anos de reclusão em regime inicial fechado; Marcelo de Jesus dos Santos, 18 anos de reclusão em regime inicial fechado.

Vinte e oito depoentes foram ouvidos, dos quais 12 vítimas, além de três informantes — o planejamento inicial era de que 34 pessoas seriam ouvidas, mas todas as partes abriram mão de oitavas. Durante toda a sessão plenária, a discussão acerca do dolo eventual e da culpa consciente foi instaurada. Aberta a fase dos debates, o Promotor David Medina citou os aspectos jurídicos envolvendo o caso, definindo o dolo eventual como o caso em que o indivíduo, mesmo tendo previsão do resultado, opta por praticar o ato. Nesse sentido, sustenta que o autor prevê, admite e aceita o risco de produzi-lo, ressaltando: “Colocar fogo num lugar cheio de gente é crime doloso”. Diferenciou, também, este dispositivo do crime culposos de forma enfática, questionando: “Não existe prisão pior do que a desses pais, dessas mães. Pensem que o crime culposos pode dar até uma isenção de pena. Será que isso é proporcional?” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL – TJRS, 2021).

Não obstante, o Promotor de Justiça afirmava que: “Eles não queriam matar, nós nunca dissemos isso” e “Não é uma culpa moral que a gente está falando. É uma questão jurídica”. Além disso, questionou a falta de cautela dos acusados e sustentou a ganância por parte deles, salientando a compra do artefato pirotécnico mais barato ao invés do mais seguro, mostrou fotos dos corpos encontrados nos banheiros e encerrou sua sustentação exibindo na tela fotos de arquivos pessoais das vítimas fatais, enquanto citava trechos da canção “Pedaço de mim”, de Chico Buarque.

Pedro Barcellos, assistente de acusação, fez uma retrospectiva do que as testemunhas disseram em plenário durante os oito dias de oitavas e reiterou: “Estamos lutando por justiça. Quando o Dr. Orlando quesitar, pedimos que condenem os réus. Assim, estaremos fazendo justiça”. Quanto à Promotora de Justiça Lúcia Callegari, focou na conduta de cada um dos acusados que levaram ao incêndio, “Estamos com a dor de 242 almas, mais os 600 feridos. Mas estamos aqui para fazer uma história que pode ser positiva ou negativa, se aprovamos ou não aquela conduta”, disse a Promotora aos jurados. “Façam aquilo que os senhores deveriam fazer para os seus filhos”, encerrou a Promotora (FOLHA DO NOROESTE, 2021).

Quanto à defesa, defendiam a desclassificação para outro crime, refutando o argumento da acusação de que os acusados agiam com desprezo e indiferença pela vida humana, além da ausência do dolo eventual. “Não determinem a condenação dessas pessoas por dolo eventual”, pediu o advogado Jader Marques, defesa do réu Elissandro, “O raciocínio de que eles sabiam o que estavam fazendo é ridículo, é absurdo”. Quanto à defesa de Mauro L. Hoffmann, o advogado Cipriani afirmava: “O que aconteceu lá foi uma sucessão de falhas, que resultou num fato não imaginado e não querido por ninguém. Antes do dolo, precisamos de uma conduta. Não tem. Não conseguiram provar aqui”.

Na sentença, o juiz Orlando Fachini Neto indaga: “Como reagiria cada pai ou mãe enlutado, cada familiar que perdeu seus filhos ou filhas, se lhes fosse dito que, como corolário dessa perda suprimir-se-á um mês da liberdade dos réus?”, e acrescenta, “Pois notem: são mais de duzentos e quarenta famílias que, por anos, esperam uma resposta do Estado e a concretização daquele valor abstrato que designamos por JUSTIÇA”. Quanto à imputação do dolo eventual, o juiz foi incisivo:

(...) a culpabilidade dos acusados é elevada, porque intenso o elemento subjetivo com que agiram; este, mesmo sendo o dolo eventual, permite um juízo desfavorável no nível da aplicação da pena, juízo que não está limitado por uma ideia de que necessariamente haveria de ser menos gravoso do que o oriundo de um caso cometido com dolo direto (BRASIL, 2021, p. 14).

E fundamenta:

Importa, no ponto, assentar a pluralidade de deveres normativos descumpridos pelos acusados, na medida em que, no caso de ELISSANDRO e MAURO, determinaram a instalação, em paredes e no teto da boate, de espuma altamente inflamável, olvidando indicações técnicas de uso que, em sua condição empresarial, deveriam obedecer. Mais do que isso, empreenderam a contratação de show musical no qual era cedida a utilização de artefatos similares a fogos de artifício, sem prestar a devida informação sobre os riscos associados à conjugação destes dois fatores. Portanto, contribuíram num grau excepcional com a situação de perigo que culminou na causação dos danos verificados. Isto para não dizer do fato que aceitaram, sem peias, manter a casa noturna com lotação demasiada, sem que tivessem atuado no sentido de viabilizar adequadas condições de evacuação, em casos de necessidade. Tudo no processo, ademais, corrobora a ideia de que coadunaram com a atuação de funcionários sem os treinamentos obrigatórios, e, no ensejo dos fatos da denúncia, chegaram a, ainda que genericamente, e no início do desdobramento do evento, ordenar aos seguranças para que impedissem a saída de pessoas do recinto, acaso não demonstrado o pagamento das despesas de consumo na boate. Tal conjunto de atos, no somatório tendente ao desfecho intensamente fatal que promoveu, encerra elevado grau de censurabilidade. Com efeito, sendo os acusados imputáveis, o que parece óbvio dizer a essa altura, demais disso é de notar-se que, máxime em decorrência de sua condição profissional, vale por dizer, do fato de que auferiam rendimentos dos lucros da boate, era-lhes imperativo comportamentos diversos,

em ordem à garantia da segurança daqueles que frequentavam o local. Essa mesma condição, cumpre dizer, torna indiscutível a consciência da ilicitude do comportamento, viabilizando juízo desfavorável sobre essa circunstância.

No concernente aos acusados MARCELO e LUCIANO, igualmente o grau de censura é acentuado. Não obstante conhecendo o local do fato, onde já haviam atuado, acionaram os artefatos pirotécnicos que sabiam, ou no mínimo deveriam saber, serem destinados a uso em ambientes externos, sendo que um destes foi direcionado para o teto da boate, de modo leviano e insensível, o que deflagrou, *tout court*, a queima do revestimento inflamável. A importância causal desta conduta, para a produção de tamanho número de mortes, é inequívoca e o peso elevado das consequências deve ser suportado por aqueles cujo comportamento foi mesmo decisivo para a eclosão das mortes. Sem contar que teriam saído do local sem alertar o público acerca do fogo e da necessidade de evacuação, dando à vida dos frequentadores nenhuma importância e egoisticamente buscando preservar a sua. De modo que a reprovabilidade é intensa, sendo os acusados imputáveis e sendo-lhes, fortemente, exigido comportamento diferente daquele que adotaram por ocasião da efeméride (BRASIL, 2021, p. 20-21).

Decorrente do art. 492, inciso I, alínea “e” do Código de Processo Penal, passou-se para a prisão obrigatória, seguido por uma Suspensão de Liminar e negativa de seguimento do Habeas Corpus interposto pela defesa do réu Elissandro, os dois últimos diretamente no Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, manteve-se os fundamentos da denúncia do Ministério Público para a caracterização do dolo eventual no caso concreto, causando revolta no mundo jurídico.

4. CONTROVÉRSIAS QUANTO À IMPUTAÇÃO DO DOLO EVENTUAL NO CASO BOATE KISS

A acusação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, a qual instaurou a hipótese acusatória sobre a presença de dolo na conduta dos acusados, levou o caso “Boate Kiss” a júri popular, porém segue controverso entre doutrinadores, estudiosos e especialistas em Direito Penal. Para muitos destes, apenas assumir os riscos não é suficiente para configurar dolo eventual, devendo haver certa concordância com os resultados. Não obstante, caracterizam a imputação do Ministério Público como “populismo penal”, como um erro técnico voltado a apenas aumentar a pena dos réus. Todavia, desde o oferecimento da denúncia, alguns meses após o acontecimento do fato, o Ministério Público já afirmava a existência de dolo eventual, sendo reconhecida a viabilidade pelo Poder Judiciário.

Nessa esteira, em sede de palestra intitulada “Punir: entre Justiça e Vingança” o professor Tércio Sampaio Ferraz Jr. na 1ª Reunião do Fórum Permanente de Filosofia, Ética e Sistemas Jurídicos realizada na Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, afirma que o ato de punir, decidir, julgar, tem uma linha tênue entre justiça e vingança. Nesse sentido, descreve que o Direito foi deixando de se caracterizar na figura da Deusa Themis — deusa romana, justiça voltada ao núcleo familiar, das relações consanguíneas, representando a o direito no seu aspecto de vingança — e começou a se aproximar da figura da Deusa Diké — deusa grega, representante da comunidade e das relações entre as pessoas, justiça em seus aspectos de quantificação da punição. Neste sentido, os críticos caracterizam a resolução do caso como

uma moeda de troca e vingança à custa da destruição de mais quatro famílias — as dos condenados — pelo enaltecimento do ego e da vaidade pelos órgãos acusadores (EMERJ, 2019).

Rebelo, por sua vez, aponta pela falta de referência ao crime de incêndio ao longo da denúncia do Ministério Público, bem como a incidência de outros dispositivos legais:

A leitura da Denúncia demonstra que não houve, por parte do Ministério Público, qualquer referência ao crime de incêndio (art. 250) com a incidência da causa de aumento de pena em razão do resultado morte (art. 258), figuras típicas que se mostravam passíveis de aplicação, diante da causa dos resultados decorrer do incêndio que teria sido provocado por um dos músicos.

Na esteira do que foi enfrentado ao longo da presente tese, vislumbra-se, na conduta do músico, um comportamento apto a gerar o perigo do incêndio, o que poderia acarretar a sua imputação pelo crime de incêndio doloso, caso restasse demonstrado que havia, de sua parte, o dolo de causar o perigo. Caso contrário, na hipótese de ser apenas previsível, mas não previsto por ele, restaria a imputação por incêndio culposos.

Como as mortes decorreram dessa conduta perigosa, a imputação dos resultados morte poderia, perfeitamente, ensejar a utilização da causa de aumento de pena do art. 258 do Código Penal (REBELO, 2021, p. 226).

Por conseguinte, pugnam pela anulação do julgamento, apontando fatos como o testemunho do engenheiro que desenvolveu o projeto acústico da boate e declarou que a espuma não era indicada para o tratamento pretendido pelos sócios, mas não supunha sua inflamabilidade. Ademais, quando da vigilância ao local por parte do Ministério Público, pouco antes do incêndio, o Promotor de Justiça, diante do magistrado, afirmou que não observou qualquer irregularidade na Kiss, mesmo com a presença de uma única porta, revestimento interno irregular, barras de contenção e ausência de saídas de emergência.

Em entrevista para o site R7 Estúdio, a professora de Direito Penal e Criminologia Vanessa Chiari Gonçalves, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, defendeu que os réus deveriam ser condenados por homicídio, mas na forma culposa, sustentando que: “Encarcera-se pessoas que já perderam tudo. O elemento psíquico da culpa deveria ser considerado, isso é uma pena natural. Eles carregam nos ombros esse trauma.” Outrossim, Daniel Kessler, professor de Direito Processual Penal da Universidade Feevale, complementa declarando que o júri da Kiss ampliou o conceito de dolo, o que, para o docente, pode vir a gerar acusações infundadas. Para Kessler, “essa ampliação quase encerra os crimes culposos. Quando se fala em aceitar o crime é como se o sujeito desejasse o resultado e assumisse o risco de produzi-lo”. Explica ainda que o Estado não deve olhar somente para as vítimas, ou mesmo apenas para o réu, mas o Direito “deve ser aplicado ainda que contra a vontade da maioria” (R7 ESTUDIO, 2021).

Nesse âmbito, os críticos ressaltam a função do Direito Penal quanto a limitação do poder punitivo do Estado, não podendo incorrer na distorção dos conceitos de dolo eventual e culpa

na tentativa de satisfazer vaidades e desejos de autopromoção.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo geral analisar quais os elementos que levaram a aplicação do dolo eventual no caso “Boate Kiss”, a partir do debruçamento sobre a aplicação deste instituto segundo a doutrina, a jurisprudência e a ação penal do caso concreto. Assim, para elucidar as considerações finais deste estudo, resgatou-se a pergunta norteadora: quais elementos levaram à aplicação do dolo eventual na decisão judicial do caso da Boate Kiss?

Neste âmbito, a pesquisa trouxe como resposta que no caso “Boate Kiss” os indícios de autoria delitivos são claros: o revestimento interno com espuma imprópria, a superlotação da casa noturna, o ambiente físico que violava as normas de segurança, o acionamento de objeto pirotécnico impróprio nas presentes condições, entre outros. Além do mais grave, os réus não agiram de forma a evitar tamanho desastre, persistindo na ação mesmo com consciência das consequências. Ademais, fato é que o Tribunal do Júri, não cabendo aqui tecer críticas ou elogios quanto a instituição, condenou os quatro réus de acordo com o crime tipificado na denúncia e posterior pronúncia. Sendo assim, apesar dos diversos recursos e críticas acadêmicas que perpassam o caso, a hipótese de que a condenação dos quatro réus por homicídio simples com dolo eventual fundamentou-se nos claros indícios de autoria delitiva dos acusados, pois mesmo sem almejarem o resultado alcançado, não agiram de forma a evitá-lo, foi comprovada.

Ao voltar-se à investigação dos fatos do caso “Boate Kiss”, foi firmada a relação destes com os indícios de autoria delitiva dos acusados afirmados na denúncia do Ministério Público, além de evidenciar bases teóricas aplicadas ao problema de pesquisa. Nesse âmbito, o estudo de caso, para aprofundar-se de forma a levar em consideração suas características internas e o contexto da imputação do dolo eventual no caso concreto, utilizou de livros, artigos, notícias, legislações e jurisprudências sobre o tema, sendo suficientes para alcançar os objetivos específicos de investigar fatos relevantes do caso, apontar as características principais que diferenciam o dolo eventual da culpa consciente e explicar a caracterização do dolo eventual na decisão judicial do caso.

Ademais, a aplicação dos ensinamentos da hermenêutica possibilitou a interpretação dos textos e sua consequente análise os relacionando com os fatos que concorreram para o infeliz desfecho do incêndio na casa noturna e a imputação do instituto penal. Observou-se que o conceito de dolo eventual, e consequentemente sua aplicação, não são unificados. Com efeito, a sua imputação muitas das vezes baseia-se na investigação do caso e as, mesmo que sutis, presenças do conhecimento dos riscos e aceitação do resultado. Todavia, esta delimitação não pode ser voltada apenas aos aspectos psicológicos quanto a relação do agente com sua conduta, cabendo aos órgãos acusadores mostrarem de forma clara e objetiva os elementos que levaram a esse entendimento. Por outro lado, caso ao voltar-se aos elementos objetivos do tipo, analisando o dolo como sendo a vontade de agir, tais elementos não estando presentes,

não há o que se falar de crime doloso.

Por fim, o presente ensaio, espera fornecer uma análise fundamentada do caso através da delimitação de bases teóricas, doutrinárias e jurisprudenciais passíveis de serem aplicadas ao problema de pesquisa, debruçando-se no caso “Boate Kiss”, mas também, principalmente, aos futuros casos a ele análogos.

REFERÊNCIAS

ARBEX, Daniela. **Todo dia a mesma noite: A história não contada da Boate Kiss**. 1ª ed. São Paulo: Intrínseca, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 23.a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRAGA, Alexandre Henrique Vieira. **A possibilidade de caracterização do dolo eventual nos delitos de trânsito por alcoolemia**. 2010. Disponível em: <https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Alexandre-Henrique-Vieira-Braga.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. 1ª Vara do Júri do Foro Central da Comarca de Porto Alegre. **Sentença do processo nº 001/2.20.0047171-0 (CNJ:0047498-35.2020.8.21.0001)**. 2021, Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/12/B2D28CB95C2B9B_sentenca-caso-kiss.pdf. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. (1940). **Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. Ministério Público. **Denúncia Inquérito Policial 027/2.13.0000696-7**. Denúncia. Santa Maria, Rio Grande do Sul, 2 de Abril de 2013. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/principal/arquivos/denunciakissfinal.pdf>. Acesso em: 13 de abr. 2022.

BRASIL. Polícia Civil - 1ª Delegacia de Polícia de Santa Maria - RS. **Inquérito Policial nº 94/2013/150501**. Disponível em: http://estaticog1.globo.com/2013/03/22/relatorio_kiss_definitivo.pdf. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1790039 RS 2018/0345779-2**, da 6a Turma, 18 de junho de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859311665/recurso->

especial-resp-1790039-rs-2018-0345779-2/inteiro-teor-859311675. Acesso em: 30 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 97252**, da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 03 de setembro de 2009. São Paulo, 2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5348921/habeas-corpus-hc-97252-sp>. Acesso em: 30 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 321354**, da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 04 de agosto de 2016, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862524324/habeas-corpus-hc-321354-sc-2015-0086818-9/inteiro-teor-862524334?ref=serp>. Acesso em: 29 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 46791**, Primeira Turma, 20 de maio de 1969. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur146658/false>. Acesso em: 29 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70054419841**, da Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 29 de maio de 2013. Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112977450/habeas-corpus-hc-70054419841-rs>. Acesso em: 30 mai. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes e de Nulidade nº 70075120428**, 1º Grupo Criminal, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 01 de dezembro de 2017. Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/911263127/embargos-infringentes-e-de-nulidade-ei-70075120428-rs/inteiro-teor-911263134>. Acesso em: 30 mai. 2022.

BUSATO, Paulo César (coordenador). *Dolo e Direito Penal: modernas tendências*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. V.1. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONDE, F. M. *Teoria Geral do Delito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral (arts.1º ao 120)*. 5ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2017.

EMERJ. Punir: Entre: Justiça e Vingança - Tércio Sampaio Ferraz Junior - EMERJ. Youtube, 06 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5h6ga-mdsvY&t=1s>. Acesso em: 12 abr. 2022.

FONSECA, João Eduardo Grimaldi da. *Dolo eventual: Uma tentativa de definição de critérios*

para sua aferição em casos concretos. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 41, n. 2, p. 143 - 170, jul./dez., 2016. Disponível em: <https://zonacultural.com.br/wp-content/uploads/2021/06/Revista-41-v2-1-a-208-18-04.pdf#page=143>. Acesso em: 09 abr. 2022.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006.

LOUTFI, Marcelo. **Investigação do acidente da Boate Kiss em Santa Maria/ RS: Análise do acidente para a ampliação do espaço de discussão e retorno da experiência aprendida**. 2015. São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6139/tde-22012016-143325/publico/MarceloLoutfi.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2022.

NORONHA, E. M. **Direito Penal**. 19.a ed. São Paulo: Saraiva, 1977. 4 v.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

REALE JÚNIOR, M. **Dos estados de necessidade**. São Paulo: José Bushatsky, 1971, v. 1, p. 220.

REBELO, Carlos Eduardo Barreiros et al. **(Im) Possibilidade de Dolo Eventual em crimes de Perigo Comum: Uma contribuição para a reclassificação do Dolo no Brasil**. 2021. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2021.

SOUZA, Leonardo Duarte de. **Breve análise dos crimes contra a vida**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 25 maio 2021, 06:12. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56562/breve-anlise-dos-crimes-contra-a-vida>. Acesso em: 13 abr 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL- TJRS. **Caso Boate Kiss - Dia 9 Turno Tarde**. Youtube, 09 de dezembro de 2021. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=OAgkW_sp8Qc. Acesso em: 12 abr. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL- TJRS. **Caso Boate Kiss - Dia 10 Turno Manhã**. Youtube, 10 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DvN8aeCe7IQ>. Acesso em: 12 abr. 2022.

UNIÃO ESTÁVEL E NAMORO QUALIFICADO: A AUSÊNCIA DE FORMALISMO COMO FATOR DE INSEGURANÇA JURÍDICA

STABLE UNION AND QUALIFIED DATING: THE ABSENCE OF
FORMALISM AS A FACTOR OF LEGAL INSECURITY

Marília Maria Soares Barbosa

Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Davi Labres Herrmann

Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Resumo: O presente artigo orbita em torno do instituto jurídico da união estável, inserido na ramificação do Direito de Família, contida no âmbito do Direito Civil brasileiro, e buscará verificar se há segurança jurídica na atual configuração da união estável, distinguindo-a suficientemente do namoro qualificado, ante à ausência de formalismo para o seu reconhecimento. Se verificada a insegurança jurídica, o artigo buscará uma possível solução quanto ao impasse. O artigo trouxe como objetivos a conceituação da união estável, bem como sua breve evolução histórico-legislativa, seus requisitos e efeitos jurídicos, sua forma de declaração e registro, e, por fim, como essa se distingue do namoro qualificado. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo e a técnica de revisão adotada foi a bibliográfica e documental indireta. Ademais, foram utilizados como referenciais teóricos a tríade: lei, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores.

Palavras-chave: União Estável. Namoro Qualificado. Distinção.

Abstract: The present article orbits around the legal institution of the stable union, inserted in the ramification of family law, contained in the scope of Brazilian civil law, and will seek to verify if there is legal security in the current configuration of the stable union, distinguishing it sufficiently from the qualified dating, before the absence of formalism for its recognition. The objectives of the article were to conceptualize the stable union, as well as its brief historical-legislative evolution, its requirements and legal effects, its form of declaration and registration, and, finally, how it is distinguished from qualified dating. The method used was hermeneutic combined with the hypothetical-deductive and the revision technique adopted was bibliographic and documental. Furthermore, the triad of law, doctrine and jurisprudence of the superior courts were used as theoretical references.

Keywords: Stable Union. Qualified Dating. Distinction.

Sumário: 1. Introdução – 2. Breve Evolução Histórica e Legislativa da União Estável – 3. Conceito e requisitos da União Estável – 4. Declaração da Existência e Dissolução da União Estável – 5. Conceito de Namoro Qualificado – 6. Efeitos Jurídicos da União Estável e do Namoro Qualificado – 7. O Problema da Insegurança Jurídica na Configuração da União Estável – 8. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Direito de Família tem por objeto a exposição do regime jurídico que rege as relações de família, nos âmbitos pessoal e patrimonial. Assim sendo, trata das relações maritais, das relações de parentesco, filiação e poder familiar, da tutela, da curatela e da tomada de decisão apoiada¹.

Na conjuntura das relações maritais, a união estável se mostra como pilar do contemporâneo direito conjugal, ao lado do casamento, após o seu reconhecimento como entidade familiar, a partir do artigo 226, §3º, da Constituição Federal de 1988.

Apesar do instituto da união estável não exigir qualquer solenidade, seja prova documental seja registro, para a sua constituição, não é qualquer união de fato entre duas pessoas que enseja o seu reconhecimento, gerando efeitos pessoais e patrimoniais.

Isto porque, os elementos caracterizadores da união estável são abertos e de ordem subjetiva, trazendo grandes dificuldades na análise de seu reconhecimento no caso concreto pelo magistrado.

Essa subjetividade, aliada à informalidade inerente ao instituto, por vezes, torna difícil a prova da existência da união estável, mormente ante ao fato de que, nos dias atuais, constata-se um estreitamento dos relacionamentos de namoro. Nessa toada, o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.454.643), já precisou distinguir, a partir de um caso concreto, a união estável do que se chama de namoro qualificado.

O presente artigo tem como objetivos tratar da conceituação da união estável, bem como sua breve evolução histórico-legislativa, seus requisitos e efeitos jurídicos, sua forma de declaração e registro, e, por fim, como essa se distingue do namoro qualificado.

É de extrema relevância o estabelecimento da referida distinção, eis que, diante dos avanços da sociedade, diversos casos são levados à apreciação judiciária por não se mostrar nítida a verdadeira relação existente entre as partes. Desse modo, a depender do que é decidido pelo Poder Judiciário, diferentes são os efeitos jurídicos gerados.

¹A definição do objeto do Direito de Família apresentada encontra supedâneo nas lições de Francisco Cavalcanti Pontes De Miranda e de Rolf Madaleno. Nesse sentido, ver: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes De. Tratado de Direito Privado Tomo VII Parte Especial. Brookseller, Campinas, 2000. Versão Eletrônica, p. 215. Na mesma linha, ver: MADALENO, Rolf. Direito de família. 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022. Versão eletrônica, p. 99.

Por fim, buscar-se-á não só evidenciar a insegurança jurídica que decorre da problemática levantada, mas também apresentar uma possível solução para o entrave, a fim de prestigiar a isonomia e a proteção à família.

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo e a técnica de revisão adotada foi a bibliográfica e documental indireta, como fontes bibliográficas doutrinárias, artigos científicos, legislação vigente e revogada, bem como, a jurisprudência dos tribunais superiores — sobretudo as decisões judiciais paradigmáticas.

2. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável tem origem no Direito Romano, especificamente no instituto do casamento, eis que esse possuía conceito radicalmente diferente do conceito hodierno. Dário Rodrigues (1988, p. 90) explica que no conceito romano, “a contração de núpcias era vista em sua origem como um mero fato da vida social, e nenhuma forma jurídica ou celebração solene era exigida pelo direito”.

Para que fosse configurada a existência do casamento romano, exigia-se tão somente dois requisitos, quais sejam, a convivência ética-social (que se traduzia na efetiva subsistência de relações morais e afetivas, chamada *honor matrimonii*) e a intenção de serem cônjuges (*affectio maritalis*).

Nesse ponto, é necessário distinguir o casamento da “*conventio in manum*”, sendo esse um ato solene pelo qual, constatado o casamento e outros pressupostos, a mulher era retirada da sua família paterna e passava a se submeter (bem como os seus respectivos bens) à autoridade do marido. A essa atribuição, dava-se o nome de *manus maritalis*.

Dentre as três formas de *manus maritalis* (*confarreatio*, *coemptio* e *usus*), destaca-se o *usus*, na qual o homem adquiria a posse da mulher, decorrido o prazo de um ano de convivência sem que essa se ausentasse de casa por três noites consecutivas, como uma espécie de usucapião.

Dada a ausência de formalidade para ser constatado o casamento romano, importa ainda o distinguir da figura do concubinato. Nesse sentido, Rodrigues ensina que

o concubinato era igualmente uma união estável, mas sem a *affectio maritalis* e sem o *honor matrimonii*. Era muito frequente sobretudo entre as pessoas que se não podiam casar em razão de algum impedimento legal que existisse para o seu matrimônio. Era, por exemplo, o caso das leis matrimoniais de Augusto, que introduziram diversas proibições de casamento em razão de diferença de classes sociais (RODRIGUES, 1988, p. 96).

Apesar do sistema jurídico romano ter influenciado diretamente em incontáveis searas do

Direito Brasileiro, nesse ponto, prevaleceu por um longo período de tempo, a influência cristã trazida ao solo pátrio pelo colonialismo lusitano.

Assim, a obrigatoriedade estabelecida pelo Concílio de Trento (1563), da celebração pública do matrimônio, foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico, de tal modo que até a Constituição Federal de 1988, apenas a família formada a partir do casamento obtinha reconhecimento jurídico.

Por outro lado, a união não matrimonializada entre homem e mulher, intitulada de “concubinato”, foi posta à margem do direito, carregada de estigmas e preconceitos. Esse poderia ser puro ou impuro, conforme existisse ou não impedimento para o casamento (GAGLIANO, 2022).

Sob a égide do Código Civil de 1916, em contraposição à família legítima que era constituída com o casamento, a família que era formada a partir do concubinato era tida como ilegítima e sofria algumas restrições legais, como por exemplo, a proibição de doações ou benefícios testamentários do homem casado à concubina (BRASIL, 1916, art. 1719, III).

Nesse cenário, *a priori*, o concubinato não gozava de nenhuma proteção jurídica, sendo a mulher concubina a principal prejudicada, sobretudo, diante da cultura patriarcal que imperava na época. Acerca disso, Paulo Lobo ensina que

a mulher separada de fato ou solteira que se unia a um homem, com impedimento para casar, além do estigma, era relegada ao mundo dos sem direitos, quando dissolvido o concubinato, pouco importando que derivasse de convivência estável e que perdurasse por décadas, normalmente com filhos. Desconsideravam-se não apenas os aspectos existenciais dessa relação familiar, como a criação dos filhos e sua dedicação ao progresso do companheiro, mas os aspectos patrimoniais, para cuja aquisição e manutenção a companheira tinha colaborado, assumindo as responsabilidades familiares e a estabilidade que ele necessitava para desenvolver suas atividades (LOBO, 2018, p. 118) (grifo não original).

Paulatinamente, a fim de evitar o enriquecimento sem causa do companheiro, eis que, em muitos casos, a mulher não exercia nenhuma atividade remunerada, e diante da injustiça verificada na realidade social, alguns direitos da concubina passaram a ser reconhecidos pela jurisprudência, como a indenização por serviços domésticos prestados (DIAS, 2021).

Em um momento posterior, a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal², editada em 1964, permitiu a dissolução judicial com partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum, desde que comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos.

²A Súmula 380 do STF possui o seguinte enunciado: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Data de Aprovação Sessão - Plenária de 03/04/1964.

Entretanto, somente com advento da Constituição Federal de 1988 é que a relação estabelecida sem que se tenha celebrado casamento foi reconhecida como entidade familiar, ganhando novo status jurídico, passando a ser denominada união estável, nos seguintes termos: “art. 226, § 3º — Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988).

Com o advento da Constituição Cidadã e o reconhecimento jurídico da união estável, caiu em desuso a classificação do concubinato em puro ou impuro, de tal modo que o concubinato puro passou a ser identificado como união estável, e o concubinato impuro passou a ser tido meramente como concubinato.

Ademais, com a nova norma constitucional, sobreveio a primeira regulamentação por meio da Lei nº 8.971/94, dispondo sobre o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. A referida Lei estabelecia os seguintes parâmetros para a configuração da união estável:

Art. 1º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.
Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva (BRASIL, 1994) (grifo não original).

Nesse ponto, Madaleno (2022, p. 1540) relembra que a legislação pioneira foi bastante criticada, eis que não previu e excluiu diversas situações fáticas, como por exemplo, as uniões de pessoas separadas de fato, retrocedendo também quanto ao estabelecimento de um tempo mínimo de convivência.

Em seguida, a Lei nº 9.278/96 alterou substancialmente os pressupostos para restar constatada a união estável, retirando, sobretudo, o tempo mínimo de convivência e a existência de prole. Nos termos do artigo 1º, a aludida Lei determinou que: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família” (BRASIL, 1996).

Ainda conforme a Lei nº 9.278/96, observa-se uma proteção jurídica equalizada às partes, visto que, nos termos do artigo 5º, foi estabelecido que tanto os bens móveis quanto os bens imóveis adquiridos por um ou por ambos os companheiros, desde que tidos a título oneroso na constância da união estável, são frutos do esforço comum, e, portanto, pertencem a ambos os conviventes, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Por fim, a matéria foi incluída no Livro de Família pelo Código Civil de 2002, em cinco artigos (1.723 a 1.727), consolidando a compreensão da união estável enquanto forma de família no

ordenamento jurídico pátrio.

O atual diploma não estabeleceu período mínimo de convivência e adotou, como já exposto, as expressões “união estável” e “concubinato” em sentidos diferentes, sendo a primeira concernente à relação não adulterina (art. 1.723, CC/02) e a segunda, à adulterina (art. 1.727, CC/02).

É válido destacar ainda que, a partir do Diploma Civil vigente, foi admitida expressamente a união estável entre pessoas casadas, desde que separadas de fato ou judicialmente (art. 1.723, §1º, CC/02).

3. CONCEITO E REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL

A partir do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, do artigo 1º da Lei nº 9.278/96 e da jurisprudência atual dos tribunais superiores, a união estável pode ser definida como a união civil entre duas pessoas, constituída a partir da convivência pública, contínua e duradoura e com o objetivo de constituição de família.

Com esse conceito, torna-se evidente que a configuração da união estável está atrelada a elementos subjetivos e objetivos caracterizadores de um núcleo familiar (artigo 226, §3º da CRFB/88), aferíveis na realidade fática.

Desse modo, enquanto o casamento é um instituto que necessita do processo de habilitação e demais formalidades, a união estável, ao contrário, não depende de qualquer formalismo, solenidade ou de expressa manifestação de vontade das partes em algum documento para a sua constituição.

Por essa razão, a união estável possui natureza jurídica de ato-fato jurídico, expressão divulgada por Pontes de Miranda. Nesse sentido, tem-se lição de Paulo Lôbo:

Por ser ato-fato jurídico (ou ato real), a união estável não necessita de qualquer manifestação de vontade para que produza seus jurídicos efeitos. Basta sua configuração fática, para que haja incidência das normas constitucionais e legais cogentes e supletivas e a relação fática converta-se em relação jurídica. Pode até ocorrer que a vontade manifestada ou íntima de ambas as pessoas — ou de uma delas — seja a de jamais constituírem união estável; de terem apenas um relacionamento afetivo sem repercussão jurídica e, ainda assim, decidir o Judiciário que a união estável existe. Difere, portanto, o modelo brasileiro do modelo francês do “pacto civil de solidariedade — PACS” (art. 515-1 a 7 do Código Civil da França), que depende de contrato celebrado entre os parceiros (LOBO, 2018, p. 120) (grifo não original).

Coaduna-se à melhor doutrina o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POS MORTEM. ENTIDADE FAMILIAR QUE SE CARACTERIZA PELA CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA, DURADOURA E COM OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA (ANIMUS FAMILIAE). DOIS MESES DE RELACIONAMENTO, SENDO DUAS SEMANAS DE COABITAÇÃO. TEMPO INSUFICIENTE PARA SE DEMONSTRAR A ESTABILIDADE NECESSÁRIA PARA RECONHECIMENTO DA UNIÃO DE FATO. 1. O Código Civil definiu a união estável como entidade familiar entre o homem e a mulher, "configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família" (art. 1.723). 2. Em relação à exigência de estabilidade para configuração da união estável, apesar de não haver previsão de um prazo mínimo, exige a norma que a convivência seja duradoura, em período suficiente a demonstrar a intenção de constituir família, permitindo que se dividam alegrias e tristezas, que se compartilhem dificuldades e projetos de vida, sendo necessário um tempo razoável de relacionamento. 3. Na hipótese, o relacionamento do casal teve um tempo muito exíguo de duração — apenas dois meses de namoro, sendo duas semanas em coabitação —, que não permite a configuração da estabilidade necessária para o reconhecimento da união estável. **Esta nasce de um ato-fato jurídico:** a convivência duradoura com intuito de constituir família. Portanto, não há falar em comunhão de vidas entre duas pessoas, no sentido material e imaterial, numa relação de apenas duas semanas (REsp n. 1.761.887/MS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 24/9/2019) (grifo não original).

Não obstante a desnecessidade de documento constitutivo, a doutrina elenca para o seu reconhecimento, a necessidade de verificação de requisitos objetivos e subjetivos. Elegendo como supedâneo a lição de Carlos Roberto Gonçalves (2022), quanto aos pressupostos de ordem subjetiva, tem-se a *affectio maritalis* e a *convivência more uxorio*.

A *affectio maritalis* diz respeito ao ânimo ou objetivo de constituir família, exigindo-se que haja efetivamente a constituição da relação familiar. Já a *convivência more uxorio* determina que deve ser verificada a comunhão de vidas, no sentido material e imaterial, moral e espiritual, de modo semelhante à de pessoas casadas.

Nesse ponto, cabe ressaltar que a vida em comum sob o mesmo teto não é indispensável à caracterização da união estável, conforme entendimento da Súmula 382 do STF³, ainda na égide no Código Civil de 1916.

É certo que, com a evolução dos costumes, a ideia de comunhão de vida sofreu profundas mudanças, de tal modo que a coabitação não possui mais a mesma força e importância. Como exemplo, citam-se as uniões em que os cônjuges ou conviventes vivem em casas separadas, devido ao fato de trabalharem em cidades diferentes ou mesmo como uma fórmula para a durabilidade das relações.

Esse tem sido, com efeito, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁴, que afirma

³A Súmula 382 tem o seguinte teor: "A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato". Data de Aprovação - Sessão Plenária de 03/04/1964.

⁴STJ, AgRg no AREsp n. 649.786/GO, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 4/8/2015, DJe de 18/8/2015.

não exigir a lei específica (Lei nº 9.278/96) a coabitação como requisito essencial à configuração da união estável, devendo existir, obrigatoriamente, outros relevantes elementos que denotem o intuito de constituir uma família.

Por outro lado, no que concerne aos pressupostos de ordem objetiva, tem-se a notoriedade, a estabilidade, a continuidade, a inexistência de impedimentos matrimoniais e, por fim, a relação monogâmica.

Primeiramente, no que diz respeito ao requisito da notoriedade, esse é extraído do artigo 1.723 do Código Civil vigente, que ao falar de convivência pública, exige que a união estável se revista de publicidade. Por isso, não pode a união permanecer em sigilo, ou seja, desconhecida no meio social, ao contrário, deve ser tão exposta ao público como é o casamento.

Contudo, Rodrigo da Cunha Pereira (2021, p. 321) adverte que a notoriedade da relação nem sempre será conhecida por todo o meio social, podendo ser provada, em caso de necessidade, por testemunhos de pessoas do círculo íntimo de amizade do casal.

No que concerne à estabilidade, embora o Código Civil de 2002 não tenha estabelecido um prazo mínimo para a configuração da união estável, deverá o juiz, em cada caso concreto, verificar se a união perdura por tempo suficiente para o reconhecimento da estabilidade familiar. Esse elemento indica, portanto, que o relacionamento deve ser duradouro.

Nesse sentido, Pereira elucida que a estabilidade da relação

pode se definir com menos de dois anos, por exemplo, ou mesmo não acontecer nem com mais de dez anos de relacionamento. Afinal, namorar não tem prazo de validade. Foi nesse sentido que a Lei nº 9.278/1996 veio estabelecer que não há um prazo rígido para a caracterização da união estável (PEREIRA, 2021, p. 323).

Por ser a união estável um ato-fato jurídico, sua solidez é atestada pelo caráter duradouro do relacionamento. Nesse viés, já decidiu o STJ (REsp n. 1.761.887/MS) que, apesar de não haver previsão de um prazo mínimo, a coabitação por duas semanas não significa, *de per se*, estabilidade capaz de caracterizar união estável.

Além de pública e duradoura, o artigo 1.723 do Código Civil de 2002 determina que a relação deve ser contínua. Isso porque, se instável, o relacionamento gera insegurança jurídica a terceiros. É certo que em qualquer relacionamento há divergências que podem causar separação momentânea. Contudo, se passado tempo prolongado de desagregação, pode ser configurada a quebra do elo que permitia a configuração da união estável.

Quanto à inexistência de impedimentos matrimoniais, por força do §1º do artigo 1.723 do Diploma Civil, é vedada a constituição da união estável se constatada a presença de algum dos

impedimentos dispostos no artigo 1.521 do aludido Código, salvo o caso de pessoas casadas, caso se acharem separadas de fato ou judicialmente.

Por isso, não há união estável entre os ascendentes e os descendentes, independentemente de o parentesco ser natural ou civil; os afins em linha reta, como o sogro e a nora, por exemplo; os irmãos, tanto os unilaterais quanto os bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau; e, por fim, o companheiro sobrevivente e o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Como último requisito, tem-se a relação monogâmica. Como consequência desse elemento, o STF não admite que pessoa casada, não separada de fato, venha a constituir, simultaneamente, união estável; nem que aquela que convive com companheiro em união estável juridicamente reconhecida, venha a constituir outra união estável paralela. Nesse sentido, tem-se o seguinte julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 529. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E COMPANHEIRO, DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE. [...] 5. Tese para fins de repercussão geral: “A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro”. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento (STF, RE 1045273, Relator Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 21/12/2020, Repercussão Geral - Mérito, DJe-066 Divulgado 08-04-2021, publicado 09-04-2021).

Como exceção ao princípio monogâmico, tem-se a possibilidade da pessoa casada, mas separada de fato ou de direito, e sem vida em comum com seu ex-nubente, estabelecer união estável, nos termos do art. 1.723, § 1º, do Código Civil de 2002. Assim, o separado de fato pode conviver em união estável, embora não esteja autorizado a contrair novas núpcias.

Uma outra exceção é a hipótese da união estável putativa, em que um dos conviventes esteja de boa-fé, sem a ciência de que o outro é casado e vive simultaneamente com seu respectivo cônjuge ou mantém outra união estável.

Nessa hipótese, ao convivente de boa-fé, é possível a atribuição dos efeitos da união, em semelhança ao cônjuge de boa-fé no casamento putativo. Segue essa linha, a doutrina de Euclides de Oliveira (2003).

Nesse ponto, é válido ressaltar que a união estável putativa é uma construção doutrinária que ainda não foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. No entanto, alguns Tribunais de Justiça vêm admitindo a configuração dessa figura, como

pode ser visto a seguir:

UNIÃO ESTÁVEL. SITUAÇÃO PUTATIVA. AFFECTIO MARITALIS. NOTORIEDADE E PUBLICIDADE DO RELACIONAMENTO. BOA-FÉ DA COMPANHEIRA. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. [...] 2. Comprovada a notoriedade e a publicidade do relacionamento amoroso havido entre a autora e o falecido companheiro, mas ficando comprovado que ele mantinha concomitantemente união estável com outra mulher, em outra cidade, **é cabível o reconhecimento de união estável putativa, pois ficou bem demonstrado que ela não sabia do relacionamento paralelo do varão com a outra mulher.** 3. Comprovada a união estável, tem a autora direito à meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da vida em comum, devendo a questão sucessória ser apreciada nos autos do inventário do companheiro, pois ela, em tese, deverá participar da sucessão relativamente aos bens para cuja aquisição tiver concorrido. Inteligência do art. 1.725 do CCB. Recurso desprovido (TJ-RS, Apelação Cível, Nº 70072235328, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 22-02-2017, Publicação: 01-03-2017) (grifo não original).

CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. [...] BOA-FÉ DA COMPANHEIRA. DESCONHECIMENTO DO IMPEDIMENTO À ÉPOCA DO INÍCIO DO RELACIONAMENTO. UNIÃO ESTÁVEL PUTATIVA. ASSIMILAÇÃO (CC, ARTS. 1.521, VI, 1.561, § 1º, E 1.723). SENTENÇA REFORMADA. [...] 3. Considerando que a união estável é equiparada ao casamento nos princípios infirmativos, quanto os pressupostos necessários ao seu reconhecimento e quanto aos deveres que irradia aos conviventes, **inexiste sustentação jurídica para que não lhe seja aplicada a regulação que prevê a subsistência do casamento putativo** e disciplina os efeitos que irradia, pois, se possível o reconhecimento do vínculo putativo no liame formalmente constituído, também plausível sua ocorrência com a união estável. [...] 5. O reconhecimento do relacionamento como união estável frente à circunstância de que, **conquanto subsistente óbice genérico, a convivente o ignorava, não enseja a legitimação da bigamia**, mas imposição decorrente do fato de que, ao iniciá-lo e assumir o companheiro, ignorava o óbice que subsistia para que fosse admitido e assimilado com aquela moldura jurídica, devendo o liame, em relação à sua pessoa, **ser admitida e reconhecida como união estável putativa.** 6. Apelação conhecida e provida. Sentença reformada. Maioria (TJ-DF, Acórdão 931144, 20130110942360APC, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES, Relator Designado: TEÓFILO CAETANO, Revisor: TEÓFILO CAETANO, 1ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 25/2/2016, publicado no DJE: 20/4/2016) (grifo não original).

A doutrina tradicional também elencava como pressuposto de ordem objetiva à configuração da união estável a diferença de sexo entre conviventes. Todavia, esse elemento restou superado pela jurisprudência do STF, no julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, que entendeu que há casamento e união estável existentes, válidos e eficazes entre pessoas do mesmo sexo.

Ante o exposto, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência, tem-se os seguintes requisitos para a configuração da união estável: a) a *affectio maritalis* e a convivência *more uxório*; b)

notoriedade; c) estabilidade; d) continuidade; e) inexistência de impedimentos matrimoniais; e, por fim, f) a relação monogâmica.

4. DECLARAÇÃO DE EXISTÊNCIA E DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Em virtude da inexigibilidade de qualquer formalidade para a sua constituição, quando houver necessidade de provar a união estável, os companheiros podem buscar o reconhecimento dessa relação pela via judicial através de ação declaratória.

Nesse ponto, destaca-se que o artigo 53 do Código de Processo Civil de 2015 atribuiu regras de competência para ação de reconhecimento ou dissolução de união estável, *in verbis*:

Art. 53. É competente o foro: I - para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável: a) de domicílio do guardião de filho incapaz; b) do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz; c) de domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal; d) de domicílio da vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (BRASIL, 2015) (grifo não original).

No que concerne à dissolução da união estável, essa pode ser feita extrajudicialmente, se houver consenso e desde que não haja filhos menores, de acordo com o CPC/2015, nos seguintes termos:

Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial (BRASIL, 2015) (grifo não original).

Por outro lado, se não houver consenso ou existindo filhos incapazes, pode qualquer dos ex-comvivos recorrer à via judicial, pleiteando a declaração da existência da união estável e a subsequente dissolução, nos termos da decisão prolatada.

Embora haja divergência doutrinária quanto à questão, parcela da doutrina entende que, se comprovada a resolução prévia e judicial de todas as questões referentes aos filhos menores (como guarda e alimentos), o tabelião de notas poderá lavrar a escritura pública de dissolução da união estável⁵.

Quanto à competência registral, o artigo 2º do Provimento nº 37 do Conselho Nacional de

⁵Esse entendimento foi incorporado em diversos Códigos de Normas de Serviços Extrajudiciais da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça, como os dos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Rio Grande do Sul.

Justiça determina que as sentenças declaratórias de reconhecimento, dissolução ou extinção, bem como as escrituras públicas de contrato e distrato da união estável serão registradas no Livro “E” do Registro Civil das Pessoas Naturais da Sede, ou, onde houver, no 1º Subdistrito da Comarca em que os companheiros têm ou tiveram seu último domicílio.

Para que se proceda ao registro, faz-se necessária a presença dos requisitos nos artigos 2º e 4º do Provimento 37/2014 do CNJ. Destaca-se que o registro da união estável é facultativo, servindo para dar publicidade dessa situação familiar, facilitando a prova e conferindo segurança jurídica aos conviventes, nos termos do art. 1º do Provimento 37 do CNJ.

É válido ressaltar que no caso de pessoas casadas, por força do artigo 8º do Provimento nº 37 do CNJ, o registro só será promovido se separadas judicialmente ou extrajudicialmente; se apenas separadas de fato, só será possível o registro se a declaração da união estável decorrer de sentença judicial transitada em julgado.

Situação importante é a possibilidade elencada no artigo 7º do Provimento 37 do CNJ, de registro da dissolução da união estável sem que haja o prévio registro de sua existência, devendo, nesse caso, constar do registro somente a data da escritura pública de dissolução.

Por outro lado, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do Provimento nº 37 do CNJ, existindo prévio registro de existência da união estável, a sua dissolução será averbada à margem daquele ato.

Porém, no caso de a sentença declaratória de dissolução da união estável conter menção ao período em que foi mantida, deverá ser promovido primeiramente o registro da referida união estável e, em seguida, a averbação de sua dissolução.

5. CONCEITO DE NAMORO QUALIFICADO E SEUS REQUISITOS

Conforme lição de Rodrigo da Cunha Pereira (2021, p. 325), “namoro é o relacionamento entre duas pessoas sem caracterizar uma entidade familiar”. Já o namoro qualificado é uma expressão cunhada por Zeno Veloso (2018) para se referir ao namoro prolongado, consolidado.

De qualquer modo, ensina Paulo Lôbo (2018) que a relação de namoro não é figura jurídica, pois essa reside no campo da liberdade, não incidindo normas jurídicas, eis que permanece no mundo dos fatos.

Portanto, não há que se falar em natureza jurídica do namoro, eis que, essa relação não se mostra relevante para o direito. Contudo, isso não quer dizer que, por vezes, essa situação fática não repercuta no âmbito do direito, estabelecendo ou alterando situações jurídicas.

Por estar disposta, como dito, no âmbito da liberdade, não é exigido do namoro requisitos jurídicos para a sua configuração. Logo, é possível que o namoro se revista ou não de notoriedade (convivência pública), estabilidade (durabilidade), continuidade, fidelidade, e se dê

ou não com a inexistência de impedimentos matrimoniais.

Ocorre que, hodiernamente, diante da evolução dos costumes e da maior liberdade sexual, verifica-se um estreitamento dos laços nos relacionamentos de namoro, sobretudo o qualificado, implicando em convivência íntima, em coabitação, e até, por vezes, na existência de prole.

Desse modo, há casos concretos em que a figura do namoro qualificado apresenta todos esses requisitos elencados acima; soma-se ainda a informalmente no meio fático-social presente tanto no namoro quanto na união estável. Nesse cenário, questiona-se como diferenciar os referidos institutos, diante de tamanha similitude.

A saída para esse impasse é dada na jurisprudência dos tribunais superiores, que definiram como elemento distintivo entre o namoro e o instituto da união estável a *affectio maritalis*, isto é, o elemento subjetivo caracterizado pelo firme propósito de constituir uma família, de conviver numa comunhão de vida.

Como forma de elucidar essa afirmação, evoca-se julgado do STJ:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. 1. A configuração da união estável é ditada pela confluência dos parâmetros expressamente declinados, hoje, no art. 1.723 do CC-02, que tem elementos objetivos descritos na norma: convivência pública, sua continuidade e razoável duração, e um elemento subjetivo: o desejo de constituição de família. 2. A congruência de todos os fatores objetivos descritos na norma, não levam, necessariamente, à conclusão sobre a existência de união estável, mas tão somente informam a existência de um relacionamento entre as partes. 3. O desejo de constituir uma família, por seu turno, é essencial para a caracterização da união estável pois distingue um relacionamento, dando-lhe a marca da união estável, ante outros tantos que, embora públicos, duradouros e não raras vezes com prole, não têm o escopo de serem família, porque assim não quiseram seus atores principais. 4. A demanda declaratória de união estável não pode prescindir de um diligente perscrutar sobre o "querer constituir família", desejo anímico, que deve ser nutrido por ambos os conviventes, e a falta dessa conclusão impede o reconhecimento da união estável (REsp n. 1.263.015/RN, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 26/6/2012) (grifo não original).

Para a Corte Superior, essa concepção jurídica abarca o compartilhamento de vidas e de esforços, com integral e irrestrito apoio moral e material entre os conviventes. Entretanto, Gonçalves adverte que

o requisito em apreço exige a efetiva constituição de família, não bastando para a configuração da união estável o simples *animus*, o objetivo de constituí-la, já que, se assim não fosse, o mero namoro ou noivado, em que há somente o objetivo de formação familiar, seria equiparado à união estável (GONÇALVES, 2022, p. 917) (grifo não original).

Desse modo, enquanto no namoro pode ou não existir a preparação para constituição de uma família futura, na união estável, a família já existe. Surge então, um outro questionamento, acerca de como se constata a efetiva constituição de família.

Segundo a melhor doutrina, para a configuração dessa constituição de família é necessária a utilização dos clássicos critérios para a configuração da posse de estado de casados, como o tratamento dos companheiros (*tractatus*) e o reconhecimento pelas partes e pela sociedade de seu estado (*reputatio*), projetados para o presente.

Assim, a partir desses pressupostos, diferencia-se a união estável do namoro qualificado, como se observa a seguir:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - IMPROCEDÊNCIA - RELAÇÃO DE NAMORO QUE NÃO SE TRANSMUDOU EM UNIÃO ESTÁVEL EM RAZÃO DA DEDICAÇÃO E SOLIDARIEDADE PRESTADA PELA RECORRENTE AO NAMORADO, DURANTE O TRATAMENTO DA DOENÇA QUE ACARRETOU SUA MORTE - AUSÊNCIA DO INTUITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA - [...] II - [...] **Não se pode compreender como entidade familiar uma relação em que não se denota posse do estado de casado**, qualquer comunhão de esforços, solidariedade, lealdade (conceito que abrange "franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade", ut REsp 1157273/RN, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 07/06/2010), além do exíguo tempo, o qual também não se pode reputar de duradouro, tampouco, de contínuo (STJ, REsp n. 1.257.819/SP, relator Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe de 15/12/2011) (grifo não original).

AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, ALEGADAMENTE COMPREENDIDA NOS DOIS ANOS ANTERIORES AO CASAMENTO, C.C. PARTILHA DO IMÓVEL ADQUIRIDO NESSE PERÍODO. [...] 2. UNIÃO ESTÁVEL. NÃO CONFIGURAÇÃO. NAMORADOS QUE, EM VIRTUDE DE CONTINGÊNCIAS E INTERESSES PARTICULARES (TRABALHO E ESTUDO) NO EXTERIOR, PASSARAM A COABITAR. ESTREITAMENTO DO RELACIONAMENTO, CULMINANDO EM NOIVADO E, POSTERIORMENTE, EM CASAMENTO. 3. NAMORO QUALIFICADO. VERIFICAÇÃO. REPERCUSSÃO PATRIMONIAL. INEXISTÊNCIA. 4. CELEBRAÇÃO DE CASAMENTO, COM ELEIÇÃO DO REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. TERMO A PARTIR DO QUAL OS ENTÃO NAMORADOS/NOIVOS, MADUROS QUE ERAM, ENTENDERAM POR BEM CONSOLIDAR, CONSCIENTE E VOLUNTARIAMENTE, A RELAÇÃO AMOROSA VIVENCIADA, PARA CONSTITUIR, EFETIVAMENTE, UM NÚCLEO FAMILIAR, BEM COMO COMUNICAR O PATRIMÔNIO HAURIDO. [...] 2.1 O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável — a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado "namoro qualificado" —, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída. [...] 3. Da análise acurada dos autos, tem-se que as partes litigantes, no período imediatamente anterior à celebração de seu matrimônio (de janeiro de 2004 a setembro de 2006), não vivenciaram uma união estável, mas sim um namoro qualificado, em que, em virtude do estreitamento do relacionamento projetaram para o futuro — e não para o

presente —, o propósito de constituir uma entidade familiar, desiderato que, posteriormente, veio a ser concretizado com o casamento (STJ, REsp n. 1.454.643/RJ, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe de 10/3/2015) (grifo não original).

No entanto, como ensina Paulo Lôbo (2018, p. 122), por vezes, a relação de namoro pode vir a se transformar em união estável, “em razão da transformação de suas relações pessoais, que as levaram a adotar deveres próprios da entidade familiar, como lealdade, respeito, assistência material e moral”, sem que haja nítidos contornos quanto ao seu início.

Diante desse cenário, diversos casos são levados à apreciação judicial por não se mostrar evidente a verdadeira relação existente entre as partes, já que o elemento distintivo é subjetivo. Estas demandas aumentaram, sobretudo, após a supressão do prazo de cinco anos, estabelecido pela Lei nº 8971/94, para a configuração da união estável.

6. EFEITOS JURÍDICOS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO NAMORO QUALIFICADO

Como já afirmado, ante a existência de contornos não cristalinos entre a união estável e o namoro qualificado, sobretudo em virtude de o elemento distintivo entre os dois institutos ser subjetivo, diversos são os casos levados à apreciação judicial.

As partes, em sua maioria, pleiteiam por uma definição quanto à classificação da relação, porque, a depender do que é decidido pelo juiz, diversos são os efeitos jurídicos derivados, mormente os de cunho patrimonial.

Em uma breve análise quanto aos efeitos da união estável, pode se afirmar que o teor pessoal da relação é regido pelo artigo 1.724 do Código Civil e pelo artigo 2º da Lei nº 9.278/96, que determinam que os companheiros devem lealdade, respeito e consideração mútuos, assistência moral e material recíproca, bem como a guarda, sustento e educação dos filhos. Já no que diz respeito ao teor patrimonial da relação, destacam-se os direitos a alimentos, meação e herança.

Na hipótese de dissolução da união estável, por força do artigo 1.694 do Código Civil e do artigo 7º da Lei nº 9.278/96, é assegurado o direito recíproco de alimentos aos companheiros, fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

No que tange à meação, o artigo 1.725 do Código Civil dispõe que, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, pelo qual haverá comunhão dos bens adquiridos a título oneroso na constância da convivência, excluídos os dispostos no artigo 1.659 do Código Civil.

O contrato escrito ao qual a Lei se refere é chamado pela doutrina de “contrato de convivência”, consistindo em um instrumento pelo qual os companheiros estabelecem

regulamentações quanto aos efeitos da relação por eles constituída.

Segundo a jurisprudência do STJ (REsp 1459597/SC), esse contrato pode ser firmado adotando-se forma pública ou particular, desde que seja escrito e observe os requisitos de validade do negócio jurídico (Código Civil, 2002, art. 104).

É válido destacar que embora o contrato seja válido, ainda que sem registro, em hipótese alguma o tem força para criar a união estável. Desse modo, de nada valerá o ajuste escrito e solene se não for acompanhado dos requisitos configuradores da união estável, sobretudo a efetiva convivência familiar entre os companheiros.

Frisa-se ainda que, segundo entendimento recente do STJ (REsp n. 1.845.416/MS), a eleição do regime de bens da união estável por contrato escrito é dotada de eficácia *ex nunc*, sendo inválidas as cláusulas que estabeleçam a retroatividade dos efeitos patrimoniais do contrato, eis que, a ausência de instrumento escrito não significa ausência de regime de bens em uma união estável não formalizada, mas sim, vigência do regime de comunhão parcial de bens.

Assim, a formalização posterior da união estável com adoção de regime distinto daquele previsto pelo Código Civil para os casos em que não há manifestação formal, equivale à modificação de regime de bens na constância do relacionamento, produzindo efeitos apenas a partir da elaboração da escritura.

Outro ponto que merece destaque é o fato de que a Corte Superior (REsp 646.259/RS) decidiu que, à semelhança do que ocorre com o casamento, na união estável é obrigatório o regime de separação de bens, no caso de companheiro com idade igual ou superior a 70 anos.

Nesse caso, por força da Súmula nº 377 do STF, em releitura dada pelo STJ (REsp nº 1.922.347/PR), são comunicáveis os bens adquiridos na constância do casamento, se restar comprovado o esforço comum para sua aquisição. No entanto, é permitido aos companheiros a pactuação de cláusula mais protetiva que afaste a referida Súmula, impedindo a comunhão dos aquestos.

Contudo, a aludida determinação é afastada quando evidenciado que já havia união estável constituída antes da idade senil, conforme se depreende do Enunciado 261 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, bem como do atual entendimento do STJ (REsp 1318281/PE).

Não havendo contrato de convivência estabelecendo regra diversa, o regime de comunhão parcial de bens aplica-se não só à partilha dos bens da entidade familiar, mas também ao que concerne à administração destes.

Nesse sentido, Zeno Veloso (2002, p. 144-145) ensina que se um dos companheiros alienar ou onerar certo bem, na constância da união estável e sem a participação do outro no negócio

estará alienando propriedade de ambos os companheiros, portanto, em parte, coisa alheia, isto é, *a non domino*, praticando ato ilícito que enseja direito à ação de perdas e danos de um consorte contra o outro.

Essa consequência é dada uma vez que a união estável decorre de um fato, isto é, não é sujeita obrigatoriamente a registro, de modo que não se pode opor tal situação a terceiros de boa-fé. Contudo, a invalidação do negócio é afastada nos seguintes casos, conforme decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. ALIENAÇÃO, SEM CONSENTIMENTO DO COMPANHEIRO, DE BEM IMÓVEL ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. A invalidação da alienação de imóvel comum, fundada na falta de consentimento do companheiro, dependerá da **publicidade conferida à união estável**, mediante a averbação de contrato de convivência ou da decisão declaratória da existência de união estável no Ofício do Registro de Imóveis em que cadastrados os bens comuns, ou da **demonstração de má-fé do adquirente** (STJ, REsp 1.424.275-MT, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 4/12/2014, DJe 16/12/2014) (grifo não original).

Um último ponto a ser tratado diz respeito à recente decisão da Corte de Justiça⁶ acerca da possibilidade da partilha de bens no formato “*triação*”, na hipótese em que a união estável tem início antes do matrimônio do companheiro e se mantém na constância desse. Na ocasião, a aludida Corte prestigiou o princípio monogâmico, sem dispensar, entretanto, a proteção jurídica devida à união estável.

No caso concreto, o STJ reconheceu a união estável no período anterior ao casamento, bem como entendeu que houve a transmutação dessa em concubinato e sociedade de fato, após o casamento, devendo a partilha, em ambos os períodos, ser realizada a partir da prova do esforço comum para a aquisição do patrimônio, nos termos da Súmula 380 do STF, e respeitar a meação do ex-cônjuge.

No tocante à herança, no julgamento dos Recursos Extraordinários 878.694/MG e 646.721/RS, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros disposta no artigo 1.790 do Código Civil de 2002, equiparando os direitos sucessórios dos companheiros ao dos cônjuges, devendo ser aplicado à união estável o artigo 1.829 do Diploma Civil vigente.

Por outro lado, do namoro, ainda que qualificado, não decorrem efeitos patrimoniais. Acerca disso, Zeno Veloso explica que

ao contrário da união estável, tratando-se de namoro — mesmo do tal namoro qualificado —, não há direitos e deveres jurídicos, mormente de ordem

⁶STJ, REsp 1.916.031-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 3/05/2022, DJe 05/05/2022.

patrimonial entre os namorados. Não há, então, que falar-se de regime de bens, alimentos, pensão, partilhas, direitos sucessórios, por exemplo (VELOSO, 2018, p. 313) (grifo não original).

Desse modo, enquanto as questões jurídicas relacionadas à união estável são regidas pelo Direito de Família e pelo Direito Sucessório, as questões que dizem respeito ao namoro são eventualmente tratadas no Direito Obrigacional ou no Comercial, a depender do caso. Defende essa linha de pensamento a doutrina de Pereira (2021).

Por isso, a depender do que é decidido pelo Poder Judiciário — se a relação nos autos configura namoro ou união estável —, resta evidenciado que diferentes são os efeitos jurídicos gerados. Se reconhecido apenas o namoro, exemplifica-se os seguintes resultados suportados pelas partes:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. NAMORO. AFFECTIO MARITALIS. INEXISTÊNCIA. AQUISIÇÃO PATRIMONIAL. BEM PARTICULAR. INCOMUNICABILIDADE. CAUSA PRÉ-EXISTENTE. CASAMENTO POSTERIOR. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DIVÓRCIO. IMÓVEL. PARTILHA. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGOS 1.661 E 1.659 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INCIDÊNCIA. [...] 2. Nos termos dos artigos 1.661 e 1.659 do Código Civil de 2002, **não se comunicam, na partilha decorrente de divórcio, os bens obtidos com valores aferidos exclusivamente a partir de patrimônio pertencente a um dos ex-cônjuges durante o namoro** 3. Na hipótese, **ausente a affectio maritalis, o objeto da partilha é incomunicável**, sob pena de enriquecimento sem causa de outrem (STJ, REsp n. 1.841.128/MG, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 9/12/2021 destacado).

A cronologia do relacionamento pode ser assim resumida: namoro, noivado e casamento. E, como é de sabença, **não há repercussão patrimonial decorrente das duas primeiras espécies de relacionamento**. No contexto dos autos, **inviável o reconhecimento da união estável** compreendida, basicamente, nos dois anos anteriores ao casamento, **para o único fim de comunicar o bem então adquirido exclusivamente pelo requerido**. Aliás, a aquisição de apartamento, ainda que tenha se destinado à residência dos então namorados, integrou, inequivocamente, o projeto do casal de, num futuro próximo, constituir efetivamente a família por meio do casamento. Daí, entretanto, **não advém à namorada/noiva direito à meação do referido bem** (STJ, REsp n. 1.454.643/RJ, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe de 10/3/2015) (grifo não original).

Por outro lado, se caracterizada a união estável, é admitido, a título de exemplificação, o direito à meação:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO. VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.278/96, PARTILHA DE BENS. CONSECUTÁRIO DO PEDIDO DE DISSOLUÇÃO. NÃO CARACTERIZADAS AS EXCEÇÕES À MEAÇÃO PREVISTAS NO § 1º DO ART. 5º DA LEI Nº 9.278/96. ACÓRDÃO MANTIDO. [...] 3. **A meação constitui-se em consecutário do pedido de dissolução da união estável**, não estando o julgador adstrito ao pedido de partilha dos bens discriminados na inicial da demanda

(REsp n. 1.021.166/PE, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe de 8/10/2012) (grifo não original).

Em virtude da dificuldade para identificação da relação, se é fática (namoro) ou se é jurídica (união estável), surgiu a figura do “contrato de namoro”, instrumento utilizado pelos casais para a ressalva de direitos, prevenindo pretensões incabíveis, sobretudo de ordem patrimonial.

Por meio do aludido contrato escrito, as partes declaram expressamente que os laços afetivos que os unem se delimitam ao simples namoro. Desse modo, é definido que não há o objetivo de constituir uma família, e que por isso, nada pode ser reclamado, a qualquer título, por ocasião da extinção do namoro.

Nesse instrumento, pode constar uma série de considerações como separação total de bens, guarda compartilhada do animal de estimação, em caso de separação; nenhum direito à herança em caso de morte, e até indenização em caso de traição.

Contudo, segundo a doutrina majoritária, a segurança jurídica perseguida por meio do contrato de namoro é relativa, eis que, como já visto, no decorrer do tempo a relação pode transmudar-se do âmbito dos fatos para o âmbito jurídico. Acerca disso, Paulo Lôbo afirma assertivamente que:

Se a intenção de constituir união estável fosse requisito para sua existência, então semelhante contrato produziria os efeitos desejados. Todavia, considerando que a relação jurídica de união estável é ato-fato jurídico, cujos efeitos independem da vontade das pessoas envolvidas, esse contrato é de eficácia limitada, apenas servindo como elemento de prova, que pode ser desmentida por outras provas (LOBO, 2018, p. 123) (grifo não original).

Portanto, se presentes os pressupostos caracterizadores da união estável, não subsistirá o contrato de namoro que estabeleça o contrário, eis que, não é possível afastar pela simples vontade das partes, a incidência de normas cogentes, de ordem pública.

7. O PROBLEMA DA INSEGURANÇA JURÍDICA NA CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Tendo em vista o exposto, constata-se que certos elementos caracterizadores do instituto da união estável possuem viés subjetivo, sujeitos à fundamentação dos magistrados, sobretudo no que diz respeito à *affectio maritalis* e à estabilidade (inexistência de prazo mínimo para a sua configuração). Assim, a depender do conjunto probatório, o juiz da causa se convencerá ou não acerca da existência da referida relação.

Na prática, a fim de produzir prova acerca da existência da *affectio maritalis*, pode ser apresentados documentos como declaração emitida por banco cujo teor ateste a existência de conta conjunta, plano de saúde com um dos conviventes como dependente do outro, certidão de nascimento de filhos em comum, correspondências no mesmo endereço.

Citam-se ainda, declarações de imposto de renda que constem o companheiro como dependente, testemunhas, contrato de aluguel ou financiamento de imóvel em nome de ambos os conviventes, faturas de cartão de crédito, apólice de seguro que conste o companheiro como dependente, registros de vídeos e fotos em reuniões familiares e eventos sociais.

No entanto, frisa-se que essas provas assumem um teor relativo, já que a convivência sob o mesmo teto (coabitação), a existência de prole em comum e o longo tempo de relacionamento constituem apenas indícios, ou elementos incidentais, desprovidos de força para caracterizar, *de per si*, a existência da união estável. No final, é certo que o juiz da causa, ao analisar o caso concreto, decidirá com base no seu convencimento.

Ainda assim, mesmo com a constatação acerca de sua configuração, tem-se o tormentoso problema sobre a definição de seu termo inicial. Isso importa porque se positiva e a partir de quando for positiva a configuração desse vínculo familiar é que há de se observar a exigibilidade dos deveres pessoais e patrimoniais decorrentes da união estável.

Por esses motivos, a ausência de formalismo para a configuração da união estável causa certa medida de insegurança jurídica, visto que, com o estreitamento dos laços, nem sempre se tem delineado claramente o tipo de relação em que se está diante no caso concreto; sobretudo porque “as expressões pública, contínua, duradoura e objetivo de constituição de família são abertas e genéricas” (TARTUCE, 2021, p. 2247).

Nessa conjuntura, como forma de solucionar o entrave jurídico, levanta-se o questionamento acerca de ser devido ou não o estabelecimento de formalismo, com vista à proteção jurídica das partes envolvidas. Sobre o tema, Rodrigo da Cunha Pereira levanta duas óticas:

A questão da regulamentação ou não das uniões estáveis não é simples. Pode-se dizer que é mesmo paradoxal: por um lado significa a interferência excessiva no campo do privado, com risco até mesmo de acabar com ela. Por outro lado, a falta de regras jurídicas pode ocasionar injustiças, uma vez que da comunhão de vida entre duas pessoas podem nascer efeitos e consequências que merecem, de uma forma ou de outra, proteção jurídica (PEREIRA, 2021, p. 334).

Para o referido autor, toda e qualquer tentativa de regulamentação da união estável para estabelecer formalismos esbarra em contradições, visto que, é da essência dessa relação familiar o desejo de não querer a intervenção do Estado. Desse modo, o formalismo significaria deturpar a *mens legis* e tolher a liberdade individual, transformando a união estável em espécie de casamento.

Entretanto, não se deve confundir ausência de formalismo com a falta de proteção do Estado. Nesse caso, a solução não é dada pelo Poder Legiferante, mas sim, “por meio da jurisprudência e doutrina que, mais próximos da evolução social e costumes, podem ir demarcando os limites e contornos dessas relações” (PEREIRA, 2021, p. 333).

Nesse ponto, é possível vislumbrar a aplicação da Teoria Tridimensional do Direito, de autoria de Miguel Reale (1994, p. 119), que declara ser o Direito “uma integração normativa de fatos segundo valores”. Assim, o direito posto não pode ser visto apenas como uma concatenação lógica-formal de proposições, eis que sobre ele, incide os fatos e os valores por meio da interpretação, concedendo o real sentido à norma.

Sendo a união estável um ato-fato jurídico, tem-se o nítido entrelaçamento da realidade fática com a jurídica, de tal modo que as decisões judiciais perpassam pela norma, pelo fato e pelo valor de justiça. A generalidade e a abstração no conceito de união estável permitem na verdade, a sua modelagem ao campo do direito, eis que, não é possível antever todas as situações fáticas amoldáveis à norma.

Para reduzir a insegurança jurídica decorrente da — necessária — falta de formalismo, propõe-se um esforço para uniformização do que pode servir como prova dos requisitos abertos positivados no Código Civil vigente, a partir do que for sendo paulatinamente decidido na esfera jurisprudencial.

Para isso, os juízes devem se considerar autores no direito, seguindo uma linha decisória coesa, de forma semelhante ao “romance em cadeia”, pensamento proposto por Ronald Dworkin (1999) ao tratar do Direito como integridade.

Nesse viés, o referido autor elucidava que o magistrado

sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar [...]. O veredito do juiz — suas conclusões pós-interpretativas — deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível (DWORKIN, 1999, p. 286).

Com isso, ter-se-á justiça e equidade, eis que

o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas (DWORKIN, 1999, p. 291).

No que concerne especificamente ao elemento da estabilidade, apesar do estabelecimento de um prazo certo aparentar maior segurança jurídica nas decisões, é certo que o engessamento temporal acarreta injustiças. As relações humanas são subjetivas, logo, a definição de “tempo” é abstrata.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da presente pesquisa, foi visto que a união estável está inserida no Direito de Família enquanto espécie de relação marital. Também foi tratado que embora a união estável tenha origem no direito romano, assemelhando-se ao casamento da época, por um longo período histórico, em virtude da influência colonial norteadada pelos valores cristãos, foi estigmatizada e posta à margem do direito brasileiro, com a denominação de concubinato puro.

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 é que a união estável foi reconhecida como entidade familiar, podendo ser conceituada como a união civil entre duas pessoas, constituída a partir da convivência pública, contínua e duradoura e com o objetivo de constituição de família, possuindo natureza jurídica de ato-fato jurídico.

À luz da lei, da doutrina, e da jurisprudência, foram elencados os seguintes requisitos para a configuração da união estável: a *affectio maritalis*, a convivência *more uxório*, a notoriedade, a estabilidade, a continuidade, a inexistência de impedimentos matrimoniais e a relação monogâmica.

O namoro, por sua vez, foi conceituado, seguindo a doutrina, como o relacionamento entre duas pessoas sem caracterizar uma entidade familiar. Já o namoro qualificado é uma expressão cunhada por Zeno Veloso (2018) para se referir ao namoro prolongado, consolidado.

A presente pesquisa demonstrou que a relação de namoro não é figura jurídica, pois essa reside no campo da liberdade, não incidindo normas jurídicas, eis que permanece no mundo dos fatos. Por isso, não é exigido do namoro requisitos jurídicos para a sua configuração.

Ocorre que, hodiernamente, diante da evolução dos costumes e dos estreitamentos dos laços afetivos, há casos concretos em que a figura do namoro qualificado se assemelha à união estável, apresentando muitos dos requisitos da aludida união.

Nessa conjuntura, a distinção entre a união estável e o namoro qualificado reside em uma linha tênue, cujo supedâneo, segundo os tribunais superiores, é o elemento subjetivo da *affectio maritalis*, caracterizado pelo firme propósito de constituir uma família, de conviver numa comunhão de vida, voltada para o presente.

Esse elemento é comprovado por meio dos clássicos critérios para a configuração da posse de estado de casados, como o tratamento dos companheiros (*tractatus*) e o reconhecimento pelas partes e pela sociedade de seu estado (*reputatio*).

Essa distinção é importante, eis que, apenas da união estável é que decorrem efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais exigíveis no Direito de Família, como alimentos, meação e herança; enquanto as questões jurídicas que dizem respeito ao namoro são eventualmente tratadas no Direito Obrigacional ou no Comercial, a depender do caso.

Nessa toada, a pesquisa concluiu que há certa dose de insegurança jurídica quantos aos

requisitos configuradores da união estável, sobretudo no que diz respeito à *affectio maritalis* e à estabilidade (inexistência de prazo mínimo para a sua configuração). Assim, a depender do conjunto probatório, o juiz da causa se convencerá ou não acerca da existência da referida relação.

No entanto, por ser um ato-fato jurídico, a união estável, se regulamentada com o intuito de estabelecer algum formalismo, fundir-se-á ao instituto do casamento, deturpando, portanto, o objetivo do legislador.

Para que as referidas espécies de relacionamento não possam ser confundidas, de modo a provocar, *a posteriori*, efeitos jurídicos contrários à isonomia e à proteção à família, é preciso que cada caso seja avaliado em concreto, a partir da unificação dos requisitos na esfera jurisprudencial.

Logo, para reduzir a insegurança jurídica decorrente da — necessária — falta de formalismo, propõe-se um esforço para uniformização do que pode servir como prova dos requisitos abertos positivados no Código Civil vigente, a partir do que for sendo paulatinamente decidido na esfera jurisprudencial. Desse modo, ter-se-á proteção jurídica adequada à realidade social e a concretização da dignidade da pessoa humana no âmbito dessas relações.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Centro gráfico: 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 12 de abr. de 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n. 37, de 07 de julho de 2014**. Dispõe sobre o registro da união estável, no Livro “E”, por Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais.

Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2043>. Acesso em: 03 de jun. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996**. Regula o §3º do art. 226 da Constituição Federal.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19278.htm . Acesso em: 12 de abr. de 2022.

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

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 de abr. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 03 de jun. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Portal oficial. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 12 de abr. de 2022. BRASIL.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Portal oficial. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: 12 de abr. de 2022.

BRASIL. Planalto. Legislação. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 12 de abr. de 2022.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. **Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais**. Barueri-SP: Manole, 2004.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência - Coordenação Ministro Cezar Peluso**. Barueri, SP: Editora Manole, 2019.

CJF. **Enunciado 261 do Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 03 de jun. de 2022.

CJF. **Enunciado 635 do Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 03 de jun. de 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. / Maria Berenice Dias - 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia>. Acesso em: 04 de set. de 2022.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Versão eletrônica.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: volume único**. 6. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022. Versão eletrônica.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3: Responsabilidade Civil – Direito de Família – Direito das Sucessões**. Coord. Pedro Lenza. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Versão eletrônica.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no curso de direito: trabalhos de conclusão de curso: metodologia e técnicas de pesquisa, da escolha do assunto à apresentação gráfica**. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 33.

LÔBO, Paulo. **Direito civil, volume 5: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Versão eletrônica.

MADALENO, Rolf. Madaleno, Rolf. **Direito de família**. 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022. Versão eletrônica.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes De. **Tratado de Direito Privado Tomo VII Parte Especial**. Brookseller, Campinas, 2000. Versão Eletrônica.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União Estável: do concubinato ao casamento**. 6ª ed. São Paulo: Método. 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Versão eletrônica.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Versão eletrônica.

REALE. **Teoria tridimensional do direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Versão eletrônica.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Portal Oficial. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 04 de set. de 2022.

RODRIGUES, D. R. M. **Aspectos de interesse atual do matrimônio romano**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 93, p. 81-107, 1998. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67400>. Acesso em: 03 de jun. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021. Versão eletrônica.

VELOSO, Zeno. **Direito Civil: temas**. Belém: ANOREGPA, 2018.

VELOSO, Zeno. **Código Civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2002, v. XVII.

SOCIOLOGIA E DIREITO: UMA ANÁLISE ACERCA DOS EFEITOS CAUSADOS AO PLANO COLETIVO POR MEIO DO PLURALISMO JURÍDICO

SOCIOLOGY AND LAW: AN ANALYSIS ABOUT THE EFFECTS CAUSED TO THE COLLECTIVE PLAN THROUGH LEGAL PLURALISM

Claydsom Dyego Batista Pontes

Estudante de Direito na Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Daniele Monte da Silva

Estudante de Direito na Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Jurani Oliveira Clementino

Doutor em Ciências Sociais – PPGCS/UFCG

Resumo: Em decorrência da desigualdade social e da ausência do Estado em algumas regiões, o pluralismo jurídico é um dos fenômenos que se torna cada vez mais presente em nossa sociedade. Assim, vários efeitos acontecem no meio coletivo em decorrência da existência conjunta de mais de um ordenamento jurídico em um mesmo espaço geográfico. Vale ressaltar, que há o pluralismo jurídico social e cultural, os quais serão abordados no decorrer do artigo. Organizações consideradas criminosas que possuem um complexo conjunto de normas, bem como grupos culturais, muitas das vezes, entram em conflito com o ordenamento jurídico estatal. Além disso, ressalta-se que a teoria que defendia o positivismo jurídico não é tão aceita atualmente, dando espaço a um novo entendimento; o da teoria pluralista que defende a pluralidade de ordenamentos jurídicos. O objetivo do respectivo artigo é através de uma análise crítica verificar o pluralismo jurídico através de uma metodologia voltada para pesquisas bibliográficas e empíricas. A hipótese da pesquisa realizada refere-se a ausência de uma atuação estatal é um dos fatores principais para que o pluralismo jurídico se alastre, fazendo com que grupos altamente organizados cheguem a dominar regiões, aplicando leis próprias.

Palavras-chave: Pluralismo Jurídico. Desigualdade. Estado. Direitos.

Abstract: Due to social inequality and the absence of the State in some regions, legal pluralism is one of the phenomena that is increasingly present in our society. Thus, several effects occur in the collective environment as a result of the joint existence of more than one legal system in the same geographic space. It is worth mentioning that there is social and cultural legal pluralism, which will be addressed throughout the article. Organizations considered criminal that have a complex set of rules, as well as cultural groups, often come into conflict with the

state legal system. In addition, it is emphasized that the theory that defended legal positivism is not so widely accepted today, giving space to a new understanding; the pluralist theory that defends the plurality of legal systems. The objective of the respective article is, through a critical analysis, to verify the legal pluralism through a methodology focused on bibliographic and empirical research. The hypothesis of the research carried out refers to the absence of state action is one of the main factors for legal pluralism to spread, causing highly organized groups to come to dominate regions, applying their own laws.

Keywords: Legal Pluralism. Inequality. State. Rights.

Sumário: 1. Introdução – 2. O Estado e o pluralismo jurídico – 3. Do princípio da autodeterminação dos povos (ameríndios) e da proteção das minorias – 4. Pluralismo jurídico social: a realidade brasileira – 5. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O contexto geral do respectivo trabalho consiste em analisar de forma questionadora o pluralismo jurídico, possuindo como objetivo a priori analisar o fenômeno do pluralismo jurídico sociológico e cultural sob um viés crítico, possuindo como base metodológica pesquisas bibliográficas, correlacionando o direito e a sociologia como mecanismos de justificativa acerca desse tema emblemático. Existem algumas lacunas no campo jurídico, como a de qual é a verdadeira causa do surgimento de distintas sistemáticas normativas, que serão exploradas no decorrer do trabalho.

No que se refere ao pluralismo jurídico sociológico, é perceptível os inúmeros impactos que são causados no contexto social. Nas comunidades periféricas, por exemplo, os direitos fundamentais, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, não são efetivados na prática. É nítida a ausência do Estado diante do abandono escolar de adolescentes que se submetem “ao mundo das drogas” e entorpecentes. Uma vez que o Estado não atua como garantidor de uma vida digna para os moradores dessas comunidades, entram em cena outros ordenamentos, originários de grupos altamente complexos e organizados que passam a dominar essas comunidades.

Por outro lado, existe o pluralismo jurídico cultural, em que determinados povos possuem suas próprias normas e princípios que regem acerca de como viver naquele determinado grupo. O pluralismo jurídico é tido como uma expressão negacionista, na qual a perspectiva é descentralizadora, antidogmática, com o intuito de certa maneira ter a supremacia dos fundamentos ético-político-sociológicos sobre critérios técnico-formais. Muitas dessas sociedades, como os povos ameríndios, possuem sua forma de ver o que é certo e o que é errado, aplicando o entendimento ético e moral, que estes possuem, para socializar com os demais membros do grupo.

Compreende-se que no contexto atual, é necessário um debate acerca do tema. Neste artigo,

propomos uma discussão acerca desse teor, tanto no sentido sociológico como no âmbito jurídico. Como exemplo do que será apontado têm-se a questão dos povos ameríndios e posteriormente das corporações criminosas. Será tratado no primeiro tópico sobre Estado e pluralismo jurídico, no que tange ao plano cultural.

2. O ESTADO E O PLURALISMO JURÍDICO

Dissertar a respeito do que confere um Estado plural juridicamente é algo que deve ser alvo de debate. Se olharmos para os séculos antecedentes, podemos claramente observar referências de grande aporte para o que pretendemos tratar hoje, a exemplo do filósofo Aristóteles que em seu tempo já definia a figura do Estado em sua obra intitulada “Política”, determinando que:

Todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, seu princípio, assim como de toda associação, pois todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem. Todas as sociedades, portanto, têm como meta alguma vantagem, e aquela que é a principal e contém em si todas as outras se propõe a maior vantagem possível (ARISTÓTELES, 2007, p. 10).

É nítido que para Aristóteles um Estado é formado por vários indivíduos/pessoas e que todos visam um bem, ou seja, uma finalidade, e este objetivo é algo maior e fundamental a todos os participantes do entorno social. Tendo em vista o que foi explanado pelo autor, é importante destacar que este bem buscado é justamente aquele que visa ser atingido por todas as partes/grupos pertencentes ao todo que compõe, o que chamamos de sociedade em sua forma integral.

Posteriormente, no século XIX, podemos ver que existe uma requisição histórica por função do Estado, em particular do Moderno, qual seja, a da patente do uso legítimo da violência física. Isto não implica dizer, como bem disse Weber (1982), que a violência assim seja o “único instrumento de que se vale o Estado [...], mas é seu instrumento específico de ação” especialmente em interesse da continuidade da ordem social. Entretanto, essa prerrogativa do poder de violência anda ocorrendo mediada concomitantemente pelo Direito, o que representa o eixo Estado, Direito e Poder de Violência.

Por conseguinte, conforme explana Walter Benjamin, em sua obra intitulada “Para uma crítica de la violencia”, podemos notar que:

A tarefa de uma crítica da violência pode se circunscrever à apresentação de suas relações com o direito e com a justiça. Pois, qualquer que seja o modo como atua uma causa, ela só se transforma em violência, no sentido pregnante da palavra, quando interfere em relações éticas (BENJAMIN, 2013, p. 121).

Em uma análise sociológica, a luz do que fora expresso por Benjamin, podemos claramente ver que o autor começa por explorar o uso da violência no ambiente dos meios, sabendo esta ser

designada a efeitos justos ou injustos. Tem-se, portanto, a diferença entre o direito natural e o direito positivo. Enquanto o direito natural se interessaria tão simplesmente com os fins — caso os fins sejam justos, os meios (mesmo com o emprego de violência) são convenientes —, o direito positivo se pergunta se tais meios são passíveis de argumento para estabelecido fim. Neste passo, diz Benjamin que: “[...], pois, se o direito positivo é cego para o caráter incondicional dos fins, então o direito natural o é para o caráter condicional dos meios” (BENJAMIN, 2013).

Agora, tendo ingressado e compreendido o que é o Estado e quem o integra, bem como os seus interesses, o que é um Estado plural juridicamente? Uma conceituação para ele é algo que vem sendo tratado há muito tempo e compreende-se que é o espelho direto da presença de mais de uma ordem jurídica, sejam elas supraestatais como a Organização das Nações Unidas (ONU) ou infraestatais, a exemplo dos sindicatos. Contudo, há dois modos de pluralismo jurídico: o cultural, a modelo dos povos ameríndios; e o sociológico. No primeiro caso, qualificado como pluralismo clássico, há uma clara antinomia de duas ordens muito distintas culturalmente que residem em um mesmo espaço e tempo. O segundo caso, diversamente, abarca na existência simultânea de sistemas de direito construindo uma unidade de análise: trata-se da total objeção ao postulado dogmático exclusivista do direito oficial para exibir a existência de distintas ordens jurídicas igualmente importantes para os contextos que fazem parte.

Evidente em nossa realidade, o pluralismo jurídico não é absolutamente livre e total, o Estado provoca intervenções em vários momentos, fazendo com que a pluralidade não seja mantida e questionada acerca de sua fibra. Constata-se o pluralismo jurídico através da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, presente, sendo o primeiro momento em que os foram enredados em nossa coletividade. O artigo 231 desse dispositivo legal, legitima aos nativos sua organização social, costume, línguas, crenças e tradições. Esses direitos considerados originários acerca das terras que ocupam, decorrendo de competência da União, demarcá-las, defendê-las e fazer honrar seus bens. Com o advento da globalização no mundo contemporâneo, alguns Estados podem assentar insuficiências e suas funções legais originárias esmaecerem também, possibilitando um pluralismo jurídico cada vez mais constante.

Visando garantir uma maior proteção, bem como promover os direitos dos povos indígenas, foi criada, em 5 de dezembro de 1967, a Lei nº 5.371, que instituiu o órgão brasileiro indígena denominado de Fundação Nacional do Índio (Funai), cabe a ressalva que é a principal coordenadora e executora de políticas ligadas aos povos ameríndios associadas ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. Com relação ao que se estabelece em seu estatuto, pode-se visualizar por meio do Decreto nº 9.010, de 23 de março de 2017, publicado no Diário Oficial da União no mesmo ano:

Art. 2º A Funai tem por finalidade:

- I - proteger e promover os direitos dos povos indígenas, em nome da União;
- II - formular, coordenar, articular, monitorar e garantir o cumprimento da

política indigenista do Estado brasileiro, baseada nos seguintes princípios:

- a) reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas;
- b) respeito ao cidadão indígena e às suas comunidades e organizações;
- c) garantia ao direito originário, à inalienabilidade e à indisponibilidade das terras que tradicionalmente ocupam e ao usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes;
- d) garantia aos povos indígenas isolados do exercício de sua liberdade e de suas atividades tradicionais sem a obrigatoriedade de contatá-los;
- e) garantia da proteção e da conservação do meio ambiente nas terras indígenas;
- f) garantia da promoção de direitos sociais, econômicos e culturais aos povos indígenas; e
- g) garantia da participação dos povos indígenas e das suas organizações em instâncias do Estado que definam políticas públicas que lhes digam respeito;

III - administrar os bens do patrimônio indígena, conforme o disposto no art. 29, exceto aqueles cuja gestão tenha sido atribuída aos indígenas ou às suas comunidades, podendo também administrá-los na hipótese de delegação expressa dos interessados;

IV - promover e apoiar levantamentos, censos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre os povos indígenas, visando à valorização e à divulgação de suas culturas;

V - monitorar as ações e serviços de atenção à saúde dos povos indígenas;

VI - monitorar as ações e os serviços de educação diferenciada para os povos indígenas;

VII - promover e apoiar o desenvolvimento sustentável nas terras indígenas, conforme a realidade de cada povo indígena;

VIII - despertar, por meio de instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indígena; e

IX - exercer o poder de polícia em defesa e proteção dos povos indígenas. (BRASIL, 2017, p. 2)¹.

Pode-se ver que a Funai visa garantir uma maior segurança e dignidade aos povos ameríndios e para isso segue conforme o que está positivado por meio do Estado, tendo como finalidade dar o aporte a todo um povo que experiencia e vive uma cultura e um ordenamento jurídico distinto, para que funcione de forma equilibrada, exerça o poder de polícia em defesa e proteção desse campo social divergente.

Trata-se de competência do órgão o estabelecimento no que tange a articulação interinstitucional que circunda a garantia do acesso diverso aos direitos sociais e à cidadania por parte dos povos indígenas, através do monitoramento das políticas voltadas à seguridade social e à educação escolar indígena, bem como promover o fomento e apoio aos processos educativos comunitários tradicionais e de participação e controle social.

Contudo, mesmo tendo o amparo legal e apoio à existência de um Estado plural social e culturalmente, ainda é evidente a ocorrência de situações delituosas no tocante à invasão de terras que estão sob direito dos povos indígenas. Entretanto, cabe a ressalva acerca de um

¹Planalto, DECRETO Nº 9.010, DE 23 DE MARÇO DE 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9010.htm. Acesso em: 22 de maio 2022.

caso ocorrido com o povo Yanomami, que vivem em aldeias na floresta amazônica, localizadas na fronteira entre Venezuela e Brasil, sustentam-se da caça, coleta e pesca, mas vivem também do cultivo de roças estabelecidas por eles. Recentemente, no Brasil, em entrevista à revista Metrôpoles, o líder Yanomami afirmou que garimpeiros tornam área indígena uma “terra sem lei”:

Garimpo ilegal dentro de terra indígena é um local onde não tem lei. Drogas e bebidas alcoólicas são levadas da cidade para as nossas terras e oferecidas para os jovens indígenas, que estão sendo aliciados e abusados sexualmente.”, afirma Ye'kwana

Segundo o líder da Hutukara Associação Yanomami, os povos que mais estão sofrendo com a presença do garimpo ilegal são os Yanomamis e os Mundurucus.

Entre as consequências da presença dos garimpeiros nas terras indígenas, está a contaminação por mercúrio provocada pela exploração de ouro ilegal nas proximidades das aldeias² (METRÓPOLES, 2022).

Além dos problemas citados na revista, subsistem outros os quais são ainda mais degradantes a um povo que merece apenas o reconhecimento enquanto autônomo cultural e socialmente. Mas, como pôde-se verificar na fala do líder da tribo, a invasão ocasionada acarreta sérios problemas para os que habitam as terras. Evidentemente é notório que tais ações cometidas pelos garimpeiros são vistas como delituosas, a exemplo do aliciamento e do abuso sexual de menores.

Retomando ao artigo 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pode-se ver que estão previstos direitos que nos levam ao reconhecimento de particularidades próprias aos povos ameríndios. Dentre essas peculiaridades, os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam:

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições” (BRASIL, 1988, p. 69).

Ainda assim, conforme previsto nos termos da legislação vigente (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Lei nº 6001/1973 - Estatuto do Índio e Decreto 1.775/1996), as terras indígenas podem ser classificadas nas seguintes modalidades:

I) terras indígenas Tradicionalmente Ocupadas: são as terras indígenas de que trata o art. 231 da Constituição Federal de 1988, direito originário dos povos indígenas, cujo processo de demarcação é disciplinado pelo Decreto nº 1.775/1996;

II) reservas indígenas: são terras doadas por terceiros, adquiridas ou

²PORTELA, Maria Eduarda. Líder yanomami: garimpeiros tornam área indígena uma “terra sem lei”. Metrôpoles, 2022. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/lider-yanomami-garimpeiros-tornam-area-indigena-uma-terra-sem-lei#:~:text=%E2%80%9CGarimpo%20ilegal%20dentro%20de%20terra,%E2%80%9D%2C%20afirma%20Ye'kwana>. Acesso em: 25 de maio 2022.

desapropriadas pela União, que se destinam à posse permanente dos povos indígenas. São terras que também pertencem ao patrimônio da União, mas não se confundem com as terras de ocupação tradicional. Existem terras indígenas, no entanto, que foram reservadas pelos estados-membros, principalmente durante a primeira metade do século XX, que são reconhecidas como de ocupação tradicional;

III) terras dominiais: são as terras de propriedade das comunidades indígenas, havidas, por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil;

IV) interditadas: são áreas interditadas pela Funai para proteção dos povos e grupos indígenas isolados, com o estabelecimento de restrição de ingresso e trânsito de terceiros na área. A interdição da área pode ser realizada concomitantemente ou não com o processo de demarcação, disciplinado pelo Decreto nº 1.775/1996 (BRASIL, 1988, p. 69).

Ademais, cabe a ressalva que essas terras indígenas previstas pelo Estado não representam para os povos nativos recursos puramente econômicos, mas sim para que possam habitá-las e por conseguinte conservar-se culturalmente. Devido a isso, não concerne ao Estado sujeitá-los ao modelo legal estabelecido que opera pois este, em muitas situações, é inoportuno para algumas circunstâncias vividas pelo povo indígena e deixa de ser assíduo em favor das normas elaboradas por eles.

De tal modo, o direito brasileiro passou a assentir a existência de um modelo normativo particular dos povos nativos, de certo arranjo que esses direitos *sui generis* foram concedidos a esses povos em categoria regular, sem restrições e independentemente de prováveis mudanças de suas relações com a sociedade ao arrabalde.

Constata-se, portanto, que o grande ponto da normatização jurídica em nota aos aborígenes, inclusa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, está no tratamento dispensado às terras por eles ocupadas, em que o livre trato desses povos ao seu ambiente é categoria fundamental para o cumprimento dos demais direitos indígenas, por meio dos quais o de permanecerem com suas particularidades culturais.

Paralelamente a questão indígena do Brasil, pode-se abordar acerca do Novíssimo Pluralismo Jurídico do Equador e da Bolívia em que o novo constitucionalismo latino-americano plurinacional respalda na busca de romper com a ideia atual de Estado, através de um viés europeu, em detrimento do debate concernente a uma unidade normativa de uma Constituição, não necessariamente, representará uma padronização social, política e cultural ao ressurgimento de um *modus vivendi* hegemônico. Convém destacar que, o Estado plurinacional e o sistema plurijurídico simbolizam um grande passo na América Latina como ferramenta democrática de revigoração do cidadão, sendo exemplo de modelo a novos estudos sobre a temática, com o intuito de contribuir com outros países e divergentes culturas neste meio de descolonização.

Defender os direitos dos povos nativos é uma das recomendações dos instrumentos

internacionais que pretendem resguardar os Direitos Humanos, dentre os quais o Brasil é signatário. Comentar sobre as causas de assistência ao Direito Indígena no Direito Internacional demanda versar sobre três elementos essenciais: os povos indígenas enquanto sujeitos de Direito Internacional, as fontes oportunamente ditas e a forma de filtração das normas internacionais pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ao observar a lógica explanada, tem-se por obrigação explicar que o Direito Internacional é determinado classicamente como o todo de regras que especificam os direitos e os deveres dos Estados. Dá-se que, após o período de guerrilhas, outros sujeitos foram aceitos além dos Estados Nacionais, tais como as organizações intergovernamentais, as organizações não governamentais (ONG), as pessoas, as populações minoritárias e, também, os povos indígenas.

Adentrando ainda mais no assunto, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, superior órgão da ONU, trata em seu art. 38 que as convenções internacionais são fontes de Direito Internacional que constituem regras reconhecidas de modo patente pelos Estados Nacionais. Nessa situação, convenções e tratados são marcos usados como sinônimos pelo Direito Internacional.

Os povos nativos possuem seus direitos certificados nas declarações de direitos humanos e são salvaguardados internacionalmente, de forma extensiva, pelos tratados e convenções. Desse modo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, foi o primeiro documento universal que consagrou direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todos os seres humanos. Seus princípios são, em geral, aceitos como Direito Costumeiro Internacional, exigindo-se dos países, ao menos, um porte político moral na sua execução.

Posteriormente, será abordada uma temática de suma importância, levando em consideração a temática cultural, no tocante ao pluralismo jurídico, no que diz respeito ao princípio da autodeterminação dos povos ameríndios e da proteção dessas minorias.

3. DO PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS (AMERÍNDIOS) E DA PROTEÇÃO DAS MINORIAS

Conceituar o princípio da autodeterminação dos povos é ascendente no que se refere ao conceito de governo. Todavia, com a Revolução Americana e a Francesa, a assertiva autodeterminação foi comparsa a teorias relacionadas à soberania popular e nacional. Mais tardiamente, com o fortalecimento dos nacionalismos no século XIX na Europa, o princípio se conectou efetivamente ao Estado, ou seja, cada nação careceria de ter o direito a seu próprio Estado e cada Estado precisaria ser circunspecto por uma única nação.

Logo no início do século XVIII, a expressão nação passou a ser empregada na ideia de Estado e a Revolução Francesa reforçou e ofertou seu uso, mas não fez extinguir seu ancestral sentido. Destarte, a palavra nação ainda hoje porta um significado ambíguo: um sentido jurídico e político que corresponde ao Estado, em sentido histórico e sociológico que caracteriza a

comunidade cultural. No século XIX, o princípio da nacionalidade equivaleu de incentivo para marchas de emancipação de vários povos oprimidos na Europa, como os sérvios, os romenos, os búlgaros, húngaros, tchecos e polacos, como também para a combinação de povos que almejavam a unidade nacional, como a Itália e a Alemanha. Embora da necessidade de precisão da definição de nação, em seu substantivo aconteceram a criação de guerras e revoluções que converteram o mapa político do mundo.

No tocante ao princípio da autodeterminação dos povos ameríndios especificamente, foi singular principalmente nos autos de descolonização da África e da Ásia nos decêndios de 50 e 60. Todavia, as elites independentistas estabilizaram suas demandas na imagem de que havia aparecido nos países coloniais uma corrente nação de mestiços, com uma excepcional cultura, uma única religião, uma identidade uniforme, um idioma tradicional e um sistema regulamentário predominante para este povo culturalmente assemelhado. Estas questões se incorporaram completamente à ideia principal que abraçava independência a fronteiras estatais já demarcadas.

Apenas em 1992, a Assembleia Geral da ONU assentiu, depois de extensas discussões na Subcomissão perante a Precaução de Discriminação e Proteção das Minorias, órgão subordinado da Comissão de Direitos Humanos, a Declaração dos Direitos das Pessoas Associadas a Minorias pátrias ou Étnicas, religiosas e Linguísticas. Similar em diversos elementos à Declaração sobre a Extinção de todas as Feições de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Doutrina, de 1981, este atestado defende a presença e a identidade das minorias naturais e demanda dos Estados signatários termos legais para permitir a progressão cultural destes grupos.

Necessita-se apenas de um olhar pronto para enxergar que a legislação internacional aparenta inócua ante as instabilidades provocadas pelas complicações étnicas, religiosas ou linguísticas. No entanto, a partir das questões que estes instrumentos dispuseram, muitas ações têm ocupado lugar. A década de noventa do século XX foi ferida por diversos embates interétnicos e alvortos de fundo cultural, mas também procedeu o período de superior ascensão nas legislaturas nacionais e internacionais no que toca ao diagnóstico do direito à autodeterminação dos povos, especialmente se angariarmos em interesse as Constituições nacionais da América Latina.

Adentraremos agora no debate acerca do pluralismo jurídico na realidade brasileira, especificamente, no que se refere ao pluralismo jurídico social, nas comunidades periféricas e desassistidas pelo Estado. Assim como os povos indígenas possuem normas culturais, que de certa forma são um sistema “paralelo” as leis do Estado, as comunidades periféricas, geralmente também seguem regras criadas por grupos altamente complexos e organizados, que chegam a ser mais aceitas pelos moradores daquela localidade, do que propriamente as leis ditas estatais.

4. PLURALISMO JURÍDICO SOCIAL: A REALIDADE BRASILEIRA

Quando se iniciam os estudos jurídicos no campo acadêmico, logo de início é apresentado aos discentes que o direito é um complexo normativo cuja finalidade consiste em organizar a sociedade, de modo que as leis impostas devem ser aplicadas a todas as pessoas de forma abstrata. Então, há uma inclinação de que tudo aquilo que está fora desse espectro normativo seria considerado ilegal.

Em síntese, a multiplicidade de manifestações ou práticas normativas num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais materiais (WOLKMER, 2001). Pelo entendimento da teoria monista, apenas o Estado é detentor do poder de elaborar as leis, de modo que as demais serão consideradas ilegais, essa teoria, portanto, baseada no positivismo jurídico, já não é tão aceita. Entra em campo, todavia, a teoria pluralista, que tem um posicionamento contrário. Segundo Giugni (2004), a superação das considerações estatais ocorre de forma paralela com a crise do pensamento legalista, ao mesmo tempo em que existe o problema da insuficiência da lei e dos limites da autoridade estatal em uma sociedade articulada em uma variedade de centros de poder.

Convém aqui ressaltar uma abordagem feita pelo professor Boaventura de Souza Santos, em 1988, que na década de 70 visitou a favela de Jacarezinho, que foi batizada pelo observador como Pasárgada, para uma análise sociológica.

Segundo a visão do sociólogo (SANTOS, 1988) ficou marcado nos estudos deste que, as relações dessa comunidade com o Estado eram antagônicas ou inexistentes. Os habitantes desse local não tinham acesso aos serviços públicos básicos como água e luz. Os moradores, portanto, eram marginalizados. Imprescindível dizer, que os habitantes se negavam a recorrer ao judiciário.

Boaventura de Souza Santos, em 1988, escreveu um livro intitulado *O Discurso e o Poder*, resultado de seus estudos empíricos na favela, e chegou a uma conclusão de que existia um direito, diferente do estatal, que era vigente naquela comunidade, organizada pelos próprios moradores. Essa comunidade, por ter sido originada a partir de ocupações em terrenos particulares, era tida como ilícita pelo direito oficial estatal, por isso era uma comunidade invisível aos olhos do Estado, conforme se constata da ausência de políticas públicas e da prestação de serviços públicos aos que moravam em Pasárgada.

Diante disso, seus moradores, geralmente, não eram reconhecidos pelo Estado enquanto sujeito de direitos, mas tão somente como objetos de repressão criminal. Assim, diante da ausência do Estado e aqui destaca-se, em especial, do direito estatal, os moradores de Pasárgada acabam por se organizar, de forma a melhorar o desenvolvimento da comunidade e garantir a segurança e a ordem nas relações sociais. Assim, Santos relata:

Pasárgada é uma comunidade densamente povoada, no seio da qual se estabeleceu uma teia muito complexa de relações sociais entre os habitantes e entre estes, individualmente, e a comunidade no seu todo, algumas das quais

têm origem em contratos (compra e venda, arrendamento etc.) e outros negócios jurídicos que envolvem a propriedade, a posse e os direitos reais vários sobre a terra e as habitações (ou parte delas) individualmente apropriadas. Tais relações têm uma estrutura homológica das relações jurídicas. No entanto, à luz do direito oficial brasileiro, as relações desse tipo estabelecidas no interior das favelas são ilegais ou juridicamente nulas, uma vez que dizem respeito a transações sobre terrenos ilegalmente ocupados e a construções duplamente clandestinas. Dentro da comunidade, contudo, tais relações são legais e como tal vividas pelos que nela participam; a intervenção dos moradores neste domínio visa constituir como que um ersatz da proteção jurídica oficial de que carecem (SANTOS, 1998, p. 46).

Após duas décadas da pesquisa realizada por Boaventura de Sousa Santos, Eliane Junqueira e José Augusto de Souza (1992) publicaram um artigo intitulado *Parsárgada Revisitada*, para demonstrar que nos anos noventa a juridicidade mediacional das Associações dos Moradores do Rio de Janeiro estava sendo substituída por uma juridicidade fundamentada na violência exercida pelo crime organizado do tráfico de drogas. Sob esse aspecto o direito alternativo das favelas do Rio de Janeiro não conduzia a formas de sociabilidade, mas compreendia bem como robustecia o processo mais geral de atomização das relações sociais que vem sendo experimentada pela sociedade brasileira a partir dos anos oitenta.

Nesses territórios em que as leis brasileiras não são aplicadas, e sim “as leis da favela” os moradores recorrem, na maioria dos casos, ao chefe do crime organizado ou aos milicianos. Como exemplo, pode-se citar a compra de um serviço de internet por aqueles que habitam as comunidades. Segundo uma pesquisa chamada “Um país chamado favela”, que foi divulgada durante a Expo Favela, na hora de escolher um produto ou serviço, 88% dos moradores afirmaram que acreditam mais nos influenciadores da própria comunidade do que em influenciadores famosos.

Uma vez que o Código de Defesa do Consumidor, considerado uma norma legal, não se aplica a esses territórios, os moradores recorrem aqueles indivíduos que prestam esse tipo de serviço seguindo um código de conduta imposta pela corporação do crime estruturado.

Como organização criminosa mais afamada e aclamada no meio midiático se tem o Primeiro Comando da Capital e o Comando Vermelho, que constituem grupos considerados de uma complexa estruturação. Essas associações possuem representação em grande parte do território nacional, principalmente naqueles locais em que o Estado é obsoleto, no que se refere à prestação de serviços básicos e de garantias constitucionais.

Interessante destacar que, o pluralismo jurídico é visível também na arte, como letras de músicas nacionais, que demonstram a realidade dos indivíduos que habitam nessas localidades. Cada comunidade possui suas próprias leis, que caso não sejam cumpridas terá um rigor maior no quesito punição, envolvendo elementos como a tortura. Nos “tribunais do crime” as vítimas não terão direito ao contraditório ou à defesa, por exemplo, ou seja, não se adotará o princípio do devido processo legal. Os indivíduos são simplesmente esquartejados

ou executados a sangue frio, como forma de amedrontar os demais. No quesito letras de músicas cabem citar aqui que a arte, a exemplo do rapper, geralmente faz alegações a respeito do antagonismo das normas existente naquele campo quando comparadas as leis estatais.

Uma das canções mais conhecidas nacionalmente, composta pelo grupo Racionais, intitulada *Fórmula Mágica da Paz*, demonstra uma situação implicate. Na letra da canção, o compositor ao apontar a Zona Sul, faz referência a um lugar em que o poder econômico é maior, tendo em vista que consiste em uma região que é mais valorizada no mercado imobiliário, e que, as leis vigentes do Estado “estão todas erradas”. Além disso, o escritor da letra demonstra a indignação a respeito das leis brasileiras consideradas legais. A letra da canção também traz um dispositivo normativo que é respeitado nas comunidades, que é o segredo ou o silêncio. Nessas áreas se preza muito pelo silêncio do que ocorre dentro delas, e aqueles que contrariam essa regra estão sujeitos a serem julgados pelos “chefões”. A letra da canção diz no seguinte trecho: “Cada lugar uma lei, eu tô ligado, no extremo sul da Zona Sul tá tudo errado, aqui vale muito pouco a sua vida, a nossa lei é falha, violenta e suicida, se diz que, me diz que, não se revela: parágrafo primeiro na lei da favela”.

Na maioria das vezes, a criação de leis paralelas a do Estado, surge como o meio que diversos grupos sociais encontram para atender suas necessidades e anseios, que muitas vezes não são percebidas e atendidas pelo Estado. É perceptível, nas grandes metrópoles, onde o pluralismo jurídico se mostra mais visível, que existe uma desigualdade enorme entre os habitantes. Muitos deles se encontram em um estado de marginalização, e não possuem direitos fundamentais básicos atendidos.

Cabe aqui mencionar a respeito de um dos maiores grupos criminosos do mundo, que possui mais de 30 mil integrantes, o Primeiro Comando da Capital, criado no ano de 1993, por oito presidiários. Os documentos escritos pelos membros do grupo dizem respeito às normas disciplinares elaboradas com a finalidade de regular o comportamento dos membros e de quem circula nesses espaços. Trazem ao PCC uma concepção que se parecem como uma “igreja do crime”, e nesta perspectiva, o grupo funciona como uma ampla rede de criminosos, a maioria deles nas prisões, que atua com um braço político e outro econômico.

Em um entendimento político, o grupo criou um debate de união ao enfrentamento contra o “Estado opressor”. Pelos estatutos criados pelo próprio grupo, definem a ética e a forma de se relacionar entre aqueles que atuam no mundo do crime. Pode-se dizer que essa facção funciona como uma agência reguladora do mercado criminal, além de prestar auxílio aos seus filiados e familiares. O controle e a autoridade das lideranças decorrem principalmente do fato de que eles dominam a absoluta maioria dos presídios paulistas.

Interessante ressaltar que, o escritor Carlos Amorim publicou um livro no ano de 1993, intitulado: “Comando Vermelho, a História Secreta do Crime Organizado”, que relata acerca das ligações do crime, onde o poder se exerce pela força dos milhões de dólares arrecadados

com a venda de drogas. Também traz uma análise histórica e sociológica da violência nas grandes cidades brasileiras, bem como o funcionamento da organização do grupo.

Aqueles que desobedecem às normas do crime, mais cedo ou mais tarde, precisam prestar contas às lideranças, e por isso preferem obedecer. Porém, não se trata somente de uma regra imposta de cima para baixo. A previsibilidade e a ordem interessam a todos que integram essa cadeia ao permitir uma rotina menos perversa nas prisões e aumentarem os lucros e previsibilidade das atividades criminais. Eles pregam que a violência é igual a prejuízo. Para os filiados, o PCC ainda proporciona vantagens, como advogados, transportes, cesta básica e ajuda a familiares.

Existe também uma desvantagem para aqueles que adentram nessa organização. Os membros acabam perdendo a autonomia e devem obedecer a um comando, que possui um próprio código penal. Há uma visão dentro do próprio grupo que define o certo e o errado, através de uma visão machista, misógina e conservadora, devendo ser seguido tanto pelos membros, quanto por aqueles que habitam os espaços controlados pela organização. O Primeiro Comando da Capital, sistematizou um conjunto de códigos escritos que servem de diretrizes para o comportamento esperado e que também definem as punições àqueles que erram, levando em consideração a magnitude do erro.

Convém aqui ressaltar, que as normas jurídicas criadas pelos legisladores, que geralmente ocupam uma situação econômica privilegiada, e acabam criando legislações que, às vezes, não atendem aos interesses dos mais pobres, entrando em cena o pluralismo jurídico, como uma alternativa, que chega, muita das vezes, a ser mais justa do que aquela imposta pelo Estado.

Antes de tudo é indispensável, uma vez mais, ter presente que, na modernidade da sociedade liberal-burguesa-ocidental, toda a tradição da produção legislativa e das práticas da aplicação da justiça e resolução dos conflitos é formalmente dominada pelos órgãos oficiais do Estado. Quanto maior é o poder de intervenção, dirigismo e responsabilidade administrativa maior é a necessidade de criar “mitos fundantes” para proteger e justificar sua onisciência frente a outras instancias sociais. Todo esse esforço para centralizar a regulamentação da vida social incidirá em funções clássicas (polícia, justiça e defesa) que serão canalizadas de procedimento de cunho formais legislativo, administrativo e jurisdicional. Por mais ampla, forte e totalizadora que possa ser essa regulamentação jurídica da sociedade moderna por parte da ação monopolizadora do Estado, este não consegue erradicar e inviabilizar todo fenômeno de regulamentação informal proveniente de outros grupos sociais-não estatais (WOLKMER, 2001, p. 286).

Como elenca o doutrinador Wolkmer (2001), é quase impossível que o Estado impeça a existência de outros grupos que criem suas próprias regras para atender melhor suas necessidades. Além disso, existe o posicionamento de que o pluralismo jurídico não deve negar o direito estatal, entretanto, tomá-lo como uma das manifestações que o fenômeno jurídico pode assumir na sociedade. Desse modo, o pluralismo envolve tanto as práticas

oficiais, bem como aquelas independentes ou semiautônomas em relação ao Estado. E, indo de encontro com a perspectiva pluralista, esta possui o mérito de oferecer autenticidade às múltiplas manifestações normativas não-estatais originadas na sociedade, o que, inserindo-se em um ambiente de conflitos e marcado por relações de desigualdade e exclusão de certos setores sociais, contém a possibilidade de inclusão de parcelas atualmente excluídas e reconhecimento de seus direitos.

Wolkmer (2001), também faz a distinção entre o pluralismo como instrumento contra-hegemônico de emancipação das estruturas sociais dependentes, de uma outra prática de pluralismo vinculada a projetos neoliberais e neocoloniais, que está a apresentar-se como alternativa:

O pluralismo de corte conservador opõe-se radicalmente ao pluralismo progressista e democrático. A diferença entre o primeiro e o segundo está, fundamentalmente, no fato de que o pluralismo conservador inviabiliza a organização das massas e mascara a verdadeira participação, enquanto que o pluralismo transformador como estratégia democrática de integração procura promover e estimular a participação (WOLKMEN, 2008, p. 192).

Como foi interposto anteriormente, essas comunidades possuem um ideal lógico do que é certo ou errado. Pode-se citar, por exemplo, que o Primeiro Comando da Capital (PCC) possui o próprio código penal, ou seja, ao criar esse conjunto de regras, a organização criminosa vê que penas estatais estão erradas, possuindo como norte comportamental as normas criadas dentro do próprio grupo. No entanto, essas codificações geralmente são bem mais rígidas do que o aceito pelo Estado. Os julgamentos são resumidos a torturas e execução.

Diante dessas situações, a sociedade começa a normalizar tais condutas dentro daquele espaço no qual são recorrentes as práticas delituosas. Assim, o conceito do que é certo ou errado pelos moradores é modificado, uma vez que a maioria deles está em uma zona marginalizada, de certa forma, esquecida pelo Estado, fazendo com que estes se submetam ao que é imposto pela organização criminosa.

Interessante ressaltar que, essas comunidades desassistidas pelo poder estatal entram constantemente em conflito com policiais. Essa situação problemática é um dos efeitos mais preocupantes, uma vez que o litígio armado entre os envolvidos é causa de vários casos de mortes de inocentes que são vítimas de bala perdida. Os noticiários recorrentemente relatam esses infortúnios, principalmente tendo como vítima crianças inocentes.

Outro tópico que pode ser colocado em pauta, é a questão de que o direito à vida passa a ser banalizado, a morte se torna algo banal, comum aos olhos daqueles que assistem diariamente a esses casos. Nos grandes centros urbanos, por exemplo, adolescentes que ainda não alcançaram a maioridade, são as maiores vítimas desse impasse, principalmente negros, pobres e que não possuem ensino médio completo. Segundo a United Nations International Children's Emergency Fund (UNICEF), entre 2016 e 2020, 35 mil crianças e adolescentes de até 19 anos foram mortos de forma violenta no Brasil — uma média de 7 mil por ano além disso, a

sociedade ainda possui um olhar preconceituoso contra essas pessoas. No entanto, muitos habitantes dos locais onde vigoram as leis da favela são pessoas de bem, trabalhadoras e honestas, mas que seguem as normas previstas pelos chefes das grandes organizações criminosas, no que lhe diz respeito, haja vista que algumas regras previstas nas comunidades periféricas chegam a ser mais justas e eficazes do que a do próprio Estado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Claramente, o pluralismo jurídico é um fato evidentemente universal: toda sociedade é estruturalmente plural, e realiza diversos regimes de direito. Nas sociedades estatais, o pluralismo jurídico não é, impreterivelmente, divergente do direito estatal: o Estado é capaz de permitir ou impulsionar o pluralismo para reprimir as pressões sociais, ou tornar mais efetiva sua autoridade. Nas sociedades convencionais, a forma mínima e geral de pluralismo jurídico fundamenta-se na divergência presente entre as regras que controlam as relações entre os povos.

Ressalva-se, no entanto, que o Estado de direito se diverge dos demais moldes estatais de composição política por sua anuência da limitação de suas atribuições pelo direito. Em um Estado de direito, o Estado não deve elaborar o que lhe convém e aceitar ver-se continente pelo direito.

Contudo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assegura direitos aos grupos indígenas, grande parte da congratulação pelo afincamento por uma política indigenista. Como vimos no decorrer deste trabalho, o *caput* do artigo 231 desse diploma legal que dispõe acerca da constatação da organização social, dos costumes, línguas, crenças e tradições, e as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.

O pluralismo jurídico passou a ser compreendido como uma correlação de controle e luta, em outras palavras fundamentos legais dominantes fixando características para as normas e práxis legais dos subordinados. O emprego contra hegemônico do direito se afirmou fundamental ferramenta de independência dos povos marginalizados. Com a Carta Magna, os povos naturais passaram a sentir seus direitos certificados e oportunidade de manutenção dos seus costumes, como por exemplo, a congratulação do direito consuetudinário realizado nas comunidades.

Diante de todo conteúdo imposto, faz-se interessante um olhar crítico sobre o pluralismo jurídico, de modo que essa temática seja trabalhada em setores de ensino, por exemplo. Enquanto cidadão é necessário saber como se procede a questão do crime organizado, suas peculiaridades e os motivos que impulsionaram o surgimento desses grupos. Nesse caso a insuficiência estatal em garantir as necessidades básicas aos moradores dessas comunidades. Além disso, o Estado deve preservar e respeitar as normas criadas por grupos indígenas, fazendo valer na prática o que dita a Carta Magna. Aliando-se tais medidas será possível um olhar mais crítico, por parte da sociedade, acerca do fenômeno pluralismo jurídico.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Carlos. **Comando Vermelho: a história secreta do crime organizado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1993.
- ARISTÓTELES, **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2007.
- BENJAMIN, W. **Para a crítica da violência**. In: BENJAMIN, W. **Escritos sobre mito e linguagem**. Tradução de Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. 2ª ed. São Paulo: Duas Cidades; Editora 34, 2013.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- CABRAL JÚNIOR, Luciano Roberto Gulart; VÉRAS NETO, Francisco Quintanilha. **Cidadania indígena e pluralismo jurídico: crítica ao estatuto do índio**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 19.
- DE MIRANDA, J. A.; DE FRAGA, M. **O Estado plurinacional e o sistema plurijurídico: um avanço no desenvolvimento da sociedade Latino-americana**. Direito e Desenvolvimento, v. 10, n. 1, 16 jul. 2019.
- GIUGNI, Gino. **Introducción al estudio de la autonomía colectiva**. Granada: Editorial Comares, 2004.
- JUNQUEIRA, E. B.; RODRIGUES, J. A. S. **Pasárgada revisitada**. Sociologia Problemas e Práticas, Lisboa, V.12, 1992.
- KELSEN, Hans. **La teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho**. Trad. Moisés Nilve. Buenos Aires: Editora Universitária, 1960. **Teoria pura do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- MERCADO E CONSUMO. **Metade dos moradores de favelas que usam a internet faz compras online-** 2022. São Paulo (SP): Escritório da Representação Gouvea Ecosystem; 2020.
- PLANALTO, **Decreto N° 9.010, de 23 de março de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9010.htm. Acesso em: 22 maio 2022.
- PORTELA, Maria Eduarda. **Líder yanomami: garimpeiros tornam área indígena uma “terra sem lei”**. Metrôpoles, 2022. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/lider-yanomami-garimpeiros-tornam-area-indigena-uma-terra-sem-lei#:~:text=%E2%80%9CGarimpo%20ilegal%20dentro%20de%20terra,%E2%80%9D%2C%20afirma%20Ye'kwana>. Acesso em: 25 maio 2022.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

UNICEF. **Homicídios de crianças e adolescentes- 2020**. Brasília (DF): Escritório da Representação do UNICEF no Brasil; 2020.

WEBER, M. **Ensaio de Sociologia**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1982.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura de direito**. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.

DIREITOS HUMANOS E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: ENGRENAGENS DA DIFERENÇA ONTOLÓGICA

HUMAN RIGHTS AND THE SELECTIVITY OF THE BRAZILIAN PENAL SYSTEM: GEARS OF ONTOLOGICAL DIFFERENCE

Leandro Fonseca Missiatto

Doutorando em Psicologia Clínica pela Unisinos. Mestre em Psicologia pela UNIR. Psicólogo pela UniFacimed. Analista Processual em Psicologia do Tribunal de Justiça de Rondônia. Docente da Escola da Magistratura de Rondônia. Docente do curso de Psicologia da Faculdade Estácio de Pimenta Bueno.

Marcos Giovane Artico

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia. Formação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Mestre em Ciências Jurídicas pela Univali. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Criminal.

Douglas Antoni J. Sousa

Graduando em Psicologia - Estácio FAP Faculdade de Pimenta Bueno - RO. Estagiário de Psicologia Escolar/Educacional - Secretaria Municipal de Educação de Pimenta Bueno - SEMED. Representante Discente do Colegiado no curso de Psicologia - Estácio FAP. Presidente Liga Acadêmica de Saúde Mental - LASMEN - Estácio FAP.

Resumo: A proposta central deste ensaio fundamenta-se no afloramento das reflexões sobre os direitos humanos, a seletividade do sistema penal brasileiro e suas relações com o alto índice de encarceramento da população negra e pobre no Brasil. Para tanto, utilizou-se como arcabouço epistemológico o pensamento decolonial/pós-colonial, sustentando as análises e críticas levantadas a partir da ideia de diferença ontológica no Sistema Penal do Brasil. A questão norteadora foi a seguinte: qual o lugar social, ontológico e político do sofrimento e direitos humanos da população privada de liberdade no Brasil? Portanto, para obtenção de respostas, analisou-se a relação entre racialização do sistema penal, seletividade penal e discussões sobre a necropolítica.

Palavras-chave: Diferença Ontológica. Direitos Humanos. Seletividade penal. Sistema Penal Brasileiro.

Abstract: The central proposal of this essay is based on the emergence of reflections on the human rights, the selectivity of the Brazilian penal system and its relations with the high rate of incarceration of the black and poor population in Brazil, for this purpose,

decolonial/postcolonial thinking was used as an epistemological framework, supporting the analyzes and criticisms raised from the idea of ontological difference in the Brazilian Penal System. The guiding question was the following: what is the social, ontological, and political place of suffering and human rights of the population deprived of liberty in Brazil? Therefore, to obtain answers, the relationship between racialization of the penal system, penal selectivity and discussions about necropolitics was analyzed.

Keywords: Ontological Difference. Human Rights. Penal Selectivity. Brazilian Penal System.

Sumário: 1. Introdução – 2. Direitos humanos para quem? – 3. A Seletividade do Sistema Penal Brasileiro: uma grave violação de direitos humanos camuflada – 4. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este ensaio discute a noção de direitos humanos a partir da consideração da diferença ontológica, ruptura humana vigorante em sociedades perpassadas pela herança colonial. Reflete ainda sobre os desdobramentos dessa diferenciação no desenvolvimento da seletividade do Sistema Penal Brasileiro que produz julgamentos que não apenas sentenciam os sujeitos pelos seus atos, mas os condenam pela cor de suas peles, gêneros e classes sociais. Pensar direitos humanos a partir da recolocação dos problemas de sua implementação decorrente de uma pauta racista, homofóbica, misógina e classista no Sistema Penal Brasileiro pode ser uma chave para mudanças estruturais que garanta uma justiça mais equânime.

2. DIREITOS HUMANOS PARA QUEM?

Pensar direitos humanos (DH) em uma sociedade marcada por fragmentações e contradições, em que suas instituições por vezes se conectam a imperativos hegemônicos reprodutores de desigualdades, é de fato um grande desafio. O que está em relevo nesse cenário de soterramento das individualidades e demandas dos grupos periféricos, não são somente as reivindicações coletivas por melhores condições de vida, mas também os protestos por pertencimento e reconhecimento de humanidade, que embora pareça elementar nesse campo de proposituras, não é — seja pela sua difícil colocação política, ou mesmo pela variedade epistemológica e filosófica.

O fato é que a ordem da vida, deflagrada em uma sociedade de disputas intermitentes, editadas e reeditadas por sucessivas crises engendradas por sistemas estruturais de poder que operam ativamente para a exploração de determinados sujeitos sociais, exige que essa dimensão do existir humano seja recorrentemente revisitada. E essa é uma tarefa que o sistema jurídico tem assumido com certa frequência, todavia, sem muito custo, tem convertido os direitos humanos em discursos puramente intelectuais, que embora sejam resistentes a verificações impostas pelo racionalismo do Direito, são facilmente desmontados quando confrontados com os fatos da vida.

No que concerne às interfaces dos direitos humanos no campo do sistema penal, sobressaltam disputas narrativas e de poderes que refletem de modo inequívoco a complexidade da problemática da promoção e garantia de DH no âmbito da aplicação da lei penal. Embora o atual contexto de execução das punições de pessoas que transgrediram as normas, seja considerado “mais humano”, quando comparado à forma como eram aplicadas as punições na Antiguidade e Idade Média, sugerindo uma “evolução”, tanto no tratamento punitivo quanto na prevenção de novos crimes (AMARAL, 2016), o que se percebe quando se observa a estrutura da aplicação penal é a existência de uma engenharia perniciososa que opera de modo a desqualificar a humanidade daqueles que são colocados diante da justiça brasileira, o que faz dos argumentos da evolução humanitária no tratamento ao encarcerado, falácias indigestas.

A partir da incorporação dos ideais iluministas do séc. XVIII, racionalizou-se, filosófica e juridicamente, a finalidade do cumprimento da pena estipulada ao indivíduo transgressor da lei. O objetivo nuclear dessa concepção jurídica caminhava em dois sentidos, no primeiro a finalidade era evitar que novos crimes fossem praticados pelo indivíduo penalizado e no segundo, o propósito consistia no caráter pedagógico, uma vez que a pena era concebida como prevenção geral à criminalidade. Dessas concepções derivam grande parte da herança penal brasileira, ou seja, a crença que justiça criminal se faz pela inibição das práticas delituosas e sua reincidência, bem como a ideia de que à justiça cabe função modeladora aos demais membros da sociedade. Esse sistema põe em segundo plano, questões essenciais para a produção das criminalidades, dicotomizando desigualdades sociais, racialidades, questões sexuais e de gênero do crime e da pena — o sujeito do Código Penal é um ser destituído de história, uma vida para além dos dramas estruturais da nação.

Esse cenário demanda urgente des/re/construção, uma guinada essencial onde a questão dos DH seja proposta a partir da reconfiguração dos antigos argumentos elaborados à sombra de concepções que enunciam a criminalidade na centralidade das atitudes e comportamentos individuais do sujeito em oposição à lei. Esse pensamento essencialista tende a descartar fatores cruciais para o entendimento da ação desse sujeito, subtraindo do debate social os motivos e razões invisibilizadas que o levaram/colocaram na condição de transgressor da lei.

A racialização, generificação e segregação social, embora sejam dinâmicas relevantes para a compreensão das criminalidades, tendem a figurar como adereços quando se trata da aplicação da lei penal. O impasse experimentado por operadores do Direito, que ante a constatação concreta da transgressão da lei e a consideração do panorama sistêmico de sua manifestação, evidencia a fragilidade das garantias de DH no âmbito do sistema penal, já que a estrutura das legislações, dos sistemas de proteção e aplicação da lei não são capazes de atender questões essenciais às humanidades.

Mas se por um lado é admissível a ideia de que existe um sistema penal que desconsidera problemas estruturais na formação das desigualdades e criminalidade, essa realidade nos exige considerar que esse mesmo sistema, ao atuar distante das realidades de opressão,

coopera para a manutenção das desigualdades. Essa constatação pode ser verificada facilmente no marcador de raça na população carcerária (CORDEIRO *et al.*, 2019). No Brasil a população prisional é composta majoritariamente por pessoas pretas ou pardas. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2022), conforme dados divulgados em 2019 pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), havia mais de 755 mil pessoas em privação de liberdade no Brasil, parte expressiva dessa população era constituída por pessoas jovens (44,79%), em maioria, negras (66,69%) e com baixa escolaridade. Destaca-se que conforme esses dados, aproximadamente 30% dessas pessoas eram presos em regime provisório.

Os estatísticos do sistema penitenciário demonstram que o negro no Brasil é constantemente visto como uma ameaça ao convívio social, independentemente da prática ou qualidade dos delitos. O negro é o sujeito que deve ser constantemente abordado por viaturas policiais, é o alvo predileto da polícia, por ser ele o socialmente perigoso, o sujeito perverso socialmente (SANTOS, 2006). O negro é o subproduto social e humano, um alguém exilado dos recursos sociais para o exercício da cidadania. O negro é a vida estigmatizada por não ter escolaridade; a vida que chora durante o tiroteio na favela; a pessoa que escuta vozes militares dizendo “deita no chão, mão na cabeça”, a pessoa que a tonfa abre o couro cabeludo, a pessoa das constantes ameaças à sua vida (FREITAS, 2020). O negro é a vida que tomba cedo à morte insana, vítima de bala “perdida”; é a pessoa capturada pelo Estado, destituída de humanidade, cujas responsabilidades estatais sobre seus dramas não são consideradas.

O aumento de pessoas privadas de liberdade demonstra que a população carcerária cresce de forma elevada mesmo em comparação ao crescimento do número de habitantes. Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (CNJ, 2022), revelam que entre os anos de 2000 e 2017, o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil triplicou, saltando de 232 mil para 726 mil, representando um aumento de 212,93%, esse aumento é bem superior ao crescimento de 40% da população encarcerada nas Américas como um todo, e de 24% no mundo. No intervalo entre 2009 e 2019, o número de pessoas aprisionadas passou de 473 mil para mais de 755 mil, um aumento percentual de 59,61% o resultado imediato do encarceramento em massa é superlotação dos presídios, realidade que determina que o cumprimento da pena ocorra de modo insalubre, propício às doenças físicas e mentais. O CNJ (2022), declara que as raízes destas questões estão relacionadas a graves problemas estruturais, nesse sentido a superlotação carcerária funciona como catalisador de violência, condições degradantes e inumanas que funcionam ativamente no corpo social. Os resultados desse fenômeno são difusos e se agravam devido à ausência de iniciativas articuladas para seu enfrentamento e resolução de modo sistêmico e integrativo.

Como descreve Wacquant (2001), as prisões brasileiras são campos de concentração para pobres, grupos minoritários e negros, que mais se assemelham a depósitos de detritos sociais ou aquilo que a sociedade despreza, do que instituições que servem para função de reinserção e ressocialização, pois os sistemas prisionais passaram a ter regimes disciplinares rígidos e degradantes, o que se contrapõe com a perspectiva da ressocialização e emancipação do indivíduo em contraposição à lei.

Diante de tais fatos, não custa considerar que a experiência das populações que ocupam os sistemas prisionais no Brasil abarca complexidades que tornam suas vivências um fato quase que inacessível, uma vez que são constituídas no hiato paradoxal do sistema penal, já que a lei que deveria ancorar a justiça e equidade acaba repercutindo nos cárceres as desigualdades materializadas nas dinâmicas sociais. Exemplo disso é ambivalência das discursividades envolvidas nas assimetrias das penas presentes nos discursos do presidente Jair Bolsonaro que por várias vezes disse que “bandido bom é bandido morto”, “CPF foi cancelado” (ROUBICEK, 2021), ou “vou dar carta branca para PM matar bandidos” (CARVALHO, 2017).

O mesmo presidente que fez apologias ao extermínio de pessoas em oposição à lei, foi o responsável pelo indulto ao deputado federal Daniel Silveira, condenado pelo Supremo Tribunal Federal a 8 anos e 9 meses de prisão por ataques à Suprema Corte. Nota-se que além dos marcadores discriminatórios e de preconceitos enraizados e perpetrados na sociedade, as pessoas que estão sujeitas às penalidades da lei, experimentam o aprofundamento das desigualdades quando a execução penal reproduz os marcadores de exclusão. Isto, não inibe em considerar que se encontra em vigência no país a necropolítica (MBEMBE, 2008), pois a pessoa que já esteve durante seu convívio social sujeito às opressões sociais do desfalecimento, ainda terá de suportar o peso do sistema prisional em seus ombros, sendo levada aos limites do perecimento.

Conforme Mbembe (2008), a ideia de necropolítica parte de uma concepção filosófica que faz menção ao uso do poder social e político para designar quais e como algumas pessoas podem viver e como devem morrer, a partir da distribuição desigual das oportunidades para a vida e a morte. Na visão de Monteiro e Cardoso (2020), o sistema prisional brasileiro se tornou o “aspirador social”, no qual o aumento da população carcerária se deve mais a uma política de repressão e de criminalização à pobreza e ao negro do que a uma política capaz de diminuir as ocorrências criminais.

Deste modo, cumpre compreender que a extensão de direitos fundamentais à vida e a cidadania expressos nos documentos jurídicos no Brasil, quando colocados frente às famigeradas desigualdades sociais que assolam grupos tradicionalmente excluídos, expõe a sintomática debilidade da normativa dos DH, cuja prescrição legal é assumidamente importante, mas insuficiente para garantia de condições necessárias para o desenvolvimento da vida dos mais vulneráveis socialmente (PIRES, 2019). Decorre desse cenário a necessidade de pensar a quem os DH estão a serviço, já que a declarada contradição entre direitos e a vida material daqueles membros sociais que estão sujeitos, hoje mais do que nunca, a um conjunto substancial de violações aos direitos da vida, é prerrogativa essencial para a produção da cidadania de papel (DIMENSTEIN, 2002).

Na tessitura da realidade observada nas narrativas sobre os direitos humanos, insurge o questionamento, para quais humanos estão sendo direcionados esses direitos? Diante desse questionamento, Mascaro (2017) propõe que o alicerce basilar de direitos humanos na contemporaneidade é delineado por dinâmicas variáveis, conflitivas e contraditórias de seu

conceito e funcionalidade, portanto, é notória a variabilidade no processo de afirmação, negação, garantia, bem como a seletividade e limitação dos padrões de direitos humanos, ou seja, o indivíduo negro é encarcerado e mantido do outro lado da dimensão ontológica da humanidade, tornado um não-semelhante, o que irá lhe conferir, portanto, ao opressor a justificativa natural das violações de seus direitos humanos.

Diante disso, o importante não é fundamentar narrativamente os direitos do humano, mas protegê-los, e para protegê-los, não basta proclamá-los, é preciso sua reconfiguração e execução funcional para as populações minoritárias e vulnerabilizadas (BOBBIO, 2004). Para Mascaro (2017), os direitos humanos não se limitam a sua nuclearidade terminológica, pois a própria dinâmica de sua constituição ocorreu historicamente por meio da expansividade conceitual, em que direitos sociais, coletivos, consolidaram um arcabouço de defesas, que nos seus variados níveis, reforçam o antagonismo entre si.

Foi a partir da expansão desse conceito que foram germinadas as contradições narrativas sobre os direitos da humanidade por meio de concepções “apartheideistas”, que colocaram em lados opostos os reais beneficiados por esses direitos e os outros que foram segregados. As defesas, bem como a afirmação dos direitos humanos tornaram-se recursos voláteis direcionados a uma parcela populacional seletiva, da qual as populações mais vulneráveis foram excluídas continuamente ou utilizadas ao seu desfavor (MASCARO, 2017). Este quadro evidencia a importância de minar e reconfigurar os mecanismos formais de operacionalização e desfazer suas contradições em DH, por conseguinte, as constantes análises das estruturas constituintes e de seus interesses contrapostos.

É comum que na busca de situar as discussões sobre DH no campo jurídico, surjam proposições que elejam como referência o marco histórico e institucional, responsáveis na modernidade, pelo reconhecimento de tais direitos. Contudo restringir essas discussões ao campo do racionalismo técnico ou mesmo a uma historiografia das violações humanas não garante que, em últimas instâncias, o direito se materialize na vida de quem o demanda (MASCARO, 2017). Nesse sentido, sem pretensões reacionárias, mas puramente no ensejo de considerações mais adequadas à compressão das múltiplas mazelas sociais e humanitárias a que determinados grupos identitários brasileiros estão sujeitos, buscamos pautar essa discussão a partir da noção de humanidade, pois embora pareça absolutamente óbvio que os sentidos semânticos dos direitos humanos se refiram a determinados direitos capazes de assegurar a vida e dignidade do ser humano (PERUZZO, 2016), essa é apenas uma ideia equivocada, já que a propositura de tais direitos se assenta no caráter ontológico que tende a normatizar enquadres que definem aqueles que são humanos, e assim, detentores de tais direitos.

Essa é uma questão que habita a gênese dos direitos humanos — a diferenciação de quem é e quem não é humano — pois é apenas por esse referencial que um conjunto complexo e extenso de direitos pode ser formulado. Mas afinal, quem são os sujeitos humanizados em nossa sociedade? Há sujeitos que não sejam humanos? E como essas referências norteiam a

acepção de direitos entre humanos e não humanos?

Embora não tenham se dedicado a pensar tal problemática no campo do Direito, inúmeros pensadores e pensadoras pós-coloniais e decoloniais, e mesmo alguns anteriores a essas escolas de pensamento elaboraram um conjunto de epistemologias que, ressalvadas as diferenças, se entrelaçam no entendimento que as desigualdades étnico-raciais, de gênero, de crença religiosa, de posição geopolítica, do saber e de classe social produzem não apenas diferenças que podem ser observadas no campo dos recursos e riquezas, mas um tipo de diferença altamente corrosiva que separa em humanidade aqueles sujeitos que terão direitos, daqueles que despidos de humanidade transitarão suas vidas na ausência de direitos (SANTOS, 1990; SANTOS; NUNES; MENESES, 2004; FANON, 2008; BOIS, 1999; BUTLER, 2020; LUGONES, 2014; MALDONADO-TORRES, 2020; MISSIATTO, 2020).

Essa diferença é aquilo que Missiatto (2021) chama de diferença ontológica, cuja natureza consiste na linha abissal que separa os que são considerados humanos daqueles que são cristalizados em simbolismos animalizantes e primitivos. Trata-se de um complexo processo emergido na colonização do Sul-global que atuou em diferenciar colonos de colonizados, não apenas na qualidade de suas funções, mas, sobretudo, na essência de suas identidades. A retomada permanente dos valores coloniais em sociedades marcadas por um passado de violências estruturais faz com que a diferença ontológica seja terreno fértil para a deflagração e manutenção da desumanização das identidades subalternizadas.

Para tanto, a diferença ontológica, funciona como elemento necessário para a fundamentação dos sistemas de poder que se alimentam das vidas daqueles que são enclausurados pelo Estado em territórios de morte moral, cultural, individual e coletiva. Os sentidos dessa diferença nutrem impetuosamente as políticas segmentárias de direitos humanos, que obstante a qualquer idealização, agem de modos diferentes e com recursos desiguais que visam à legitimação e reafirmação da pretensa superioridade de certas parcelas populacionais — brancos elitizados, burgueses, cisheterossexuais — enquanto invisibilizam a humanidade e destituem de direitos àqueles que foram marcados com as insígnias sociais da inferioridade, primitividade, subalternidade e inumanidade — não brancos, LGBTQIA+, mulheres e pobres.

Quando, a partir de observações práticas da realidade se verifica que direitos humanos são ampla e fundamentalmente exercidos por pessoas de determinadas localidades geopolíticas e por específicos grupos sociais, enquanto outras pessoas são recorrentemente desnutridas de direitos sociais e humanitários, percebe-se que o exercício político e social dos direitos humanos na modernidade, sustenta e é dialeticamente sustentado pela diferença ontológica. A título de exemplo podemos citar a discrepância do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) entre os países do Norte-global e os do Sul (PNUD, 2021), o encarceramento em massa da população preta (CORRÊA; VOLPE FILHO, 2020) e a morte violenta em razão do gênero de pessoas LGBTQIA+ (GGB, 2020). Tais diferenças colocam em xeque discursos nacionalistas e neoliberais sobre direitos humanos, muitos deles amplamente difundidos no Direito, que pregam de modo idealista o exercício pleno da universalização dos DH e do sujeito de direito.

3. A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO: UMA GRAVE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS CAMUFLADA

Neste trabalho utilizamos a terminologia de Sistema Penal para nos referir ao conjunto normativo regido pelo Direito Penal, contudo, cabe a ressalva de Zaffaroni e Pierangeli (2011) a respeito da noção de “sistema” recorrentemente utilizada pelas ciências criminais brasileiras. Conforme estes autores a ideia de “sistema” deveria seguir uma ordem racional e sistematizada guiada pelo Direito Penal, contudo, o que se observa é que, apesar da atribuição à estrutura penal brasileira de “sistema”, a mesma não funciona de modo sistemático, condizente com a realidade humana e material de nossas sociedades. O que se observa é o esforço óbvio de criminalizar a população periférica, quando o que seria produtor é a defesa e não condenação dos mais pobres e explorados (ZAFFARONI, 2001), incorporando as heranças históricas do racismo dentro da estrutura de um “sistema” ineficiente, dando origem ao que Davis (2019) denomina de complexo industrial-prisional, colocando em relevo a crescente deterioração do direitos e liberdades democráticas sob os auspícios do terrorismo de Estado, sedimentados por uma resistência política consciente.

O ciclo regular do Sistema Penal Brasileiro, revestido das garantias processuais e legais, emanadas da Constituição Federal e leis esparsas coloca o indivíduo, acusado, independentemente do crime, seja leve ou gravíssimo, como sujeito de direito, garantindo-se a lei o devido processo legal formal e material (art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal). Embora sejam significativos tais avanços humanitários dentro do processo penal, as questões sociais brasileiras e suas desigualdades históricas colocam em questão a eficácia dos dispositivos jurídicos quando aqueles que reivindicam o direito são os protagonistas do outro lado da margem humana produzida pela diferença ontológica. Logo, a própria realidade fática das diferenças questiona se as camadas sociais menos favorecidas dispõem dos mesmos direitos daqueles abastados financeiramente, ou com poder econômico ou de influência política, social e institucional?

Embora o intuito legislativo tenha garantido um aparato legal voltado à equidade, a realidade social de um país de reminiscências profundas em sistemas escravagista, misógino, homofóbico e burguês como o Brasil, faz com que o direito penal seja mais seletivo e rigoroso para as classes sociais menos favorecidas economicamente desde o acesso à justiça até os produtos da atividade judicante. Seja por que precarização dos órgãos essenciais ao exercício de direito de pessoas mais pobres, como a Defensoria Pública, ou pelo encarecimento do processo judicial que muitas vezes opera na obstrução do direito com sedes judiciais distantes das periferias, ou até mesmo pela exigibilidade de certos documentos comprobatórios quando esses poderiam ser dispensados, ou pela própria morosidade que sucumbe com a demanda do requerente ampliando, em muitos casos, o grau de complexidade de suas reivindicações, o fato é que o direito penal pode em muitos sentidos distanciar o direito da vida do cidadão mais pobre.

Na prática forense muitas vezes se verifica que o tratamento dispensado aos “criminosos do

colarinho branco”, definição dada pelo sociólogo americano Edwin Sutherland (2014) referindo-se à condição pessoal do infrator como pessoa de respeitabilidade e elevado status socioeconômico, difere aos dos infratores pobres. Há nesse sentido a institucionalização da desigualdade que no sistema de justiça se manifesta pela sedimentação da estratificação humana em uma hierarquia de poder profundamente vergonhosa.

Conforme o Conselho Nacional de Justiça, na intervenção do conselheiro Mário Guerreiro, ao tratar do encarceramento brasileiro, afirma que a prisão no Brasil tem cor, já que “cerca de 66,69% da população carcerária brasileira é formada por negros. E isso são dados até 2019 do Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Por que será? Por que são pobres? Por que a maioria dos pobres é negra? O encarceramento tem cor” (CNJ, 2020). E se o encarceramento tem cor é porque o sistema de justiça racializa o crime e isso expõe seu pacto com o racismo estrutural que edifica as desigualdades nacionais. Há, nesse sentido, a sedimentação da legalidade da violência racial, uma vez que os agentes públicos além de não coibirem o racismo, a ele se aliam. A consumação dessa realidade é possível graças à formulação de normas que recorrem às generalidades das pessoas sem fazer qualquer menção às suas características, e ao fazer isso afetam negativamente os membros de grupos específicos porque os atores públicos e privados deixam de levar em consideração todas as consequências que uma norma ou prática dela derivada pode ter no status social de diferentes segmentos (MOREIRA, 2020).

Logo, podemos compreender que o nexos causal que legitima o funcionamento ideológico no sistema de justiça se nutre com voracidade de ideologias ancoradas na patologia racial que desumaniza a população negra, institucionaliza a violência e precariedade de vida dessas identidades e, depois de subtrair-lhes até as energias mínimas de humanidade as convertem em criminosas sociais. E se isso ocorre por meio do Judiciário é mais que emergente rasgar o véu da sociologia jurídica elaborada pelos discursos débeis de uma democracia social ou da meritocracia dos sujeitos individuais e sociais, assumindo com convicta honestidade o mal celebrado nas ideologias racistas que o judiciário recupera toda vez que suas sentenças se alimentam da raça e não da imparcialidade para suas fundamentações. Assim, o sistema penal acaba por movimentar e ser mais célere e eficiente para determinados casos, de acordo com a cor, gênero e classe social a qual pertence o sujeito sentenciado. Trata-se de um problema estrutural e seletivo encarnado na realidade jurídica do Brasil, pois enquanto sujeitos racializados, generificados e proletarizados os operadores do Direito não estão imunes ao risco de produzirem um sistema de justiça fundado em valores ideológicos legitimados na segregação das diferenças e na sua conversão em inimigos inegociáveis do Estado.

Inclusive os órgãos de persecução penal e investigativos estão mais adaptados aos crimes comuns e violentos, a exemplo do furto, roubo, tráfico, lesão corporal e homicídio, como crença natural de práticas delituais típicas de homens negros e pobres, enquanto que lavagem de dinheiro, organização criminosa ou crimes contra o sistema financeiro são tipologias criminais denatureza da branquitude. Essas analogias arbitrárias derivam, sobretudo, de narrativas sensíveis aos apelos racistas e burgueses, ao passo que o fenômeno das desigualdades em sua

gênese colonial e escravagista é profundamente negado.

Zaffaroni e Pierangeli (2011) reconhecem que o Sistema Penal brasileiro não consegue alcançar a todos da mesma forma. O que se tem é a seletividade, que parece até algo cultural do sistema de justiça. Michel Foucault (1987) retrata a seletividade do Sistema Penal e o falso discurso de que a lei é feita para todos quando na verdade “ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas” (1987, p. 229).

A seletividade do direito penal é algo cultural e estrutural do sistema de justiça como um todo. É urgente racializar suas decisões, desocultar os mecanismos infrajurídicos utilizados para promoção das desigualdades e legitimação da fratura ontológica, colocando no banco dos réus a prática jurídica que se encontra encarnada na experiência colonial do sistema de justiça brasileiro, que permanece a recuperar os valores colonialista que fortalecem as estruturas de poder, tornando-as ainda mais eficiente em desumanizar, explorar e aniquilar não brancos, LGBTQIA+, mulheres e outras identidades disruptivas às normas hegemônica (MISSIATTO, 2021).

Portanto, considerar a materialidade da seletividade do direito penal implica em reconhecer que em níveis mais nucleares o substrato que orienta essa seletividade é a diferença ontológica. Trata-se de uma engrenagem da diferença ontológica, em que sua atuação não diz respeito apenas na seleção de para quem as medidas jurídicas serão dosadas com maior rigor, mas justamente em promover essa operação a partir do fundamento de que aos pertencentes ao outro lado da fronteira ontológica, em que a simbolização zoológica e subdesenvolvida substitui essencialmente a humana, serão radicalmente sentenciados pelo sistema penal não pela exclusividade do ato praticado, mas pela semântica das epidermes, dos gêneros não normativos e inferioridade da classe social.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há na formação nas sociedades modernas uma considerável cisão humanitária que foi produzida pela opressão colonial, trata-se da diferença ontológica, espaços de diferenciação, de ordem colonial, entre quem é humano e quem é sub-humano. Essa diferença se manifesta, sobremaneira, nas instituições e elas por seus dispositivos e tecnologias. Nesse ensaio sustentou-se que a diferença ontológica se faz sentir no Sistema Penal Brasileiro por meio da seletividade penal, essa seletividade diz respeito à distinção com que pessoas negras e pobres são tratadas em relação às pessoas brancas e favorecidas economicamente. Essa diferença se expressa pelo racialização exposta em sentenças, como aquela proferida pela juíza Inês Marchalek Zarpelon, da 1ª Vara Criminal de Curitiba, quando em 2020 mencionou a raça de um réu ao condená-lo por organização criminosa (VIANNA; BRODBECK, 2020). Fatos como esse indicam o fracasso da impessoalidade do sistema de justiça e sua natureza racista.

A seletividade do Sistema Penal é grave violação dos direitos humanos das identidades

subalternizadas, gerenciada exatamente por aqueles que deveriam atuar para promoção da vida plena dos seres humanos. Colocar essa temática na centralidade do Direito é reivindicar uma ruptura radical com o pacto racial, classista e misógino executado por operadores do direito que se valem da Lei Penal para distinguir a pena não pelos critérios objetivos da lei, mas por ideologias hegemônicas sustentadas na hierarquização das raças, dos gêneros, das classes e, conseqüentemente, da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

AMARAL, C. O. Prisões desativadas, museus e memória carcerária. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 2016, 113. Disponível em:

<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/394>. Acesso em: 18 jun. 2022.

BOIS, W. E. B. D. *As Almas da Gente Negra*. Rio de Janeiro: Lacerda, 1999.

BUTLER, J. *Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

CARVALHO, R. Bolsonaro diz que quer dar “carta branca” para PM matar em serviço. Manaus 14 dez. 2017. UOL, 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/14/bolsonaro-diz-que-quer-dar-carta-branca-para-pm-matar-em-servico.htm>. Acesso em: 18 jun. 2022.

CNJ, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Central de Regulação de Vagas: Manual para a Gestão da Lotação Prisional*, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/03/manual-central-de-regulacao-de-vagas.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2022.

COIMBRA, C. M. B. Violência do Estado e violência “doméstica”: o que têm em comum. *Clínica e política: subjetividade e violação dos Direitos Humanos*, 2002, 77-88. Disponível em: <https://app.uff.br/slab/uploads/texto74.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2022.

CORDEIRO, J. C. et al. *Perfil da população prisional no Brasil: um estudo a partir dos dados compilados pelo INFOPEN 2017*. *Anais do EVINCI-UniBrasil*, 2019, 5.1: 36-36. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisvinci/article/view/4543/3670>. Acesso em: 17 jun. 2022.

CORRÊA, L. D.; VOLPE FILHO, C. A. *Encarceramento em massa e o mito da democracia racial: a interligação de um fenômeno crescente no Brasil*. *Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca*, v. 4, n. 1, p. 635–647, 2020. O encarceramento tem cor, diz especialista. CNJ, Brasília, 09 de jul. de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/o-encarceramento-tem-cor-diz-especialista/>. Acesso em: 19 de set. 2021.

DAVIS, Angela. *A democracia da abolição: Para além do império, das prisões e da tortura*.

Editora Bertrand Brasil, 2019.

DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - julho a dezembro de 2019**. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenp>. Acesso em: 15 jun. 2022.

DIMENSTEIN, G. **O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Ática, 2002.

FANON, F. **Pele negra, máscara brancas**. Salvador: EDUFBA, 2008.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 1987.

FREITAS, F. S. **Racismo e polícia: uma discussão sobre mandato policial**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, p. 264. 2020. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/38911/1/2020_FelipedaSilvaFreitas.pdf. Acesso em: 02 set. 2022.

GGB. **Observatório de mortes violenta de LGBTI+ no Brasil - 2020: relatório**. Disponível em: <https://observatoriomortesviolentaslgbtibrasil.org/2020>. Acesso em: 18 de set. 2021.

LUGONES, M. Rumo a um feminismo descolonial. **Estudos Feministas**, v. 22, n. 03, p. 935– 952, 2014.

MALDONADO-TORRES, N. Analítica da colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas. In: BERNARDINO-COSTA, J.; MALDONADO-TORRES, N.; GROSGOUEL, R. (Orgs.). **Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2020.

MASCARO, A. L. Direitos humanos: uma crítica marxista. **Lua Nova**, n. 101, p. 109–137, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/QFXz4jWqFYVs88Sn6FVtd7R/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 set. 2021.

MBEMBE, A. **Necropolítica**. In: Foucault na Era do Terror. Palgrave Macmillan, Londres, 2008. p. 152-182.

MISSIATTO, L. F. Diferença ontológica: a dicotomia humana como espaço de produção da diferença colonial. **Revista Epistemologias do Sul**, v. 04, n. 01, p. 22–45, 2020. Disponível em: <https://revistas.unila.edu.br/epistemologiasdosul/article/view/2645>. Acesso em: 18 set. 2021.

MISSIATTO, L. F. **Colonialidade Normativa**. Curitiba: Appris, 2021.

MONTEIRO, F. M.; CARDOSO, G. R. A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da

população carcerária: um debate oportuno. *Civitas-Revista de Ciências Sociais*, 2020, 13: 93-117. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/civitas/a/wjmWpRx3yMLqSJ6fQJ9JkNG/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 jun. 2022.

MOREIRA, A. J. *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020

PERUZZO, P. P. Direitos humanos, povos indígenas e interculturalidade. *Revista Videre*, v. 8, n. 15, p. 11–25, 2016. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/5594#:~:text=A%20interculturalidade%20s er%20apresentada%20como,da%20soberania%20popular%20no%20Brasil>. Acesso em: 18 set. 2021.

PIRES, T. Racializando o debate sobre direitos humanos: limites e possibilidades da criminalização do racismo no Brasil. *Revista Sur*, v. 15, n. 28, p. 65–75, 2019. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2019/05/sur-28-portugues-thula-pires.pdf>. Acesso em: 12 de set. 2021.

ROUBICEK, M. Como o ‘CPF cancelado’ virou o novo ‘bandido bom é bandido morto’. 26 abr. 2021. *NEXO*, 2021. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2021/04/26/Como-%E2%80%98CPF-cancelado%E2%80%99-virou-o-novo-%E2%80%98bandido-bom-%C3%A9-bandido-morto%E2%80%99>. Acesso em: 18 jun. 2022.

SANTOS, B. de S.; NUNES, J. A.; MENESES, M. P. Para ampliar o cânone da ciência: a diversidade epistemológica do mundo. In: SANTOS, B. de S. (Org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Porto: Edições Afrontamento, 2004.

SANTOS, N. S. *Tornar-se negro*. Rio de Janeiro: Graal, 1990.

SANTOS, G. A. dos. *A invenção do ser negro*. Rio de Janeiro: Pallas, 2006.

SUTHERLAND, E. H. A criminalidade do colarinho branco. *Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal*, v. 2, n. 2, p. 93–103, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/56251>. Acesso em: 1 set. 2021.

VIANNA, J. ; BRODBECK, P. Juíza cita raça ao condenar réu negro por organização criminosa. *G1*, Curitiba, 12 de ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2020/08/12/juiza-diz-em-sentenca-que-reu-negro-era-seguramente-integrante-de-grupo-criminoso-em-razao-da-sua-raca.ghtml>. Acesso em: 19 de set. 2021.

WACQUANT, L. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

ZAFFARONI, E. R. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*.

5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIREITOS HUMANOS E A ERA DIGITAL: A NECESSIDADE DA PROTEÇÃO DE DADOS COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

HUMAN RIGHTS AND THE DIGITAL AGE: THE NEED FOR DATA PROTECTION AS A FUNDAMENTAL RIGHT

Lucas Fernandes Rodrigues

Estudante de Direito na Universidade Federal do Oeste do Pará (UFOPA).

Resumo: É indubitável afirmar que nas últimas décadas ocorreu um crescimento exponencial de instrumentos tecnológicos das ciências da computação, de modo a influenciar contextos sociais, políticos e culturais da sociedade contemporânea. Tanto que, o direito à privacidade, garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, hoje transmuta-se a uma formação mais moderna: os dados pessoais. Nesse sentido, a presente pesquisa baseia-se no tipo bibliográfico, bem como utiliza o método dedutivo para explicar, inicialmente, quanto a evolução histórica dos direitos humanos e a garantia de dados pessoais como uma nova dimensão destes. Posteriormente, analisaram-se os marcos regulatórios e construções jurídicas brasileiras para a estruturação da proteção de dados pessoais e por fim, buscou-se demonstrar os impactos e os desafios para a democracia em uma era marcada pela intimidade entrelaçada com a tecnologia, e por isso, da necessidade de se garantir a autodeterminação informativa e o direito a proteção de dados pessoais como rol dos direitos humanos, bem como a construção e fortalecimento de um sistema jurídico pautado na proteção deste.

Palavras-chave: Privacidade. Dados Pessoais. Direitos Humanos. Autodeterminação Informativa.

Abstract: It is undeniable to state that in the last decades there has been an exponential growth of technological instruments of computer science, so as to influence social, political and cultural contexts of contemporary society. So much so that the right to privacy, guaranteed by the Universal Declaration of Human Rights, today transmutes to a more modern formation: personal data. In this sense, the present research is based on the bibliographical type, as well as using the deductive method to explain, initially, the historical evolution of human rights and the guarantee of personal data as a new dimension of these. Later, the regulatory frameworks and Brazilian legal constructions were analyzed for the structuring of personal data protection and, finally, we sought to demonstrate the impacts and challenges for democracy in an era marked by intimacy intertwined with technology, and therefore, the need to guarantee informative self-determination and the right to personal data protection as a human right, as well as the construction and strengthening of a legal system

based on its protection.

Keywords: Privacy. Personal data. Humanrights. Informational Self-Determination.

Sumário: 1. Introdução – 2. Direitos Humanos e Era Digital; 2.1 A historicidade dos direitos humanos; 2.2 Repercussões da esfera digital nos direitos humanos; 2.3 Big data e dados pessoais – 3. A construção da proteção de dados pessoais no sistema jurídico brasileiro – 4. Os novos desafios frente às problemáticas dos dados pessoais e big data – 5. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

Desde o seu surgimento, a teoria dos Direitos Humanos sofreu modificações ao longo da história. A partir de cada contexto cultural e político, a eficácia, conteúdo e proteção dos Direitos Humanos era adaptado para as necessidades daquela sociedade em específico. Desse modo, a partir da concepção de sua historicidade e relatividade (BOBBIO, 2004), os Direitos Humanos tiveram uma evolução histórica até chegar à concepção contemporânea, delimitada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 1948.

No contexto de sua metamorfose histórica, optou-se por fazer uma divisão da evolução desses direitos, no que a doutrina comumente designa como dimensões dos Direitos Humanos. O consenso é que existem três grandes paradigmas ao longo da história dos Direitos Humanos: a liberdade, igualdade e a fraternidade. Entretanto, mediante o progresso tecnológico e as consequentes mudanças na cultura, economia e política das sociedades humanas, alguns autores alertam para a necessidade de se abordar sobre novas dimensões dos Direitos Humanos, pautadas na democracia, pluralidade e nos paradigmas da esfera digital (SARLET, 2016).

As repercussões e a necessidade de integrar e regulamentar aspectos da esfera digital como parte dos direitos inerentes ao ser humano é fruto das próprias modificações acarretadas pela evolução tecnológica. O surgimento do ciberespaço revolucionou a humanidade pela capacidade de transmissão e fluxo de informações por mecanismos de busca e pesquisa. Com isso, qualquer pessoa pode ter acesso a um banco de dados de informações, estabelecer relações de rede, realizar transações comerciais e outras ferramentas. Nesse contexto, a internet mudou significativamente a maneira como o ser humano consome seus aparelhos tecnológicos, tornando-se mais do que meios de entretenimento, mas como parte vital do funcionamento da sociedade e das relações humanas.

Nesse sentido, é inegável que o ciberespaço necessitaria de regulamentações jurídicas. Parte das discussões iniciais sobre o uso da internet partiram da concepção da liberdade de expressão, livre acesso à informação e direito à privacidade, como bem previsto no Marco Civil da Internet. Entretanto, mediante o avanço de algoritmos e da inteligência artificial nos últimos anos, novas questões precisam ser aprofundadas. Sobretudo, sobre a questão da

proteção de dados. A necessidade da proteção de dados se tornou evidente, sobretudo, a partir do Caso Cambridge Analytica, que manipulou dados de cerca de 87 milhões de usuários na rede social Facebook, tendo forte impacto nas eleições presidenciais americanas de 2016 e na votação do Brexit. Nesse sentido, países como Chile, Uruguai e México, bem como da União Europeia, já elencam positivamente a proteção de dados pessoais no rol dos direitos fundamentais.

Diante disso, o presente artigo tem por objetivo geral analisar a historicidade dos direitos humanos e a concepção — e necessidade — de se regulamentar juridicamente os dados pessoais como um direito fundamental, de modo a fazer uma análise das problemáticas de tratamento de dados pessoais na sociedade informacional, bem como da construção do seu arcabouço jurídico, com destaque para a legislação e jurisprudência brasileira.

Nesse diapasão, inicialmente, irá se analisar os caminhos históricos dos direitos humanos, partindo de seu conceito de historicidade, até o contexto atual de impactos sociais, culturais e políticos advindos da incorporação de meios digitais, especificamente dos dados pessoais, que apresentou novos desafios e a necessidade de garantia deste como um novo paradigma dos direitos fundamentais.

Em seguida, se desenvolverá a construção jurídica e os parâmetros do direito brasileiro engajada nessa temática, que visa reforçar de modo efetivo a proteção de dados pessoais. Para isso, se analisará a legislação brasileira com enfoque no tratamento dessas informações, a Lei Geral de Proteção de Dados, bem como legislações pioneiras de outros países que estabeleceram panoramas na proteção da privacidade na rede. Em outra frente, se abordará as expectativas do tratamento dessa questão pelo Poder Judiciário, visto que a Emenda Constitucional nº 115/2022 estabeleceu a proteção de dados pessoais como direito fundamental.

Por fim, se abordará acerca da necessidade da proteção de dados pessoais como um direito fundamental, de modo a destrinchar que com o crescimento do volume de pesquisa gerado pela internet, os dados gerados a partir desses mecanismos de buscas começaram a ser armazenados, tratados e analisados por mecanismos de algoritmos inteligentes da chamada *big data*. A partir desses dados, uma empresa pode analisar melhor o perfil de seus clientes e assim direcionar propagandas e anúncios que estejam de acordo com suas preferências, bem como utilizar a infinidade de dados para feitos políticos, o que representa um desafio à democracia à intimidade de seus cidadãos, de modo a decorrer a necessidade do tratamento jurídico da proteção de dados pessoais como um direito fundamental, garantido constitucionalmente.

Nesse sentido, a presente pesquisa baseia-se no tipo bibliográfico, bem como utiliza o método dedutivo.

2. DIREITOS HUMANOS E ERA DIGITAL

2.1. A HISTORICIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

As discussões em torno de fundamentos dos Direitos Humanos, seja do ponto de vista ético, político, de sua eficácia e conteúdo são estruturados de forma minuciosa por juristas, historiadores, sociólogos e filósofos, bem como pela jurisprudência e a doutrina que compõem o campo jurídico a algumas décadas, em buscas de perspectivas e referenciais que endossam as questões dessa temática. No entanto, o jurista italiano Norberto Bobbio, na sua obra *A Era dos Direitos*, faz um contraponto em relação à construção teórica dos Direitos Humanos. Embora não discorde que exista uma crise de fundamentos que se deve atenuar, Bobbio defende que a luta pelos Direitos Humanos, acima de tudo, deve ser pela busca de suas garantias (BOBBIO, 2004).

Nesse sentido, o autor assume em sua obra uma posição historicista, partindo de três aspectos fundamentais:

- 1) De que os direitos naturais são direitos históricos; 2) De que estes direitos nascem no início da era moderna, em consonância com um ideário individualista da sociedade; 3) De que estes direitos se tornam um dos principais indicadores de progresso histórico (BOBBIO, 2004, p. 9).

Bobbio (2004) vincula a ideia de que os direitos não podem ser fundamentados de forma absoluta, devido ao fato de serem históricos, variáveis e heterogêneos. Os Direitos não são algo absoluto e estático em todas as épocas e sociedades, mas sim estão em um constante estado de modificação e construção ao longo da história ocidental. Eles nascem em determinados contextos sobre determinadas reivindicações, sendo resultados de consensos, conflitos, interesses, lutas e diferentes classes de poder. Direitos que em documentos de outrora eram considerados essenciais, foram extremamente reduzidos nas constituições atuais. Ao mesmo tempo que a legislação contemporânea aborda questões jurídicas jamais imaginadas no início da era moderna. Assim, Bobbio (2004) finca que é impossível atribuir fundamentos absolutos a direitos que historicamente são relativos. Desse modo, assim define:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos — que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 2004, p. 9).

A compreensão historicista do autor ajudou na fundamentação da teoria das dimensões dos Direitos Humanos, elaborada por Karel Vasak (SARLET, 2016). A intenção deste era conclamar uma divisão didática dos direitos em uma linha do tempo, baseada na hipótese de sua construção histórica, relacionando cada época com seus marcos históricos e evolutivos. Desse modo, resultou-se no estabelecimento de três dimensões dos direitos.

A primeira dimensão representa o que para Bobbio (2004) é o surgimento dos direitos na era

moderna, tendo como marco a passagem para a Idade Contemporânea, no contexto do surgimento da burguesia contra o estado absolutista e a ocorrência da Revolução Francesa e Americana, proclamadas com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 e a Declaração de Virgínia de 1776. Este marco dos direitos tem como referencial a defesa dos direitos individuais, apoiados ainda sobre a égide da filosofia iluminista. A luta contra o estado absolutista levou à promulgação de documentos que garantiam a defesa da vida, da liberdade e da propriedade, além de direitos civis e políticos. Na prática, isso representou a formação de um estado que passou a considerar os sujeitos de forma abstrata e pressupondo uma igualdade formal entre os cidadãos.

Algumas décadas mais tarde, a abstração estatal daria lugar a um assistencialismo maior dos governos, característica que pertence ao marco histórico do surgimento da segunda dimensão dos Direitos Humanos. Embora o estado liberal tenha sido responsável pela concessão de maiores liberdades ao indivíduo, a sua mera formalidade e omissão perante os diferentes contextos da sociedade ocasionaria em problemas em relação a direitos econômicos e sociais, resultado do surgimento de explorações capitalistas, o que resultaria na formação de um estado assistencialista, que ao oposto do estado liberal, busca uma igualdade material, tendo uma maior atuação e intervenção na vida privada no intuito de conceder políticas públicas. A exemplo de ordenamentos jurídicos influenciados por estes foi a Constituição de Weimar (1919), Tratado de Versalhes (1919), Constituição mexicana (1917) ou ainda as políticas de estado denominadas como *New Deal* nos Estados Unidos pós crise de 1929.

A terceira dimensão surge como próximo marco na evolução histórica dos Direitos Humanos no contexto pós segunda guerra mundial. Na época, grande parte dos Estados já possuíam em suas constituições internas noções de direitos básicos voltados à população. Entretanto, não existia um consenso entre os países sobre um piso protetivo mínimo internacional voltado para esses direitos. Com os acontecimentos da grande guerra e o genocídio ético denominado como holocausto, surgiu a hipótese de que se houvesse um sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos e que emergisse valores, paradigmas e orientações a comunidade internacional, as violações poderiam ser evitadas. Dessa forma, surge em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), marco do surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Como bem sintetiza Flávia Piovesan:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades cometidas pelo nazismo. É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial teórico a orientar a ordem internacional contemporânea (PIOVESAN, 2016, p. 89).

Nesse sentido, a Declaração Universal se torna pioneira ao elaborar um consenso universal e internacional dos Direitos Humanos, isto é, a DUDH é o primeiro documento internacional a fomentar um consenso de Direitos Humanos em que todos os Estados-membros devem garantir aos seus cidadãos. Dessa forma, se torna o marco da terceira dimensão, de modo a

consistir na ideia de Direitos difusos e coletivos, voltados à cooperação internacional dos povos, direito à paz, à autodeterminação, desenvolvimento do meio ambiente, direito à comunicação, conservação de patrimônio histórico e cultural e proteção de minorias. Esses Direitos passam a ser conhecidos como transindividuais, pois são destinados a grupos, povos e nações, e não meramente a cidadãos em sua individualidade.

Para Bobbio (2004), a Declaração Universal encerrou as discussões quanto ao fundamento dos Direitos Humanos ao formular um consenso universal sobre o mínimo existencial que os Estados devem buscar. A grande questão contemporânea dos direitos, para o autor, não é mais sobre seu fundamento, mas sim sobre suas garantias. Como bem exemplifica:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 2004, p. 17).

Dessa forma, para o autor, a discussão entorno do Direito não é mais quanto a sua fundamentação, mas sim sobre como os Estados-membros podem garanti-los, o que denota em discussões jurídico-políticas, e não mais filosóficas. Esse é um dos pontos pelos quais o autor conclama que fundamentar os direitos, embora partindo da hipótese que se tenha sucesso, não necessariamente garante a sua eficácia. A declaração universal já trouxe consigo a proclamação de direitos básicos a todos os Estados-membros. O ponto, entretanto, é como os países contemporâneos estão agindo para garantir no plano material a manutenção da dignidade humana.

2.2. REPERCUSSÕES DA ESFERA DIGITAL NOS DIREITOS HUMANOS

A perspectiva básica de Norberto Bobbio (2004) e outros atores é a historicidade dos Direitos Humanos e a constante mutação e variabilidades que esses passam no percurso da história da sociedade ocidental. Nesse sentido, as mudanças ocorridas na transição do século XX para o XXI reacenderam discussões sobre a tradicional classificação das três gerações, no sentido de que muitos autores passaram a alertar para a possibilidade do surgimento de uma quarta, ou até mesmo quinta dimensão dos Direitos Humanos. Essas mudanças se atrelam a um desenvolvimento do espaço virtual conhecido como Internet, definido pela seguinte forma pela Lei nº 12.965/2014, do instituto do Marco Civil da Internet, em seu art. 5º, I:

O sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes.

Assim, parte-se do pensamento de Antônio Carlos Wolkmer (2013), que fundamenta parte de

sua obra teórica na perspectiva da existência de uma quarta e quinta dimensão histórica dos direitos. A primeira seria baseada na ideia da evolução da engenharia genética e de novos direitos vinculados à bioética, biotecnologia e o direito à vida. A segunda, por sua vez, trata do foco principal do presente artigo: é o desenvolvimento dos direitos advindos da tecnologia da informação, do ciberespaço e da realidade virtual. Como bem sintetiza:

São os "novos" direitos advindos das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral. A passagem do século XX para o novo milênio reflete uma transição paradigmática da sociedade industrial para a sociedade da era virtual. É extraordinário o impacto do desenvolvimento da cibernética, das redes de computadores, do comércio eletrônico, das possibilidades da inteligência artificial e da vertiginosa difusão da internet sobre o campo do Direito, sobre a sociedade mundial e sobre os bens culturais do potencial massificador do espaço digital (WOLKMER, 2013, p. 21).

Nesse sentido, é indubitável afirmar que a difusão da internet e do espaço digital ocasionou mudanças na sociedade, na economia e por consequência, no direito. O direito à privacidade, sobretudo, é um dos institutos jurídicos que teve seu conteúdo e suas discussões alterados pelos bens digitais. Em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos reconheceu o direito à privacidade no seu conteúdo: “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei” (DUDH, 1948).

A Constituição Federal de 1988, posteriormente, também trouxe a proteção da intimidade e da vida privada como parte do rol de direitos fundamentais, no art. 5º, inciso X, em que afirma “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988). Os ideais de privacidade e liberdade, no entanto, ganharam novos contornos com as significativas mudanças sociais, decorrentes da incorporação de novas tecnologias ao cotidiano do ser humano e o crescente uso da internet como meio de comunicação universal.

Dessa forma, se convencionou para a chamada “era da informação”, em que pessoas compartilham o tempo todo informações, opiniões, discussões e hábitos de consumo em uma realidade extremamente dinâmica. Tem-se um processamento acelerado de informações, o que denota também na criação de mecanismos e ferramentas cada vez mais rápidos e eficazes na coleta e tratamento dos dados disseminados pelas redes.

Em suma, a rede virtual possui como principal característica a troca de informações constantes, levando a uma exposição de dados pessoais da vida íntima e privada em meios digitais. Interagir no meio digital, nesse sentido, produz rastros e dados, os quais podem ser objetos de análise e obtenção de informações. A partir dessa facilidade em obter informações, surgiu a necessidade de revisar o direito à privacidade e suas tutelas de proteção, de modo a surgir o mecanismo de proteção a dados pessoais.

2.3. BIG DATA E DADOS PESSOAIS

Para o art. 5º da Lei 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), dados pessoais se referem às informações relativas à pessoa natural que permitem sua identificação. Ou seja, tratam-se de informações que comumente são fornecidas em um cadastro como nome, RG, CPF ou dados bancários, mas também referem-se a dados que nem sempre são fornecidos pelo usuário de forma consciente, como hábitos de consumo.

A LGPD, além de objetivar a proteção aos direitos fundamentais da liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da pessoa natural, regulamentou um outro conceito importante: o de dados pessoais sensíveis. Conforme expressa o art. 5º, III, trata-se de qualquer dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato e etc. De modo geral, referem-se aos dados cujo tratamento pode ensejar a discriminação ao seu titular, o que denota uma maior cautela no seu manejo por parte das instituições, a fim de evitar acessos indevidos ou vazados, o que acarretaria um maior prejuízo ao titular desses dados. Nesse sentido, de acordo com Luiz Fernando Castro:

“Ao cogitamos dos dados pessoais constantes de bancos, não podemos nos limitar às informações pessoais diretamente consideradas como nome, data de nascimento, filiação etc. [...] Constituem dados de caráter pessoal toda informação (ainda que anônima) com a qual se possa, mediante associações e cruzamento de dados, identificar-se uma pessoa, como o DNA, a impressão digital ou dados incompletos de um indivíduo” (CASTRO, 2002, p. 42).

Nesse diapasão, pode-se afirmar que o surgimento de legislações específicas para a Proteção de Dados Pessoais decorre, sobretudo, da análise e tratamento de dados fornecidos sem o consentimento do titular. Com a recente evolução da Ciência da Computação, a internet passou a amparar diversos segmentos, como IP, cookies e histórico de navegação do usuário, que possuem a capacidade de armazenar e rastrear, física ou virtualmente, diversas informações pessoais fornecidas direta ou indiretamente pelo titular dos dados pessoais. Com o aumento exponencial do volume e armazenamento de dados na rede virtual, empresas e plataformas, nos mesmos moldes, passaram a coletar, armazenar e tratar de maneira mais minuciosa e invasiva esses rastros de informações deixados pelo usuário no acesso aos mecanismos virtuais, e muitas das vezes, sem um prévio consentimento. A ocorrência dessa popularização do tratamento de dados pessoais por serviços especializados é resultado, sobretudo, de um grande fator tecnológico: o surgimento da *big data*. Mediante o aumento da produção de dados, a *big data* surge como meio técnico pelo qual se busca assimilar e extrair esses dados. Parte-se do entendimento de Sandro Rautenberg e Paulo Ricardo Viviurka do Carmo:

O *Big Data* é um termo derivado dos avanços recentes relativos à massificação da utilização de recursos tecnológicos e da farta produção de dados. Em suma, é um conceito que caracteriza volumosos conjuntos de dados heterogêneos, os quais não são passíveis de processamento por soluções computacionais tradicionais, considerando seu dinamismo e sua complexidade (RAUTENBERG; CARMO, 2019, p. 2).

Mediante o aumento da dispersão de dados nos últimos anos, o termo representa a técnica desenvolvida para processar, armazenar e transmitir esses dados. Em síntese, tem a função de auxiliar na gestão e processamento da informação. O *Big Data* possui três características principais: o volume, que se refere a enorme quantidade de dados acumulados na atual sociedade tecnológica; a variedade, que se refere sobre os diferentes tipos de dados coletados e suas fontes distintas; e a velocidade, meio pelo qual os dados são criados de forma instantânea.

Portanto, sua principal aplicação parte justamente do fato de conseguir extrair um alto volume de dados, advindo de diversas fontes e em um curto tempo de processamento. A partir desse tratamento, as empresas formam banco de dados, e a partir de seus acúmulos, podem chegar a conclusões de determinados padrões embutidos a nível individual e coletivo por meio de algoritmos inteligentes. Em uma sociedade que molda suas relações sociais a partir da comunicação em rede, e conseqüentemente com uma expansão da quantidade de dados e informações disseminados no ciberespaço, companhias se utilizam cada vez mais de estratégias para atrair e manipular a atenção do público, se utilizando, portanto, de desenvolvimentos de *softwares* e de mecanismos da ciência da computação como o *big data* para obter dados pessoais, desenvolver estatísticas que apontem para comportamentos pessoais e coletivos, e a partir disso produzir soluções por meio da publicidade e propaganda que mantenham o usuário como público consumidor do produto.

Dessa forma, o *big data* basicamente é “[...] a capacidade de uma sociedade obter informações de maneiras novas a fim de gerar ideias úteis e bens e serviços de valor significativo” (MAYER-SCHÖNBERGER; CUKIER, 2013, p. 2). Então, o tratamento de dados é de fundamental importância para a prospecção de informações úteis, que agregarão valor à atividade. E com o aumento na quantidade de dados disponíveis, a captura e utilização desenfreada desses por empresas será uma das bases para a melhora da competitividade das organizações, na medida em que tornam possível a elaboração de modelos que auxiliam modelos específicos e tarefas de tomada de decisões.

Esse cenário, portanto, evidencia que a exposição de dados pessoais fere princípios básicos da dignidade da pessoa humana. Todas as pessoas com acesso à internet possuem dados pessoais à disposição de terceiros sem que ela tenha domínio sobre isso, colocando em risco direitos humanos como a privacidade, intimidade e dados pessoais. Então, como abarcar um direito fundamental tão complexo e novo em um regulamento jurídico?

3. A CONSTRUÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O instituto jurídico responsável por inaugurar os marcos regulatórios quanto ao uso da internet e de tecnologias da informação foi o Marco Civil da Internet (MCI) em 2014. Em suma ele disciplinou princípios como a garantia da liberdade de expressão, a proteção da privacidade, de dados pessoais, da natureza participativa da rede e da livre iniciativa, com o objetivo de garantir o acesso à informação, o direito de acesso à internet e inovação e do

fomento da ampla difusão de novas tecnologias. Apesar de seu caráter inovador, o MCI também deixou lacunas em aberto quanto à proteção de informações, como elas serão guardadas e o que o usuário poderá fazer quando não houver transparência e clareza no uso de dados. Esses questionamentos só viriam a ser respondidos de modo mais específico com a promulgação da Lei nº 13.709 de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados, que passou a vigorar somente no dia 18 de setembro de 2020. Segundo Monteiro:

A LGPD complementa, harmoniza e unifica um ecossistema de mais de quarenta normas setoriais que regulam, de forma direta e indireta, a proteção da privacidade e dos dados pessoais no Brasil. Foi inspirada nas discussões que culminaram na GDPR europeia e tem por objetivo não apenas conferir às pessoas maior controle sobre seus dados, mas também fomentar um ambiente de desenvolvimento econômico e tecnológico, mediante regras flexíveis e adequadas para lidar com os mais inovadores modelos de negócio baseados no uso de dados pessoais. Isso inclui modelos de negócio que se valem de algoritmos para auxiliar na tomada de decisões automatizadas. A LGPD também busca equilibrar interesses econômicos e sociais, garantindo a continuidade de decisões automatizadas e também limitando abusos nesse processo, por meio da diminuição da assimetria de informações, e, por consequência, de poder, entre o indivíduo, setor privado e o Estado (MONTEIRO, 2018, p. 9).

Pautada nos direitos fundamentais da liberdade, privacidade e do livre desenvolvimento de personalidade, o objetivo norteador da LGPD é a preocupação quanto à transparência no tratamento de dados pessoais, no intuito de garantir os direitos fundamentais supracitados. A legislação brasileira, sem dúvidas, teve como uma de suas inspirações o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR, na sigla em inglês). O GDPR é um projeto que teve sua discussão iniciada em 2012, mas entrou em vigor em 2016. Sua publicação tem por objetivo a proteção de dados e identidade dos cidadãos da União Europeia. Embora o Parlamento Europeu já tenha sido pioneiro por elaborar uma legislação que versava diretamente sobre a proteção e circulação de dados pessoais em 1995 (UNIÃO EUROPEIA, 1995). A promulgação do *General Data Protection Regulation* teve um caráter inovador por trazer conceitos e atualizações da temática relacionadas às redes sociais digitais, revogando a lei passada. Assim, conforme seu artigo 4º:

Dados pessoais: informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular dos dados); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Assim, foi a partir da legislação geral da GDPR que países-membros passaram a editar regras quanto à proteção de dados. A partir da vanguarda da proteção do direito à privacidade e dos dados pessoais, a LGPD veio a ser discutida, de modo a criar instrumentos efetivos de controle

de uso de dados pessoais por cidadãos, e desse modo, representar um marco histórico na regulamentação desses institutos no direito brasileiro.

Segundo o art. 1º da LGPD, a sua disciplina incide sobre o tratamento de dados pessoais, de modo a abarcar tanto os dados em formato digital, como também as bases de dados físicas. Ressalta-se também que o tratamento similar a GDPR, a LGPD possui como destinatário da proteção legal a pessoa natural, conforme art. 5º considera-se como dado pessoal informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. Ou seja, para que determinada informação seja considerada um dado pessoal, ela deve se relacionar com uma pessoa natural, além de ser identificada ou identificável. Nesse ímpeto:

[...] não define apenas como pessoais os dados que, imediatamente, identifiquem uma pessoa natural (viés do critério reducionista), como poderia ser informações como o nome, número do CPF, imagem, etc., mas abarcou também os dados que tornam a pessoa identificável de forma não imediata ou direta (COTS; OLIVEIRA, 2019, p. 71).

Pelo seu art. 2º, a LGPD possui como fundamentos que subjazem à disciplina de proteção de dados, a saber, o respeito à privacidade, à autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, livre concorrência e a defesa do consumidor, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. Assim, nota-se que a LGPD reconhece a efetivação e promoção de Direitos Humanos Fundamentais como justificativa para a tutela dos dados pessoais.

Historicamente, a primazia pelo consentimento foi o fundamento central para o tratamento de dados pessoais, o que se refletiu na redação da LGPD. Isso significa que o consentimento do titular dos dados é a base para a permissão do tratamento, no qual é necessário ter autorização expressa do cidadão, bem como transparência, clareza e especificidade sobre quais são as finalidades para o uso daqueles dados. Esse consentimento decorre, sobretudo, da previsão expressa no art. 2º, inciso II da LGPD: o direito à autodeterminação informativa. A expressão é uma das novidades trazidas pela legislação, compreendida como uma forma de garantir o controle de indivíduos, grupos e organizações sobre suas próprias informações e dados pessoais em oposição a deliberações institucionais do poder público. Nesse ímpeto, segundo Ana Maria Neves de Paiva Navarro:

O direito fundamental à autodeterminação informativa, sob a sua vertente de direito geral à proteção de dados pessoais captados pelo Estado, surge oportunamente como um direito de defesa e de prevenção, individual ou coletivo, contra os desvios de finalidade nos atos de captação, tratamento e comunicação de dados pessoais pelas instituições públicas (NAVARRO, 2012, p. 19).

Em resumo, o direito à autodeterminação informativa assegura ao indivíduo direito de determinar sobre a coleta, armazenamento, utilização e transmissão de seus dados pessoais. Isso significa que o processamento automático de dados infringe o consentimento e o poder de escolha do indivíduo sobre a forma que ele deseja transmitir os seus dados para terceiros. Assim, ele tem o privilégio de consentir se os seus dados serão ou não coletados, visto que o tratamento automático e não transparente de dados pode representar riscos para a personalidade e a dignidade da pessoa humana. Na prática, significa que toda pessoa tem poder de decisão sobre a coleta, análise e tratamento de suas informações e dados pessoais por parte de terceiros.

Nesse sentido, tal premissa foi reforçada pelos art. 7º e 11 da LGPD, que identificam o tratamento mediante consentimento como uma das hipóteses em que o tratamento de dados pessoais e dados sensíveis, respectivamente, estarão em conformidade com a legislação, assim como, em outros casos, o tratamento para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiros; para a tutela de saúde; proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros; para cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador e etc. O art. 11, por sua vez, determina como deve ser feito — e como pode ser feito — o tratamento de dados pessoais sensíveis, em que o consentimento deve ser solicitado de forma clara e explícita, bem como com uma finalidade determinada.

No que concerne aos tribunais brasileiros, embora as decisões jurisprudenciais e pilares da Constituição tenham evoluído quanto ao reconhecimento do direito a proteção de dados e a autodeterminação informativa, as discussões judiciais em torno do compartilhamento de dados pessoais no contexto da pandemia da COVID-19 tiveram como consequência a decisão mais importante, até então, a versar sobre a temática. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de inconstitucionalidade nº 6.387 MC-Ref/DF, referente a Medida Provisória nº 954/2020, reconheceu a perspectiva de um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais, em consonância ao direito à dignidade da pessoa humana. A decisão do STF, em suma, reconheceu o direito à autodeterminação informativa como parte do rol dos direitos fundamentais. Mais recentemente, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional 115/2022, que inclui a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais, como também passou a atribuir à União a competência exclusiva para legislar sobre a proteção e tratamento de dados pessoais.

Nesse ímpeto, o debate jurídico em torno da questão gira ao redor dos riscos à personalidade e à dignidade da pessoa humana diante do processamento automático e não transparente dos dados. A MP 954/2020, por exemplo, previa o compartilhamento de dados de usuários de empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência em decorrência da COVID-19. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6.387 foi considerada um marco por ter garantido a primazia do direito fundamental à autodeterminação informativa e a proteção de dados em detrimento do interesse público, devido ao IBGE e o Poder Público não

terem delimitado o objeto de estudo da estatística, sua finalidade e como especificamente a disponibilização daqueles dados seria efetivo para o alcance dessas finalidades.

A LGPD, inclusive, prevê nos art. 7º e art. 11 o tratamento de dados pessoais para a execução de políticas do interesse público, de modo que as pessoas jurídicas de direito público possam realizar o tratamento de dados pessoais para atender as finalidades e necessidades do serviço público. No caso em tela, entretanto, o STF observou a ausência de consentimento e finalidades explícitas por parte da MP 954/2020, que decorre em riscos ao direito à privacidade e ao resguardo de informações. Conforme o entendimento da relatora, ministra Rosa Weber:

[...] Nessa perspectiva e para ilustrar, invoca a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão que reconheceu, em 1983, forte no direito geral da personalidade, o direito fundamental à autodeterminação sobre dados pessoais, diante de intervenções estatais. [...] Entendo que as condições em que se dá a manipulação de dados pessoais digitalizados, por agentes públicos ou privados, consiste em um dos maiores desafios contemporâneos do direito à privacidade. [...] Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. [...] Nada obstante, a MP 954/2020 não apresenta mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na sua transmissão, seja no seu tratamento. Limita-se a delegar o ato do Presidente da Fundação IBGE o procedimento para compartilhamento dos dados sem oferecer proteção suficiente aos relevantes direitos fundamentais em jogo. Enfatizo: ao não prever exigência alguma quanto a mecanismos e procedimentos para assegurar o sigilo, a hígidez e, quando o caso, o anonimato dos dados compartilhados, a MP n. 954/2020 não satisfaz as exigências que exurgem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção de direitos fundamentais dos brasileiros (STF, 2020, p. 4-10).

Nesse diapasão, as decisões recentes do STF instituíram parâmetros dos limites acerca da coleta, análise e compartilhamento de dados pessoais por órgãos, entidades e setores governamentais, como também intensificaram os debates acerca da dicotomia entre o tratamento de dados sensíveis e a promulgação de políticas de interesse público. Embora a digitalização de serviços da administração pública ofereça, de certo modo, maior eficiência e simplificação de trâmites burocráticos, o compartilhamento de dados pessoais pelo poder público pode ensejar consequências negativas pela falta de transparência, justificativas e finalidades que motivaram a coleta e o tratamento de determinado dado sensível da população para usos secundários, como ocorreu no julgamento de inconstitucionalidade da MP 954/2020.

Nesse viés, pode-se afirmar que as iniciativas do governo digital, que ganharam maior desenvolvimento durante o período pandêmico, devem ser mais utilizadas nos próximos anos, de modo a ocorrer uma migração de serviços e processos para o ambiente digital, e por

consequente, acompanhado de crescentes demandas por coleta, análise e compartilhamento de dados pessoais no âmbito do poder público. Muito embora a LGPD não expresse detalhadamente como a proteção de dados pode gerar implicações no tráfego de informações dentro do Poder Público, a interpretação do STF e da jurisprudência repercutida leva em conta, sobretudo, ao princípio da finalidade.

Nesse sentido, é preciso considerar que o Estado deve ser transparente no uso secundário de dados pessoais, no intuito de evitar que se tenha uma quebra de confiança entre o titular dos dados e a instituição que os coletou, como também se vislumbrar se a coleta secundária para o tratamento de dados pessoais é necessária, adequada e compatível com a finalidade original. Na prática, isso permite avaliar se a utilização do dado é abusiva; se é compatível ao razoavelmente cogitado pelo titular ao compartilhar seus dados e se há interesses relevantes que tornam plausível o tratamento destes dados (WIMMER, 2021).

Em resumo, o entendimento jurisprudencial não exclui o procedimento de tratamento de dados pessoais por parte do Poder Público, mas preza pela adequada informação ao indivíduo com base nos princípios aplicáveis ao tratamento de dados pessoais, como a necessidade, adequação e a transparência. Nesse sentido, embora ainda não se tenha desenvolvido critérios mais objetivos para a aferição nos casos concretos, como por exemplo, se em casos de incompatibilidade entre o tratamento de dados secundários e a finalidade original pretendida, a improcedência significaria a exclusão definitiva do tratamento secundário ou se o Poder Público pode instituir novas bases legais para exceder tal incompatibilidade. Apesar disso, a decisão do STF, bem como a Emenda Constitucional nº 115/2022, estabeleceram um marco regulatório ao instituir a Proteção de Dados Pessoais no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988.

4. OS NOVOS DESAFIOS FRENTE ÀS PROBLEMÁTICAS DOS DADOS PESSOAIS E BIG DATA

Nos últimos anos, o desenvolvimento da rede de computadores e do espaço tecnológico denominado como internet moldou a atual forma de comunicação entre relações sociais, comércios e governos. A popularização e baixo custo do acesso à internet facilitou a sua democratização globalmente. Com isso, tornou-se um espaço mundial no qual pessoas exercem sua liberdade de expressão, buscam por acesso à informação e encurtam a distância entre as fronteiras mundiais. O mundo passou a viver em um espaço praticamente comum de ambientes, culturas e sociedade, fomentado pela interconectividade que o século XXI alcançou. Em paralelo, atividades de lazer, serviços, educação e entretenimento passaram a ser geridas a partir dos mecanismos de pesquisa da internet. Assim, o ciberespaço foi responsável pelo desenvolvimento de um mundo com alto consumo de informação, de forma a alterar a dinâmica da sociedade, dos meios de comunicação e relações sociais por meio de um espaço público global no qual pessoas podem exercer sua liberdade de expressão e acesso à informação. Em síntese, esses panoramas ajudaram na formação da chamada sociedade da informação, definida da seguinte forma pelo sociólogo Sérgio Amadeu da Silveira:

As sociedades informacionais são sociedades pós-industriais que têm a economia fortemente baseada em tecnologias que tratam informações como seu principal produto. Portanto, os grandes valores gerados nessa economia não se originam principalmente na indústria de bens materiais, mas na produção de bens imateriais, aqueles que podem ser transferidos por redes digitais. Também é possível constatar que as sociedades informacionais se estruturam a partir de tecnologias cibernéticas, ou seja, tecnologias de comunicação e de controle, as quais apresentam consequências sociais bem distintas das tecnologias analógicas, tipicamente industriais (SILVEIRA, 2017, p. 15).

Dessa forma, condiciona-se para a chamada sociedade da informação, no qual se tem um volume, variedade e velocidade cada vez maior de dados pessoais processados e armazenados em ambientes virtuais, considerando também que são uma fonte inesgotável, durável e reutilizável. Assim, os dados pessoais tornam-se cada vez mais importantes e valiosos, e o modo de lidar com eles também se aperfeiçoou através do *big data*. Nesse ímpeto, empresas, organizações e entidades da sociedade civil passam a utilizar cada vez mais do rastreamento e recolhimento de dados a fim de manipulá-los para definir padrões de comportamento, mercados consumidores e outras estratégias tendo por objetivo o lucro. Assim, trata-se verdadeiramente de um novo modelo socioeconômico e cultural, se anteriormente tinha-se a terra e máquinas à vapor como elementos centrais da economia histórica, a estruturação da sociedade atual tem a informação como elemento chave para a organização social e econômica. Em suma, os dados são o insumo que dão suporte a novas tecnologias transformativas, quais sejam as de base com inteligência artificial, automação em múltiplos níveis e *marketing* direcionado. Não é raro, por exemplo, que se um usuário pesquisa determinado item em ferramentas de buscas na internet, pouco tempo depois ele receba alguma propaganda eletrônica a respeito desse produto pesquisado.

Para além do valor econômico, a proliferação de dados pessoais acaba por também interferir no campo da Democracia. Devido o “paradigma inédito no modo de comunicação humana, a partir de quando bilhões de pessoas passaram a contatar outros tantos bilhões de modo instantâneo e a custos cada vez mais baixos” (MARTINS, 2017, p. 134), os usuários praticamente são induzidos a manifestar preferências, opiniões e críticas constantemente em redes sociais digitais. A internet, basicamente, tornou-se um epicentro democrático, no qual se tem um espaço público em comum para as pessoas exercerem sua liberdade de expressão e comunicação. Conforme Pierre Lèvi e André Lemos, “Os destinos da democracia e do ciberespaço estão intimamente ligados porque ambos implicam no que há de mais essencial na humanidade: a inspiração à liberdade, à potência criativa da inteligência coletiva” (LÉVI; LEMOS, 2010, p. 57).

No entanto, a partir dessa livre manifestação, é nesse contexto que a manipulação de dados sensíveis decorre. A partir do tratamento destes, ocorre a propaganda direcionada no intuito de que aquele usuário seja manipulado a votar em determinado candidato, por meio da propagação de *fake news* e notícias tendenciosas. Assim, a consciência eleitoral e a liberdade

de escolha do candidato é afetada, e junto com isso, os pilares da democracia. O exemplo mais marcante desse fenômeno é apresentado a partir do caso da empresa de *marketing* inglesa Cambridge Analytica.

Nas eleições norte-americanas de 2016, a empresa explorou dados de pelo menos 50 milhões de usuários da rede social *Facebook*, com o intuito de influenciar a opinião pública em favor do candidato Donald Trump. Conforme descreve Martins e Tateoki:

Os dados do Facebook foram colhidos por meio do aplicativo *thisisyourdigitallife*, sendo que, ao utilizarem o aplicativo, os usuários concordavam em ceder dados e informações pessoais que, posteriormente, foram repassadas para a *Cambridge*. [...] Descobriu-se, outrossim, que a *Cambridge* se utilizou de conhecimentos teóricos das ciências comportamentais para identificar diversos parâmetros de personalidades existentes na imensa base de dados colhidos e, com isso, engendrou uma campanha publicitária específica para cada tipo de usuário. Uma das bases para o engenho foram as “curtidas” deixadas pelos internautas no Facebook, bem como pesquisas aparentemente sem maiores repercussões, tais como: que animal mais combina com você? (MARTINS; TATEOKI, 2019, p. 144).

Desse modo, “Trump e sua equipe eleitoral conseguiram montar perfis de personalidade de eleitores potenciais de forma mais eficiente que seus concorrentes” (VESTING, 2018, p. 93). Assim, a partir da utilização de simples ferramentas por parte dos usuários como as “curtidas” ou pesquisas sem aparentes pretensões, a empresa foi capaz de revelar aspectos da personalidade dos internautas com extrema precisão, recolhendo informações sensíveis que vão de idade, religião e tendências mais comuns. E tudo isso sem o consentimento ou conhecimento do usuário. O *Facebook*, em outra frente, também foi parte da problemática. De acordo com Paulo Alves (2018), o vazamento de perfis teria ocorrido por conta de uma política flexível do Facebook com relação à entrega de informações de perfis a aplicativos de terceiros na rede social. Entre 2007 e 2014, a empresa ofereceu livremente dados de usuários a desenvolvedores de apps.

Nesse ímpeto, é preciso destacar que a internet, na atualidade, deixou de ser mero produto de entretenimento e é um espaço no qual se tem informação e ativismo político. Movimentos como a primavera árabe em 2011 ou quaisquer manifestações de cunho político ou social tem o espaço cibernético como ferramenta propulsora. Então, a utilização desta no intuito de manipular usuários, no sentido de compreender seus padrões culturais e sociais e construir identidades pré-fabricadas em torno de candidatos políticos que visem à propaganda computacional direcionada a atrair aquele público-alvo acaba por interferir em questões eleitorais, considerando também a disseminação exacerbada de *fake news* em redes digitais. Assim, qual será a liberdade de expressão que o cidadão terá se ele já possui *bots* que conhecem seu padrão de comportamento e condicionam propagandas políticas que partem do pressuposto que ele adotará aquele comportamento pré-definido?

Embora à primeira vista o contato dos usuários com esse tipo de propaganda pré-programada de candidatos políticos não seja muito diferente do que as propagandas eleitorais e campanhas publicitárias já faziam, a grande questão é a proporção maior e mais grave que a internet e as redes sociais permitem. Assim, por exemplo, se o *feed* de notícias do *Facebook* recomenda determinada *fake news* produzida a partir de padrões de comportamento que a plataforma já conhece do usuário, e ele compartilhar essa notícia falsa, em questão de minutos ela alcançará milhares de outras contas distintas. No âmbito político, isso acaba por ocasionar em impulsos virtuais e uma sensação de antagonização de adversários. Conforme a Fundação Getúlio Vargas, por meio de sua Diretoria de Análise de Políticas Públicas:

Ao interferir em debates em desenvolvimento nas redes sociais, robôs estão atingindo diretamente os processos políticos e democráticos através da influência da opinião pública. Sua ação pode, por exemplo, produzir uma opinião artificial, ou dimensão irreal de determinada opinião ou figura pública, ao compartilhar versões de determinado tema, que se espalham na rede como se houvesse, dentre a parcela da sociedade ali representada, uma opinião muito forte sobre determinado assunto (Davis et al., 2016). Isso acontece com o compartilhamento coordenado de certa opinião, dando a ela um volume irreal e, conseqüentemente, influenciando os usuários indecisos sobre o tema e fortalecendo os usuários mais radicais no debate orgânico, dada a localização mais frequentes dos robôs nos polos do debate político [...] Este tipo de atuação sugere que as redes sociais, usadas por tantas pessoas para fins de informação, podem estar na verdade contribuindo para uma sociedade menos informada, manipulando o debate público e determinando de maneira consistente os rumos do país (FGV, 2017, p. 10-11).

[...] Dessa maneira, para que as redes sociais continuem sendo um espaço democrático de opinião e informação, é necessário identificar a organicidade dos debates[...] buscando compreender os interesses por trás da contratação destes serviços de automatização e propagação de desinformação. [...] O crescimento da ação concertada de robôs representa, portanto, uma ameaça real para o debate público, representando riscos, no limite, à democracia ao manipular o processo de formação de consensos na esfera pública e de seleção de representantes e agendas de governo que podem definir o futuro do país (FGV, 2017, p. 7-26).

Nesse diapasão, destaca-se a recente decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) quanto ao banimento do aplicativo *Telegram*. Trata-se de um aplicativo de mensagens instantâneas que possui como princípio fundamental assegurar a liberdade e privacidade de seus usuários, por meio do serviço de conversas com criptografia de ponta a ponta no aplicativo, o que tornaria possível criar *chats* secretos ou criar mensagens autodestrutivas.

Isso, no entanto, ocasionou em suspeitas com relação à segurança dos conteúdos compartilhados na plataforma, as quais envolvem indícios de divulgação de desinformação e de outros conteúdos criminosos. O aplicativo também oferece um grande alcance de grupos, que podem alcançar até 200 mil membros, o que gera um alcance enorme e sem um devido controle da plataforma sobre o conteúdo que circula nesses canais. Com isso, e além de

também não terem uma postura com decisões judiciais e policiais, o TSE ordenou o bloqueio do aplicativo no dia 18 de março de 2022, devido à falta de controle do aplicativo na disseminação de *fake news*, expressando preocupações com as eleições de 2022. A decisão viria ser revogada no dia 23 do mesmo mês, após o aplicativo de mensagens cumprir determinações judiciais que estavam pendentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou verificar o conceito de direitos humanos do seu ponto de vista histórico, atribuindo as mudanças na esfera digital como uma nova dimensão desses direitos. A partir disso, analisou-se como ocorreu a construção do arcabouço jurídico brasileiro quanto a esse direito fundamental, bem como de que maneira a tecnologia foi responsável por trazer questionamentos quanto ao direito à privacidade, intimidade e liberdade de expressão humana.

Assim, preliminarmente, fez-se um entendimento da evolução histórica dos direitos humanos, de modo a compreender a sua mutabilidade no contexto de cada uma das três dimensões reconhecidas pela doutrina majoritária. Diante disso, a partir das recentes mudanças sociais, culturais e políticas decorrentes da transição para a era virtual, houve o surgimento de novos direitos advindos da tecnologia da informação, do ciberespaço e da realidade virtual. Conforme o pensamento de Norberto Bobbio, os direitos humanos, indubitavelmente, são direitos construídos historicamente. Nesse sentido, a partir da ascensão da sociedade informacional, evidenciou-se a necessidade da promoção e garantia do direito fundamental à proteção de dados.

Diante disso, em um segundo momento, fez-se necessário discutir a construção jurídica desse conceito no Brasil, isto é, de que modo se visa abarcar a proteção desse direito novo e complexo? Demonstrou-se que se teve um avanço na lei seca e na jurisprudência recente, por meio da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados e do reconhecimento dos dados pessoais como um direito fundamental pelo STF, além da recente EC 115/2022, embora tenha ocorrido de forma tardia com relação a outros países.

A necessidade de se regulamentar e especificar cada vez mais o tratamento de dados pessoais, decorre, sobretudo, da velocidade, volume e variabilidade com que estes são dispersados nas redes virtuais. Assim, a tendência é o surgimento cada vez maior de problemas específicos quanto à utilização desses dados por empresas, organizações e entidades, visto que a informação acaba por representar um instrumento de extremo valor para a persecução de tecnologias transformativas e *marketing* direcionado.

Questões envolvendo a democracia também são uma problemática que decorre da necessidade de se garantir a proteção de dados como um direito fundamental. Casos como o da empresa Cambridge Analytica demonstram que o uso de algoritmos para tratamento de dados pode manipular usuários e levar a modificações nas eleições. Faz-se necessário

regulamentar questões quanto à transparência e finalidade dos dados obtidos por meio de redes virtuais, visto que ele ocorre sem o consentimento dos titulares, ou ainda, sem o consentimento claro.

Assim, entende-se que a era virtual não deve retroceder, mas apenas acelerar no tocante ao desenvolvimento de novas tecnologias, novas redes sociais e novas formas de interação e aproximação da vida íntima e da privacidade com o mundo virtual. Dessa forma, perigos e vulnerabilidades cada vez maiores da exposição de dados pessoais e da privacidade nos campos sociais, jurídicos, políticos e culturais devem ficar cada vez mais evidentes. Conforme o pensamento de Bobbio, a questão em torno do direito fundamental à proteção de dados não é mais sobre o seu fundamento, posto que o amadurecimento e a concretização deste no plano positivista já se encontra em norte. Mas sim, de que forma garanti-lo efetivamente. Por isso, tem-se a necessidade de concretizar plenamente os dados pessoais como direito fundamental, com a primazia da autonomia e consentimento dos usuários quanto ao tratamento e utilização de seus dados, e com isso, o direito à privacidade esteja em acordo com valores constitucionais e humanos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Paulo. **Facebook e Cambridge Analytica: sete fatos que você precisa saber**. Tectudo, 24 mar. 2018. Disponível em: . Acesso em: 11 jun. 2022

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 01 jun. 2022

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. - Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em: 05 jun 2022.

BRASIL. **Marco Civil da Internet**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 05 jun 2022

BRASIL. **Medida provisória nº 954, de 17 de abril de 2020**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF. Seção 1- Extra, p.1

CASTRO, Luiz Fernando Martins. **Proteção de dados pessoais: panorama internacional e brasileiro**. Revista CEJ, Brasília, v. 6, n. 19, pp. 40-45, outubro-dezembro/2002.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de dados pessoais comentada**. 2. ed.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FGV; DAPP. 2017. **Robôs, redes sociais e política no Brasil: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018.** Coordenação Marco Aurélio Ruediger. - Rio de Janeiro. 28p. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18695>>. Acesso em: 03 jun. 2022

LÉVY, Pierre; LEMOS, André. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia.** São Paulo: Paulus, 2010.

MARTINS, Marcelo Guerra; TATEOKI, Victor Augusto. **Proteção de dados pessoais e democracia: fake news, manipulação do eleitor e o caso da Cambridge Analytica.** Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 7, n. 3, p. 135–148, out. 2019. Disponível Em: <<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/5610>>. Acesso em: 9 jun. 2022

MARTINS, Marcelo Guerra; BARCELLOS, Rodrigo da Silveira. Demissão por justa causa por aprovação de comentário (“curtida”) contra o empregador no Facebook. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, v. 5, n.1, p. 133- 141, 2017.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2013

MONTEIRO, R. L. **Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil?** Instituto Igarapé, Artigo Estratégico 39. 2018. 27p. Disponível em: <<https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Existe-um-direito-a-explicacao-na-Lei-Geral-de-Protacao-de-Dados-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 10 jun 2022.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O Direito Fundamental à Autodeterminação Informativa. Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições.** Faculdade Nacional e Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. FAPERJ, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos - 9 ed. rev., ampl. e atual.** São Paulo: Saraiva, 2016.

RAUTENBERG, Sandro. CARMO, Paulo Ricardo Viviurka do. **Big Data e Ciência dos Dados: Complementaridade Conceitual no Processo de Tomada de Decisão.** *BrazilianJournalofInformation Science: ResearchTrends*, vol. 13, nº 1, março de 2019, p. 56-67, doi:10.36311/1981-1640.2019.v13n1.06.p56.

REVELATED: 50 million Facebook profiles harvest for Cambridge Analytica in major data breach. # e Guardian, 17 mar. 2018. Disponível em:

<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebookinfluence-us-election>. Acesso em: 11 jun. 2022

SARLET, Ingo Wolfgang. **Um dossiê sobre taxonomia das gerações de direito**. Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 2, 2016.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Tudo sobre tod@s: Redes digitais, privacidade e venda de dados pessoais**. 1º edição. Sesc. São Paulo, 2017.

STF. **Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.6387, 6388, 6389, 6390 e 6393/DF–Distrito Federal**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Ata Nº 10, de 06/05/2020. DJE nº 137, divulgado em 02/06/2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>> Acesso Em: 04 de junho de 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento Geral Sobre a Proteção de Dados (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**. 2016. Disponível em: <<https://eur.lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?qid=1559291025147&uri=CELEX:32016r0679#d1e40-11>>. Acesso em: 04 de maio de 2020

VESTING, Thomas. **A mudança da esfera pública pela inteligência artificial**. In. ABBOUD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coords.). Fake news e regulação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 91-108.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Direitos Humanos: Novas Dimensões e Novas Fundamentações**. Direito em Debate, Ijuí, v. 11, n. 16/17, p.9-32, jan. 2002. Semestral. Disponível em: . Acesso em: 15 jun. 2022.

WIMMER, Miriam. **Proteção de dados pessoais em tempos de pandemia: novos paradigmas para o compartilhamento e o uso secundário de dados no poder público**. Panorama Setorial da Internet, número 4, p.1-7, ano 13. Dezembro, 2021.

PRÁTICAS ILÍCITAS EM MÍDIAS DIGITAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS, NO PERÍODO DA PANDEMIA

UNLAWFUL PRACTICES IN DIGITAL MEDIA AND THEIR
LEGAL CONSEQUENCES, DURING THE PANDEMIC PERIOD

Adsson Rodrigues Nobrega

Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Alicia Pereira de Albuquerque

Estudante de Direito na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

Resumo: O presente artigo tem como objeto examinar as práticas ilícitas no meio digital no período da pandemia do coronavírus e as inovações legislativas, buscando indagar enquanto problema se é possível afirmar que o distanciamento social intensificou os cibercrimes com que defende a hipótese que o direito normativo ampliado nesse período não foi suficiente para lidar com esse cenário, devendo-se ampliar os meios de investigação dos crimes e modificar o comportamento dos usuários como forma de prevenção. Trata-se, quanto a metodologia, de pesquisa bibliográfica tendo como objeto de estudo a legislação, doutrina, jurisprudência e pesquisas jornalísticas, partindo de uma documentação indireta. Assim, visa como objetivo geral, chamar a atenção para o crescimento dos delitos digitais na pandemia, o que se desdobra em objetivos específicos, provar essa relação, discutir quais legislações foram criadas ou modificadas para atender o anseio social por segurança e estabelecer quais crimes são preferíveis e quais grupos estão mais vulneráveis a eles.

Palavras-chave: Aumento Cibercrimes. Pandemia. Isolamento social. Ampliações legislativas.

Abstract: This article aims to examine the illicit practices in the digital environment in the period of the coronavirus pandemic and the legislative innovations seeking to question as a problem if it can be said that social distancing has intensified cyber crimes with which it defends the hypothesis that normative law expanded in this period was not enough to deal with this scenario, making it necessary to expand the means of investigating crimes and modifying the behavior of users as a form of prevention. As for the method, it is a bibliographic research having as object of study the legislation, doctrine, jurisprudence and journalistic research, starting from an indirect documentation. Thus, its general objective is to draw attention to the growth of digital crimes in the pandemic, which unfolds in specific objectives, prove this relationship, discuss which laws were created or modified to meet the social desire for security and establish which crimes are preferable and which groups are most vulnerable to them.

Keywords: Increase Cybercrime. Pandemic. Social isolation. Legislative expansions.

Sumário: 1. Introdução – 2. O aumento de usuários na internet no período da pandemia – 3. Quem são os mais vulneráveis a esses crimes? – 4. Atualização legislativa em relação aos crimes cibernéticos no Brasil – 5. Os índices criminais que obtiveram maior frequência: 5.1. Phishing; 5.2. Golpes envolvendo cartão de crédito; 5.3. Fraudes bancárias; 5.4. Golpe do relacionamento virtual – 6. Atuação policial no combate aos crimes cibernéticos – 7. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia ocasionada pela disseminação do Sars-Cov-2 (Coronavírus) proporcionou uma mudança mundial em relação ao comportamento humano, por gerar a necessidade do isolamento social, pelas restrições impostas pelos decretos que visavam conter a propagação desse vírus, foi decretado o distanciamento.

Nesse aspecto, o objetivo deste trabalho será elucidar se houve crescimento dos crimes digitais no período da pandemia e se as mudanças legislativas, para suprir a existência de insegurança nesse espaço digital, surtiram efeitos, observando-se as modificações significativas na matriz policial para atender a demanda social por segurança digital, partindo de uma análise das vítimas que se encontram mais vulneráveis à esses delitos e como os criminosos se sentiram atraídos por esse meio, demonstrando quais atos são preferidos e como eles atuam.

Pois bem, a problemática levantada se refere acerca da fragilidade da segurança digital, impulsionada pelo período de isolamento e as ampliações legislativas que buscam impedir esse avanço, será que produziram de fato alguma modificação benéfica nesse cenário e como os usuários devem se portar nesse ambiente a fim de evitar serem vítimas de um delito digital. Com o início da pandemia causada pelo coronavírus, o distanciamento social tornou-se regra para atenuar a disseminação da COVID-19. Por esse ângulo, pode-se afirmar que o distanciamento social intensificou os delitos cometidos por meios eletrônicos?

A pesquisa se encaminhará de um estudo exploratório bibliográfico, no conceito de Prodanov e Freitas, com enfoque em fontes distintas que explicitam a relação entre o acesso à internet e a pandemia, e como essa relação provocou um quadro de insegurança online, assim como também apresentará exemplos de casos que compunham esse contexto por meio de uma documentação indireta, tendo como objeto de estudo a legislação, doutrina, jurisprudência e pesquisas jornalísticas¹.

Divide-se a estrutura, deste ensaio, em quatro partes principais. A primeira trará uma breve

¹[...] elaborada a partir de material já publicado, constituído principalmente de: livros, revistas, publicações em periódicos e artigos científicos, jornais, boletins, monografias, dissertações, teses, material cartográfico, internet, com o objetivo de colocar o pesquisador em contato direto com todo material já escrito sobre o assunto da pesquisa. (PRODANOV; FREITAS, 2013, p. 54).

introdução e especificará a relação da pandemia com os crimes cibernéticos, e se esse entrelaçamento proporcionou alguma mudança. Em sequência, será abordado as preferências dos delituosos no meio digital e as características das vítimas mais vulneráveis. Dando continuidade, explanar-se-á às inovações legislativas ocorridas no período da pandemia, em conjunto da atuação policial e com uma análise dos crimes que obtiveram maiores índices no isolamento. Por fim, será apresentado o cenário de fragilidade e insegurança e a importância do ponto anterior como solução para a amenização dessa realidade.

Pretende-se, ao final, evidenciar as colocações apontadas e notabilizar a importância da ampliação da atuação policial e de medidas de controle contra os cibercrimes, com o intuito de amenizar o quadro de irresolução e alargamento desses índices.

2. O AUMENTO DE USUÁRIOS NA INTERNET IMPULSIONADO PELO PERÍODO DA PANDEMIA

A pandemia do Covid-19, decretada oficialmente pela Organização das Nações Unidas (ONU) em março de 2020, modificou totalmente os hábitos e costumes humanos. A partir do momento que nos encontramos obrigados a nos segregar em nossos ambientes domésticos, pelo bem-estar da saúde pública, várias mudanças foram necessárias para continuar com as habitualidades a que já estávamos acostumados. Com isso, métodos de ensino a distância, homework, e manuseio da internet como fonte primordial para a circulação de informações, foram de extrema importância para seguir com a vida, visto que as medidas restritivas impediam as relações presenciais dos seres humanos, sendo assim os indivíduos tiveram que se adaptar às condições e buscar formas de amenizar o cenário de isolamento social em que se encontrava, achando na internet o seu principal aliado.

Dessa maneira, ocorreram aumentos significativos nos números de acesso à internet estudado pelo TIC Domicílios, pesquisa sobre o uso das Tecnologias de Informação e Comunicação nos domicílios brasileiros (TIC Domicílios), com o objetivo de analisar a difusão dos meios de comunicação e acesso à internet na população brasileira, pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br), do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), órgão do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br):

“Em 2020, a proporção de domicílios com acesso à Internet chegou a 83%, o que representa aproximadamente 61,8 milhões de domicílios com algum tipo de conexão à rede. Houve um aumento de 12 pontos percentuais em relação a 2019 (71%)” (TIC domicílios, 2021).

Segundo a pesquisa citada é notório o crescimento do acesso ao ambiente digital proporcionado pelo aumento de domicílios que passaram a ter conexão com a internet no período da pandemia. Esse crescimento teve como causa principal a necessidade de adaptação, devido a migração das atividades presenciais para o ambiente digital, pois muitas pessoas passaram a viver totalmente de forma online, ou seja, trabalhar remotamente, estudar, comunicar-se, pagar contas, e até fazer compras.

Nesse cenário, para manter-se na ativa os criminosos tiveram que se aprimorar à realidade, dado o aumento de usuários na internet, fazendo com que os crimes que possuíam maior incidência de forma física se tornassem agora uma preocupação para os usuários digitais, imersos em um cenário de insegurança e vulnerabilidade.

3. QUEM SÃO OS MAIS VULNERÁVEIS A ESSES CRIMES?

Na contemporaneidade, a internet tem papel fundamental na estrutura da sociedade moderna, podendo ser usada como meio de comunicação; ambiente de trabalho; meio de entretenimento e até mesmo como sede de instituições bancárias. Nessa perspectiva, as adaptações provocadas pelo confinamento proporcionam uma facilidade para o manuseio de dados pessoais, isto é, aquelas pessoas que costumavam ir presencialmente aos bancos e caixas passaram a controlar tudo por meio de aplicativos baixados em seus dispositivos de forma online. A internet move o mundo e sua importância foi ressaltada durante a pandemia que assolou a sociedade nos últimos anos. A rede mundial de computadores tornou-se um ambiente propício para a propagação de atividades delituosas.

A princípio, é necessário definir o significado de cibercrime. Nesse sentido, há um conflito na jurisprudência brasileira sobre o conceito de crime cibernético, também conceituado como delito de informática ou crimes digitais, entretanto, a definição majoritária abrange todo crime que é praticado por meio da internet ou meio digital análogo. Desse modo, pode-se subdividir esses crimes em delitos cibernéticos próprios e impróprios, esses dizem respeito a uma forma de virtualizar os crimes já tipificados na legislação pátria como, por exemplo, calúnia, difamação, furto, estelionato, estupro entre outros delitos. Já aquele, relaciona-se com os crimes que necessitam de uma forma eletrônica para existirem, como o crime de invasão de dispositivo informático, art. 154-A do CP, registro não autorizado da intimidade sexual, art. 216-B do CP e inserção de dados falsos em sistema de informação art. 313-A do CP.

Dessa forma, a possibilidade de praticar um delito sem as intromissões de barreiras físicas, visto que o ambiente digital possibilita a conexão entre diferentes partes do planeta, além de ter a facilidade de manter-se no anonimato com a criação de falsas identidades de perfis nas redes sociais, faz com que a internet seja um ambiente propício para os criminosos atuarem, eles se sentem à vontade, pois existem grandes dificuldades para punir os crimes cibernéticos, pelos motivos já citados. Com isso, tendo em vista o avanço do uso das tecnologias é evidente o perigo que se tornou esse ambiente no decurso da pandemia demonstrado pela reportagem divulgada pelo G1:

“Foram 156.692 notificações anônimas de janeiro a dezembro do ano de 2020, contra 75.428 em 2019. Ocorrências foram lideradas, pela pornografia infantil, com quase 100 mil acusações”. Os dados levam em conta as notificações recebidas pela Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos, uma parceria da ONG Safernet Brasil com o Ministério Público Federal (MPF)” (G1.com, 2021).

É primordial se ater aos principais métodos usados pelos criminosos e quais os crimes apresentam maior incidência, de acordo com o Relatório Semestral sobre Crimes Cibernéticos, de 2020, da LexisNexis Risk Solutions, quem tem menos de 25 anos e as pessoas acima dos 75 são os dois grupos mais vulneráveis. Os primeiros recebem mais ataques, enquanto o segundo grupo perde mais dinheiro. Com isso, é possível afirmar que as vítimas dos cibercrimes afetadas financeiramente disponham de uma maior idade, pois os criminosos encontram nesse grupo a fragilidade, mas que, no entanto, as pessoas mais jovens e com mais experiência na internet não estão livres desses ataques.

Os criminosos se apropriam da facilidade com que o meio digital apresenta de esconder sua identidade, desse modo eles criam falsos perfis, se passam por órgãos de pesquisa, enviam e-mails fraudulentos, tudo isso com o intuito de enganar a vítima para obtenção de dados, como também eles compartilham conteúdos ilícitos como o comércio de pornografia infantil, além de disseminar ofensas contra outros usuários. Nesse aspecto, o anseio social por segurança no meio digital é alarmante fazendo com que surtissem ampliações e inovações legislativas com o intuito de atender a necessidade de segurança digital.

"As vítimas são crianças e adolescentes, mas também jovens e pessoas idosas que estão expostas a todo tipo de golpe, principalmente, utilizando dados pessoais e violação de senhas e outros tipos de invasões que tenham acontecido tanto em celulares, como em computadores", diz o diretor-presidente da Safernet Brasil, Thiago Tavares (SANTANAFM, 2021).

4. ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA EM RELAÇÃO AOS CRIMES CIBERNÉTICOS NO BRASIL

O ordenamento jurídico brasileiro já conta, há certo tempo, com meios de coibir as ações de criminosos na internet, bem como leis que versam a respeito desses delitos como a Lei nº 12.737 de 2012, conhecida como Lei Carolina Dieckmann atribuiu-se a lei esse nome após um criminoso invadir o computador pessoal da atriz Carolina Dieckmann e extorqui-la com o material obtido. Tal legislação aborda crimes como dispersão de códigos maliciosos, falsificação de documentos digitais e invasão de dispositivos eletrônicos, delitos estes que ganham cada vez mais relevância em nossa sociedade e receberam uma atenção maior desde o início da pandemia de Covid-19 visto o cenário de distanciamento social imposto à população e a virtualização antecipada de diversas atividades como trabalho, comércio, cadastros públicos, entre outras.

A pandemia acelerou a digitalização de empresas e o processo não deve parar por aí

A pandemia restringiu o canal de venda presencial, forçando as empresas a intensificarem ou até mesmo anteciparem a virtualização do negócio, por meio de canais alternativos de venda, como redes sociais, sites próprios, marketplaces, entre outros. A pesquisa aponta que 28% dos negócios, sendo parte ou o todo, migraram para o ambiente digital durante o período da

COVID-19. No período da pandemia, mais de 40% tiveram aumento nos acessos de seus sites e meios digitais de venda. A mesma pesquisa mostra que 97% das empresas têm presença on-line, desses, 65% atuam de forma totalmente digital e 32% ainda alternam entre físico e on-line (híbrido) [...] (PUCPR, 2021).

Ao passo que essa ferramenta proporcionou uma facilidade para nossas vidas, ela se tornou um alvo para os mais diversos fatos ilícitos desde os patrimoniais como também os relacionados, tendo em vista esse fato o Senado aprovou a adesão do Brasil à Convenção sobre o Crime Cibernético, celebrada em Budapeste, na Hungria, em novembro de 2001 (Projeto de Decreto Legislativo 255/2021). A matéria, que teve como relator o senador Nelsinho Trad (PMDB-MS), foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 14.155, de 2021, sancionada pelo presidente Jair Bolsonaro. Ademais, essa lei tipificou a conduta de difundir códigos que permitam invadir dispositivos alheios, esses programas são usados comumente em golpes conhecidos como "phishing" o qual será abordado mais à frente em nossa pesquisa, outra mudança relevante foi a inserção no Código Penal de uma nova qualificadora para o crime de furto que foi denominada de "furto eletrônico" o qual se configura pela subtração de um bem por meio de um dispositivo informático. Em suma, temos o delito de fraude eletrônica, art. 171, § 2º-A, § 2º-B e § 4º, que é um dos crimes de maior incidência no período da pandemia, visto que esse delito pode ser praticado por meio de engenharia social, contatos telefônicos, e-mail fraudulento ou até mesmo por meio das redes sociais onde o criminoso consegue atingir um número demasiado de vítimas, simultaneamente, que também teve sua pena ampliada pela Lei nº 14.155, de 2021, tendo em vista a explosão de casos nos últimos anos.

Além disso, como visto a Lei nº 12.737/12 foi criada com o intuito de defender qualquer cidadão vítima de algum crime praticado por meio digital e com o avanço da digitalização, já exposto anteriormente, a legislação mostrou-se insuficiente para acompanhar a quantidade crescente de crimes cibernéticos no Brasil. Desta forma, o legislador fez notáveis alterações no *caput* do art. 154-A do Código Penal, suprimindo o trecho: "mediante violação indevida de mecanismo de segurança". Com essa inovação da Lei nº 14.155 de 2021 o criminoso não precisa violar nenhum mecanismo de segurança da vítima, bastando para a consumação do delito a violação das informações, nessa lógica, a pena máxima também foi modificada e passou de 1 ano de detenção para 4 anos de reclusão dando assim uma reprimenda maior para esse crime.

5. OS ÍNDICES CRIMINAIS QUE OBTIVERAM MAIOR FREQUÊNCIA

Consoante pesquisa sobre segurança digital feita pela TransUnion, mostra que o número de fraudes digitais envolvendo serviços financeiros aumentou 457% desde o início da pandemia, há um ano. Além disso, segundo o estudo "Global Consumer Pulse", 20% dos consumidores foram alvo de fraudes relacionadas à Covid-19. Segundo o levantamento, o número de tentativas de transações digitais fraudulentas originadas no Brasil aumentou 10,99% no último ano, em relação ao período anterior. As cidades com maior porcentagem de transações fraudulentas foram Rio de Janeiro, São Paulo e Brasília.

Os fraudadores estão sempre procurando tirar proveito de eventos mundiais significativos. A pandemia da Covid-19 e sua correspondente e rápida aceleração digital, trazida pelas ordens de permanência em casa, é um evento global sem rival na era on-line, disse Shai Cohen, vice-presidente sênior da Global Fraud Solutions na TransUnion. “Analisando bilhões de transações, examinamos indicadores de fraude durante o ano passado e tornou-se claro que a guerra contra o vírus também trouxe uma guerra contra a fraude digital”. Entre as fraudes relacionadas à COVID-19, a pesquisa ouviu 1.101 consumidores brasileiros, dos quais 20% disseram terem sido alvo de fraudes relacionadas à doença.

Os principais golpes tiveram como objetivo o roubo de dados de cartões de crédito e as cobranças fraudulentas. “A pandemia mudou os hábitos financeiros dos consumidores, com mais compras e entretenimento movendo-se online. Isso atraiu fraudadores digitais, que transferiram suas atividades para indústrias relacionadas”, disse Leal. “Apesar dessas ameaças, os consumidores esperam que as empresas sejam capazes de proteger suas transações, mas ainda assim manter experiências digitais convenientes” (EXAME, 2021).

Viu-se até aqui que o meio virtual proporciona a prática de quase qualquer crime, como já exposto, mas alguns delitos ganharam mais relevância durante toda a pandemia de COVID-19 devido a sua recorrência, dentre os golpes com maior reincidência temos:

5.1. PHISHING

É um gênero bastante abrangente de fraude cibernética, esse golpe é muito comum pela facilidade dos criminosos em atraírem suas vítimas. A finalidade é fazer a vítima entregar seus dados de forma espontânea. A vítima pressupõe que está respondendo um e-mail ou acessando um site legítimo de alguma empresa; órgão; entidade, mas está cadastrando seus dados em uma página falsa. Também pode ocorrer quando o criminoso entra em contato com a vítima informando-a que ela ganhou um prêmio ou sorteio. Durante a pandemia, os casos de *Phishing* aumentaram consideravelmente.

Segundo a Kaspersky, empresa notoriamente conhecida no ramo de segurança da informação, de fevereiro a março de 2021 o número desses ataques aumentaram 120% no Brasil. Reforçando esse entendimento, um relatório produzido pela Axur Proteção Digital, feito no último trimestre de 2021, onde a instituição identificou 8569 casos de *phishing*, o que representou um aumento de 18,52% em comparação ao trimestre anterior. A empresa reiterou a tendência de aumento desses golpes no Brasil.

5.2. GOLPES ENVOLVENDO CARTÃO DE CRÉDITO

Golpes envolvendo cartões de crédito podem acontecer de diversas formas. À medida que a tecnologia avança, os golpistas encontram novos artifícios para ludibriar as vítimas. Entre os modos temos a engenharia social quando os criminosos se passam por funcionários do banco e a clonagem de dados. Vale evidenciar que a Lei nº 12.737/12 equiparou a falsificação de cartão

de crédito ao art. 298 do Código Penal, falsificação de documento particular.

De acordo com a Axur, existem mais de 2.842.779 cartões com dados expostos na deep web, somente no último trimestre de 2021 a instituição detectou mais de 325.250 cartões expostos. Os dados mostraram que houve uma redução de 67% em comparação ao trimestre anterior. Entretanto, essa diminuição não foi notada no Brasil, o qual assumiu o primeiro lugar no ranking de países com mais vazamentos de cartões de crédito. O Brasil representa 45,4% dos cartões vazados no mundo, mais de 10% a mais que o segundo colocado os Estados Unidos com 34,3%. Pode-se afirmar que as fracas políticas de segurança dos bancos brasileiros aliada ao pouco conhecimento de segurança da informação dos usuários contribuem para esse número tão expressivo.

5.3. FRAUDES BANCÁRIAS

Fraudes as quais envolvam instituições financeiras estão cada vez mais comuns, visto a capacidade dos golpistas de inovarem em seu “*modus operandi*”, já que o médio digital oferece uma vastidão de possibilidades. Desse modo, as fraudes bancárias mais recorrentes são aplicadas por telefone onde o fraudador se passa por um funcionário da instituição financeira. Nesse golpe o criminoso usa dados que a própria vítima, por descuido, acaba deixando exposto na internet e assim facilitando a atuação dos golpistas. Essa fraude pode até mesmo contar com a atuação de motoboys que fazem a intermediação dos criminosos com a vítima buscando cartões bancários, documentos ou entregando boletos fraudulentos.

Em conformidade com a pesquisa de segurança digital da Federação Brasileira de Bancos - Debraban. Houve um aumento de 70%, no período da pandemia, dos golpes que visem obter dados bancários das vítimas. A mesma pesquisa estimou um crescimento de 300% no vazamento de dados pessoas desde o início da pandemia. Ademais, notou-se uma maior recorrência nos boletos fraudulentos enviados por e-mail.

5.4. GOLPE DO RELACIONAMENTO VIRTUAL

Este golpe ocorre geralmente por meio de aplicativos de relacionamento ou pelas redes sociais. Nele o golpista usa um perfil falso de uma pessoa bem sucedida e visa atingir pessoas que estão passando por algum tipo de vulnerabilidade emocional. Nesse golpe o criminoso tem, entre outras, as finalidades de exigir transferências bancárias, praticar sequestros e assaltos ou extorsão por fotos íntimas da vítima.

De acordo com um relatório da empresa Psafe, entre fevereiro e março de 2022, das pessoas ouvidas 34,38% confirmaram que já mantiveram um relacionamento com alguém que conheceram pela internet. Das pessoas que já mantiveram um relacionamento online, 25,5% tiveram perdas financeiras decorrentes de falsos relacionamentos. Nesse sentido, conforme dados da Federal Trade Commission em 2021 os danos patrimoniais em decorrência desses golpes chegaram a ultrapassar 304 milhões de dólares, isso significa um aumento de 51% na

comparação com o ano anterior.

6. ATUAÇÃO POLICIAL NO COMBATE AOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Tendo em vista todo esse quadro de crimes digitais foi necessário que as polícias tanto civis quanto federal se reestruturarem de modo a combater esses ilícitos. Desse modo, serão citadas as principais mudanças e se elas proporcionaram uma melhora nos índices criminais.

No estado da Paraíba no ano de 2021 foi criada uma delegacia especializada na apuração de crimes cibernéticos com sede em João Pessoa, mas com expansão para todo o Estado, essa mudança facilita o processo de punição dos criminosos, pois visa sua atuação específica e qualificada para delitos digitais.

“Estamos tratando de uma das modalidades criminosas mais ativas da atualidade no Brasil e até mesmo em outros países. Hoje, com o avanço da tecnologia, o crime ficou, de certa forma, mais fácil. Principalmente quando as vítimas são pessoas que não têm muita experiência com as ferramentas tecnológicas e acabam caindo em golpes diversos. Por isso, uma nova delegacia voltada exclusivamente para atender essa demanda é de extrema importância para a sociedade”, disse o delegado-geral da Paraíba, André Luís Rabelo (REPÓRTERPB, 2021).

Outrossim, procedimentos como a infiltração de policiais no ambiente digital são de extrema importância no combate aos crimes digitais, no qual a pornografia infantil é mais visada por esse processo para reprimi-la, o problema central é que deve ser autorizado judicialmente e para se obter essa autorização se torna requisito a exigência do esgotamento de todos os outros meios de obtenção de prova e de que os policiais tenham qualificação para atuar nesses meios, o que infelizmente não é a realidade das delegacias brasileiras, que contam com uma carência de profissionais na área computacional.

Além disso, a Polícia Federal já dispunha da Unidade Especial para Investigação a Crimes Cibernéticos, que conta com uma força tarefa especializada para essa atuação investigativa de crimes nos meios digitais. Outra possibilidade para a vítima de crimes digitais é prestar o boletim de ocorrência online no site da Delegacia Virtual do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, o que facilita o contato da vítima com a polícia.

Ademais, pesquisa realizada pela SaferNet Brasil, associação civil de direito privado sem fins lucrativos, e pelo Ministério Público Federal, apontam um crescimento de 102% no número de denúncias de abuso online de crianças e adolescentes em 2020, comparado a 2019. Houve também um aumento expressivo de pedidos de ajuda relacionados à saúde mental (ideação suicida e auto-mutilação), problemas com dados pessoais, exposição de imagens íntimas, cyberbullying, fraudes, golpes e spam. Essa pesquisa demonstra o crescimento das denúncias no período de pandemia e a necessidade de se ampliar os meios de combate a esses ilícitos, pois os já existentes se mostram insuficientes ou ineficazes, não basta apenas criar inovações legislativas que aumentem as penas, é importante atuar na investigação para que se possa

punir os criminosos.

Com isso, para se ter uma efetividade no combate à criminalidade virtual é necessário o conjunto da população com a polícia, por meio da denúncia pelo boletim de ocorrência com a junção de todas as informações possíveis do caso, que muitas pessoas não fazem por acreditar não ter solução ou ser perda de tempo, e da atuação policial na investigação, nesse ponto se faz necessário a ampliação de mais delegacias especializadas e a existência de concursos públicos voltados a contratação de especialistas no meio digital para atender as demandas sociais por justiça e amenizar os quadros de insegurança elevados durante o período de pandemia.

Assim, portanto, a hipótese que aqui se levanta é a de que para que os impactos gerados pelos aumentos do acesso à internet e a criminalidade sejam imunizados, faz-se urgente a atuação no aprimoramento dos métodos de investigação pela qualificação tanto dos policiais quanto das delegacias, com a disponibilidade de equipamento e força tarefa qualificada e capacitada para esse trabalho.

Além disso, é importante que os próprios usuários estejam cientes de que a internet é um local visado por criminosos e com isso tenha cautela ao disponibilizar seus dados pessoais ou contas bancárias, a fim de manter-se protegido dos possíveis golpes, por meio de mecanismos disponibilizados pelas próprias redes sociais que permite que um usuário denunciar um perfil falso ou com conteúdo ou atos ilícitos ou suspeitos. Dessa forma, poderá ser amenizado o cenário de insegurança no meio digital alargado durante a pandemia.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo relacionar os crescimentos dos crimes digitais com o isolamento social e visualizar as medidas que foram tomadas e se de fato tiveram efeitos. Com isso, é preciso, por todo exposto, admitir-se as falhas no combate contra os crimes digitais e toda a problemática já citada. Com base na ampliação da disseminação de crimes de informática, proporcionado pelo período da pandemia do coronavírus, que teve como causa o isolamento social, que tornou um ambiente propício para o crescimento do acesso à internet.

Desse modo, os usuários passaram a se sentir constantemente ameaçados nesse ambiente, tendo em vista o aumento dos casos e a ineficácia das medidas de punição. Desse modo, mesmo as inovações legislativas que tipificam e ampliam essas condutas não foram capazes de desestimular os praticantes desses ilícitos.

Ademais, mostrou-se as preferências dos criminosos quanto às vítimas e os delitos mais frequentes, com esse levantamento busca-se a atenção dos usuários em relação ao seu comportamento nas redes sociais. Enfim, o período pandêmico pelo qual passamos apenas acelerou um problema que já seria previsto, tendo em vista o avanço tecnológico em nossas vidas, e nesse contexto é necessário que as medidas de combate sejam ampliadas para que

sejam freadas as consequências dos delitos digitais.

REFERÊNCIAS

Agência de Notícias, nova delegacia irá atender uma das modalidades criminosas mais ativa.

Polícia Civil da Paraíba, 11 de jun. 2021. Disponível em:

<https://www.policiacivil.pb.gov.br/noticias/nova-delegacia-ira-atender-uma-das-modalidades-criminosas-mais-ativas-no-brasil-afirma-delegado-geral-da-policia-civil>

Agência Senado. Penas mais duras contra crimes cibernéticos. **Senado Federal**, 28 mai. 2021.

Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/05/28/lei-com-penas-mais-duras-contra-crimes-ciberneticos-e-sancionada>

Blog Banco Inter, como não cair no golpe do cartão de crédito. **Inter**. Disponível em:

<https://blog.bancointer.com.br/golpe-do-cartao-de-credito>

Conteúdo Axur, Atividade criminosa online no Brasil. **AXUR**, 21 jan. 2021. Disponível em:

https://conteudo.axur.com/hubfs/E-books/Relat%C3%B3rios%20trimestrais/Relatorio_Axur_Q4_2020+year-in-review.pdf

Datasafer, Central nacional de Denúncias de Crimes cibernéticos. **Safernet**. Disponível em:

<https://indicadores.safernet.org.br/>

Eduardo Boni, vazamentos de dados crescem 785%. **Security Business**, 24 mai. 2021. Disponível em:

<https://securitybusiness.com.br/vazamentos-de-dados-crescem-785-no-primeiro-trimestre/>

G1.com, crimes cometidos pela internet mais que dobram. **Globo**, 09 fev. 2021. Disponível em:

<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/02/09/numero-de-denuncias-de-crimes-cometidos-pela-internet-mais-que-dobra-em-2020.ghtml>

Gov.br, ANPD participa de seminário que discute o combate aos crimes cibernéticos.

Presidência da República, 01 de dez. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-participa-de-seminario-que-discute-o-combate-aos-crimes-ciberneticos>

Kaspersky Daily, brasileiros são principais alvos de ataques de phishing no mundo. **Kaspersky**,

2 mar. 2021. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/blog/brasileiros-maiores-alvos-phishing-mundo/17045/>

Pesquisa TIC Domicílio, resumo executivo edição COVID-19. **CETIC**, 13 dez. 2020. Disponível em:

https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20211124201505/resumo_executivo_tic_domicilios_2020.pdf

AS CONSEQUÊNCIAS DA REPLICAÇÃO PREMEDITADA DA DESINFORMAÇÃO

THE CONSEQUENCES OF PREMEDITED REPLICATION OF DISINFORMATION

Damaris Ester Almeida de Melo

Estudante de Direito na Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Helka Waléria da Silva Carvalho

Estudante de Direito na Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Nicole Barbosa Meira

Estudante de Direito na Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Pedro Henrique do Nascimento Almeida

Estudante de Direito na Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Vinicius Trovão de Melo Sousa

Estudante de Direito na Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

Resumo: Este artigo apresenta uma discussão teórica que parte de uma pesquisa bibliográfica e análise de casos referentes aos conceitos de desinformação, focado no Projeto de Lei (PL) nº 2630/20, na discussão sobre liberdade de expressão, nas redes sociais como vínculo de desinformação, além de uma análise do uso da desinformação nas eleições do Brasil e do mundo, cujo objetivo foi analisar a influência e o papel da tecnologia e sua responsabilidade em relação a desinformação, no âmbito do direito. Tendo como base a jurisprudência, doutrina, e casos práticos, possibilita uma articulação entre o conceito de desinformação, notícias falsas e liberdade de expressão. Conteúdos que evocam uma contradição, complexidade e compreensão na experiência humana e no mundo jurídico. Este artigo parte da necessidade de um olhar complexo ao papel da mídia na modernidade e sua responsabilidade pela informação verdadeira. Neste íterim, dá-se a importância do assunto tratado e o alerta da necessidade de conscientização acerca da desinformação, também da atuação do direito nos casos analisados.

Palavras-chave: Desinformação. Eleições. Liberdade de expressão. PL 2630/20. Telegram.

Abstract: This article presents a theoretical discussion that starts from a bibliographical research and analysis of cases referring to the concepts of disinformation, focused on PL Law 2630/20, on the discussion of freedom of expression, on social disinformation networks, in

addition to an analysis of the use of disinformation in the alliances of the world, whose role of technology has been studied and its responsibility in relation to disinformation, within the scope of law. Based on jurisprudence, doctrine, practical cases, it enables an articulation between the concept of disinformation, fake news and freedom of expression. Content that evokes an understanding and understanding of human experience and the legal world. This article starts from the need for a complex look at the role of the media in modernity and its responsibility for truthful information. In the meantime, the importance of the subject addressed is given and alert of the need to raise awareness about the misinformation of the performance of the law in the cases studied as well.

Keywords: Disinformation. Elections. Freedom of expression. PL Law 2630/20. Telegram.

Sumário: 1. Introdução – 2. Desinformação VS “Fake News”: 2.1. *Desinformatzia*; 2.2. Informações falsas; 2.3. A Procura da Informação – 3. Desinformação em eleições: 3.1. O Caso Americano; 3.2. Brexit; 3.3. No Brasil – 4. O que é a PL 2630/20?: 4.1. Banimento do Telegram – 5. A Liberdade de Expressão da Desinformação: 5.1. Liberdade de Expressão; 5.2. Influência da Desinformação no Meio Digital; 5.3. Limitação da Replicação de Desinformação VS Liberdade de Expressão – 6. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma discussão teórica que tem como base o fenômeno da desinformação, e tem por objetivo analisar as consequências desta no meio político do Brasil e do mundo, colocando em evidência no presente artigo as mídias sociais, audiovisuais e todo veículo de informação. O trabalho baseia-se em pesquisa bibliográfica, com análise de doutrina e jurisprudência referente ao tema e utiliza-se o método dedutivo.

Visando apresentar os recortes da liberdade de expressão, sua importância e relevância como um direito fundamental, compreender os crimes em que a desinformação compactua e a importância do direito e tecnologia da informação ao tratar de assuntos sociais, análise de casos de eleições ao redor do mundo que repercutiram por ter a participação direta da desinformação, e notícias falsas pelos veículos midiáticos e como a tecnologia possui capacidade de ao mesmo tempo informar e servir como catalisador da desinformação, sendo necessário observar sua responsabilidade em determinados casos, propondo uma discussão a respeito da fragmentação do conceito de liberdade de expressão e informação verdadeira.

Assim, na sessão sobre a desinformação vs “*fake news*”, é possível compreender a relação complexa entre momentos históricos em que a humanidade presenciou a utilização da desinformação como forma de propaganda, além da diferenciação entre os conceitos citados, ainda o paradoxo entre a tecnologia como forma de informação e desinformação. Ademais, destaca-se a análise de acontecimentos, especificamente, das eleições em que a desinformação teve alto impacto, tendo como norte a questão da política, sua importância

para o estado e a sociedade, além de constituir em uma análise mais específica do conceito de desinformação a ser estudado, a complexidade, e as consequências.

Na sessão sobre a PL 2630/20, é abordado com fundamentos legais e doutrinários as razões e necessidades para o projeto de lei, além de ser problematizado como foco do artigo o banimento da rede social “*telegram*”, ainda, na sessão sobre a liberdade de expressão da desinformação, iremos contextualizar acerca desse direito fundamental, discutindo sobre uma outra ótica referente ao ‘direito’ a desinformação. Por fim, na última sessão serão abordadas possibilidades de solução para que a disseminação da desinformação não continue a perpetuar. Assim, este artigo é um convite para um olhar teórico a partir do entendimento de desinformação, pois revela argumentos importantes sobre o papel da mídia referente à potencialização do induzimento ao erro premeditado em uma informação falsa.

2. DESINFORMAÇÃO VS “FAKE NEWS”

Inicialmente, nesta seção, será conceituado o termo ‘desinformação’, analisando seu fundamento histórico, procurando diferenciar o mesmo do fenômeno da “fake news”, ainda as possíveis formas em que se usa da desinformação, conscientemente com intenção de prejudicar, principalmente no meio político da sociedade brasileira, na ótica do direito e da tecnologia, com base nos princípios estudados.

2.1. DESINFORMATZIA

Os primeiros registros do termo a ser conceituado são datados de 17 de fevereiro de 1887, o termo presente no jornal “*Medicine Logde Cresset*” da cidade do Kansas, trata sobre um acontecimento entre alguns homens que gerou o comentário:

Bill Campbell of the Sun City Union put in an appearance at the Cresset office and claimed attendance — Frank Whitaker , B. P. Ayers and Dan Cornue escorted him. The amount of disinformation disseminated by the Sun City delegation is immense (M. L. CRESSET, 1887)¹.

Sendo assim, quando é observado de forma etimológica a palavra *disinformation*, se tem a junção dos termos em latim *des* (negativo) e *informatio* (conceito, ideia, aspecto, formal), conseqüentemente, o significado puro é, simplifadamente, “não informação” ou “falta de informação”.

Na língua portuguesa, o termo desinformação entrou no idioma em meados de 1955, tendo sua origem influenciada diretamente na língua inglesa, seu significado de acordo com o dicionário Michaelis consiste em “Dados falsos que induzem ao erro”, ainda, segundo o dicionário online de português, desinformação é “Informação inverídica ou errada que é

¹Bill Campbell do Sun City Union fez uma aparição no escritório da Cresset e demandou ser atendido — Frank Whitaker, B. P. Ayers e Dan Cornue escoltaram ele. A quantidade de desinformação disseminada pela delegação do Sun City é imensa (1887, M. L. CRESSET, tradução livre).

divulgada com o objetivo de induzir em erro”.

Neste íterim, o conceito de desinformação de modo a ser estudado nesse artigo apenas veio à tona pela KGB (*Komitet Gosudarstvennoi Bezopasnosti*), em russo, *dezinformatsiya*, da qual, conforme o general Romeno Ion Mihai Paceba (1928-2021), em seu livro “Disinformation: Former Spy Chief Reveals Secret Strategies for Undermining Freedom, Attacking Religion, and Promoting Terrorism”, o próprio Joseph Stalin (1922-1952) ex-líder da antiga união soviética cunhou a palavra especialmente para que se assemelha a pronúncia do idioma francês.

There was a major condition for disinformation to succeed, and that was that a story should always be built around a “kernel of truth” that would lend credibility.[...] To be on the safe side, Stalin decided to make disinformation look as if it also were historically French (PACEPA e RYCHLAK, 2013. p. 91)².

Dezinformatsiya, teve sua entrada no dicionário russo em 1952, e seu significado é, em tese, a ideia de propagar falsas informações deliberadamente, principalmente, com o viés de se fazer acreditar que a notícia/informação foi feita por aqueles em que a intenção era se fazer desacreditar.

O papel da KGB, principalmente, do departamento de propaganda da união soviética possui uma influência enorme ainda atualmente na contínua utilização desse artifício em campanhas políticas em todo o mundo, por isso, interessa a análise aprofundada das consequências da desinformação na sociedade brasileira hoje, pois, diferente do momento histórico da Guerra Fria, a globalização, a tecnologia e a informação sofreram mudanças que possuem impacto desde a economia ao dia-a-dia dos cidadãos brasileiros e do mundo.

Dessa forma, fica claro que o conceito de desinformação a ser estudado não é ideia de algo ou alguém não possuir conhecimento de um assunto, mas, sim, a intenção direta de disseminar notícia, ou, informação em que aquele que o faz tem consciência que é mentirosa, e, ainda, a faz para conseguir produzir um efeito na pessoa ou em um grupo para que cometa um erro ou faça o alvo da informação falsa ser desacreditado.

2.2. INFORMAÇÕES FALSAS

Consequentemente, pensar na propagação de informações falsas pode causar nas pessoas a ideia de que se assemelha ao conceito de desinformação, e, mesmo se assemelhando, são dois fenômenos diferentes, de origens diferentes e possuem impactos diferentes na sociedade.

Com isso, como comentado no subtópico anterior, quando tratamos de desinformação, não se está pensando no cidadão que compartilha uma notícia X acreditando ser real, e por sua ignorância e falta de conhecimento acaba contribuindo para o avanço em uma progressão por

²Tinha uma condição maior para que “disinformation” fosse um sucesso, e essa era que a notícia criada deveria sempre ser criada baseado em um núcleo de verdade, e isso tenderia a ter mais credibilidade. Para ser mais seguro, Stalin decidiu que a palavra desinformação devia aparentar que era historicamente francesa (PACEPA e RYCHLAK, 2013. p. 91, tradução livre).

vezes geométrica de uma mentira. Dessa forma, trata-se de informações falsas, comumente conhecida como “*Fake News*”, termo até equivocadamente utilizado, outrossim, quando pensamos em notícia imaginamos que exista uma veracidade e credibilidade onde o interesse público esteja sendo resguardado, lidamos exatamente com a falta de informação.

Portanto, visto isso, a propagação de informações falsas atinge todos os âmbitos sociais, escalando desde a política, mas, principalmente, atingindo aqueles que possuem um holofote maior na sociedade, desde celebridades, músicos, atores e atrizes, até mesmo questões sociais, religiosas e esportistas.

Ante o exposto, entende-se a diferença entre desinformação e notícias falsas, percebe-se que o intuito da desinformação, da qual será estudado nesse artigo é o aspecto da propaganda falsa, em que será visada para minar a descreditação de um grupo, especificamente, político, de forma deliberada, na maioria das vezes, orquestrada, ou seja, consciente, de modo a conduzir a pessoa ao erro.

2.3. A PROCURA DA INFORMAÇÃO

Antes o exposto, sabendo a diferenciação entre os termos discutidos, e inserindo a perspectiva da tecnologia e do direito ao estudo do artigo, passamos a analisar que ao decorrer das evoluções tecnológicas, junto à globalização, e a rápida circulação de notícias e informações, principalmente, o uso das redes sociais como instrumento principal da comunicação, observa-se que o estopim da desinformação na era tecnológica no Brasil se deu em meados de 2016 e até os dias atuais o país vive uma infodemia.

Infodemia, de acordo com Academia Brasileira de Letras é a:

Denominação dada ao volume excessivo de informações, muitas delas imprecisas ou falsas (desinformação), sobre determinado assunto (como a pandemia, por exemplo), que se multiplicam e se propagam de forma rápida e incontrolável, o que dificulta o acesso a orientações e fontes confiáveis, causando confusão, desorientação e inúmeros prejuízos à vida das pessoas (ACADEMIA, 2020).

Consoante aos dados extraídos da ferramenta “Google Trends”, do qual informa a frequência em que um termo é pesquisado e procurado em várias regiões do mundo. E, a partir dessa pesquisa, datada entre 01 de janeiro de 2016 a 09 de março de 2022, os períodos de pico em que o termo “desinformação” foi procurado se deram entre julho de 2018 a outubro de 2018, fevereiro de 2020 a junho de 2020, também em fevereiro de 2021 a março de 2021. Portanto, quando analisamos o momento histórico vivenciado nos períodos citados, temos que primeiramente, de julho de 2018 a outubro de 2018 estava ocorrendo no Brasil as eleições para presidente da república, eleição dos governadores, eleição dos senadores e eleição dos deputados federais e estaduais.

Certamente, sabemos que em fevereiro de 2020 o mundo como um todo deu os primeiros passos ao acontecimento da pandemia da Coronavírus (COVID-19), o que ainda ocasiona mais de 6 milhões de mortes em todo mundo, e cerca de 639 mil no Brasil, de acordo com o monitoramento da Universidade John Hopkins nos Estados Unidos. As consequências da pandemia e o impacto também da desinformação nesse período são extremamente relevantes, principalmente, com a necessidade da vacinação.

É interessante analisar que o poder da tecnologia, e, quando falamos de tecnologia queremos ser específicos em tratar da *'internet'*, é a capacidade dela em conectar todos e de forma paradoxal afastar todos. Neste artigo, não analisaremos os efeitos sociais da *'internet'* no contexto geral, mas, especificamente na política mundial e sua influência nas decisões políticas de uma nação.

Por isso, ressalte-se o que parece ser cômico, contudo, não é, mas, a procura de se entender a desinformação é potencialmente maior em momentos em que a desinformação devasta todos os veículos midiáticos, jornalísticos e de informação. Desta forma, ao imaginarmos que a *'internet'* seria a maior aliada para que o conhecimento seja de certa forma acessível para todos, não se esperava que também seria a maior aliada da ignorância. É com isso em mente que no próximo tópico, especificamente, aprofundaremos o assunto acerca do impacto e consequências da desinformação nas eleições no Brasil e no mundo.

3. DESINFORMAÇÃO EM ELEIÇÕES

A desinformação tem sido instrumento de manipulação em diversas frentes da sociedade, servindo interesses de grandes influências interessadas em guiar a percepção e opinião pública da forma que melhor as interessem. A tentativa de chegar ou se manter no poder político tem sido ambiente propício de desinformação desde tempos imemoriais em eleições, transmutando-se em algo de magnitude rigorosamente maior com a chegada das redes sociais e ampliação de acesso à internet banda larga ao redor do globo.

3.1. O CASO AMERICANO

A eleição presidencial entre a democrata Hillary Clinton e o republicano Donald Trump nos Estados Unidos foi responsável pelo pontapé inicial no refinamento massivo do uso da desinformação para angariar a percepção pública, com participação ampla das redes sociais para composição do fenômeno. Em estudo feito por Harvard sobre desinformação e partidarismo nas redes na eleição de 2016, é observado que:

The most obvious forms of disinformation are most prevalent on social media and in the most partisan fringes of the media landscape. Greater popularity on social media than attention from media peers is a strong indicator of reporting that is partisan and, in some cases, dubious.

Among the set of top 100 media sources by inlinks or social media shares, seven sources, all from the partisan right or partisan left, receive substantially more attention on social media than links from other media outlets (FARRIS *et al.*, 2017, p. 15)³.

Portanto, nota-se que a desinformação é mais relevante no âmbito das redes sociais do que nunca. Observa-se que as principais fontes de mídia partidárias, ou seja, mais voláteis e sensíveis, atraem mais atenção através das redes do que por qualquer outra plataforma, revelando o potencial destrutivo que essa plataforma tem, mas era subutilizado. Ademais, percebe-se que o foco excessivo direcionado a notícias verdadeiras — como escândalos, à exemplo do caso relativo aos e-mails de Hillary — foram muito mais explorados que a desconfiança nos porta-vozes de notícias tradicionais, fenômeno este que Trump cunhou como “*fake news*”, discurso este que teve mais presença no período de pós-eleição (FARRIS *et al.*, 2017, p. 21). Tal fato escancara que o fenômeno da desinformação consegue ser alavancado até mesmo por meio de notícias verdadeiras, mas propagadas de forma unilateral ou tendenciosas, não revelando o outro lado da história com o mesmo peso.

Não obstante, os sites mais referenciados através de *links* por outros veículos ou compartilhamentos em redes costumavam ter o mesmo perfil quando se tratava de pessoas pró-trump ou pró-hillary. Os sites mais compartilhados em um lado não costumam aparecer em perfis dos eleitores de pensamento contrário, em que pese sua falta de imparcialidade, considerando que os mesmos costumavam magnificar os erros do outro candidato enquanto suavizam os do seu, prática está mais apelativa em sites apoiadores do candidato republicano, como o Breitbart. A repetição excessiva deste tipo de prática evidencia um seletismo de notícias e confiabilidade, fazendo com que o efeito bolha fique cada vez mais forte entre os eleitores e propicie um terreno fértil para desinformação.

Outro caso extremamente polêmico surgiu em face da empresa Cambridge Analytica. O Facebook autorizou repassar informação de mais de 50 milhões de seus usuários sem qualquer autorização (G1, 2018) para supracitada empresa, a qual era uma das responsáveis pelo *marketing* direcionado ao Brexit e a campanha de Donald Trump, além do fato de ser presidida, na época, por Steve Bannon, assessor do mesmo e um dos mais ferrenhos apoiadores do agora ex-presidente.

Acontece que a empresa, através de um teste de personalidade, fez um verdadeiro mapa de personalidade dos indivíduos que o responderam, cunhando-o de OCEAN, categorizado em “[...] (openness, conscientiousness, extraversion, agreeableness, and neuroticism) and correlated it with their Facebook activity (likes and shares)” (ISAAK; HANNA, 2018, p. 57).

³As formas mais óbvias de desinformação são mais prevalentes em redes sociais e nas partes mais partidárias do cenário da mídia. Maior popularidade nas redes sociais do que atenção dos pares de mídia é um forte indicador de reportagem partidária e, em alguns casos, duvidosas. Entre o top 100 de fontes de mídia por inlinks ou compartilhamentos através de redes sociais, sete fontes, todos oriundos da direita partidária ou esquerda partidária, recebem substancialmente mais atenção de redes sociais do que outros meios de mídia.

⁴(abertura, conscienciosidade, extroversão, amabilidade e neuroticismo) e correlacionados com a sua atividade de Facebook (likes e compartilhamentos).

A Cambridge Analytica, através desse teste, praticava a clássica manobra de desinformação, tendenciosamente recomendando conteúdo pró-trump e anti-hillary, acarretando pouca possibilidade de contraponto de conteúdo a favor da candidata democrata chegar aos olhos dos abarcados pela cobertura da empresa.

3.2. BREXIT

O BREXIT foi a maior movimentação atual da União Europeia. Apesar de não se tratar de eleição a um cargo eletivo tal como é feito na ocupação de cadeiras pertencentes ao poder legislativo ou executivo, foi realizado referendo acerca da permanência ou saída do país da UE, sendo ele decisivo para qualquer tomada de decisão que o Reino Unido viesse a tomar.

Assim como aconteceu nos Estados Unidos, esta votação foi assolada por desinformação. A Cambridge Analytica também agiu no país europeu e, de acordo com ex-trabalhador da empresa Christopher Wylie, o BREXIT sequer teria acontecido sem a intervenção da corporação, afirmando que:

[...] É importante porque o referendo foi ganho com menos de 2% dos votos e muito dinheiro foi gasto em publicidade na medida certa, com base em dados pessoais. Essa quantidade de dinheiro compraria milhões e milhões de impressões. Se você se dirige a um grupo pequeno, pode ser definitivo. Se você soma todos os grupos que fizeram campanha pelo Brexit, era um terço de todo o gasto. E estamos diante de algo fundamental para o modelo constitucional deste país e para o futuro da Europa (EL PAÍS, 2018).

No mais, o referendo foi contaminado por *bots* utilizados para o fim de realçar o lado que desejava votar para sair ou ficar na UE. De acordo com Marco Bastos e Dan Mercea (2017, p. 51), “we uncovered a network of Twitterbots comprising 13,493 accounts that tweeted the UK EU membership referendum, which were deactivated or removed by Twitter shortly after polling stations closed”. Anunciam os supracitados autores que a maioria dos *bots* estavam programados para ajudar a votação em prol do “*Leave vote*”.

Não obstante, a desinformação parece não se ater somente a eleições no Reino Unido, mas também em outros países, como a Itália. Em pesquisa realizada, foi notado que um dos porta vozes mais influentes nas redes sociais do país, o *voxnews*, era uma figura delicada quando se fala em desinformação, conforme puderam ver Francesco Pierri e seus colaboradores:

With approximately 200k tweets (over 50% of the total volume) and 6k articles (about 1/3 of the total number), “voxnews.info” stands out on all other sources; this outlet spreads disinformation spanning several subjects, from immigration to health-care and conspiratorial theories, and it runs campaigns against fact-checkers as well as labeling its articles with false “fact-checking” labels as to deceive readers (PIERRI; ARTONI; CERI, 2020, p. 8)⁵.

⁵Com aproximadamente 200.000 tweets (por volta de 50% do volume total) e 6.000 artigos (aproximadamente 1/3 do número total), “voxnews.info” se destaca das demais fontes; esse canal espalha desinformação sobre vários assuntos, abrangendo imigração, assistência médica e teorias da conspiração, e executa campanhas contra checadores de fatos, rotulando seus artigos como falsa checagem de fatos para enganar leitores.

Dessa forma, analisa-se que a desinformação na internet no âmbito das eleições, está se tornando um fenômeno cada vez mais comum nas disputas ocidentais. Não obstante, trata-se de esforço deliberado, construindo-se verdadeiras cadeias produtivas complexas (como se pode averiguar com a Cambridge Analytica) com o objetivo de desvirtuar a informação séria e imparcial ao eleitor.

3.3. NO BRASIL

Atualmente, é comum observar no debate político a especial preocupação com a lisura da eleição a ser realizada neste ano de 2022. Como é de conhecimento geral, faltando mais de um ano para a disputa, o país entrou em convulsão em razão da polarização referente à impressão dos votos, culminando em confrontos diretos entre ministros do Superior Tribunal Federal (STF), sobretudo Luís Roberto Barroso, e o presidente Jair Bolsonaro, o qual convocou manifestações grandiosas no dia 07 de Setembro de 2021. Na opinião do Presidente, houve fraude na eleição em que foi eleito, citando que deveria ter ganhado a disputa logo no primeiro turno. Contudo, o mesmo admite não ter provas para legitimar tal fala, reafirmando a frase em sua *live* semanal do dia 29/07 no ano de 2021 “não tenho provas de que há fraude, mas também não há provas de que não há” (CONGRESSOEMFOCO, 2021), evidenciando que a desinformação ao redor das eleições já estão acontecendo muito antes da própria disputa. Isto não é um problema isolado, a confiança no sistema eleitoral é atacada há tempos, conforme diz estudo coordenado por Marco Aurelio Ruediger e Amaro Grassi, o qual foi publicado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV):

Em sete anos, foram identificadas 337.204 publicações que colocavam sob suspeição a lisura das eleições brasileiras. A maior parte, 335.169, foi localizada no Facebook e soma 16.107.846 interações. O restante corresponde a 2.035 posts no YouTube com 23.807.390 visualizações. A métrica do YouTube é mais contundente para mensurar o alcance dessas mensagens, porque consiste em todos que assistiram e não somente interagiram (por reações, comentários ou compartilhamentos) com o conteúdo. Isso denota que o alcance da mensagem, no Facebook, é maior do que os dados obtidos via métrica desta plataforma (RUEDIGER; GRASSI, 2020).

Concomitantemente, o supracitado ministro demonstrou preocupação com o aplicativo *Telegram*, chegando a enviar uma carta ao proprietário do mesmo, Pavel Durov. O objetivo do ministro, na posição de presidente do Tribunal Superior Eleitoral, era pedir pela cooperação no combate à desinformação (TSE, 2021). Em entrevista ao *Correio Braziliense* realizada após ter o envio da carta frustrada, o mesmo salientou que o STF possui a faculdade de suspender o aplicativo caso este não siga a legislação vigente no país, porém apela para que o poder judiciário seja o principal personagem para lidar com o problema (2022). Este acontecimento gerou certa convulsão, a qual será tratada posteriormente.

Com este cenário em mente, cabe revisitar o papel da desinformação que abarcou o Brasil na histórica eleição de 2018. O aplicativo de mensagens “*WhatsApp*” se mostrou um elemento

diferenciador da experiência brasileira em relação ao estadunidense, ao passo que este instrumento é pouco utilizado no país norte americano. De acordo com o Digital News (*apud* DOS SANTOS *et al.*, 2019, p. 310), o uso do aplicativo para notícias subiu 46% entre 2016 e 2018. Não obstante, é incrivelmente difícil estabelecer um controle combativo a desinformação neste meio tendo em vista o funcionamento intrínseco do aplicativo. Explica José Guilherme dos Santos e seus demais colaboradores:

O aplicativo não possui perfis públicos localizáveis por busca, algoritmos de impulsionamento de visibilidade, agregação automática de informação social ou entrega direcionada de conteúdo. Pelo contrário, limita o número de encaminhamentos diretos e o número de pessoas que podem pertencer a cada grupo, descartando elementos considerados peças chave na viabilidade de viralizações rápidas e recorrentes em plataformas como Facebook. A viralização de uma notícia falsa exige um aumento exponencial de visibilidade a cada encaminhamento, incompatível com índices normais de compartilhamento individual em redes de contatos privados. É neste ponto que os grupos de WhatsApp dedicados à política, em geral segmentados, com mais de duzentas e cinquenta pessoas cada e canais de comunicação entre si, entram em cena (DOS SANTOS *et al.*, 2019, p. 311-312).

Ademais, o aplicativo funciona com a utilização de comunicação fragmentada entre grupos. Em outras palavras, existem milhares de grupos com determinado número de pessoas, sendo todos eles plenamente capazes de disseminar desinformação, não possuindo um meio de centralização da informação disseminada, como é possível observar em outras redes sociais, como o Facebook (DOS SANTOS *et al.*, 2019). Desta forma, um grupo pode funcionar independentemente dos outros, não importando, por exemplo, sua remoção do aplicativo, já que pouco afetará os outros que já funcionam sob essa dinâmica.

Neste sentido, restou completamente prejudicada a informação verificada sob crivo rigoroso do olhar jornalístico. Sem a devida checagem, diversas informações tendenciosas, convenientemente omissas ou descaradamente falsas chegaram ao público. A título de exemplificação, é válida a observação derivada da sondagem realizada pelo Atlas Político e noticiada pelo El País:

O Atlas Político perguntou ainda se os eleitores acreditavam na distribuição, pelos Governo do PT, do chamado "kit gay", nome pejorativo dado por Bolsonaro a um material anti-homofobia que jamais chegou a circular, muito menos para crianças de seis anos, como disse o candidato. Nada menos que 36% das pessoas disseram crer na informação mentirosa, que o TSE obrigaria Bolsonaro a tirar das redes poucos dias atrás, contra 45% que disseram que não — apenas 4% disseram não ter tomado conhecimento do tema. Num caso ainda mais absurdo, nada menos que 15% das pessoas disseram acreditar que Fernando Haddad defendeu o fim do tabu do incesto em livro, algo publicado pelo filósofo de extrema direita Olavo de Carvalho em suas redes (30% disseram não acreditar, 34% não tinham ouvido falar e 21% não souberam ou não quiseram responder) (EL PAÍS, 2018).

Não obstante, as redes sociais funcionam de forma interconectada. Como explicou Tatiana Dourado (2020), o *WhatsApp*, *Facebook* e *Twitter* muitas das vezes replicavam as mesmas notícias tendenciosas ou falsas, revelando um esforço efetivo para atingir o maior número de pessoas, sendo o *Facebook* e o *WhatsApp* as redes mais ativas. Concomitantemente o uso de robôs foi fator marcante nas eleições e de difícil identificação. Explica a supracitada doutoranda (2020) que mesmo em uma amostra de 451 perfis analisados, nunca se pode ter 100% de ter certeza sobre a afirmação de um perfil nas redes ser um bot ou não, usando a classificação através da probabilidade, ou, em outras palavras, “parece robô”.

Como se sabe, a automatização de perfis tem potencial extremamente danoso para eleições, porquanto funcionam obedecendo algoritmos e só são impedidos quando a própria plataforma os suspende, tornando verdadeiros potenciais propagadores incansáveis de desinformação ou notícias falsas.

4. O QUE É A PL 2630/20?

O projeto de Lei 2630/20, popularmente conhecido como o “PL das Fake News” já aprovado no Senado e que em breve deve ser votado na Câmara dos Deputados, dispõe, basicamente, a respeito do combate às notícias falsas em redes sociais e seus serviços de mensagens.

O projeto é de autoria do Senador Alessandro Vieira (cidadania), destarte, o projeto apresenta a instituição da Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na internet, buscando a criação de mecanismos combativos à disseminação de notícias falsas nas plataformas digitais. A explicação da Ementa apresenta:

Estabelece normas relativas à transparência de redes sociais e de serviços de mensagens privadas, sobretudo no tocante à responsabilidade dos provedores pelo combate à desinformação e pelo aumento da transparência na internet, à transparência em relação a conteúdos patrocinados e à atuação do poder público, bem como estabelece sanções para o descumprimento da lei (VIEIRA, 2020).

Nota-se, assim, que a proposta contém regras para as empresas provedoras das redes sociais, desse modo, segundo os defensores do projeto ora em análise, busca-se o combate às notícias falsas. Todavia, tem-se argumentos contrários à proposta.

Recentemente, a empresa *Facebook* lançou uma campanha publicitária contra o PL das *Fake News*, em nota, fundamenta de modo contrário ao projeto de Lei nº 2630/2020, considerando o texto da lei contestável e receando prováveis problemas, tendo em vista as condições atuais do projeto. Além do *Facebook*, outras plataformas também se posicionaram, em carta conjunta, de forma oposta sobre o PL, como, por exemplo, *Google*, *Twitter* e Mercado Livre assinaram uma carta contra-argumentando pontos basilares do projeto.

De maneira contundente, todas as empresas mencionadas declaram posições no sentido contrário à difusão e divulgação de notícias falsas, entretanto, argumentam que o Projeto de

de Lei nº 2630/2020 corresponde, atualmente, a uma ameaça à *internet* livre, aberta e democrática, tendo em vista que o PL, além de outros fatores, visa a remuneração aos veículos jornalísticos que publiquem nas plataformas, dessa maneira, de acordo com as empresas, em caso de aprovação, haverá o favorecimento dos grandes grupos midiáticos e tradicionais e, conseqüentemente, prejuízos a jornalistas independentes.

Ademais, aponta-se que o projeto determina de modo genérico o formato da remuneração dos veículos de imprensa que publiquem nas plataformas. Conforme reportagem de Nilton Kleina pelo Tecmundo (2022), a empresa *Facebook* manifestou-se da seguinte forma acerca da versão atual do projeto: “traz conseqüências negativas às pequenas empresas que usam publicidade online para vender mais e gerar mais empregos.” e que “milhares de pequenos e médios negócios, como padaria ou a pizzaria do bairro, não poderão mais anunciar seus produtos com eficiência e a custo baixo na internet.”

Entre todos os artigos do PL, o 7º é o mais constatado, pois aduz:

Os provedores de redes sociais e de serviços de mensageria privada poderão requerer dos usuários e responsáveis pela conta, em caso de denúncias por desrespeito a esta Lei, no caso de indícios de contas automatizadas não identificadas como tal, de indícios de contas inautênticas ou ainda nos casos de ordem judicial, que confirmem sua identificação, inclusive por meio da apresentação de documento de identidade válido (VIEIRA, 2020).

Dessa maneira, à luz do artigo supramencionado, torna-se demasiada dificuldade a entrega de publicidade direcionada. Assim, empresas que trabalham com ferramentas de segmentação serão expostas, dessa maneira, clientes e agências entram em risco. De acordo com a reportagem do portal meio&mensagem (2022), argumenta o Bureau que a publicidade é um ponto nevrálgico à economia, posto que movimentou cerca de R\$ 23 bilhões de reais em 2020, 90% em anúncios segmentados.

4.1. BANIMENTO DO TELEGRAM

Em paralelo a isso, atenta-se para uma possível e polêmica decisão judicial em relação ao banimento do *Telegram* do Brasil. Dessa maneira, a ausência e conseqüentemente inexistência de contato com a representação internacional do aplicativo, tendo em vista que a rede não possui escritório em nosso país, prejudica reuniões e investigações, sobretudo no combate a desinformação e *fakes news*.

Rememorando o cenário posto anteriormente, o ministro Luís Roberto Barroso, presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), enviou um ofício ao diretor executivo do aplicativo, Pavel Durov, solicitando uma reunião que buscasse alternativas para combater a desinformação de forma conjunta ao aplicativo, contudo, não houve resposta alguma da empresa.

A título de exemplo, instituições, como, o Ministério Público Federal (MPF) e o próprio

Supremo Tribunal Federal (STF) já sofreram com a ausência de contato por parte do *Telegram*. Recorda-se, dessa maneira, que durante o inquérito das *Fake News*, o STF chegou a buscar contato com a empresa — que fica sediada em Dubai, todavia, não obteve resposta alguma. Isto posto, destaca-se o ano eleitoral de 2022, destarte, visando, segundo TSE, confrontar e minimizar os efeitos da desinformação e *fakes news* na corrida eleitoral, levando em consideração a impossibilidade de respostas dos representantes do aplicativo, bloquear ou banir o aplicativo do Brasil se apresenta como uma possibilidade.

Por fim, demonstra-se que o *Telegram* não vem cooperando com as investigações em nosso país, todavia, essa não é uma exclusividade brasileira, posto que, outros países apresentam semelhantes alegações. De acordo com a reportagem CNN Brasil (2022), a Alemanha também considera banir o aplicativo do país, tendo em vista discursos de ódio e *fake news*, sobretudo em relação às vacinas durante a pandemia.

Criou-se no Brasil, de certa maneira, uma expectativa acerca de uma legislação que tratasse do tema, impossibilitando, dessa maneira, o funcionamento de aplicativos que não tenham representação em nosso país. Porém, não há tempo hábil considerado para tal legislação, visto que o enfoque maior é consequência negativa da utilização do *Telegram* nas eleições brasileiras.

5. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DA DESINFORMAÇÃO

A liberdade de expressão é direito fundamental e condição necessária para o exercício da cidadania. Assegurado em diversas Cartas Magnas pelo mundo, o direito à livre expressão serve como garantia de existência da pluralidade de pensamentos e posicionamentos, representando direito constitucional garantidor do livre debate de opiniões e, principalmente, servindo como alicerce do Estado democrático. Contudo, ao lado do direito de expor aquilo que cada indivíduo entende como liberdade de expressão, está a desinformação, que corresponde a replicação de informações falsas por indivíduos com o propósito de induzir determinados grupos ao erro, colocando em risco toda a estrutura social.

5.1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Primordialmente, observa-se que, o direito à liberdade de expressão encontra-se presente em diversos tratados internacionais, destacando-se, como exemplo, o art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), discorrendo que:

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948).

Dessa forma, a liberdade de expressão representa direito fundamental do ser humano, sendo

muito mais do que a simples manifestação e exposição de opiniões ou pensamentos: representa o direito à expressão de gênero, de expor a crença, posicionamento político ou ideológico, etc., sendo basilar para estabelecer o convívio social na sociedade. Ademais, compreende-se que, ter a liberdade de posicionar-se diante de qualquer assunto em meio social simboliza a luta de muitas pessoas, que à sua época, sofreram censura e não tiveram os mesmos direitos que hoje são assegurados.

Destarte, é possível constatar que em diversos períodos da história mundial houveram supressões à liberdade de expressão, entrando em seu lugar a censura e a perseguição. No Brasil, como exemplo, o Golpe de 1964, mais conhecido como Ditadura Militar — momento de muita instabilidade política e presença de um governo autoritário, pessoas que expressassem sua opinião, fosse falando, protestando ou por qualquer outro meio de comunicação, eram perseguidos, torturados, e por muitas vezes assassinados, restando para aqueles que presenciaram tamanha brutalidade o medo de sofrer as mesmas penalizações. Dessa forma, a garantia da livre exposição de pensamentos e opiniões representou, para as pessoas que viveram governos autoritários e para toda a sociedade, a possibilidade de viver livremente.

5.2. INFLUÊNCIA DA DESINFORMAÇÃO NO MEIO DIGITAL

Com o decorrer do tempo e com cada vez mais direitos garantidos, as mudanças sociais e tecnológicas avançaram e modificaram a forma de viver e de se expressar de cada indivíduo. Atualmente, com apenas um clique, é possível publicar e se informar em tempo real, pois as publicações em rede alcançam milhares de pessoas, que podem opinar e reproduzir a publicação vista, representando a aplicação direta do direito à liberdade de expressão.

Isto se dá pelo fato de que, estando na era da tecnologia, o acesso em massa às redes sociais e demais páginas na *web*, garantiu que a liberdade de expressão ganhasse espaço na rede por meio de publicações, compartilhamentos, debates, etc., manifestando assim o livre pensamento e posicionamento dos usuários. Entretanto, ao passo que é fácil e rápido expor uma opinião — e quem o faz está exercendo direito fundamental, muitos indivíduos, na maioria das vezes para atingir determinados grupos, repassam conscientemente informações que geram a desinformação, sem importar-se com o quão nociva socialmente poderá ser essa publicação, pois o principal intuito é gerar a desinformação.

Outrossim, de acordo com dados de pesquisa realizada pelo Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT) e publicada na revista *Science* em 2017, noticiada no jornal *O Estado de S. Paulo*, notícias falsas se disseminam 70% mais rápido do que notícias verdadeiras, e conseguem alcançar um maior número de internautas. Com isso, é possível identificar que, a disseminação de notícias falsas com intuito de desinformar e induzir ao erro, são replicadas com maior facilidade. Além disso, em notícias de cunho político a propagação é 3 vezes maior, demonstrando que a disseminação da desinformação tem seu ponto central quando se trata de política.

Ademais, no Brasil, segundo pesquisa realizada em 2019 pela Datasenado nomeada como “Redes Sociais, Notícias Falsas e Privacidade de Dados na Internet”, 83% dos brasileiros, em média, reconhecem que as redes sociais exercem grande influência na opinião pública, por meio da distribuição de informações na rede, sendo essas informações verídicas ou não. Outro ponto destacado na pesquisa é que cerca de 45% dos entrevistados afirmaram terem decidido o voto nas eleições de 2018 baseados em informações vistas nas redes sociais.

Diante do exposto, é observado que as informações disponibilizadas no meio digital servem como meio de condicionamento opinativo daqueles que a acessam. Com isso, muitos indivíduos acabam se informando, como por exemplo pelas redes sociais (*instagram, Facebook, Twitter, Whatsapp, Telegram* etc.), por publicações que já são disponibilizadas propositalmente com o intuito de ludibriar ou enganar, seja com manchetes sensacionalistas ou evidentemente falsas. Dessa forma, a desinformação em massa possibilitada pelo acesso rápido a informações representa riscos à sociedade, servindo como grande influenciador da decisão de milhares de pessoas, não só no Brasil, mas em todo o mundo.

5.3. LIMITAÇÃO DA REPLICAÇÃO DE DESINFORMAÇÃO VS LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Por se tratar de uma garantia fundamental e constitucional, tratar da limitação à liberdade de expressão caracteriza-se como censura, sendo assim proibido constitucionalmente. No entanto, ao permitir que usuários compartilhem intencionalmente informações falsas nas redes, buscando atingir determinados grupos com a desinformação, chega-se ao questionamento: limitar ou não o acesso aos meios de replicação das informações pelos usuários?

Isto pois, ao tentar limitar o acesso de pessoas às redes, por exemplo, estará ocorrendo desrespeito ao livre posicionamento, pensamento e opinião, algo que era visto em situações de regimes autoritários. Mas, por outro lado, permitir que usuários disseminem desinformação sem sofrer sanções, ou seja, sem existir legalmente um combate efetivo, fará com que informações falsas sejam cada vez mais acessadas e compartilhadas, causando instabilidades não somente na política, como em vários casos, mas também em toda a sociedade.

Dessa forma, o respeito à liberdade de expressão deverá sempre prevalecer e ser respeitado, pois direito fundamental assegurado constitucionalmente. Entretanto, em contrapartida, a fiscalização da publicação e replicação de informações de cunho falso deverá ser eficaz e permanente, pois na atual situação tecnológica em que a sociedade se encontra, uma informação falsa que cause a desinformação poderá ter relação direta com o desfecho de uma eleição, de algum conflito, seja territorial ou não, e até mesmo poderá colocar em risco a vida de outros indivíduos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo esse cenário, antes de tudo, é mister ressaltar que apesar de ser uma invenção

recente do século XX, o surgimento da Internet transformou e continua transformando em potencial toda a forma de comunicação existente na sociedade, servindo como um enorme catalisador na difusão de informações. As dificuldades oriundas disso é que apesar dela ter trazido tantos benefícios, à exemplo da rapidez e fácil acesso e troca de comunicação entre a população mundial, também trouxe consigo outros problemas como o do tema principal deste artigo, a desinformação.

Destarte, como visto anteriormente, é necessário destacar que apesar de conectadas entre si, a desinformação não pode confundir-se com as denominadas "*fake news*", levando em consideração que essa se expressa com a intenção direta de disseminar notícia, a fim de conseguir produzir um efeito na pessoa ou em um grupo induzindo-os ao erro, feito de modo articulado pelo agente. A partir da discussão sobre a temática, também foi falado sobre como esse tipo de manipulação teve influência politicamente não só em eleições nacionais, como também nas internacionais, o que torna inegável que a problemática estende-se além do território brasileiro.

Ademais, atrelado a isto, foi debatida a questão do projeto de Lei nº 2630/20, popularmente conhecida como "PL das *fake news*", e também sobre o possível banimento do aplicativo *Telegram*. Diante do exposto, faz-se exponencialmente necessária a exposição de algumas soluções alternativas para o caso. Para isso, é mister identificar que o grande agente precursor da desinformação, são as empresas jornalísticas e de outros meios de comunicação da Era digital, como forma de atingir grupos específicos e manobrar as massas para que a população seja apenas a maneira mais efetiva de passar aquela informação falsa para frente.

Desse modo, faz-se pensar o perigo que seria dar ao próprio Estado o poder de fiscalização e delimitação do que iria ser considerado informação ou não para este, pois assim surgiria mais um facilitador para uma possível manipulação da sociedade, principalmente em épocas de eleição, assim como aconteceu pouco tempo atrás no Brasil e no mundo, à exemplo das eleições americanas, já citadas anteriormente, podendo esta ação de poder tornar-se algo ainda mais potencializado e maléfico para todos.

Em suma, considerando o supracitado, uma das possíveis soluções para a problemática seria a criação de normas punitivas às empresas responsáveis na veiculação de informação — visto que muitas utilizam de má-fé para manipular os fatos e acertar um alvo e não sofrem efetivamente nenhuma penalidade pela desinformação causada intencionalmente — somado ao surgimento de Conselhos e Assembleias regionais que as fiscalizem, juntamente com o auxílio da própria população a partir do conhecimento sobre a temática e denúncia sobre possíveis fraudes nesse sentido.

REFÊRENCIAS

ALVES, Gláucia. Telegram pode ser banido do Brasil; entenda a polêmica. *fd*r, 2022. Disponível em: <<https://fdr.com.br/2022/01/21/telegram-pode-ser-banido-do-brasil-entenda-polemica/>>

Acesso em: 06 de março de 2022.

BAPTISTA, Rodrigo. **Redes Sociais influenciam voto de 45% da população, indica pesquisa do DATASENADO**, 2019. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/12/redes-sociais-influenciam-voto-de-45-da-populacao-indica-pesquisa-do-datasenado>>. Acesso em: 06 de março de 2022.

BARROSO ameaça suspensão do Telegram: 'Brasil não é casa da sogra'. **Correio Braziliense**, 13 fev. 2022. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2022/02/4984971-barroso-ameaca-suspensao-do-telegram-brasil-nao-e-casa-da-sogra.html>. Acesso em: 11 mar. 2022.

BARROSO envia ofício ao Telegram e pede cooperação no combate à desinformação. **Tribunal Superior Eleitoral**, 17 dez. 2021. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Dezembro/barroso-envia-oficio-ao-telegram-e-pede-cooperacao-no-combate-a-desinformacao>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BASTOS, Marco T.; MERCEA, Dan. The Brexit botnet and user-generated hyperpartisan news. **Social science computer review**, v. 37, n. 1, p. 38-54, 2019. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0894439317734157>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BOAVENTURA, Adalton. Telegram banido: O bloqueio no Brasil já é visto como “inevitável”. **Oficina da net**, 2022. Disponível em: <<https://www.oficinadanet.com.br/telegram/39553-telegram-banido-brasil-inevitavel>>. Acesso em: 05 de março de 2022.

CASTRO, Fábio. “Fake news” tem 70% mais chance de viralizar que as notícias verdadeiras, segundo novo estudo. **O Estado de S. Paulo**, 2018. Disponível em: <<https://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,fake-news-se-espalham-70-mais-rapido-que-as-noticias-verdadeiras-diz-novo-estudo,70002219357>>. Acesso em: 6 mar. 2022.

CRUZ, Bruna Souza. PL das fake news: aprovado no Senado, entenda o que pode mudar. **UOL**, 2022. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/06/30/com-44-votos-senado-aprova-pl-das-fake-news.htm>>. Acesso em: 4 mar. 2022.

CONGRESSOEMFOCO. **CONGRESSO EM FOCO - Bolsonaro admite em live que não tem provas de fraude eleitoral**. Youtube, 29 jun. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9xDqK5dNkgo&t=39s>. Acesso em: 14 mar. 2022

DOS SANTOS, João Guilherme Bastos et al. WhatsApp, política mobile e desinformação: a hidra nas eleições presidenciais de 2018. **Comunicação & Sociedade**, v. 41, n. 2, p. 307-334, 2019. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/CSO/article/view/9410/6962>. Acesso em: 11 mar. 2022.

DOURADO, Tatiana Maria Silva Galvão. **Fake News na eleição presidencial de 2018 no Brasil**. 2020. Dissertação (Doutorado em Comunicação e Cultura Contemporâneas) – Faculdade de Comunicação, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/31967/1/Tese_Tatiana%20Dourado.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.

DESINFORMAÇÃO. **Michaelis**. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/desinforma%C3%A7%C3%A3o%20/>>. Acesso em: 09 de mar. de 2022.

DESINFORMAÇÃO. **Dicionário online português**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/desinformacao/>>. Acesso em: 09 de mar. de 2022.

DESINFORMAÇÃO, **Google Trends**. Disponível em: <<https://trends.google.com.br/trends/explore?date=2016-02-01%202022-03-09&geo=BR&q=desinforma%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 09 de mar. de 2022.

ENTENDA o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. **G1**, 20 mar. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>. Acesso em 10 mar. 2022.

FARIS, Robert; ROBERTS, Hal; ETLING, Bruce; BOURASSA, Nikki; ZUCKERMAN, Ehan; BENKLER, Yochai. **Partisanship, Propaganda, and Disinformation: Online Media and the 2016 U.S. Presidential Election**. Berkman Klein Center Research Publication, v. 6, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3019414. Acesso em: 09 mar. 2022.

GUIMÓN, Pablo. “O ‘Brexit’ não teria acontecido sem a Cambridge Analytica”. **EL PAÍS**, Londres, 26 mar. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/26/internacional/1522058765_703094.html. Acesso em: 09 mar. 2022.

INFODEMIA. **Academia**. Rio de Janeiro, 2020?. Disponível em: <https://www.academia.org.br/nossa-lingua/nova-palavra/infodemia>. Acesso em: 09 de mar. de 2022.

ISAAK, Jim; HANNA, Mina J. User data privacy: Facebook, Cambridge Analytica, and privacy protection. **Computer**, v. 51, n. 8, p. 56-59, 2018. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=8436400>. Acesso em: 10 mar. 2022.

IRETON, Cherilyn; POSETTI, Julie. **Jornalismo, fake news & desinformação: manual para educação e treinamento em jornalismo**. UNESCO, 2019.

KLEINA, Nilton. Facebook lança campanha publicitária contra PL das Fake News. **Tecmundo**, 2022. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/internet/234733-facebook-lanca-campanha-publicitaria-pl-fake-news.htm>>. Acesso em: 04 mar. 2022.

LISBOA, Alveni. Justiça brasileira poderia banir o telegram do país em 2022, entenda. **Canaltech**, 2022. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/legislacao/justica-brasileira-poderia-banir-o-telegram-do-pais-em-2022-entenda-207040/>>. Acesso em: 05 mar. 2022.

MARIN, Jorge. Modificação na 'Lei das Fakes News' gera polêmica no congresso. **Tecmundo**, 2020. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/mercado/204300-modificacoes-lei-fake-news-gera-polemica-congresso.htm>>. Acesso em: 05 mar. 2022.

MARREIRO, Flávia. Joice Hasselmann, WhatsApp e a eleição onde o crime compensa. **EL PAÍS**, 31 out. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/28/opinion/1540732323_256151.html. Acesso em: 11 mar. 2022.

MEDICINE Lodge Cresset. Kansas City, 17 de fevereiro de 1887, pag. 3. Disponível em: <<https://www.newspapers.com/clip/7726932/early-use-of-the-word-disinformation/>> . Acesso em: 09 de mar. de 2022.

MONTEIRO, Thaís. Por que o mercado questiona a Lei das Fake News?. **meio & mensagem**, 2022. Disponível em: <<https://www.meioemensagem.com.br/home/comunicacao/2022/02/25/por-que-o-mercado-questiona-a-lei-das-fake-news.html>>. Acesso em: 05 mar. 2022.

NASR, Joseph. MURRAY, Miranda. Alemanha cogita acabar com Telegram por causa de discursos de ódio e fake news. **CNN Brasil**, 2022. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/alemanha-cogita-acabar-com-telegram-por-cao-cause-de-discursos-de-odio-e-fake-news/>>. Acesso em: 06 mar. 2022.

OLIVIERI, Antônio Carlos. Censura - O regime militar e a liberdade de expressão. **UOL Educação**, 2014. Disponível em: <Censura: O regime militar e a liberdade de expressão - UOL Educação>. Acesso em: 09 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

PACEPA, Ion; RYCHLAK, Ronald. **Disinformation: Former Spy Chief Reveals Secret Strategies for Undermining Freedom, Attacking Religion, and Promoting Terrorism**. WND Books, 2013.

PIERRI, Francesco; ARTONI, Alessandro; CERI, Stefano. Investigating Italian disinformation

spreading on Twitter in the context of 2019 European elections. **PLoS ONE**, v. 15, n. 1, p. 1-23, 2020. Disponível em: <https://journals.plos.org/plosone/article/file?id=10.1371/journal.pone.0227821&type=printable>. Acesso em: 10 mar. 2022.

PL 2630/2020 deixou de ser sobre combater as fake news. **Meta**, 2022. Disponível em: <https://about.fb.com/br/news/2022/02/pl-2630-2020-deixou-de-ser-sobre-combater-as-fake-news/>. Acesso em: 05 mar. 2022.

PLATAFORMAS se posicionam sobre Lei das Fake News. **meio&mensagem**, 2022. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/midia/2022/02/24/plataformas-se-posicionam-sobre-lei-da-fake-news.html>. Acesso em: 04 mar. 2022.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. As inconsistências naturais do Projeto de Lei das Fakes News. **Conjur**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-15/fabricio-polido-inconsistencias-naturais-pl-fake-news>. Acesso em: 05 mar. 2022.

RECONDO, Felipe. Entenda por que há risco de a justiça banir o Telegram do Brasil. **JOTA**, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/analise/entenda-por-que-ha-risco-de-a-justica-banir-o-telegram-no-brasil-18012022>. Acesso em: 06 mar. 2022.

REDES SOCIAIS, NOTÍCIAS FALSAS E PRIVACIDADE DE DADOS NA INTERNET. **Pesquisa Datasenado**, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/mais-de-80-dos-brasileiros-acreditam-que-redes-sociais-influenciam-muito-a-opiniao-das-pessoas>. Acesso em: 04 mar. 2022.

ROCHA, Marco Aurélio de Oliveira Rocha. **O poder da desinformação: Fake News, desonestidade intelectual e pós-verdade**, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/325902/o-poder-da-desinformacao--fake-news--desonestidade-intelectual-e-pos-verdade>. Acesso em: 04 mar. 2022.

RUEDIGER, M. A.; GRASSI, A. (Coord.). **Desinformação on-line e processos políticos: a circulação de links sobre desconfiança no sistema eleitoral brasileiro no Facebook e no YouTube (2014-2020)**. Policy paper. Rio de Janeiro: FGV DAPP, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30085>. Acesso em: 14 mar. 2022.

VIEIRA, Alessandro. **Projeto de Lei n. 2630/90**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília: Senado Federal, 03 mai. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. Acesso em: 05 mar. 2022.