

Conhecimento, Experiência e Empatia:

A Envoltura do Direito

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

Conhecimento, Experiência e Empatia:

A Envoltura do Direito

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

Editora Chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Assistentes Editoriais

Natalia Oliveira

Bruno Oliveira

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto Gráfico e Diagramação

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremo

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

Imagens da Capa

Shutterstock

Edição de Arte

Luiza Alves Batista

Revisão

Os Autores

2021 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2021 Os autores

Copyright da Edição © 2021 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília

Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Prof. Dr. Arinaldo Pereira da Silva – Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Profª Drª Carla Cristina Bauermann Brasil – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos – Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Gírlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jael Soares Batista – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Jayme Augusto Peres – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília
Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Daniela Reis Joaquim de Freitas – Universidade Federal do Piauí
Profª Drª Débora Luana Ribeiro Pessoa – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Douglas Siqueira de Almeida Chaves – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Profª Drª Elizabeth Cordeiro Fernandes – Faculdade Integrada Medicina
Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Profª Drª Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Prof. Dr. Fernando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Fernanda Miguel de Andrade – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Dr. Fernando Mendes – Instituto Politécnico de Coimbra – Escola Superior de Saúde de Coimbra
Profª Drª Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco
Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Jefferson Thiago Souza – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Maria Tatiane Gonçalves Sá – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federacl do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Dr. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino
Profª Drª Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Welma Emidio da Silva – Universidade Federal Rural de Pernambuco

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Profª Drª Ana Grasielle Dionísio Corrêa – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Cleiseano Emanuel da Silva Paniagua – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Érica de Melo Azevedo – Instituto Federal do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Profª Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande

Profª Drª Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Dr. Marco Aurélio Kistemann Junior – Universidade Federal de Juiz de Fora
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Priscila Tessmer Scaglioni – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Sidney Gonçalves de Lima – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Linguística, Letras e Artes

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Profª Drª Carolina Fernandes da Silva Mandaji – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Edna Alencar da Silva Rivera – Instituto Federal de São Paulo
Profª Drª Fernanda Tonelli – Instituto Federal de São Paulo,
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

Conselho Técnico Científico

Prof. Me. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
Prof. Dr. Adailson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí
Profª Ma. Adriana Regina Vettorazzi Schmitt – Instituto Federal de Santa Catarina
Prof. Dr. Alex Luis dos Santos – Universidade Federal de Minas Gerais
Prof. Me. Alexsandro Teixeira Ribeiro – Centro Universitário Internacional
Profª Ma. Aline Ferreira Antunes – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Amanda Vasconcelos Guimarães – Universidade Federal de Lavras
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Ma. Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa
Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Profª Drª Andrezza Miguel da Silva – Faculdade da Amazônia
Profª Ma. Anelisa Mota Gregoleti – Universidade Estadual de Maringá
Profª Ma. Anne Karynne da Silva Barbosa – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais
Prof. Me. Armando Dias Duarte – Universidade Federal de Pernambuco
Profª Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar
Profª Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos
Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Me. Carlos Augusto Zilli – Instituto Federal de Santa Catarina
Prof. Me. Christopher Smith Bignardi Neves – Universidade Federal do Paraná
Profª Drª Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo
Profª Drª Cláudia Taís Siqueira Cagliari – Centro Universitário Dinâmica das Cataratas
Prof. Me. Clécio Danilo Dias da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Profª Ma. Daniela da Silva Rodrigues – Universidade de Brasília
Profª Ma. Daniela Remião de Macedo – Universidade de Lisboa

Profª Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Douglas Santos Mezacas – Universidade Estadual de Goiás
Prof. Me. Edevaldo de Castro Monteiro – Embrapa Agrobiologia
Prof. Me. Edson Ribeiro de Britto de Almeida Junior – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Me. Eduardo Gomes de Oliveira – Faculdades Unificadas Doctum de Cataguases
Prof. Me. Eduardo Henrique Ferreira – Faculdade Pitágoras de Londrina
Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil
Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita
Prof. Me. Ernane Rosa Martins – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Prof. Me. Euvaldo de Sousa Costa Junior – Prefeitura Municipal de São João do Piauí
Prof. Dr. Everaldo dos Santos Mendes – Instituto Edith Theresa Hedwing Stein
Prof. Me. Ezequiel Martins Ferreira – Universidade Federal de Goiás
Profª Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora
Prof. Me. Fabiano Eloy Atilio Batista – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas
Prof. Me. Francisco Odécio Sales – Instituto Federal do Ceará
Prof. Me. Francisco Sérgio Lopes Vasconcelos Filho – Universidade Federal do Cariri
Profª Drª Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo
Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária
Prof. Me. Givanildo de Oliveira Santos – Secretaria da Educação de Goiás
Prof. Dr. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná
Prof. Me. Gustavo Krahl – Universidade do Oeste de Santa Catarina
Prof. Me. Helton Rangel Coutinho Junior – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Profª Ma. Isabelle Cerqueira Sousa – Universidade de Fortaleza
Profª Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Me. Javier Antonio Albornoz – University of Miami and Miami Dade College
Prof. Me. Jhonatan da Silva Lima – Universidade Federal do Pará
Prof. Dr. José Carlos da Silva Mendes – Instituto de Psicologia Cognitiva, Desenvolvimento Humano e Social
Prof. Me. Jose Elyton Batista dos Santos – Universidade Federal de Sergipe
Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay
Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco
Profª Drª Juliana Santana de Curcio – Universidade Federal de Goiás
Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Kamilly Souza do Vale – Núcleo de Pesquisas Fenomenológicas/UFPA
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
Profª Drª Karina de Araújo Dias – Prefeitura Municipal de Florianópolis
Prof. Dr. Lázaro Castro Silva Nascimento – Laboratório de Fenomenologia & Subjetividade/UFPR
Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará
Profª Ma. Lilian de Souza – Faculdade de Tecnologia de Itu
Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ
Profª Drª Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Secretaria de Estado da Educação, do Esporte e da Cultura de Sergipe
Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual do Paraná
Profª Ma. Luana Ferreira dos Santos – Universidade Estadual de Santa Cruz
Profª Ma. Luana Vieira Toledo – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados
Prof. Me. Luiz Renato da Silva Rocha – Faculdade de Música do Espírito Santo
Profª Ma. Luma Sarai de Oliveira – Universidade Estadual de Campinas
Prof. Dr. Michel da Costa – Universidade Metropolitana de Santos

Prof. Me. Marcelo da Fonseca Ferreira da Silva – Governo do Estado do Espírito Santo
Prof. Dr. Marcelo Máximo Purificação – Fundação Integrada Municipal de Ensino Superior
Prof. Me. Marcos Aurelio Alves e Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo
Profª Ma. Maria Elanny Damasceno Silva – Universidade Federal do Ceará
Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Prof. Dr. Pedro Henrique Abreu Moura – Empresa de Pesquisa Agropecuária de Minas Gerais
Prof. Me. Pedro Panhoca da Silva – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Profª Drª Poliana Arruda Fajardo – Universidade Federal de São Carlos
Prof. Me. Rafael Cunha Ferro – Universidade Anhembi Morumbi
Prof. Me. Ricardo Sérgio da Silva – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Renan Monteiro do Nascimento – Universidade de Brasília
Prof. Me. Renato Faria da Gama – Instituto Gama – Medicina Personalizada e Integrativa
Profª Ma. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal
Prof. Me. Robson Lucas Soares da Silva – Universidade Federal da Paraíba
Prof. Me. Sebastião André Barbosa Junior – Universidade Federal Rural de Pernambuco
Profª Ma. Silene Ribeiro Miranda Barbosa – Consultoria Brasileira de Ensino, Pesquisa e Extensão
Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo
Profª Ma. Taiane Aparecida Ribeiro Nepomoceno – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Faculdade Regional Jaguaribana
Profª Ma. Thatianny Jasmine Castro Martins de Carvalho – Universidade Federal do Piauí
Prof. Me. Tiago Silvio Dedoné – Colégio ECEL Positivo
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

Conhecimento, experiência e empatia: a envoltura do direito

Bibliotecária: Janaina Ramos
Diagramação: Maria Alice Pinheiro
Correção: Maiara Ferreira
Edição de Arte: Luiza Alves Batista
Revisão: Os Autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C749 Conhecimento, experiência e empatia: a envoltura do direito
/ Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos.
– Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5983-035-0

DOI 10.22533/at.ed.350210405

1. Direito. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de
(Organizador). II. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa.

APRESENTAÇÃO

Em **CONHECIMENTO, EXPERIÊNCIA E EMPATIA: A ENVOLTURA DO DIREITO**, coletânea de dezoito capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, nesse volume, quatro grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos em democracia, constituição e direitos humanos; estudos em criminologia; estudos sobre o estado e as atividades regulatórias; e estudos sobre a justiça.

Estudos em democracia, constituição e direitos humanos traz análises sobre democracia, princípios constitucionais, ações afirmativas, liberdade religiosa, cotas e pessoas em situação de rua.

Em estudos em criminologia são verificadas contribuições que versam sobre República Velha, organizações criminosas, periferia, humanização de penas e criminalização das *fake news*.

Estudos sobre o estado e as atividades regulatórias aborda questões como improbidade administrativa, regulação, publicidade e proteção de dados.

No quarto momento e último momento, estudos sobre a justiça, temos leituras sobre poder dos argumentos e relato sobre o projeto Escrevendo e reescrevendo a nossa história.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
AS MÚLTIPLAS VEREDAS DE OS SERTÕES: <i>PLANALTO E PLANÍCIES</i> Marclin Felix Moreira DOI 10.22533/at.ed.3502104051	
CAPÍTULO 2	18
A ATUAL RECESSÃO DEMOCRÁTICA NO BRASIL Marcelo Rodrigues Mazzei DOI 10.22533/at.ed.3502104052	
CAPÍTULO 3	32
PRINCIPIOS PARA UNA LECTURA JUSTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO William Esteban Grisales Cardona Luis Fernando Garcés Giraldo Conrado de Jesús Giraldo Zuluaga DOI 10.22533/at.ed.3502104053	
CAPÍTULO 4	40
AS AÇÕES AFIRMATIVAS E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE NO PROCESSO INCLUSIVO Lisete Maria Massulini Pigatto DOI 10.22533/at.ed.3502104054	
CAPÍTULO 5	51
A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL: UM ESTUDO A LUZ DAS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA João Batista de Castro Júnior Luis Paulo Ferraz de Oliveira DOI 10.22533/at.ed.3502104055	
CAPÍTULO 6	68
COTAS PARA TRAVESTIS E TRANSEXUAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS Armando Ribeiro Varejão DOI 10.22533/at.ed.3502104056	
CAPÍTULO 7	80
PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E DIREITOS HUMANOS:VIDAS POSSÍVEIS E AGENDAS FUNDAMENTAIS Leide Fernanda de Oliveira Queiroz Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti DOI 10.22533/at.ed.3502104057	

CAPÍTULO 8	92
CRIMINOLOGIA POSITIVISTA NA REPÚBLICA VELHA (1889-1930) E SEUS IMPACTOS NA CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA BRASILEIRA	
Ana Julia Pozzi Arruda	
DOI 10.22533/at.ed.3502104058	
CAPÍTULO 9	108
ANATOMIA DA FORMAÇÃO E MODO DE ATUAR DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	
Paulo Sérgio de Almeida Corrêa	
DOI 10.22533/at.ed.3502104059	
CAPÍTULO 10	128
ASFIXIA COLETIVA: O IMPACTO DAS DISPUTAS ENTRE O ESTADO E OS GRUPOS CRIMINAIS NAS TRAJETÓRIAS DE ADOLESCENTES MORADORES DE PERIFERIAS	
Clarice Beatriz da Costa Söhngen	
Ivana Oliveira Giovanaz	
DOI 10.22533/at.ed.35021040510	
CAPÍTULO 11	141
APAC: UMA INSTITUIÇÃO A FAVOR DA HUMANIZAÇÃO DAS PENAS	
Bárbara Paiva	
DOI 10.22533/at.ed.35021040511	
CAPÍTULO 12	147
PUNINDO A DESINFORMAÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DAS <i>FAKE NEWS</i> POR MEIO DO ESTUDO DO BEM JURÍDICO-PENAL	
Talysson Teodoro Travassos Sanchez Rojas	
DOI 10.22533/at.ed.35021040512	
CAPÍTULO 13	168
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL: UM BREVE ESTUDO SOBRE A SUFICIÊNCIA DAS INOVAÇÕES DA LEI Nº 8.429/1992 A PARTIR DA ORIGEM E DAS ESPECIFICIDADES DO FENÔMENO	
Anays Martins Finger	
Ana Cláudia Favarin Pinto	
DOI 10.22533/at.ed.35021040513	
CAPÍTULO 14	180
ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E O CASO DA MEDIDA PROVISÓRIA 579/2012 (CONCESSÕES NO SETOR ELÉTRICO)	
Douglas Toci Dias	
José Carlos de Oliveira	
DOI 10.22533/at.ed.35021040514	
CAPÍTULO 15	196
PUBLICIDADE NAS ARBITRAGENS COM O PODER PÚBLICO	
Igor Matheus Alves da Cunha	
DOI 10.22533/at.ed.35021040515	

CAPÍTULO 16	210
A AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DIANTE DA (IN)SEGURANÇA NO CIBERESPAÇO: UM DESAFIO	
Larissa Rocha de Paula Pessoa	
Mariana Caroline Pereira Félix	
DOI 10.22533/at.ed.35021040516	
CAPÍTULO 17	221
JUSTIÇA E PODER DOS ARGUMENTOS	
William Esteban Grisales Cardona	
Luis Fernando Garcés Giraldo	
Conrado de Jesús Giraldo Zuluaga	
DOI 10.22533/at.ed.35021040517	
CAPÍTULO 18	234
RELATOS EXTENSIONISTA NO PROJETO ESCREVENDO E RESCREVENDO A NOSSA HISTÓRIA (PERNOH): PARA ALÉM DO ACESSO À JUSTIÇA	
Sandoval Alves da Silva	
Camille de Azevedo Alves	
João Renato Rodrigues Siqueira	
DOI 10.22533/at.ed.35021040518	
SOBRE O ORGANIZADOR	249
ÍNDICE REMISSIVO	250

CAPÍTULO 1

AS MÚLTIPLAS VEREDAS DE OS SERTÕES: PLANALTO E PLANÍCIES

Data de aceite: 01/05/2021

Marclin Felix Moreira

RESUMO: O clássico *Os sertões*, de Euclides da Cunha, apresenta-se como um daqueles trabalhos de inesgotáveis possibilidades reflexivas, cujo resultado é um documento polifônico que nos permite pensar o homem, a sociedade e suas instituições em múltiplas acepções. Dentre as inumeráveis questões que podem ser suscitadas pela leitura dessa obra literária, algumas se referem a processos sociais que se encontram em fina sintonia com os temas dos direitos humanos e da democracia. Já em Montesquieu, na obra *O espírito das leis*, deparamos com um conjunto de considerações acerca da necessidade de uma adequação entre as leis e uma variedade de fatores como: meio ambiente, raça, cultura, clima, história, etc. Mobilizaremos o tema do institucionalismo, principalmente na passagem da Monarquia para a República, e procuraremos pensar a obra *Os sertões* como uma trágica evidência dos limites da perspectiva institucionalista. Por fim, Charles Taylor, em seu trabalho *Ética da autenticidade*, nos conduz a reflexões sobre as delicadas condições que emergem no mundo moderno em torno da disputa entre os Direitos Universais (aquilo que se traduz na ideia de política da igualdade) e manifestações particulares que almejam o direito à diferença (aqui nomeada política da diferença).

PALAVRAS - CHAVE: literatura; instituições;

direitos; democracia; vida social.

THE MULTIPLE PATHS OF OS SERTÕES: PLATEAU AND PLAINS

ABSTRACT: The classic *Os sertões*, de Euclides da Cunha, one of those endless possibilities reflective work, whose result is a polyphonic document that allows us to think about the man, the society and its institutions in multiple meanings. Among the innumerable questions that can be raised by reading this book, some refer to social processes in thin line with the themes of human rights and democracy. Already in Montesquieu in *The spirit of the laws*, we have a set of considerations about the need for a match between the laws and a variety of factors such as: the environment, race, culture, climate, history, etc. We'll mobilize institutionalism theme, especially in the passage from Monarchy to the Republic, and we will think about the work *Os sertões* as a tragic evidence of the limits of the institutionalist perspective. Finally, Charles Taylor, in his work *The ethics of authenticity*, leads to reflections on the delicate conditions emerging in the modern world around the dispute between universal rights (what translates the idea of equality policy) and private events that target the right to difference (here named politics of difference).

KEYWORDS: literature; institutions; rights; democracy; social life.

1 | INTRODUÇÃO

O incessante movimento de descortinar novas possibilidades de produção de interpretações e análises da vida social leva os pesquisadores, frequentemente, a vasculharem uma variada gama de elementos que possam contribuir para este objetivo.

É justamente com esse desiderato que a literatura figura, cada vez mais, como uma promessa de inspiração para o entendimento dos diversos âmbitos da vida em sociedade e de suas instituições.

O Direito, portanto, tornou-se também vítima desse fenômeno em curso.

As relações possíveis entre as duas áreas (Literatura e Direito) são tão vastas quanto a imaginação possa conceber.

Nesse sentido, o trabalho aqui desenvolvido busca articular alguns elementos que transitam pelo Direito, a Sociologia e a Política, em conexão com a literatura e, em particular, as eloquentes contribuições para os âmbitos mencionados que derivam da brilhante obra *Os sertões* de Euclides da Cunha.

Não nos deteremos, neste trabalho, em analisar, seja estilisticamente, ou de forma pormenorizada esse clássico. O nosso interesse está inserido no intuito de retirar alguns pontos da obra, para, a partir deles, estabelecer diálogos com autores destacados do pensamento social, cujas reflexões coadunam-se com os aspectos contidos na seleção feita.

Em um primeiro momento retomaremos as belas reflexões produzidas por Montesquieu no século XVIII em seu trabalho *O espírito das leis*, e o aproximamos de alguns aspectos teóricos e metodológicos presentes em *Os sertões*¹.

Posteriormente, nos valeremos de alguns apontamentos que se entrecruzam com *Os sertões*, na medida em que se dedicam a pensar o quadro sócio-político de passagem da Monarquia para a República no Brasil. Os dilemas, já presentes em toda a história do país, e aí acentuados uma vez mais, cujos desdobramentos atingem a região de Canudos, palco em que o drama maior retratado na obra se desenvolve, nos remetem ao tema do institucionalismo².

Finalmente, dado o caráter polifônico³ da obra em tela, permitimo-nos um salto maior, e extrapolando as fronteiras de nossa experiência histórica, voltamo-nos para uma discussão dos problemas aqui tratados, mas agora em contextos contemporâneos. Para

1 Os aspectos que se destacam incidem sobre as ideias muito em voga no período, que preconizavam a necessidade de apropriação dos métodos próprios das ciências naturais para o estudo dos fenômenos sociais. Nesse sentido, encontramos em *Os sertões* farta vinculação a esses princípios, marcadamente no tratamento especial que dedica ao elo entre o meio e o homem, expresso na organização da estrutura da obra, cuja primeira parte se refere à Terra e a segunda ao Homem. Temos aqui um forte sentido determinista no sentido geográfico e racial, por sinal, correntes de pensamento muito difundidas no período.

2 Tema recorrente em nossa literatura social, tendo em vista a inadequação ou impropriedade de se transportar modelos de organização social e política que frutificaram em outros lugares e buscar implantá-los em nosso país.

3 Esse caráter se expressa no fato de ser um documento ao mesmo tempo: literário, filosófico, científico, histórico, geográfico, antropológico, sociológico, político, jornalístico, etc.

essa tarefa nos valeremos das inquietações manifestadas por Charles Taylor, principalmente no que tange aos debates relacionados aos princípios de universalidade dominantes na modernidade, em contraposição aos movimentos que reivindicam o reconhecimento das diferenças. Mais uma vez, portanto, entendemos poder explorar essa pérola da nossa literatura para pensar processos sociais que, em sua essência, manifestam os mesmos complexos dramas capturados e expostos por Euclides da Cunha.

2 | TERRA, HOMEM, LEIS

A grandeza de *Os sertões*, obra ímpar de nossa literatura, pode ser atestada de diversas maneiras e por diversos ângulos. O seu caráter de clássico revela não só a magnitude de sua narrativa, não só a profundidade e originalidade do tratamento, mas também a sempre renovada possibilidade de leituras, ratificando aspectos centrais da obra ou revelando outros tantos que podem estar ligados ao contexto em que foi produzida ou mesmo atualizados aos tempos atuais.

No exercício de reflexão aqui empreendido começamos por destacar o tratamento geográfico que o autor dispensa ao trabalho. Em particular, chama-nos a atenção o fato de que a descrição da territorialidade e das condições do meio é um aspecto relevante na obra. A menção clara e ao mesmo tempo poética das qualidades e características da geografia de nosso país, não nos desvia da percepção de um propósito metodológico.

Entendemos que uma das razões dessa minuciosa descrição estreitasse com o objetivo de acentuar, não só as medidas extravagantes de nossos limites, bem como assinalar as diversidades daí decorrentes, como não poderia deixar de ser em território tão vasto.

Em primeiro lugar nos ateremos às duas formações que são descritas ao tratar do relevo brasileiro. Fazemos isso no sentido de nos apropriarmos dessas descrições para traçar metaforicamente uma relação com as próprias características da vida sócio-política brasileira, não só no contexto da época de produção da obra, mas, via de regra, como uma condição marcante de sua história.

Por isso utilizamos em nosso título os termos *planalto e planícies*, numa referência aos caminhos que historicamente são trilhados na definição das balizas institucionais que norteiam a vida do país.

Veremos mais pormenorizadamente essas questões adiante, no momento apenas queremos destacar que essas soluções pelo alto, ou por cima, como são chamadas na literatura política, marca nossa trajetória, e funda-se num grande desprezo pela diversidade de aspectos que são a substância da vida social nas *planícies*.

Chama-nos a atenção em *Os sertões* justamente o fato de que no conjunto de sua exposição esses problemas se revelam com o desfecho trágico do massacre de Canudos. Tudo se encaminha no sentido de denunciar um franco desrespeito aos pressupostos

defendidos por Montesquieu em sua clássica obra *O espírito das leis* (Montesquieu, 2005).

Vejamus resumidamente os pontos que nos interessa nessa aproximação.

Para Montesquieu, distanciando-se do raciocínio dedutivo dos contratualistas, o conhecimento deve servir-se de fatores históricos e empíricos para sua construção. Nesse sentido, sua concepção de leis como *relações necessárias que derivam da natureza das coisas* implicam na necessidade de descobri-las, por meio do intelecto, atestando e qualificando a razão humana como portadora dessa capacidade.

Mas se para a lei em geral o acesso é afeiçoado diretamente pela razão humana, enquanto atributo de sua natureza e condição, as leis civis e políticas, devem seguir uma dinâmica diferente para sua constituição. Como casos particulares de cada nação, essas leis positivas, devem obedecer a um rigoroso programa que considera como elementos relevantes na sua elaboração o clima, a geografia, a raça, os costumes, etc. para que seja alcançada uma harmonia entre as leis e as condições objetivas, históricas e empíricas de sua produção. Isto é o que Montesquieu define como *O espírito das leis*.

O próprio Euclides da Cunha em *À margem da história* (Cunha, 1999) nos alerta que o Brasil é o *único caso histórico de uma nacionalidade feita por uma teoria política*. Ou seja, o desprezo aos princípios defendidos por Montesquieu para o estabelecimento do conjunto de leis civis e políticas é entre nós prática histórica que a adoção de conceitos políticos e filosóficos totalmente distanciados de nossa realidade física e histórica.

Esse é ponto que nos interessa aqui, entendemos que ao demorar-se na descrição da terra e do homem a ela associado, Euclides da Cunha estava em *Os sertões* sinalizando para a necessidade de repensarmos nossa institucionalidade a partir das nossas singularidades. Ademais, se a regra, segundo o raciocínio de Montesquieu, que as leis estabelecidas para uma nação muito dificilmente se adequariam a outra, pelas razões acima mencionadas, o mesmo deve ser aplicado ao Brasil no que tange à sua diversidade regional, nos diversos aspectos que a compõe.

Procuraremos ver nos tópicos seguintes esses desafios e dilemas a nós colocados e os encaminhamentos adotados em nossa história.

3 | A PASSAGEM PARA A REPÚBLICA

Território, raça e meio: variáveis, na ótica de Euclides da Cunha, de amplíssima influência na determinação da organização social, econômica e política, bem como dos caracteres psicológicos do homem brasileiro, constituem-se, a partir do tratamento que lhes foi dedicado durante os três séculos coloniais, heranças com as quais o Império nascente irá desenvolver sua obra de construção da nacionalidade.

Em detrimento das manifestações de insatisfação dos habitantes coloniais, um acontecimento de ordem *providencial* acabou por precipitar a família real para os rincões brasileiros, e inaugurar, um pouco antes da independência da colônia, modelos de

constrangimentos das expressões disruptivas. Sempre no andamento da feliz *providência* (não sabemos se por uma fina ironia ou por crença mesmo do autor), somos contemplados com figuras talhadas *divinamente*, D. João VI, D. Pedro I e D. Pedro II, aos quais pelos traços e qualidades peculiares de suas personalidades, cabiam perfeitamente no papel necessário ao momento colonial e depois brasileiro. Mesmo em detrimento do desenvolvimento das forças mais afins ao espírito republicano, na análise de Euclides da Cunha, somos levados a render homenagens aos homens que mantiveram intactas as condições de territorialidade e nos presentearam com conquistas civilizacionais com as quais ingressamos e progredimos no décimo nono século. Ao ponto de, em um momento de profunda veneração o autor afirmar que “analisando-se mais intimamente essa administração surpreendente, ver-se-ia que aquela figura histórica tão deselegante e vulgar, de D. João VI, lançou todos os fundamentos essenciais do nosso destino” (Cunha, 1999, pg. 143).

Impedindo um retrocesso que fantasiava *um Brasil anterior a Tomé de Souza*, alvo da política portuguesa do início do século XIX, a obra civilizadora e embrionária da nacionalidade, iniciada com a vinda da família real, vai afortunadamente encontrar em D. Pedro I, seu protetor e continuador. Evitava-se, assim, a fragmentação regional diante das imposições metropolitanas, ao mesmo tempo em que se adiava o advento republicano entre nós. Tudo bem, melhor assim, sugere Cunha. Tudo indicava que não estávamos preparados para uma ordem republicana, o risco de divisões, separações e fissuras territoriais era imenso. Cautelosamente, entre erupções esporádicas e fermentações ideológicas constantes, o edifício republicano ia alicerçando suas bases, até que em momento oportuno, e sem graves consequências para a unidade nacional, pudesse empunhar a bandeira da liberdade.

Estamos harmonizados com as forças cósmicas ou mesmo celestiais, fizéssemos a república e sucumbiríamos às forças desintegradoras de nossa herança histórico-social. A precocidade republicana é evitada graças a nossa reverência à realeza. A quem coube instituir um *equilíbrio dinâmico entre as aspirações populares e as tradições dinásticas*, o que nos entalhou a originalidade histórica de *uma nacionalidade feita por uma teoria política*.

O arranjo entre as forças populares e a monarquia converteu-se em um regime constitucional voltado a aplacar o drama da desintegração da unidade territorial, que assombrava as consciências nacionais. A expressão da dramaticidade do momento, e porque não dizer de nossa própria história enquanto povo, e da envergadura da tarefa a ser levada a cabo, encontramos nas seguintes palavras de Cunha: “invertidas as suas fontes naturais, as reformas liberalíssimas, ampliando todas as franquias do pensamento e da atividade, iriam descer a golpes de decretos, à maneira de decisões tirânicas”. (Cunha, 1999, pg. 154) Eram realizações de homens que mais representavam seu tempo que o próprio país, por isso mesmo encontravam-se “despedados das tradições nacionais, que a bem dizer não existiam, arrebatava-os, exclusiva, a miragem do futuro”. (Cunha, 1999,

pg. 154). O empreendimento, portanto, consistia em construir uma nacionalidade sem sua base orgânica da unidade de raça, numa violação da ordem natural dos fatos. *A integridade étnica* seria alcançada e mantida pela evolução social. *Condenávamo-nos à civilização. Ou progredir, ou desaparecer*, eis a questão. Para um enlace com uma dessas alternativas, a intervenção monárquica foi ao mesmo tempo, *decisiva, oportuna e benéfica*.

A ideia de nacionalidade vinculada ao território, portanto, é o substrato das tentativas recorrentes de conciliação entre as forças revolucionárias e conservadoras, com o intuito de evitar o fantasma da desagregação. Nesse sentido, a intermitência que fazia alternar períodos de centralização e descentralização, nos fornece indicativos de que esses movimentos de sístole e diástole da vida nacional são as expressões da luta que se travava entre as correntes sociais, em busca da hegemonia no cenário político. Tal andamento é percebido por Cunha num sentido crescente de mobilização e fortalecimento das forças republicanas em detrimento da monarquia. Qualquer precipitação seria fatal para a preservação da unidade nacional. De acordo com essa perspectiva, por conseguinte, o passado que conduziu à República, deve ser lido como a oportunidade de ensaiarmos e tonificarmos o espírito libertário sem, contudo, vivermos o drama da América espanhola fracionada em inúmeras repúblicas.

Tendo em vista a necessidade de respeitar a ordem *natural da evolução humana*, que requer para o advento de uma aspiração política o correspondente desenvolvimento social, a República foi prorrogada: *impertinente em 1822, inoportuna em 1831, abortícia em 1848*, precisou esperar até 1875 para que fosse iniciada sua incorporação pela sociedade. Maduros os frutos que plantara no solo nacional, o 15 de novembro de 1889 abre o tempo da colheita.

4 | DIAGNÓSTICOS CENTRÍFUGOS

O argumento relativo às possibilidades fragmentárias sempre assombraram no momento de definirmos nossos rumos. Nessa perspectiva, consolidou-se certa tradição em nosso pensamento social, cuja convergência vai no sentido de atribuir à falta de solidariedade de nossa sociedade a responsabilidade pela nossa incapacidade de constituirmos instituições modeladas em princípios liberais. Os princípios liberais, nas suas origens, guardam estreita relação com formas de organização social e econômica que constituem o substrato sobre o qual se assentam as organizações políticas correlatas. A ausência dessas raízes em solo brasileiro representou a incompatibilidade entre os modelos exóticos, próprios aos países em que se originaram, e a nossa realidade.

A negligência com o sentido objetivo na observação da realidade nacional, ao lado de uma sedução por conquistas civilizacionais estrangeiras, ocasionou a instituição de organismos e leis completamente desvinculados de nossa própria história e tradição. O que nos países modernos era o resultado de um movimento que se desenvolvia a partir do corpo

social, portanto de *baixo para cima*, representou a solidez e garantia de correspondência entre as instituições políticas e a vida social. Entre nós, a falta dos elementos próprios àquele meio, inverteu o sentido do movimento, levando-nos à adoção de instituições desajustadas de nossa realidade. É o *país legal* contrastando com o *país real*.

Entretanto, embora convergentes no diagnóstico de nossa insolidariedade e consequente fragmentação social, partindo também do ponto comum das dificuldades apresentadas pela extensão territorial, com suas forças centrífugas impossibilitadoras da formação de uma considerável densidade demográfica, e pelas condições ambientais, há diferenças analíticas quanto aos fatores determinantes dessa fragmentação entre os autores pertencentes a essa tradição.

Alberto Torres em *A organização nacional* (Torres, 1982) centraliza suas análises na ambiência econômica. Não estabelecendo um contraste entre o tipo urbano e o tipo rural, como o faz Nestor Duarte em *A ordem privada e a organização social* (Duarte, 1966), atribuindo ao primeiro a primazia ou mesmo exclusividade no desenvolvimento da organização política, Torres enfatiza o tipo de modelo econômico e de propriedade como elementos fundamentais para a elaboração da solidariedade social. O latifúndio, o trabalho escravo e o modelo agrário exportador, por conseguinte, impedindo a constituição das pequenas e médias propriedades agrícolas despontam como os principais vilões do drama nacional. Profundamente aliado a isso, destaca-se a ausência de comunicação entre as diversas regiões do país, inviabilizando a constituição de um mercado interno, fator esse de tremenda importância para o desenvolvimento da economia nacional e da solidariedade, como exemplarmente demonstrado pelo caso americano. Somos fragmentados porque nos falta um *sistema vascular* e uma *matéria agregante*, impossibilitados pelas injunções do meio e pelo modelo econômico adotado na colônia. Segue-se que a união e integridade de um país, só está plenamente garantida “quando cobre a sua terra, e envolve os seus habitantes, um forte tecido de relações e de interesses práticos; se esses interesses e essas relações não resultam espontaneamente da natureza da terra e do caráter do povo, é indispensável criá-los” (Torres, 1982, pg. 70).

Oliveira Viana, por seu turno, está mais próximo de Torres que de Nestor Duarte. A acentuação analítica, contudo, incidirá sobre a formação de uma aristocracia agrária, com relevo para os elementos meridionais, os aspectos psicossociais das raças formadoras e o meio. Tudo conspira, desde as iniciativas políticas da metrópole, passando pela índole dos grupos étnicos, até as condições geográficas, para a formação de uma estrutura social, cada vez mais avessa a um ordenamento superior à sua própria formação. Nesse sentido, há um progressivo desprendimento dos hábitos e costumes originais, e a construção de um novo conjunto de laços sociais, os quais, pela natureza da conjugação dos elementos acima dispostos, irão reforçar um sentimento de autonomia completa do organismo rural, refratário a qualquer tipo de solidariedade, que não seja aquela engendrada dentro dos limites do domínio rural, é a força simplificadora do latifúndio.

A atomização da sociedade rural será completada, em virtude da imensa extensão territorial, pela diferenciação regional, resultante do encontro dos aspectos psicossociais do homem, com o meio e a história. O Sul, o Centro-sul e o Norte, desenvolveram tipos específicos, que representaram um dificultador a mais para a consolidação da unidade nacional.

Sem vida urbana, sem inimigos capazes de nos fazerem unidos na luta comum, sem a pequena propriedade a nos conduzir para outra história, a dispersão é um convite que a generosidade da dimensão territorial envia ao senhor de terras. Em vão, portanto, é o trabalho de procurar em nossas características sócio históricas um elemento comum de base para a formação da nacionalidade. Diante dessa inexistência, apoiados no critério exclusivamente territorial, enganam-se aqueles que transportam instituições estrangeiras, na ingênua crença de que, por um passe de mágica, floresceriam em nossas terras. A história dos desencontros e desalinhos de nossa história é, na visão de Viana, resultado da incapacidade de uma análise objetiva de nossa realidade que, na sua estrutura e singularidade, apresentava-se dispersa, fragmentada, insolidária, bastando a si mesma, avessa, portanto, a prestar reverência a um poder que quisesse se contrapor ao seu poder local.

Nestor Duarte, por sua vez, acrescenta às variáveis apontadas pelos autores anteriores, aspectos relacionados à própria dinâmica da vida social portuguesa em tempos pretéritos ao seu movimento expansionista, como de primeira ordem na conformação de uma realidade impermeável a formas diferenciadas de poder político. A comuna, com base familiar e a igreja, são transportadas nas naus portuguesas para onde se destinam. A força da família enquanto núcleo de desenvolvimento de um tipo de solidariedade coloca-se, na visão de Duarte, em oposição ao poder do estado. Este não tem força suficiente para fazer prevalecer seus princípios de generalidade, fato que cresce em dimensão dadas as circunstâncias peculiares de caráter geográfico e político com as quais se inaugura a colonização brasileira.

Dessa organização nascem dois poderosos fatores: o feudalismo (*um feudalismo atípico*) e a família (*a grande família patriarcal do Brasil*), que iriam obstaculizar o curso normal da atividade funcional do estado.

O embate entre a igreja e o estado é outro elemento de grande envergadura no arrefecimento da capacidade estatal, tendo em vista a disputa histórica travada entre ambos, que na Europa recebe uma solução tendente ao estado, mas que em Portugal e depois no Brasil, sobressai o poder da igreja em detrimento do poder estatal.

A associação da estrutura familiar, patriarcal, de corte feudal, no entendimento de Duarte, e a igreja, representaram barreiras consideráveis para a prevalência do público sobre o privado.

A questão que se coloca então é menos a problemática relativa à descentralização ou centralização. O que sugere o autor é que a estrutura da sociedade brasileira abdica de

qualquer poder político diferenciado. A *comuna* fechada em si mesma, que é o latifúndio, não abre caminhos para uma ordem política distinta.

Em resumo, portanto, a extensão geográfica; a descontinuidade territorial; a ausência de mercado interno; o modelo agrário exportador; o trabalho escravo; a dissociação social, sob profundo espírito privado; a feudalidade de mando com o monopólio da função pública pela própria classe senhorial, que representava e resumia a organização privada; a quase inexistência da cidade; a ausência da pequena e média propriedade, são fatores caracterizadores da nossa fragmentação social e, conseqüentemente, inibidores da unidade nacional na forma de um estado.

5 I O PÊNDULO ANTILIBERALISMO X LIBERALISMO E A MODERNIDADE

O que se depreende da leitura dos autores anteriores representa o diagnóstico do estado de nossa sociedade brasileira do ponto de vista objetivo de sua realidade (segundo os mesmos), o qual, em essência, aponta para o seu caráter fragmentário fruto do processo histórico ao qual foi submetida. Nesse sentido, tanto Francisco Campos em *O estado nacional* (Campos, 1940), como Antonio Azevedo Amaral em *O estado autoritário e a realidade nacional* (Amaral, 1938), fazem coro com os pensadores anteriores. O mal é o mesmo e mesmas as fontes. Como para cada mal um remédio, nada mais contrário à nossa tradição sócio histórica do que os ideais liberais-democráticos como solução para os seus problemas, na ilusão de que o simples transporte de modelos exóticos e que resultaram em adequadas instituições em seus locais de origem, frutificariam em nosso território e em nossa sociedade.

As instituições liberais em nosso solo levariam a desagregação, sentenciam os autores. Não temos tradições solidarísticas, associativas, nem uma cultura política nascida da prática do embate público. Não desenvolvemos a capacidade da abstração ao ponto de concebermos a autoridade fora da pessoa. Nosso poder local é autônomo e de interesses próprios, desprovido de elos com as outras regiões e, portanto, com a nação. É que as instituições devem brotar do seio da sociedade, como a água brota da terra. É a partir das realidades intrínsecas de um povo e da análise objetiva de seus elementos orgânicos que devem surgir as instituições adequadas. Não significa isso dizer que o liberalismo não tenha sua importância, tem, mas em terrenos propícios ao seu crescimento. O que os autores estão buscando enfatizar, e nisso fazemos vistas grossas aos seus motivos ideológicos e políticos, é que o liberalismo entre nós representa antes um agravamento do drama da unidade nacional que a sua solução.

A expressão modernização *pelo alto* sintetiza, portanto, toda a busca enfática pela autoridade da vontade dirigente, o público comandando o privado. A política desvinculada da economia, ou melhor, submetendo-a. Situada, agora, nos gestos firmes e organizadores do estado. Autoritário e democrático, mas democrático no sentido substantivo de satisfação da

vontade nacional, do bem da coletividade, em detrimento do interesse privado e egoísta. É uma obra de homens públicos, devotados ao interesse nacional. Nesse sentido, as amarras institucionais, presentes em vários momentos de nossa história, são a concretização do império da unidade, da vontade coletiva, sobre a ameaça de fragmentação sempre à espreita.

Nossa história nos condena a uma solução enérgica. Somos filhos de outra natureza. Para fazer avançar o edifício social e promover a paz, a concórdia e a harmonia, precisamos nos libertar dos preconceitos a que fomos conduzidos por longos períodos de metafísicas considerações filosóficas, e dedicarmos nossa atenção e esforços em dirigir, guiar, educar o povo nos trilhos da ideia nacional.

Entramos no moderno de maneira distinta dos países pioneiros. O moderno em nós não vem das entranhas de nosso passado, mas reluz no futuro, como promessa, como ato de vontade, de cima. Para o nosso caso esse é o remédio. Patinaríamos na história e talvez não existíssemos mais enquanto unidade nacional se continuássemos a arder na febre liberal. Diante de nós descortina-se o horizonte a alcançar. Resta-nos o consolo de sabermos que o que se encontra nesse horizonte é a vontade nacional.

Nossa história, portanto, é marcada por esse vai e vem contínuo entre ideais liberais e soluções autoritárias e centralizadoras. Nossa marcha institucional está recorrentemente a variar entre esses dois polos institucionais. Para garantir a unidade nacional, sempre ameaçada quando adotamos modelos liberais de condução da vida política, retornamos ao velho modo ibérico de organizar a vida coletiva.

Até um passado recente, vivemos a alternância entre os dois modelos institucionais. No entanto, ainda estamos distantes de ter superado por completo a presença de aspectos antiliberais, mesmo em contexto democrático. A forte centralização administrativa mantém majoritariamente os recursos na União em detrimento de estados e municípios, obrigando-os a um jogo político, que os perpetua como reféns dos interesses dos grupos encastelados no poder central. O avanço na institucionalidade liberal, nessa quadra recente de nossa história, implicaria, por conseguinte, maior autonomia de recursos por parte das esferas estaduais e municipais, o que ocasionaria maior liberdade para decidir sobre suas questões próprias e um contato mais próximo entre poder e povo.

Nesse sentido, a relação *planalto e planícies* estaria se transformando no sentido de uma maior relevância das características e condições locais, estabelecendo um maior enlace entre as peculiaridades locais e as leis produzidas em conformidade com tais especificidades. O ideal republicano, dessa forma, alcançaria sua realização de forma plena, ao se radicalizar na vontade do povo que busca organizar.

Considerando que o conjunto de discussões até aqui desenvolvido se ateu aos problemas relativos à nossa institucionalidade e que o panorama traçado, embora inacabado, atualiza o debate e nos insere em novo quadrante histórico, entendemos que podemos incluir outros temas em nossas reflexões acerca das veredas possíveis a partir

da leitura de *Os sertões*.

Ainda no registro das prerrogativas abertas pela ordem liberal, um conjunto de questões se atualiza no debate mundial e em nossas próprias fronteiras. Buscaremos em seguida apresentar esse debate, os dilemas daí decorrentes e suas implicações para a ordenação sócio política das sociedades modernas em geral e da nossa em particular.

6 I NOVOS PLANALTOS E PLANÍCIES: DILEMAS EM TORNO DA POLÍTICA DA IGUAL DIGNIDADE E DA POLÍTICA DA DIFERENÇA.

Em *The ethics of authenticity* Taylor entra no debate sobre três temas que giram em torno de sentimentos de mal-estar e declínio experimentados pelas pessoas. Percebe que apesar da familiaridade, talvez mesmo por isso, tem havido muita confusão em relação a eles. Seu objetivo, portanto, é contribuir para o esclarecimento dos aspectos envolvidos na formação de cada uma das fontes de preocupação, a fim de minimizar os conflitos que tem sido ocasionados por julgamentos precipitados.

A primeira fonte de preocupação que tem dominado o debate é o individualismo. Os sentimentos ambíguos experimentados em relação a esse aspecto devem-se ao fato de que, ao mesmo tempo em que é considerado a realização última da civilização moderna, em relação à qual pouco provavelmente haverá desejo de retroceder, representa também a perda de velhos horizontes morais, os quais davam significado ao mundo e à vida humana. O individualismo, portanto, ao centrar-se no eu, pode estreitar nossa vida, tornando-a carente de sentido, e estreitar nossa visão em relação aos outros e à sociedade (Taylor, 1992, p.1-4).

A segunda fonte de preocupação relaciona-se ao domínio exercido pela razão instrumental. Nesse sentido, o *desencantamento* do mundo aparece conectado tanto ao individualismo quanto à razão instrumental, entendida esta como o procedimento que busca os meios mais eficientes para alcançar determinado fim. A ameaça de uma invasão de outras áreas da vida humana pelos critérios característicos da razão instrumental é algo que a torna alvo de desconfiança e preocupação. E essa preocupação parece encontrar justificativa no fato de que o poder dos mecanismos sociais engendrados sob a primazia da razão instrumental limitam e, mesmo, impedem movimentos contrários.

Nesse sentido, o diagnóstico mais sombrio considera que enquanto as estruturas do Mercado e do Estado permanecerem como são, e dada a predominância e a importância dessas instituições na definição da vida moderna, as ações humanas estarão resumidas ao cumprimento de determinado papel.

Mas Taylor não parece estar propenso a embarcar nessa onda *fatalista*. Para ele é possível deliberarmos sobre nossos objetivos e sobre o papel da razão instrumental em nossas vidas. A associação de mudanças na perspectiva individual, com transformações a nível institucional, embora sem a radicalidade desejada pelos *teóricos da revolução*, pode

representar uma saída para esse impasse. (Taylor, 1992, p. 8).

A terceira fonte de preocupação é, na verdade, uma derivação das duas primeiras. Como consequência do individualismo, ocasionando a perda do significado proporcionado pelos horizontes morais, e da primazia da racionalidade instrumental, temos o comprometimento da *liberdade política*, o enfraquecimento do exercício da cidadania política e a inviabilização do autogoverno.

A extrema centralização administrativa e política torna-se, então, o arranjo institucional próprio de uma sociedade individualista e dominada por mecanismos impessoais.

Entretanto, como mencionamos acima, Taylor vê o debate em torno dessas questões repleto de controvérsias e mal-entendidos, que acabam por obscurecer ao invés de lançar luz sobre a real natureza dos problemas.

Procura esclarecer essas questões remetendo-as aos seus primórdios, ou seja, identificando as grandes promessas que nutriram suas origens. Recuperar os propósitos originais pode, portanto, sinalizar alternativas de solução, ao fornecer os parâmetros de orientação que evitariam o desvio da rota e a queda em formas desvalorizadas.

Assim, apesar de vários fatores dificultarem a percepção dos ideais morais que estão por trás desses desenvolvimentos, Taylor acredita ser possível recuperá-los. Entendido, o ideal moral, como um imperativo que impulsiona as pessoas a adotarem um padrão de conduta, que deve ser desejado por significar um modo de vida superior, capaz de nos tornar dignos diante dos outros.

Nesse sentido, o ideal moral que sustenta o individualismo ou a noção de auto realização é o ideal de autenticidade. Mas para que a articulação desse ideal de autenticidade possa ser feita, deve-se acreditar em três coisas, sentencia Taylor: a) que autenticidade é um ideal válido; b) que é possível argumentar racionalmente sobre ideais e sobre a conformação de práticas a esses ideais; c) que esses argumentos podem fazer uma diferença (Taylor, 1992, p.23).

A ética ou ideal de autenticidade é uma criação específica da cultura moderna. Relativamente nova, portanto, sua origem data do fim do século XVIII, e resulta de formas anteriores de individualismo, que localizavam as fontes morais em nós mesmos. Trata-se do individualismo da razão desprendida elaborada por Descartes, que preconizava o pensamento autodirigido, ou o individualismo político de Locke, que demandava a liberdade da pessoa frente às injunções externas, ou mesmo de outro tipo de individualismo, mais recente, comparado com os dois tipos anteriores, que, na verdade surge como reação a estes. É um tipo de individualismo originado a partir do expressivismo, segundo o qual a natureza como fonte moral interior, capacita os seres humanos com um senso moral, um intuitivo sentimento para o que é certo ou errado.

É o desenvolvimento das ideias contidas no expressivismo que definiu com maior agudeza o caráter do ideal de autenticidade. Após Rousseau, considerado o sistematizador das primeiras variantes modernas do movimento expressivo, destaca-se a figura de Herder,

para quem cada um de nós possui uma maneira original de ser humano. Tais ideias calaram profundamente na consciência moderna, e acabaram por delinear o poderoso ideal de autenticidade.

A emergência desse ideal de autenticidade acrescenta um elemento novo na formação da personalidade Ocidental. Certamente seu surgimento desencadeou transformações na conduta das pessoas, que em situações desviantes assumiram formas degradadas. Para tentar corrigir o desvio Taylor propõe a articulação dos ideais que norteiam nossa conduta, como mencionamos acima. Para alguns, a argumentação racional sobre ideais e práticas vinculadas a esses ideais, não é uma tarefa possível de realizar, dada sua radicalização na dimensão subjetiva. Para Taylor, no entanto, se partirmos da concepção de que a vida humana é essencialmente construída dialogicamente, de que há um *outro* *significante* para nós e de que estamos constantemente lutando por reconhecimento, efetuamos uma rotação completa na suposta radicalização subjetiva do ideal de autenticidade, e tornamo-nos aptos a investigá-lo objetivamente.

Logo, o que importa, dada a centralidade do caráter dialógico e da busca do reconhecimento, são os pré-requisitos sociais definidores das condutas dignas de respeito. Por exemplo, quando assumimos a noção de que somos livres para escolher, que temos liberdade de autodeterminação, e procuramos viver de acordo com esses princípios, nos escapa o fato de que isto é consequência de um entendimento de que há algo valioso, e, portanto, significativo em dar esta forma à minha própria vida. É algo que independe da minha vontade, refere-se a horizontes dados socialmente (Taylor, 1992, p.39).

Quanto aos problemas relativos à dominância da razão instrumental, Taylor propõe os mesmos procedimentos de investigação utilizados para tratar dos problemas relacionados ao individualismo, ou seja, que se articulem as fontes morais originárias desse fenômeno (a razão desprendida, o self pontual e a afirmação da vida cotidiana). Resistindo aos diagnósticos pessimistas, mas sem exagerar os nossos graus de liberdade, ele considera que não são zero. Pensa haver muitos pontos de enfrentamento e que estes estão constantemente sendo gerados. A soma desses fatos é entendida por ele como uma parcial refutação de qualquer lei de ferro da sociedade tecnológica. O que falta, no seu entendimento, é algo que se transforme em uma bandeira de luta comum, para que os movimentos de resistência não se mantenham fragmentados em ilhas isoladas umas das outras.

Mas esse nível de considerações já nos faz passar aos problemas relacionados à política. Como acima mencionado, este ponto é na realidade uma derivação dos dois anteriores, pois nele encontramos conjugados o atomismo e a racionalidade instrumental. Um quadro de fragmentação correspondente àquele previsto por Tocqueville parece estar se concretizando, e faz com que essas questões ocupem um lugar central na preocupação com os rumos políticos do mundo moderno. O campo da política como uma possibilidade de reunião de esforços objetivando a alteração de qualquer realidade considerada inadequada,

apresenta-se crucialmente obliterado em sua ação. A recuperação ou a construção de uma agenda comum, a partir de debates na arena pública, possibilitados pela descentralização do poder, podem, segundo Taylor, representar uma alternativa.

As considerações em torno dos dilemas contemporâneos envolvendo a esfera da política não se estendem muito além disso nessa obra de Taylor. Uma melhor apreciação de sua visão política pode ser conseguida em outro trabalho intitulado *The politics of recognition* (Taylor, 1994). As ideias desenvolvidas neste artigo são a tematização do ideal de autenticidade referido, não ao indivíduo, mas a grupos ou coletividades. São também o produto da articulação das noções contidas no possessivismo e no expressivismo, como apresentadas no *As fontes do self* (Taylor, 1997), desdobradas nos ideais de dignidade e de autenticidade, e estes como formas ou fontes modernas de reconhecimento.

A necessidade de reconhecimento é apontada por Taylor como o principal fator impulsionador dos movimentos feministas, de minorias e multiculturalistas. Neste último caso em particular, a luta por reconhecimento ganha contornos de urgência, dados os vínculos que são supostos existirem entre identidade e reconhecimento (Taylor, 1994, p.25).

A difusão da ideia de que a identidade, seja ela pessoal ou coletiva, é formada dialogicamente através do reconhecimento, não reconhecimento ou mal reconhecimento de outros, é o que sustenta a busca pelo reconhecimento nos casos que indicamos acima. Nos movimentos multiculturalistas, dada a necessidade, neste caso, de afirmação da individualidade de uma coletividade, isto é particularmente crucial.

Nesse sentido, o devido reconhecimento assume a forma de uma necessidade humana vital. Se assim o é, não devemos trata-lo como um fenômeno do mundo moderno, pois visto por essa ótica, teria sempre ocupado um lugar central na vida humana. O que faz parecer tratar-se de um fenômeno moderno é que, diferentemente de outros tempos, somente na modernidade essa importância do reconhecimento para a formação da identidade assumiu visibilidade, e tornou-se discurso corrente e compreensível (Taylor, 1994, p. 26).

Duas mudanças operaram conjuntamente para tornar identidade e reconhecimento alvos inevitáveis de atenção generalizada: a desintegração de sociedades hierarquizadas e o advento do ideal de autenticidade.

A noção moderna de dignidade, contrariamente à noção de dignidade dominante no antigo regime, baseia-se na premissa da igualdade entre os seres humanos. O sentido universalista embutido nessa noção moderna de dignidade não é compatível com uma sociedade hierarquizada. Nesta, a dignidade vincula-se à posição social. Já dignidade no sentido moderno é um atributo de todo cidadão, é um direito natural. O reconhecimento da universalidade desse direito está na base da formação da democracia moderna. Por outro lado, a democracia tem possibilitado outras formas de políticas de igual reconhecimento. As demandas feministas, raciais e culturais são exemplos mais recentes nesse sentido.

Mas para que movimentos dessa natureza pudessem emergir, foi necessário haver

uma mudança no entendimento da identidade individual. Isso ocorreu no fim do século XVIII, como um desdobramento do expressivismo. O ideal de autenticidade daí surgido, como vimos anteriormente, provocou uma modificação na importância do reconhecimento.

Assim sendo, temos a formação de dois ideais que se opõem, ligados à necessidade de reconhecimento: de um lado e mais antigo o ideal de dignidade; do outro o ideal de autenticidade. O dilema político contemporâneo, segundo Taylor, nasce do embate entre esses dois princípios. O primeiro, baseado em noções igualitárias e universais, tem motivado políticas de equalização de direitos. O segundo, de acordo com a valorização recente da originalidade, tem ocasionado *políticas da diferença* (Taylor, 1994, p. 37-38).

A alegação dos que defendem o primeiro princípio é que *políticas da diferença* não são convenientes, pois se tratando de políticas substantivas, seu conteúdo provavelmente poderá ser estendido a todos os cidadãos, e isso fere a ideia da universalidade do direito. Por outro lado, os que defendem as *políticas da diferença*, sentem-se feridos no direito de afirmarem sua identidade única, pois as *políticas de igual dignidade* acabam por ignorar as diferenças, e assimilá-las à uma identidade dominante (Taylor, 1994, p. 38, 44, 57-58).

Ao recuperar o caminho de desenvolvimento do ideal de igual dignidade, Taylor nos faz notar que se trata de uma construção específica a uma cultura. Uma das expressões da singularidade Ocidental, como pôde ser visto nos estudos comparativos de Weber, é justamente a dominância de um ideal de igualdade e universalidade. Nesse sentido, parece justo à Taylor, com algumas reservas, as acusações feitas pelos defensores das *políticas da diferença* contra os liberais, de que estes estariam violando o seu direito à existência. O ideal de igual dignidade, como fonte moral, tem suas raízes plantadas no solo de uma cultura específica. Concebê-los como universais, avaliado criticamente, transforma-se em mecanismo de imposição de uma visão de mundo particular. O resultado desse processo de hegemonização é a construção de uma autoimagem, por parte daqueles grupos subjugados, impregnada de sentimentos de inferioridade. Assim entendido, isto corresponde, para Taylor, a uma violência inaceitável (Taylor, 1994, p.61-73).

Todavia, o multiculturalismo e os movimentos correlatos, fundados no ideal de autenticidade, tendem a expandir-se e acirrar a luta por reconhecimento de suas prerrogativas. Uma possibilidade de contornar esse dilema, segundo Taylor, utilizando uma expressão de Gadamer, seria a *fusão de horizontes*. Esta consiste no desenvolvimento de vocabulários de comparação, objetivando a articulação do contraste entre os horizontes culturais. O genuíno reconhecimento do valor de uma cultura dar-se-ia, então, como consequência de uma apreciação substantiva dos aspectos que a constitui. Assim entendido, a compreensão de uma cultura significaria uma abertura em relação a ela. A essa abertura corresponderia uma transformação dos padrões de julgamento da própria cultura hegemônica, ainda que parcial (Taylor, 1994, p. 61-73).

Desse ponto de vista, o ideal liberal, fundado na experiência democrática de aceitação do outro e da valorização da diversidade, nos colocaria questões substantivas

relativas às políticas de institucionalização de práticas sociais. A experiência sociológica já se mostrou antecipadora de processos institucionais. O exemplo clássico pode ser retirado da experiência histórica ocidental que positivou os direitos civis, políticos e sociais na cultura ocidental. Parece-nos que vivemos um novo patamar nessa trajetória, e as possibilidades abertas por essas novas demandas representam um desafio para o gênio político humano, agora em escala global.

7 | CONCLUSÃO

Procuramos nesse trabalho fazer uma leitura de *Os sertões* de Euclides da Cunha, não de um ponto de vista estritamente literário, no sentido presente na crítica literária, em que a ênfase recai sobre os aspectos estilísticos e técnicos da obra. Nossa intenção foi mergulhar no vasto oceano de possibilidades oferecidas pela obra ao reunir uma variedade de temas, disciplinas, enfoques e reflexões.

A narrativa, ao atravessar três campos extremamente amplos e complexos, nos permite fazer experimentações, e utilizar o enredo e as descrições feitas pelo autor para nos debruçar sobre outros temas e tempos que podem ser iluminados pelas construções desenvolvidas em *Os sertões*. Foi isso que buscamos realizar.

Adotando a obra como pano de fundo, desenvolvemos tópicos em que os elementos discutidos estreitavam-se com as imagens trabalhadas pelo autor, e revelavam ideias, dilemas e questões suscitadas pela leitura e relacionadas a variados momentos históricos de nossa vida nacional; a inquietações dos autores mobilizados; a medidas político institucionais adotadas a partir dos aspectos aí presentes, bem como a uma aproximação dos debates do mundo contemporâneo com os dramas vividos e expressos na obra de Euclides da Cunha.

Por meio de *Os sertões* viajamos em nossa história nacional, no tempo e no espaço, nos fatos e nas ideias, nos dilemas e nas soluções. Traçamos relações epistemológicas do autor com escolas e correntes de pensamento em voga. Aventurando-nos ainda mais, saímos de Canudos para o mundo, reconhecendo a contemporaneidade do drama ali vivido nas demandas atuais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antonio Azevedo. *O Estado Autoritário e a Realidade Nacional*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1938.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1940.

CUNHA, Euclides da. Da Independência à República, In: CUNHA, Euclides da (ed.) *À Margem da História*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Os Sertões*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1989.

DUARTE, Nestor. *A Ordem Privada e a Organização Social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966

MONTESQUIEU, Charles Louis de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Editora, 2005.

TAYLOR, Charles. *As Fontes do Self: A Construção da Identidade Moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1997

_____. *The Ethics of Authenticity*. Cambridge:Harvard University Press, 1991.

_____. The Politics of Recognition, In: A. Gutmann (ed.), *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

TORRES, Alberto. *A Organização Nacional*. Brasília: Editora UnB, 1982

VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Vol. I — Fundamentos sociais do Estado; Vol. II — Metodologia do direito público. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1949.

_____. *Populações Meridionais do Brasil*. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1973.

Data de aceite: 01/05/2021

Marcelo Rodrigues Mazzei

Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto-SP (UNAERP). Especialista em Processo Civil. Procurador do Município de Ribeirão Preto-SP.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo, dentro de uma análise restrita, estudar o atual estágio da democracia no Brasil e seu estado de recessão, demonstrando como é frequente a tentativa ilegítima de utilização da Constituição Federal como elemento justificador de atos autocráticos e antidemocráticos. Serão abordadas algumas tentativas concretas dessa utilização, bem como as características da Constituição e como ela representa instrumento limitador e garantista em face de atos antidemocráticos e contrários a direitos fundamentais.

PALAVRAS - CHAVE: Democracia. Constituição. Autocracia.

THE CURRENT DEMOCRATIC RECESSION IN BRAZIL

ABSTRACT: The present work aims, within a restricted analysis, to study the current stage of democracy in Brazil and its state of recession,

1 GINSBURG, Tom e HUQ, Aziz Z. How to save a constitutional democracy. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.

2 LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Tradução: Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018.

3 MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução: Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

4 "All this suggests that the technologies of democratic recession have changed over time. Whereas earlier authoritarian waves in Africa and Latin America took the form of military coups or revolutionary Socialist regimes, the current wave of authoritarianism is strategic

demonstrating how often the illegitimate attempt to use the Federal Constitution as a justifying element for autocratic and anti-democratic acts. Some concrete attempts of this use will be addressed, as well as the characteristics of the Constitution and how it represents a limiting and guaranteeing instrument in the face of anti-democratic acts and contrary to fundamental rights.

KEYWORDS: Democracy. Constitution. Autocracy.

1 | INTRODUÇÃO

Muitos autores, especialmente após a eleição do presidente Donald Trump, abordam a questão da atual crise na democracia. Como a democracia pode ser salva¹, morta² ou como sobreviverá³ são temas constantes da atual doutrina política e jurídica. Abstraindo a motivação autorreferente peculiar aos autores norte-americanos, incitados pela eleição de Donald Trump, é fato que, com sempre, os regimes democráticos estão sofrendo tentativas de flexibilização e enfraquecimento.

Se no passado o rompimento democrático ocorria através de golpes de Estado ou golpes militares, sempre por meio do uso da força, como houve no Brasil em 1964 e na Argentina em 1966, atualmente isso ocorre raramente⁴.

Hoje em dia o enfraquecimento do regime democrático é feito pelos governantes eleitos através de medidas revestidas de aparente legitimidade, de dentro para fora⁵. Tais medidas, para além do enfraquecimento do regime democrático, também têm por escopo a vulneração de direitos fundamentais e a concentração de poder.

Um dos motivos pelo qual governantes autocráticos abandonaram a força e optaram pelo ingresso democrático, através do voto, para desidratarem o regime democrático, é porque uma única e violenta ruptura é mais fácil de identificar como movimento autocrático, diversamente do que ocorre com a erosão, que se caracteriza pelo efeito da somatória de constantes enfraquecimentos pontuais e incrementais nas normas democráticas e constitucionais, uma vez que como o sistema democrático nunca é perfeito, sempre haverá algumas dessas violações, não sendo claro, de pronto, o impacto futuro de retrocesso equivalente à erosão democrática.

Dessa forma, o processo mais lento de erosão democrática⁶ permite que a maioria da população não perceba os efeitos deletérios de pequenas medidas antidemocráticas.

Outro motivo a ser considerado para esse processo mais lento e, conseqüentemente, imperceptível em longo prazo, é a pressão internacional com efeitos econômicos. Em face dos inúmeros documentos internacionais de proteção a diversos direitos e liberdades, não é mais tolerável à comunidade internacional beneficiar economicamente países explicitamente antidemocráticos ou que não respeitem protocolos internacionais.

Em regra geral os países em desenvolvimento são mais suscetíveis da instalação de regimes autocratas. Por dependerem economicamente do mercado externo, é necessária

and sophisticated in its use of the democratic form. The resulting polities are notionally governed under a democratic constitution and according to the dictates of law. But rulers manipulate the law to reflect their interests, undermining the substance of constitutional democracy, albeit without losing its form” (GINSBURG, Tom e HUQ, Aziz Z. How to save a constitutional democracy. Chicago: The University of Chicago Press, 2018. p. 74).

5 “Como autoritários eleitos destroem as instituições democráticas cujo dever é restringi-los? Alguns o fazem com uma só cajadada. Com maior frequência, porém, a investida contra a democracia começa lentamente. Para muitos cidadãos, ela pode, de início, ser imperceptível. Afinal, eleições continuam a ser realizadas. Políticos de oposição ainda têm seus assentos no Congresso. Jornais independentes ainda circulam. A erosão da democracia acontece de maneira gradativa, muitas vezes em pequeníssimos passos. Tomado individualmente, cada passo parece insignificante – nenhum deles aparenta de fato ameaçar a democracia. Com efeito, as iniciativas governamentais para subverter a democracia costumam ter um verniz de legalidade. Elas são aprovadas pelo Parlamento ou julgadas constitucionais por supremas cortes. Muitas são adotadas sob o pretexto de diligenciar algum objetivo público legítimo – e mesmo elogiável –, como combater a corrupção, “limpar” as eleições, aperfeiçoar a qualidade da democracia ou aumentar a segurança nacional” (LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Tradução: Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018. p. 142/143).

6 “We label the slow form of democratic decay a democratic erosion. Because this concept is less familiar than the absolute collapse to autocracy, it is useful to begin by offering a formal definition. We define such erosion as a process of incremental, but ultimately still substantial, decay in the three basic predicates of democracy—competitive elections, liberal rights to speech and association, and the rule of law. It captures changes to the quality of a democracy that are, on their own, incremental in character and perhaps innocuous; that happen roughly in lockstep or as part of a common program; and that involve some deterioration of our trio of necessary institutional characteristics—the quality of elections, speech and association rights, and the rule of law. Importantly, erosion occurs only when a substantial negative change occurs along all three margins of liberal constitutional democracy. This is because it is only when substantial change occurs across all three necessary institutional predicates of democracy that the system-level quality is likely to be imperiled. Erosion is a more complex and nuanced phenomenon than collapse, and it is helpful to offer a number of immediate clarifications up front”. (GINSBURG, Tom e HUQ, Aziz Z. How to save a constitutional democracy. Chicago: The University of Chicago Press, 2018. p. 43).

a existência – nem que seja mínima – de uma camada democrática passível de gerar uma crença de que há democracia, mesmo que minimamente.

É claro que os países desenvolvidos também têm laços de dependência econômica com países em desenvolvimento, o que leva ao exercício de uma pressão externa moderada, quase superficial dentro de tratativas que não prejudiquem o interesse financeiro dos países desenvolvidos.

Igualmente, a comunidade internacional não questiona com grande ênfase países com regimes claramente autoritários e antidemocráticos, mas que representam influentes potências econômicas globais, como a China e a Rússia.

Como visto, atos considerados autocráticos não são tão fáceis de vislumbrar de plano⁷. Estão cada vez mais frequentes as tentativas de colocação de verniz constitucional ou legal em atos cujo fundamento provoque o enfraquecimento da democracia.

No Brasil, recentemente, é possível verificar por parte de representantes do Poder Executivo Federal, uma miríade de atos nesse sentido. O fundamento sempre reside em argumentos que orbitam na arguição da ineficiência de determinado Poder ou sobre o envolvimento desse Poder em graus de corrupção ou inépcia, tudo isso difundido para a consciência coletiva através de mídias sociais e veículos de comunicação social aliados.

Comparado ao Direito Civil, que remonta a 711 AC, o Direito Constitucional é recente, com seu um pouco mais de 200 anos⁸. Um dos fundamentos da Constituição foi o racionalismo, diferenciando-se do contexto filosófico da Idade Média onde o Direito Civil se desenvolveu.

Assim, deve-se ter em mente o sentimento racional de que a submissão à Constituição é um bem comum maior. É melhor obedecer à lei do que obedecer a tiranos⁹ e suas

7 "(...) an important quality of democratic erosion, one that might provoke objections, should start to come into focus: Because erosion occurs piecemeal, it necessarily involves many incremental changes to legal regimes and institutions. Each of these changes may be innocuous or defensible in isolation. It is only by their cumulative effect that erosion occurs. A sufficient quantity of even incremental derogations from the democratic baseline, in our view, can precipitate a qualitative change that merits a shift in classification. Hence, evaluations of erosion demand a system-wide perspective. For just as democracy, liberalism, and the constitutional rule of law are properties of political systems as a whole, so too their degradation cannot be captured except from a systemic perspective. As a result, there will be cases where disputes arise as to whether a sufficient aggregate amount of backsliding has occurred, or whether a particular institutional change even counts. The existence of contentious borderline cases as a result of necessary vagueness, however, does not undermine the utility of the concept. Many vague concepts turn out to be perfectly serviceable in ordinary language" (GINSBURG, Tom e HUUQ, Aziz Z. How to save a constitutional democracy. Chicago: The University of Chicago Press, 2018. p. 45).

8 "O fenômeno constitucional propriamente dito nasce com o constitucionalismo revolucionário dos sécs. XVII e XVIII, que tanto se manifesta no plano das ideias e movimentos sociais como no contexto normativo. Portanto, é a partir do surto revolucionário desencadeado para fazer frente ao Antigo Regime que a moderna problemática constitucional e os esforços teóricos para compreendê-la começam a ganhar corpo (...) O Direito Constitucional nasce no mesmo berço liberal que embalou o Estado de Direito, os direitos fundamentais de primeira geração e o surto tecnológico que deu origem à era industrial. Por isso, as tentativas para entendê-lo em quaisquer de suas dimensões passam inevitavelmente pela necessidade de situá-lo junto à realidade histórica-cultural que o gerou" (ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Fundamentos do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 02).

9 "A pouca relevância do passado recente para a maioria do eleitorado pode ajudar a compreender fenômeno significativo da política brasileira: a facilidade com que muitos políticos de passado duvidoso – envolvidos em escândalos e coisas do gênero – conseguem reconstruir suas carreiras e seguir adiante como líderes viáveis eleitoralmente. No que toca mais especificamente ao tema em foco, fica mais fácil entender como tantos políticos fiéis ao regime autoritário e

voluntariedades. Aí reside o sentido para o surgimento da normatividade da Constituição.

A Constituição é o limite entre o poder e a liberdade. É o instrumento racional que limita o poder do Estado através de estruturas institucionais e mecanismos de controle mútuo.

Dentro do conciso escopo deste trabalho, abordaremos a questão de como a Constituição é o remédio para a manutenção da estabilidade democrática e como as tentativas, ilegítimas, de justificação de atos que vulnerarem o regime democrático, estão cada vez mais frequentes.

2 | A DEMOCRACIA NO BRASIL E AS TENTATIVAS DE ENFRAQUECIMENTO DEMOCRÁTICO

É possível ver recentemente no Brasil uma série de atos do Governo Federal passíveis de enquadramento como atitudes que enfraquecem o regime democrático.

O Governo Federal editou a Medida Provisória nº 928/2020, que incluiu o art. 6º-B na Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus (Covid-19).

O art. 6º-B incluído na Lei nº 13.979/2020 previa, dentre outras medidas, a suspensão dos prazos de resposta a pedidos de acesso à informação nos órgãos ou nas entidades da administração pública cujos servidores estejam sujeitos a regime de quarentena, teletrabalho ou equivalentes e que, necessariamente, dependam de acesso presencial de agentes públicos encarregados da resposta ou agente público ou setor prioritariamente envolvido com as medidas de enfrentamento da situação de emergência¹⁰.

Através das ADI's 6351, 6347 e 6353, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, houve o deferimento monocrático de medida cautelar, posteriormente referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, para suspender a eficácia do art. 6º-B da Lei 13.979/2020 incluído pelo art. 1º da Medida Provisória nº 928/2020.

A decisão declarou que o princípio da transparência e o da publicidade são corolários da participação política dos cidadãos em uma democracia representativa. A publicidade e a transparência são absolutamente necessárias para a fiscalização dos órgãos governamentais, ainda as informações em um momento em que as licitações não são exigidas para a compra de inúmeros materiais, em virtude do estado de calamidade. A decisão realçou, ainda, que o acesso a informações consubstancia verdadeira garantia

apoiadores de medidas discricionárias posteriormente realizaram mutação que os transformou em defensores da liberdade e da democracia, e isso sem necessidade de acertar consta com seu passado" (CERQUEIRA, Adriano S. Lopes da Gama e MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *Memória e esquecimento: o regime militar segundo pesquisas de opinião*. In: *História e Memória das Ditaduras do Século XX*, vol. 1. QUADRAT, Samantha Viz e ROLLEMBERG, Denise (Org.). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015. p. 180).

10 "Uma das grandes ironias de como as democracias morrem é que a própria defesa da democracia é muitas vezes usada como pretexto para a sua subversão. Aspirantes a autocratas costumam usar crises econômicas, desastres naturais e, sobretudo, ameaças à segurança – guerras, insurreições armadas ou ataques terroristas – para justificar medidas antidemocráticas" (LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução: Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018. p. 170).

instrumental ao pleno exercício do princípio democrático, que abrange debater assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta.

Posteriormente, a Medida Provisória nº 928/2020 perdeu a sua eficácia pelo decurso do prazo constitucional previsto no art. 62, § 3º, da Constituição Federal sem deliberação pelo Congresso Nacional (Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional 93/2020, publicado no DOU de 31/7/2020).

A publicidade dos atos estatais é corolário do exercício do princípio republicano¹¹. Isso porque dentro do sistema republicano é incompatível a regra do sigilo de informações de interesse público.

Outro exemplo foi que o Ministério da Saúde, durante a pandemia do COVID-19, optou por alterar o inicial sistema de informação sobre o número de mortos e infectados, que indicava a contagem dos números acumulados de contaminados e mortos, para um sistema de divulgação do número de mortes em decorrência do novo coronavírus *efetivamente* ocorridas em determinado dia, não divulgando os números de mortes acumuladas na data da notificação, com fundamento de que essa alteração traria um panorama mais realista da situação.

Como as notificações dos mortos são feitas pelas Secretarias Municipais e Estaduais de Saúde com um *delay* médio de cinco dias, pelo novo parâmetro de contagem, a média diária cairia, uma vez que a notificação sempre é pretérita.

Essa decisão do Ministério da Saúde, com a nítida intenção de induzir à interpretação de que houve a redução diária do número de mortos, foi alterada por decisão do Ministro Alexandre de Moraes na ADPF nº 690, que determinou o reestabelecimento da divulgação anterior pelo Ministério da Saúde, que é obrigado a divulgar e manter uma divulgação diária e integral dos dados epidemiológicos relativos à pandemia, incluindo a contagem dos números acumulados de contaminados e mortos.

Pode-se perceber que a nova sistemática de contagem implantada pelo Ministério da Saúde não tinha por objetivo a adequação ou otimização dos dados epidemiológicos relativos à pandemia com a finalidade de permitir melhor planejamento sanitário. Essa nova sistemática tinha na verdade o claro intuito de difundir as informações através de um prisma mais favorável ao Governo Federal, qual seja, a redução consequente do número diário de mortos na divulgação diária oficial.

Mesmo após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 690, o Ministério da Saúde informou que a retomada da sistemática inicial de divulgação não se

11 "El derecho a acceder a la información que se encuentra en manos del gobierno es un corolario del principio republicano de la publicidad de sus actos. La tan preciada y reclamada transparencia como arma de lucha contra la corrupción, encuentra su raíz y reconocimiento constitucional en este principio y el libre acceso a la información es la forma de instrumentarlo. Hacer pública la información en manos del Estado no es, entonces, una concesión graciosa de aquellos que se encuentran ocasionalmente ejerciendo el poder, sino una obligación exigida por toda Constitución que establezca un sistema republicano" (SABA, Roberto. El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno. Derecho Comparado de la Información, nº 03, México, jan.-jun. 2004. p. 159).

deu por força da decisão judicial¹².

Depreende-se dessa postura o total desrespeito ao princípio da publicidade e da obrigatória transparência ativa quanto à informação de interesse público (art. 5º, incisos XXXIII e LXXII, e art. 37, *caput*, da CF). Pior, a tentativa de manipulação e ocultação dessas informações para benefício político em plena pandemia constitui ato atentatório ao regime democrático.

O próprio Presidente da República, em pronunciamento no dia 05 de março de 2020, afirmou que “não vai mais falar com a imprensa enquanto esta não divulgar a verdade¹³”.

Essa frase carrega um simbolismo característico de autocratas, consistente na premissa de que tudo o que for contrário ao governante é falso, pois a verdade sempre está com ele. No caso específico, a imprensa contrária é taxada de mentirosa, expondo um subterfúgio claro para cerceamento à liberdade de imprensa.

Todos os atos relacionados com tentativas de ocultação de informações de interesse público ou cerceamento ao trabalho da imprensa demonstram o claro déficit democrático que lhe permeiam. Como bem aponta Norberto Bobbio:

Como já afirmei, o poder autocrático não apenas se esconde para que não se saiba quem é ele e onde está, mas tende também a esconder suas reais intenções no momento em que suas decisões devem tornar-se públicas. Tanto o esconder-se quanto o esconder são duas estratégias habituais do ocultamento. Quando não se pode evitar o contato com o público, coloca-se a máscara¹⁴.

Talvez o caso mais emblemático dos apresentados seja a interpretação constitucional acerca do conteúdo normativo do art. 142 da Constituição Federal.

Embora tal circunstância não represente ato oficial do Governo, houve declaração não taxativa do Presidente da República sobre o assunto, dando a entender que ocorrendo qualquer instabilidade institucional (que seria determinada por outro Poder), qualquer dos Poderes pode requisitar a intervenção das Forças Armadas¹⁵.

12 “O Ministério da Saúde voltou a divulgar no início da noite desta terça-feira (9/6) os dados acumulados de mortes e infectados pelo novo coronavírus. A medida foi tomada após uma ordem do STF (Supremo Tribunal Federal). (...) Questionada pela Folha, a pasta afirmou que a volta dos dados não se deveu à ordem do STF e que uma nova plataforma, prometida na segunda (8/6), está prevista para esta semana, mas não há data. (Ministério da Saúde volta a divulgar íntegra de dados após decisão do STF. *Jornal Folha de São Paulo*, 19 jun. 2020. Caderno Saúde, p.B2).

13 “O Presidente Jair Bolsonaro afirmou nesta quinta-feira (5/3) que não vai mais falar com a imprensa enquanto esta, segundo ele, ‘não divulgar a verdade’. Em sua *live* semanal ele ainda disse que a imprensa não deveria mais comparecer toda manhã ao Palácio da Alvorada. ‘Você tá cansado de ver por aqui a imprensa dizendo que eu ataco a imprensa todo dia. Vamos supor que você vai trabalhar e passa num local, né, e todo o dia é assaltado. O que você faz? Você pega outro caminho, não vai ficar sendo assaltado, apanhando no mesmo lugar. Se a imprensa diz que ofendo todo dia, o que estão fazendo todo dia ali (Alvorada)? Enquanto não começar a divulgar a verdade, não vamos mais falar com a imprensa, pode esquecer”, disse. (...) Na quinta-feira passada (27/3), em sua *live*, o presidente já havia afirmado que pediria aos empresários que não anunciassem em veículos que mentem e trabalhem contra o governo” (‘Não vamos mais falar com a imprensa’, diz Bolsonaro em *live*. *Jornal Folha de São Paulo*, 6 mar. 2020. Caderno Poder, p.A6).

14 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, 16ª ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2019. p. 152/153.

15 “Como presidente, nunca descartei taxativamente o uso do artigo com a função defendida por seus apoiadores. Em reunião ministerial em abril, disse: ‘Todo mundo quer cumprir o artigo 142. E havendo necessidade, qualquer dos

A questão interpretativa novamente veio do Supremo Tribunal Federal. Através de medida cautelar na ADI nº 6.457/DF, o Ministro relator Luiz Fux apontou que a missão institucional das Forças Armadas na defesa da Pátria, na garantia dos poderes constitucionais e na garantia da lei e da ordem não acomoda o exercício de poder moderador entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo que a chefia das Forças Armadas é poder limitado, excluindo-se qualquer interpretação que permita sua utilização para indevidas intromissões no independente funcionamento dos outros Poderes, relacionando-se a autoridade sobre as Forças Armadas às competências materiais atribuídas pela Constituição ao Presidente da República.

Houve ainda, na decisão, o apontamento de que a prerrogativa do Presidente da República de autorizar o emprego das Forças Armadas, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos outros poderes constitucionais não pode ser exercida contra os próprios Poderes entre si, bem como o emprego das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem se presta ao excepcional enfrentamento de grave e concreta violação à segurança pública interna, em caráter subsidiário, após o esgotamento dos mecanismos ordinários e preferenciais de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, mediante a atuação colaborativa das instituições estatais e sujeita ao controle permanente dos demais poderes, na forma da Constituição e da lei.

Essas constantes tentativas¹⁶ de enfraquecimento do sistema democrático por parte de representantes do Poder Executivo Federal não chegaram a causar maiores fissuras no tecido democrático nacional, justamente em virtude da célere repreensão por parte dos demais Poderes, dentro do panorama constitucional de competências institucionais.

3 | A CONSTITUIÇÃO E AS INSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.

Ao se falar em crise da democracia é possível afirmar que existe uma democracia sem crises? O conceito de crise importa nessa análise. Se considerarmos crise como a

Poderes pode, né? Pedir para as Forças Armadas que intervenham para reestabelecer a ordem no Brasil'. No fim de maio, o presidente publicou em rede social vídeo em que o advogado e professor Ives Gandra Martins afirma: 'Se um Poder entrar em conflito com outro, o que tem que acontecer? As Forças Armadas vão para aquele ponto específico em que está havendo divergência insolucionável entre os dois Poderes repor a lei e a ordem'. A tese do professor é que os militares teriam um papel 'moderador' em uma situação de crise externa entre Poderes, mas não 'romper' a lei e a ordem" (BÄCHTOLD, Felipe. Entenda o artigo 142 da Constituição, que trata do papel das Forças Armadas. *Jornal Folha de São Paulo*, 10 jun. 2020, Caderno Poder, p. A6).

16 "A questão da reversão da tendência de regressão democrática parece se apresentar, na melhor das hipóteses, para o médio prazo, diretamente ligada à agenda eleitoral que o presidente eleito está disposto a seguir. Ao que parece que ficou explícito durante a campanha eleitoral, trata-se de uma agenda com fortes elementos não democráticos, como a declaração do então candidato de não aceitar a oposição, que teria de ir para fora do país ou para a cadeia, ou a de seu filho Eduardo Bolsonaro, de que não era necessário muito esforço militar para fechar o Supremo Tribunal Federal. Ambas as declarações foram anteriores às eleições, mas a de que a Folha de S. Paulo, o principal jornal do país 'se acabou' foi feita no dia seguinte a elas. Cabe notar que as três declarações tocam nos pontos mais nevrálgicos da cultura democrática: a ideia da oposição legal e leal, o conceito de pesos e contrapesos dos poderes, e a liberdade de imprensa" (AVRITZER, Leonardo. *O Pêndulo da Democracia*. São Paulo: Todavia, 2019. p. 170).

grave ruptura institucional ou sistemática e progressiva repressão política ou legislativa voltada ao enfraquecimento de direitos fundamentais e instituições (“*hard concept*”), é possível vislumbrar um regime democrático sem crises¹⁷.

Mas ao assemelharmos o conceito de crise com o conceito de tensão entre Poderes (“*soft concept*”), é possível concluir que todo regime democrático é cercado de crises diárias. As tensões são normais no regime democrático para justamente estabelecer os limites característicos da democracia de cada país, considerando elementos culturais e históricos. Há avanços e retrocessos.

A democracia é, nesse caso, um tecido que se corrompe e se regenera incessantemente¹⁸. O elemento regenerador que determina os limites é, justamente, a Constituição.

Não é possível discurso material ou formal contrário à Constituição para justificar mudanças em sua própria essencial inatingível. Todo o ordenamento jurídico, administrativo e político deve obrigatoriamente guardar compatibilidade com a Constituição, sob pena de inconstitucionalidade e nulidade de atos não condizentes com o texto constitucional.

A Constituição legitima todo o ordenamento jurídico, político e administrativo. A Constituição é a expressão jurídica do Estado.

Dessa forma, todo o resto do ordenamento deve obedecer à Constituição, que é a matriz do controle de constitucionalidade, permeando todo o ordenamento através dos princípios da Supremacia da Constituição¹⁹ e Unidade²⁰.

Além do aspecto de base normativa para todo o ordenamento, a Constituição

17 “Esta situación de falta de observancia consciente de la constitución no debe ser confundida con otro fenómeno común: en la constante competición que existe entre los detentadores del poder en el proceso político, cada uno intentará buscar en las normas constitucionales que tiene que aplicar la interpretación más cómoda para sus tareas específicas”. (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2ª ed. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1979. p.223).

18 “Desnecessário dizer que a conceituação de democracia é uma tarefa quase impossível, mormente porque o termo ‘democracia’ com o passar do tempo, foi transformado em um estereótipo, contaminado por uma anemia significativa (Warat). Daí que parece acertado dizer que a razão está com Claude Lefort, para quem a democracia é uma constante invenção, isto é, deve ser inventada cotidianamente” (STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política & Teoria do Estado*, 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.109).

19 “A Constituição é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo político majoritário – isto é, sobre a vontade do poder constituído e sobre as leis em geral – porque fruto de uma manifestação especial da vontade popular, em uma conjuntura própria, em um momento constitucional. (...) Como consequência do princípio da supremacia constitucional, nenhuma lei ou ato normativo – a rigor, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se for incompatível com a Constituição” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 323).

20 “A relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição obrigam a que, em nenhum caso, se contemple a norma isoladamente, mas, ao contrário, sempre no conjunto em que ela deve estar situada; todas as normas constitucionais hão de ser interpretadas de tal modo que se evitem contradições com outras normas da Constituição. A única solução do problema coerente com este princípio é a que se encontre em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos particulares” (HESSE, Konrad. *A Interpretação Constitucional*. Tradução: Inocência Mártires Coelho. In: *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.113). Nesse sentido ainda: “A unidade da Constituição é a chave da sua identidade. Somente a partir dele se chega à Constituição material de cada estado em cada momento, assim como, encontrada esta, se torna possível e seguro descer para a diluição do sentido de disposições particulares” (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 321).

congrega em sua essência fontes justificadoras da sua própria criação. Em razão da imutabilidade dessas fontes, que são justificadoras da própria ideia de Constituição, o texto constitucional, nesse aspecto, é considerado conservador²¹.

Essa imutabilidade das fontes características da Constituição sustenta as chamadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º CF). Essa inalterabilidade das cláusulas pétreas exprime o caráter conservador da Constituição. Por mais que ocorram mudanças políticas, administrativas ou sociais, esse núcleo rígido não se altera, pois é o ponto fundante da Constituição.

A Constituição de 1988 determina que o Brasil é uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e Municípios, constituindo um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput* da CF).

A proteção dos direitos e garantias fundamentais contra o arbítrio, a separação e harmonia entre os Poderes, a constituição de freios e contrapesos (*checks and balances*) para garantia de limitação do poder político evitando sua centralização, constituem parte desse núcleo rígido da Constituição.

Nesse núcleo a Constituição Federal de 1988 também garantiu como cláusulas pétreas a forma federativa de Estado, assegurando a indissolubilidade de seus entes federativos e o voto direto, secreto, universal e periódico, assegurando o regime democrático através da participação popular, já que todo o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou indiretamente através da eleição de seus representantes (art. 1º, parágrafo único, da CF).

As democracias constitucionais contemporâneas são formuladas a partir do paradigma do pós II guerra, sustentadas no princípio da separação e harmonia entre os Poderes como instrumento de controle da concentração e limitação do poder político de maneira institucionalizada, como forma de evitar o surgimento de ditaduras²² e autocracias.

Somente através do controle do poder autorrefente, que não represente um fim em si mesmo, é que será possível preservar os direitos fundamentais das pessoas contra abusos estatais, o que é a tradição originária do constitucionalismo contemporâneo. Apenas através da descentralização do Poder é possível fornecer as garantias de preservação desses direitos. Maior concentração de poder resulta na menor liberdade e garantia dos cidadãos.

Um ponto essencial que se deve ter em mente é que a utilização da Constituição como fundamentação teórica para atos autocráticos ou antidemocráticos não pode ser considerado desvirtuamento do constitucionalismo, pois *sequer* tem relação com o constitucionalismo.

21 Conservador e não reacionário.

22 Franz Neumann apresenta subdivisões na classificação de ditador (dictatorship, caesaristic dictatorship e totalitarian dictatorship), bastando para o presente estudo, contudo, sua conceituação mais abrangente: "By dictatorship we understand the rule of a person or a group of persons who arrogate to themselves and monopolize power in the state, exercising it without restraint". (NEUMANN, Franz. *The Democratic and The Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory*. Londres: The Free Press of Glecoe, 1964, p. 233)

Da mesma forma que o abuso de Direito *não* é Direito, a colocação de uma ficta couraça constitucional justificadora de atos antidemocráticos também *não* é constitucionalismo. Trata-se de uma questão de fundamentos característicos inalienáveis.

Sobre o tema, dentro do conceito firmado de perversão da Constituição, Karl Loewenstein aponta que os modernos autocráticos transformaram a Constituição de instrumento de liberdade para instrumento de opressão, pervertendo o *telos* original que era a distribuição de poder político para os detentores de poder com a finalidade de limitar o poder absoluto:

Si al principio, un documento constitucional formal servía para limitar el ejercicio del poder político en interés de la libertad de los destinatarios del poder, la existencia hoy de una constitución escrita no implica, en absoluto, ipso facto una garantía de distribución y, por lo tanto, limitación del poder. Cada vez más frecuencia, la técnica de la constitución escrita es usada conscientemente para camuflar regímenes autoritarios y totalitarios. En muchos casos, la constitución escrita no es más que un cómodo disfraz para la instalación de una concentración del poder en las manos de un detentador único. La constitución ha quedado privada de su intrínseco *telos*: institucionalizar la distribución del ejercicio del poder político²³.

O sistema constitucional como meio da limitação da concentração de Poder, entretanto, não basta, isoladamente²⁴, para evitar que a própria Constituição seja utilizada como elemento teórico justificador de atos que enfraqueçam o regime democrático²⁵.

A altivez das instituições constitucionais é relevante para o funcionamento do sistema de freios e contrapesos para limitação do poder e restauração do equilíbrio democrático.

O Brasil, apesar do pouco tempo de experiência constitucional a partir de 1988, demonstra uma adequada consolidação de suas instituições, como forma de controle para

23 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2ª ed. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1979. p.213/214.

24 "For when freedom is absence of coercion there exists—to remain with the language of the jurists—a presumption in favor of freedom and against state coercion. The state must then justify its interference with freedom in each case. It can justify it only by reference to the law and before an independent tribunal. I do not want to discuss here what all this means in detail. It is sufficient for our purposes to say that this negative juristic freedom is an indispensable element in our freedom. It distinguishes the civilized state from the total state. It is the element of the concept of freedom that we can never give up. But the constitutionalist (rechtsstaatliche) element, indispensable as it is, is not sufficient" (NEUMANN, Franz. *The Democratic and The Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory*. Londres: The Free Press of Glecoe, 1964, p. 202).

25 Citando o exemplo da Alemanha nazista, em como a deterioração social e moral antecedeu a deturpação jurídica, Plauto Faraco de Azevedo comenta: "Todavia, não basta demonstrar que, buscando a sociedade totalitária, o Estado aparelho, servindo-se das noções de Volk e de Führer, aniquilou o indivíduo. Importa mostrar como a sua atividade pensante racional foi sendo paulatinamente entorpecida até desaparecer completamente, tornando-o, ao cabo, simples peça de uma engrenagem coletiva. Ajuizar uma tal organização social terminou por transformar-se, para o indivíduo nela imerso, numa impossibilidade lógico-emocional. Por esta forma franqueou-se o caminho para, instaurada a patologia social, *transformá-la em uma supraestrutura jurídica* cujo conteúdo imoral não encontra precedentes na moderna elaboração político-jurídica" (FARACO DE AZEVEDO, Plauto. *Limites e justificação do poder do Estado*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 99).

evitar a concentração do Poder político e repressão de atos autocráticos.

Instituições como o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e as próprias Forças Armadas demonstram ter ciência de seu real papel institucional firmado pela Constituição Federal. Essa ciência não evita tensões entre as instituições, já que são naturais e inerentes ao sistema democrático, mas isso não provoca, necessariamente, qualquer dano real ao regime democrático ou aparente erosão significativa que dê margem ao crescimento ou fortalecimento de um regime autocrático.

Para tanto, diante dos exemplos citados neste estudo, o Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, interviu em todos os casos em que foi provocado (ADI nº 6.457/DF, ADPF nº 690 e ADI's 6351, 6347 e 6353), exercendo, dentro de sua competência institucional de guardião da Constituição (art. 102, *caput* da CF), essencial importância na prerrogativa de defesa do Estado de Direito e do regime democrático.

O Poder Legislativo, por intermédio do Congresso Nacional, também exerceu institucionalmente sua competência ao não aprovar a Medida Provisória nº 928/2020, que perdeu sua eficácia pelo decurso do prazo constitucional (art.62, § 3º, da CF), sem deliberação pelo Congresso Nacional (Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 93/2020).

Como visto, diante dos exemplos oferecidos no decorrer deste estudo, as instituições se apresentam seguras no Brasil, demonstrando a independência necessária para dentro de suas competências, de maneira institucional, adotar as posturas necessárias para cada situação como forma de não enfraquecer o sistema democrático nacional.

4 | CONCLUSÃO

O enfraquecimento do regime democrático sofreu profunda alteração nos tempos atuais. Superada a ruptura através do uso da força, nos dias atuais a democracia é atingida por atos de representantes legitimamente eleitos.

Esse enfraquecimento de dentro para fora acontece de forma sutil, mediante atos isolados que não provocam comoção ou indignação de pronto, motivados por um discurso contrário aos preceitos constitucionais e de ataque aos demais Poderes constituídos. Esses atos de cunho antidemocráticos somente são perceptíveis quando já não é possível o retorno ao estágio anterior de proteção democrática.

No Brasil recentemente é possível identificar uma conduta reiterada dos representantes do Poder Executivo Federal, consubstanciada em inúmeros atos que enfraquecem o atual estágio do regime democrático nacional.

A vulneração de direitos fundamentais e o aumento da concentração do poder na esfera do Executivo federal são as consequências visadas por esses atos recentes.

A Constituição como instrumento limitador do poder e contramajoritário, é conservadora no sentido de que o constituinte estabeleceu barreiras para conservação do

núcleo intangível fundante, que legitima a sua própria criação da Constituição, no caso, as cláusulas pétreas.

A Constituição legitima todo o ordenamento jurídico, político e administrativo. Representando a expressão jurídica do Estado.

Não são sustentáveis as tentativas teóricas de justificação de atos atentatórios ao Estado Democrático de Direito com base na Constituição que enfraqueçam direitos fundamentais ou promovam a concentração do poder, pois estes distorcem a própria essência fundante e o objetivo da Constituição, subvertendo o *telos* da Constituição, naquilo que Karl Loewenstein condicionou chamar de perversão da Constituição.

Os recentes atos de representantes do Poder Executivo Federal mencionados neste trabalho bem caracterizam essas tentativas ilegítimas. As normas constituições, entretanto, não bastam isoladamente para defesa da própria Constituição, necessitando de instituições sólidas e altivas na consecução de suas disposições.

Diante desses atos atentatórios ao Estado Democrático de Direito brasileiro, cabe ressaltar que a rápida resposta institucional dos demais Poderes (Judiciário e Legislativo) foi essencial para uma maior solidificação dos preceitos constitucionais de limitação da concentração do poder e restauração do equilíbrio democrático.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Fundamentos do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AMARAL, Ana Carolina e PINTO, Ana Estela de Sousa. *Fundo escandinavo exclui do portfólio investimentos na JBS*. *Jornal Folha de São Paulo*: 30 de julho de 2020. p. A18.

AVRITZER, Leonardo. *O Pêndulo da Democracia*. São Paulo: Todavia, 2019.

BÄCHTOLD, Felipe. Entenda o artigo 142 da Constituição, que trata do papel das Forças Armadas. *Jornal Folha de São Paulo*, 10 jun. 2020, Caderno Poder, p. A6.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, 16ª ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2019.

CERQUEIRA, Adriano S. Lopes da Gama e MOTTA, Rodrigo Patto Sá. Memória e esquecimento: o regime militar segundo pesquisas de opinião. In: *História e Memória das Ditaduras do Século XX*, vol. 1. QUADRAT, Samantha Viz e ROLLEMBERG, Denise (Org.). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

FARACO DE AZEVEDO, Plauto. *Limites e justificação do poder do Estado*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GINSBURG, Tom e HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.

HESSE, Konrad. *A Interpretação Constitucional*. Tradução: Inocêncio Mártires Coelho. In: *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução: Renato Aguiar. São Paulo: Zahar, 2018.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2ª ed. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Tradução: Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

NEUMANN, Franz. *The Democratic and The Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory*. Londres: The Free Press of Glecoe, 1964.

SABA, Roberto. El derecho de la persona a acceder a la información en poder del gobierno. *Derecho Comparado de la Información*, nº 03, México, jan.-jun. 2004.

STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política & Teoria do Estado*, 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CAPÍTULO 3

PRINCIPIOS PARA UNA LECTURA JUSTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Data de aceite: 01/05/2021

William Esteban Grisales Cardona

Docente investigador de la Corporación
Universitaria Americana, Facultad de
Humanidades y Ciencias Sociales
Medellín - Colombia
<http://orcid.org/0000-0002-3697-8882>

Luis Fernando Garcés Giraldo

Vicerrector de Investigación, sede Medellín,
Corporación Universitaria Americana.
Medellín – Colombia
<http://orcid.org/0000-0003-3286-8704>

Conrado de Jesús Giraldo Zuluaga

Coordinador Doctorado en Filosofía,
Universidad Pontificia Bolivariana.
Medellín – Colombia
<http://orcid.org/0000-0003-1885-9158>

ABSTRACT: This text starts from the idea of justice as a unifying criterion of the legal system, taking as a starting point the correction of the legal system from the proposal of the legal philosopher Robert Alexy. The existence of a legal order that does not imply the principle of correction cannot be conceived. In the same way, a reference is made to some of the principles that are essential for a homogeneous reading of the legal system, among which are: equality, the burden of arguing and sufficient motivation, as well as pointing out some of the rules proposed by professor Alexy for an adequate argumentative structure, which serve as a method for an orderly and strong

argumentation of the reasons that the participants explain.

KEYWORDS: Principles, equality, Constitution, motivation, correction.

PRINCÍPIOS PARA UMA LEITURA JUSTA DA ORDEM JURÍDICA

RESUMO: Este texto parte da ideia de justiça como critério unificador do sistema jurídico, tomando como ponto de partida a correção do sistema jurídico a partir da proposta do filósofo jurídico Robert Alexy. Não se pode conceber a existência de uma ordem jurídica que não implique o princípio da correção. Da mesma forma, faz-se referência a alguns dos princípios essenciais para uma leitura homogênea do ordenamento jurídico, entre os quais se destacam: a igualdade, o ônus da discussão e a motivação suficiente, além de apontar algumas das normas propostas da professora Alexy para uma estrutura argumentativa adequada, que serve como método para uma argumentação ordenada e forte das razões que os participantes explicam.

PALAVRAS - CHAVE: Princípios, igualdade, Constituição, motivação, correção.

INTRODUCCIÓN

El profesor Robert Alexy se destaca por ser uno de los principales exponentes de la teoría de la argumentación jurídica, desde la cual expone sus lineamientos en la construcción de una teoría del derecho de base discursiva,

apoyada en la unión entre derecho y moral, posición que durante un largo tiempo había sido eliminada desde las posturas positivistas del derecho. La necesidad de unificar de nuevo estos criterios surge con la finalización de la segunda guerra mundial, en la cual el derecho fue utilizado como herramienta para la construcción del terror, la ley era aplicada por los jueces de una forma exegética, sin mirar que derechos o principios se podían afectar con ella. Uno de los argumentos que se presentaron por parte de los jueces consistió en la fuerza obligatoria de la ley y la imposibilidad de interpretarla, de allí su aplicación sin mirar que otro derecho se podría afectar.

El análisis del derecho bajo una nueva óptica en la cual la ley se interpretará, o si se quiere, se leyera desde una base más amplia, la cual debe estar compuesta por aquellos elementos que muestren el grado de justicia que el ordenamiento jurídico posee en determinadas y precisas situaciones. Dichos elementos se encuentran en el componente moral, los principios generales y los derechos fundamentales. Por ello Alexy propone un análisis del ordenamiento jurídico desde aquellos derechos que logren una aplicación justa del ordenamiento jurídico desde la corrección que estos principios le hacen a dicho ordenamiento jurídico. No basta una base legal, se requiere igualmente un fundamento moral en la decisión producida por el juez.

Esta postura lleva a generar nuevas propuestas para una lectura del derecho, e incluso en su aplicación, corrientes que pueden denominarse positivismo incluyente, neo iusnaturalismo, neo constitucionalismo, entre otras. Bajo estas posturas el derecho cuenta con una base axiológica compuesta por una serie de derechos de rango constitucional que permite hacer una adecuación de la ley en un marco de justicia.

Ahora, es importante observar el punto de partida para entender la propuesta de justicia que hace el profesor Alexy y cuales principios argumentativos se pueden proponer desde una lectura homogénea de la justicia.

Frente al concepto de justicia, Alexy no va a decir que no se trata de la justicia vista desde la totalidad de la moral, sino solo desde el campo de los repartos y las compensaciones, esto es visto, tanto, desde la justicia distributiva y la conmutativa. Señalando igualmente que entre ambos tipos de justicia hay relaciones estrechas y complejas. (ALEXY, 2016) Aristóteles, en la *Ética a Nicómaco* nos presenta la justicia de la siguiente manera:

“Una especie de justicia particular y de lo justo correspondiente es la que se aplica en la distribución de honores, dinero o cualquier cosa compartida entre miembros de una comunidad (pues, en estas distribuciones, uno puede tener una parte igual o no igual a otro), y otra especie es la que establece los tratos en las relaciones entre los individuos. Esta última tiene dos partes, pues los tratos son voluntarios e involuntarios. Los voluntarios son tratos tales como los de compra, venta, préstamo de dinero, fianza, usufructo, depósito, alquileres (u se llaman voluntarios porque son iniciados voluntariamente); de los involuntarios, unos son llamados clandestinos, como el hurto, adulterio, envenenamiento, prostitución, seducción de esclavos, asesinato, falso testimonio, y otros son violentos, como el ultraje, el encarcelamiento, el homicidio, la difamación y el

Esta primera expresión de Alexy, muestra la relación compleja entre estas dos clases de justicia, e incluso la forma en que se puede presentar su aplicación tanto en los casos de legalidad como de ilegalidad. La justicia distributiva corresponderá a la cantidad de honores o calidades que pueda tener una persona en concreto, lo anterior implicaría, que la distribución de los bienes dependerá de ello, dando ventajas sobre los demás. Por ejemplo: un estudiante de buenas tendrá mejores beneficios que aquellos que tienen bajas calificaciones. Mientras que la justicia conmutativa obedece al acuerdo de voluntades que se presenta entre los contratantes y las prestaciones recíprocas que hayan acordado, salvo el evento en que se trata de actos ilegales, es decir, donde no existe ningún acuerdo de voluntades, una parte decide afectar los bienes de otra persona o el cuerpo. En este último evento, entre lo distributivo y lo conmutativo existe una evidente relación, pero a su vez, da lugar también a la aplicación de la justicia correctiva.

En un segundo momento Alexy señala: “La justicia es corrección (*Richtigkeit*) en la distribución y en la compensación” (p. 49), más adelante este especifica: “...El más importante *analogon* del concepto de justicia es la verdad. Así como la verdad es el más alto criterio de valoración de la corrección de proposiciones que versan de aquello que ocurre, del mismo modo la justicia es el más alto criterio de valoración de la corrección de distribuciones y compensaciones.” (p.49)

La corrección es un elemento esencial dentro de la propuesta filosófica jurídica del profesor Alexy. Esta se convierte en un eje transversal entre otros dos argumentos, el de la injusticia y el de los principios, desde los cuales el profesor Alexy señala que parámetros debe cumplir las normas individuales para que no pierdan su carácter jurídico. Lo anterior se desprende de la idea de que un derecho injusto no es derecho, esto quiere decir que la norma catalogada de injusta no puede, ni debe considerarse como integrante del ordenamiento jurídico válido y vigente de un Estado Constitucional de derecho, y quien ayuda a determinar el nivel de injusticia es la aplicación o no de los principios, son estos los que permite hacer una lectura de corrección del ordenamiento jurídico.

Al respecto se tiene:

“...Afirma que tanto las normas aisladas y las decisiones judiciales aisladas como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo formulan necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas normativos que no formulan explícita o implícitamente esta pretensión no son sistemas jurídicos.” (Alexy, 2008, p. 41)

De lo anterior, se observa con claridad como la corrección como argumento permite definir si un ordenamiento jurídico, entendido este desde cualquier norma que lo integre, es justo o no. La finalidad es desentrañar por medio de este argumento la base justa que tiene una norma como un todo o una norma aislada. Frente a estas últimas corresponderá

al juez por medio de la sentencia señalar y sacar a la luz el plus de justicia que encierra la respectiva norma, de no lograrse o efectivamente demostrar que la norma es injusta no puede ser considerada como parte de ese ordenamiento jurídico y cualquier decisión que se tome con fundamento en ella será abiertamente injusta y estará por fuera del orden normativo del Estado.

Además, la corrección estará presente siempre dentro del orden jurídico. Alexy afirma lo anterior indicando que es la Constitución es el vínculo que permite establecer la justicia del ordenamiento partiendo del argumento de la corrección.

“Con el acto de la sanción de una Constitución está vinculada necesariamente la pretensión de corrección que, en este caso, es, sobre todo, una pretensión de justicia. Un legislador constitucional comete una contradicción performativa cuando el contenido de su acto constituyente niega esta pretensión, a pesar de que con su ejecución la formula.” (Alexy, 2008, p. 43)

La Constitución como cuerpo esencial en el Estado determina los criterios que han de tenerse presentes para la formación del orden jurídico y las distintas decisiones judiciales.

“La Constitución no es, en definitiva, más que el cauce de la expresión jurídica del orden político de la sociedad. Un cauce de expresión que debe ser igualitario, ya que no puede haber ordenes políticos distintos en la sociedad; libre, en la medida en que su contenido debe estar determinado por los propios ciudadanos directamente (muy infrecuente) o a través de sus representantes (lo normal); y seguro, en la medida en que los mecanismos de ejecución de la ley en general o de aplicación de la ley a los casos particulares, están también determinados en la Constitución y lo están como mecanismos dependientes de la voluntad general; es decir, de la propia voluntad de la sociedad, de los ciudadanos.” (Pérez R, 2005, p. 105)

De la cita anterior, se desprende como la Constitución encarna los principales valores que tiene una sociedad, además de crear permanencia y estabilidad en cada uno de sus ciudadanos. Por ello, la Constitución se convierte en una fuerza superior dentro del ordenamiento jurídico, esta brinda pautas que deben ser acatadas por las autoridades y los particulares. Sobre este tema la Corte Constitucional, en la sentencia C-415 de 2012, indico:

“La noción de supremacía constitucional parte de la naturaleza normativa de la Constitución, que se revela en el carácter de fuente primaria del ordenamiento jurídico. En tal sentido, el artículo 4 de la Constitución Política indica: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Así, la naturaleza normativa del orden constitucional es la clave de la sujeción del orden jurídico restante a sus disposiciones, en virtud del carácter vinculante que tienen sus reglas. Tal condición normativa y prevalente de las normas constitucionales, la sitúan en el orden jurídico como fuente primera del sistema de derecho interno, comenzando por la validez misma de las normas infraconstitucionales cuyas formas y procedimientos

de producción se hallan regulados en la propia Constitución. De ahí que la Corte haya expresado: La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como *lex superior* precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”; *norma normarum*. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4°.

La Constitución, es la fuente de la justicia y como tal base para una argumentación o discurso sobre la justicia. Además, de indicar las formas y métodos en que se debe generar el discurso sobre la justicia, discurso en el cual estarán presentes todos los derechos inherentes a la persona y que hacen que el ordenamiento jurídico sea considerado derecho, por tanto, justo.

PARTE 2

En el apartado anterior, se indicó que la Corrección es un argumento sobre la justicia, y que se encuentra en medio de dos principios el de la injusticia y el de los principios. Por ello se hace necesario en este acápite definir que es un argumento y cuales principios dan lugar a una argumentación sobre la justicia.

Cada una de las partes que integran el ordenamiento jurídico requieren de un ejercicio de justificación con el fin de desentrañar el plus de justicia que posee la norma, es decir, la corrección del ordenamiento jurídico que proviene de la lectura misma de la Constitución, al igual cuando se dinamiza el derecho, y esa dinamización debe cumplir con el principio de igualdad.

Perelman señala:

“La noción de justicia sugiere a todos inevitablemente la idea de una cierta igualdad. Desde Platón y Aristóteles, pasando por Santo Tomas, hasta los juristas, moralistas y filósofos contemporáneos, todo el mundo está de acuerdo en este punto. La idea de justicia consiste en una cierta aplicación de la idea de igualdad. Todo consiste en definir esta aplicación de tal manera que, aun constituyendo el elemento común de las diversas concepciones de justicia, permita sus divergencias. Esto sólo es posible si la definición de la noción de justicia contiene un elemento indeterminado, variable, cuyas diversas determinaciones darán lugar a las más opuestas formulas de la justicia.” (Perelman, 2017, p. 48)

Las distintas decisiones judiciales que versen sobre casos similares deben mantener un criterio de igualdad, pues no se debe variar en forma injustificada entre cada uno de los casos similares, salvo que hallan circunstancias que obliguen al juez a cambiar su

postura. Circunstancias que deberán someterse al test de razonabilidad. Al respecto la Corte Constitucional indico:

“El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?” (Sentencia C-022 de 1996)

La igualdad, es un principio esencial en el campo de la argumentación, pero a su vez, los participantes del discurso deben cumplir una serie de obligaciones, entre las cuales se encuentra el principio de la Carga de la argumentación. Esta es la obligación de fundamentar la idea o pretensión esbozada con total precisión y claridad frente al auditorio, si la afirmación o la pretensión carece de fundamento esta no será de recibo por parte del auditorio.

El profesor Alexy, señala sobre este aspecto:

“(3.1) Quien pretende tratar a una persona A de manera distinta que a una persona B está obligado a fundamentarlo. (3.2) Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón para ello. (3.3) Quien ha aducido un argumento sólo está obligado a dar más argumentos en caso de contraargumentos. (3.4) Quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una anterior manifestación, tiene si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación.” (Alexy, 2017, p. 406)

Este principio se debe cumplir para que el argumento pueda entrar en el ámbito del discurso, los participantes deben conocer las afirmaciones y los argumentos que cada uno tiene frente a un determinado tema, por ello, para que este principio funcione requiere que exista previamente entre los participantes un acuerdo sobre el tema a debatir, no es viable abrir una discusión sobre múltiples temas y dar argumentos sobre todos ellos, para que la discusión tenga un buen fin tiene que estar centrada (*topoi*), de igual manera se hace indispensable aclarar en sentido en que un término ha de ser usado dentro de dicha discusión para evitar de tal manera confusiones entre los participantes.

Es importante tener en cuenta, además las siguientes reglas:

“(1) Quien asevera algo, eleva una pretensión de verdad o corrección; (2) La pretensión de verdad o corrección implica una pretensión de fundamentación; (3) La pretensión de fundamentación implica para cualquier persona un deber prima facie de fundamentar lo afirmado, cuando se le exige; (4) Al aducir justificaciones se elevan, al menos en el plano del discurso, las pretensiones de igualdad de derechos, no violencia y universalidad, y (5) Quien a lo largo de toda su vida no haya hecho una aserción (en el sentido definido en (1)-(3) ni ninguna fundamentación (en el sentido definido por (4)), no ha tomado parte en la forma de vida humana más elemental”(SIECKMANN, 2014)

Lo anterior permite establecer el siguiente principio, y consiste en la motivación suficiente. Desde el punto de vista práctico, y centrando estos principios en la función judicial, corresponde al juez cumplir con cada uno de los principios anteriormente señalados, los cuales se pueden ver plasmados en la legislación procesal civil, como, por ejemplo, art. 42, N°. 2 Código General del Proceso (“Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga.”); art. 167 CGP (“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...”); art. 280 CGP (“La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas...”)

Retomando el último aspecto, la motivación suficiente, debe contener como mínimo lo siguiente: método y organización en la justificación, las razones deben ser explícitas, las razones deben ser validas, las razones deben ser concluyentes. Las sumas de los anteriores requisitos definen la suficiencia de la motivación, en el evento de faltar una de ellas la decisión tomada estaría vulnerando los principios básicos de la argumentación.

Sobre este tema en la sentencia T-214 de 2012 la Corte Constitucional señaló:

“La motivación de los fallos judiciales es un deber de los jueces y un derecho fundamental de los ciudadanos, como posición jurídica concreta derivada del debido proceso. Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. La incidencia de los derechos fundamentales en todas las áreas del derecho y la obligación de los jueces y operadores jurídicos de aplicar las reglas legales y/o reglamentarias sólo en la medida en que sean conformes con la Carta Política (aspectos conocidos en la doctrina constitucional como efecto irradiación, interpretación conforme y carácter normativo de la Constitución) exigen del juez un ejercicio interpretativo calificado que dé cuenta del ajuste entre su interpretación y los mandatos superiores, y que le permita, mediante el despliegue de una argumentación que tome en cuenta todos los factores relevantes, administrar el pluralismo de los principios constitucionales.”

Es una obligación del juez motivar suficientemente sus decisiones, en aras de lograr dentro del auditorio que se acojan sus razones. Y por tal razón cumplir con los parámetros generales y los principios señalados para el cumplimiento de una lectura homogénea de un ordenamiento jurídico.

CONCLUSIONES

Para que un ordenamiento jurídico haga parte y pueda estar en él es indispensable que se cumpla con el principio de corrección, que lo que pretende es desentrañar el grado de justicia que cada norma de dicho ordenamiento posee, para ello no basta con la sola lectura de él, sino que esta debe iniciar con los parámetros que la misma Constitución de cada Estado consagra. Los principios constitucionales como la igualdad son obligatorios dentro de un esquema que permita una lectura homogénea del ordenamiento jurídico dentro del marco de la justicia. Pero no basta solo con la igualdad, sino que además de deben incluir la carga de la argumentación como un ejercicio que cumplen cada uno de los participantes en el discurso, lo que a su vez garantiza la igualdad de cada uno de los intervinientes en un proceso.

Cada afirmación, cada decisión que se toma tiene que estar motivada suficientemente, es decir, exponer ampliamente y críticamente las razones de una afirmación o decisión, respetando cada uno las oportunidades que el mismo discurso le brinda, respetando a su vez las reglas propias del discurso práctico general y especial.

REFERENCIA

ALEXY, Robert. Doble naturaleza del derecho. Ed. Trotta. Madrid. 2016

ALEXY, Robert. El concepto y validez del derecho. Ed. Gedisa. Barcelona. 2008

ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica. Palestra editores. Lima. 2017

ARISTOTELES. Ética Nicomáquea. Ed. Gredos. Madrid. 2000

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1564 de 2012 (Código general del proceso)

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-415 de 2012

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-022 de 1996

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-214 de 2012

PERELMAN, Chaïm. De la justicia, de la interpretación y razonamiento jurídico. Ediciones Olejnik. Santiago de Chile. 2017

PEREZ R, Javier. Curso de derecho constitucional. 9 ed. Marcial Pons. 2005

SIECKMANN, Jan-R. La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2014.

CAPÍTULO 4

AS AÇÕES AFIRMATIVAS E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE NO PROCESSO INCLUSIVO

Data de aceite: 01/05/2021

Lisete Maria Massulini Pigatto

Acadêmica no Curso de Direito na FADISMA – Faculdade de Direito de Santa Maria, RS. Atua como Professora de Educação Especial na Rede Estadual e Municipal de Ensino na Cidade de Santa Maria, RS, Brasil

RESUMO: O presente artigo versa sobre a influência do Princípio Constitucional da Igualdade ou da Isonomia nas Ações Afirmativas no Processo Inclusivo. A investigação qualitativa analisa o tema por meio da revisão bibliográfica identificando procedimentos inclusivos, respondendo à pergunta da investigação: - As ações afirmativas resultam do Princípio Constitucional da Igualdade? Um direito base da democracia que se reflete em inúmeros dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A luta histórica vem minimizando a exclusão e concretizando direitos as pessoas com deficiência. Justifica-se o estudo devido a necessidade em investigar a influencia deste principio nas ações afirmativas neste novo modelo social inclusivo. Um estudo de extrema relevância aos profissionais, acadêmicos do Direito e outros interessados no assunto pois se espera que as informações instiguem a construção de conhecimentos e transformações sociais significativas aprimorando a qualidade de vida neste novo paradigma. Espera-se que o resultado da investigação estimule a descoberta

de valores, motive a buscar direitos, minimize as desigualdades sociais e o preconceito na evolução de uma sociedade mais justa equitativa e saudável. A investigação qualitativa acontece na área de concentração: Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas Jurídicas na Fadisma e na Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania. No transcorrer do artigo se analisa o Princípio Constitucional da Igualdade a origem, os conceitos e os critérios da Ação Afirmativa e a realidade inclusiva. As considerações finais, referências.

PALAVRAS - CHAVE: Princípio Constitucional da Igualdade; Ações Afirmativas.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a influência do Princípio Constitucional da Igualdade ou da Isonomia nas Ações Afirmativas no Processo Inclusivo. Neste contexto as Ações Afirmativas são percebidas pelo ordenamento jurídico como a garantia material ao Princípio Constitucional da Igualdade, capazes de definir a lógica e a racionalidade constitucional, irradiando-se as normas jurídicas.

As Ações afirmativas são percebidas como políticas focais para alocar recursos em benefício de pessoas que pertencem a grupos discriminados e vitimados pela exclusão socioeconômica seja no passado ou no presente. Medidas com o objetivo de “combater discriminações étnicas, raciais, religiosas,

de gênero ou de casta, aumentando a participação de minorias no processo político, no acesso à educação, saúde, emprego, bens materiais, redes de proteção social e/ou no reconhecimento cultural”. (GEEMA, 2016).

A investigação qualitativa analisa o tema por meio da revisão bibliográfica no intuito de identificar os procedimentos inclusivos e responder à pergunta da investigação: - As ações afirmativas resultam do Princípio Constitucional da Igualdade? Justifica-se o estudo pela necessidade em investigar a influência das ações afirmativas neste novo modelo social inclusivo. Um estudo de extrema relevância aos profissionais, acadêmicos do Direito e outros, pois se espera que estas informações instiguem a construção de conhecimentos e transformações sociais significativas aprimorando a qualidade de vida de todas as pessoas.

Espera-se que a investigação estimule a descoberta de valores, motive as pessoas a buscar os seus direitos, minimizando as desigualdades sociais e o preconceito. Ainda muito arraigado no sistema educacional, empregatício e prisional, excluindo os que não se moldam, relegando-os pela forma de agir ou pensar. Para favorecer o desenvolvimento de uma sociedade mais justa equitativa e saudável. A investigação acontece na área de concentração: Direito, Sociedades Globalizadas e Diálogo entre Culturas Jurídicas na FADISMA e na Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania. No transcorrer do artigo se analisa a origem, os critérios da Ação Afirmativa, O Princípio Constitucional da Igualdade. Seguida das considerações e referências.

2 | AS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA: ORIGEM E CRITÉRIOS

As Políticas Públicas voltadas ao desenvolvimento das ações afirmativas avançam no contexto em virtude da força da lei. Apesar de todo esforço, está cada vez mais difícil perceber a sutileza da discriminação contra as mulheres, os negros, os deficientes, o grupo LGBT e outros. Práticas discriminatórias perversas, condenáveis que se espalham no mundo e que insistem em perpetuar-se nas situações de desigualdade neste processo histórico e cultural. Para entender este contexto, vamos abordar a evolução e os seus critérios.

No Brasil as Ações Afirmativas chegam trazendo novos sentidos e experiências históricas dos países onde foram desenvolvidas, como nos Estados Unidos da América. Um país que é referência no assunto. No Governo democrata de Kenedy, na década de 60 se alterou o paradigma vigente, reduziu a desigualdade entre negros e brancos após a implantação da Lei dos Direitos Civis (1964) e das Políticas de Ação Afirmativa. Nos anos 60, os norte-americanos começaram a reivindicar a democracia por meio dos direitos civis cuja bandeira era a extensão da igualdade e de oportunidades para todos.

A obra “Na American Dilemma: The negro problem and modern democracy”, teve um grande impacto na Decisão da Suprema Corte Norte Americana no “Leading case Brown vs. Board of Education of Topeka (1954). Segundo Jensen (2010) este caso marcou o início

do período que trata sobre as relações raciais nos EUA, dá início ao ativismo judicial da Suprema Corte.

Nesta época, o Juiz Earl Warren ao rever o caso sobre a segregação racial institucionalizada percebeu que separar as crianças negras gerava um sentimento de inferioridade capaz de afetar corações e mentes. Constatou que ao separá-las nas escolas públicas o efeito negativo era muito grande. Retardava o desenvolvimento mental e intelectual, privando-as de alguns dos benefícios que receberiam acaso o sistema educacional fosse racialmente integrado. Deste modo o Juiz Earl Warren combateu a segregação no âmbito educacional favorecendo as crianças e minimizando os efeitos perversos de discriminação contra os negros. Mesmo assim, a Suprema Corte não colocou o termo à segregação entre brancos e negros nas escolas do sul dos EUA. Unidos. Eliminou-a de forma progressiva, ao invés de ser de forma imediata.

“A decisão proferida, em maio de 1954, pela Suprema Corte dos EUA no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, funcionou como divisor de águas na abolição do apartheid racial” (ARAUJO 2011, p. 4) Na controvérsia, os ministros da Suprema Corte decidiram por unanimidade que a segregação entre brancos e negros ofendia o princípio da igualdade de oportunidades, e que não havia fundamento idôneo para justificar a “doutrina dos separados, mas iguais”. Concluíram que as instituições de ensino eram desiguais pela cor.

As ações afirmativas já eram pauta de reivindicação no mundo pelos negros, árabes, palestinos e os kurdos que lutavam contra a discriminação. As pesquisas indicam que a luta pela igualdade tem sua origem na Índia, um país marcado pela estratificação social e pelas castas há séculos, marcadas “por uma profunda diversidade cultural e étnico-racial”. (LEWANDOWSKI 2012, p. 9) Para reverter à eclosão das tensões sociais desagregadoras das castas “párias” ou “intocáveis” “proeminentes lideranças políticas indianas do século passado, entre as quais o patrono da independência do país, Mahatma Gandhi, lograram aprovar, em 1935, o conhecido *Government of India Act*. A motivação de fato e de direito levou à edição do diploma legal que consiste no combate efetivo à exclusão social, conforme explica Partha Gosh (2010) neste sentido.

A Constituição da Independência da Índia seguiu o modelo do ‘*Government of India Act*’, de 1935, “dispôs sobre discriminações positivas em favor das *Scheduled Castes* e das *Scheduled Tribes* (Scs & STs) que constituíam cerca de 23% da população estratificada da Índia”. (GOSH, in LEWANDOWSKI, 2012 p. 10) Garantiu aos intocáveis vagas no Parlamento, vantagens na admissão nas escolas, faculdades e empregos no setor público, vários benefícios para atingir o desenvolvimento pleno da cidadania. A Constituição garantiu o direito fundamental à igualdade para todos os cidadãos perante a lei, estabelecendo que nada impediria o Estado de adotar disposições especiais no intuito de promover avanço social e educativo das classes mais desfavorecida, conhecidas como as ‘*Scheduled Castes*’ ou das ‘*Scheduled Tribes*’. A partir do século XX o Estado volta-se a neutralidade. Surgem

às políticas públicas de ação afirmativa para minimizar os efeitos perversos das práticas preconceituosas e discriminatórias que se estenderam ao longo dos séculos pelo mundo. Agora se volta ao paradigma inclusivo.

3 I AS AÇÕES AFIRMATIVAS: OS CONCEITOS E SEUS CRITÉRIOS

As ações afirmativas requerem conhecer os seus conceitos e critérios. Lewandowski (2012) sugere como definição de ação afirmativa a apontada no art. 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 1968. Nesta perspectiva as ações afirmativas são medidas especiais e concretas para assegurar o conviver, o desenvolvimento, a proteção de grupos, garantindo condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Destaca que o dispositivo contém ressalvas da transitoriedade explicitada: Essas medidas não devem ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas.

Lewandoski (2012) na ADPF 186 RL aponta que há diversas modalidades de ações afirmativas de caráter transitório empregadas nos países com critérios como raça, gênero ou outro aspecto que caracterizam os grupos minoritários e favorecem a integração social. Outras que afastam os requisitos de antiguidade à permanência ou promoção de membros de categorias dominantes em ambientes profissionais; definem distritos eleitorais fortalecendo as minorias; estabelecem as chamadas cotas ou reserva de vagas para os seus integrantes, geralmente pertencentes aos setores marginalizados.

Menezes (2001) destaca que a ação afirmativa consiste em um conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais com piores condições de competir, em razão da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas. Embora as políticas de ação afirmativa procurem beneficiar as vítimas de discriminação, beneficiam a diversidade social promovendo a ascensão e o fortalecimento de grupos subrepresentados na sociedade, independentemente das causas. Medidas de sucesso na igualdade material, porém na formal não muito eficaz.

Gomes (2001) lembra que as políticas de ação afirmativa representaram uma mudança de postura do Estado. O qual em nome da neutralidade, aplicava políticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça e cor. Sem preocupar-se a diversidade de pessoas.

Gomes (2001) destaca que além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, os objetivos das políticas afirmativas seria o de induzir as transformações sociais de ordem cultural, pedagógica e psicológica, para subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia racial atribuída ao branco. Neste sentido as ações afirmativas não apenas coíbem a discriminação apresenta no presente, porém eliminar os 'efeitos

persistentes' da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar. Confirma sua posição, fundamentado nas ideias de Rios (2008) que fala sobre os critérios de beneficiar um grupo em situação de desvantagem prévia ou de exclusão, em virtude de sua respectiva condição ser voltada a questão racial, étnica, sexual.

A ação afirmativa, à luz da Teoria Compensatória, seria fruto de uma “compensação” ou “restauração”, no presente, a determinados grupos que, historicamente, foram marginalizados.” (ARAUJO 2011, p. 4). Neste sentido, a discriminação causaria os mesmos efeitos aos grupos subjugados no passado. A Teoria da Justiça Distributiva fundamenta-se na ideia da redistribuição equitativa dos ônus, vantagens e benefícios entre os membros da sociedade em busca do bem comum. A teoria parte da premissa de que “todos os seres humanos são iguais ao nascer, porém, as diferenças vão surgindo, ao longo do tempo, como imposição da sociedade” (ARAUJO 2011, p. 5) Deste modo às ações afirmativas se configurariam como “instrumento de redistribuição equânime, em favor de determinadas categorias de pessoas, cujos direitos estariam destituídos de efetividade por conta de discriminação.” (GOMES, 2001, pp. 66-67). Dworkin (2005) defende a redistribuição de bens e riquezas as pessoas excluídas do processo no intuito de contribuir ao bem-estar geral.

Gomes (2001) percebe as ações afirmativas no multiculturalismo, cujos adeptos partem das democracias liberais, sustentam a neutralidade estatal, a “igual representação”, princípios que seriam irrealizáveis. A neutralidade da esfera pública como o governo e as universidades representariam a garantia da liberdade e da igualdade dos cidadãos. Identifica como as “necessidades universais” a “saúde, educação, liberdade religiosa, direito de exercer cargos públicos e outras –, partilhadas por todos, independentemente da cultura de cada um; de outro, alguns domínios, como a educação, exigiriam a não-neutralidade do Estado. Porém se busca concretizar a igualdade para todos.

Na análise da Transitoriedade das Políticas de Ação Afirmativa na ADPF 186/DF. Lewandowski (2012) ressalta que a natureza transitória das políticas de ação afirmativa das desigualdades entre negros e brancos não resultam de uma desvalia natural ou genética. Porém decorrem da acentuada inferioridade em que estes foram posicionados nos planos econômico, social e político ao longo do tempo devido a um falso status social atribuído a determinadas pessoas que se julgavam em condição superior devido à cor da pele. Quanto às cotas o autor acredita que na medida em que as distorções históricas forem sendo corrigidas pelas ações afirmativas os excluídos nas esferas públicas e privadas de poder verão contemplado o princípio constitucional da igualdade ou isonomia não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reserva de vagas nas universidades públicas. O objetivo já foi alcançado.

Lewandowski (2012) alerta que além dos programas existentes, existe a necessidade de “criação de lideranças dentre esses grupos discriminados”, capazes de lutar com convicção pela defesa dos seus direitos, servirem como modelos de integração e ascensão

social. Na sua linha de raciocínio os programas induzem a mudança na atitude subjetiva dos integrantes desses grupos, aumentando a sua autoestima, a qual vai preparar o terreno para a integração social. A compreensão do conceito de justiça social se modificou nos últimos tempos, indo além das políticas redistributivas. Agora vigora as políticas de reconhecimento e valorização de grupos étnicos e culturais. Dito de outro modo há justiça social atual vai além do fato de “redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade valores culturais diversificados, valorizando todos os grupos sociais.

Bauman (2005) percebe a identificação das pessoas como um fator da estratificação, pois se classificam pessoas em grupos com base nas condições socioeconômicas. Alega que a mesma hierarquia global emergente que os constitui, os desarticula da identidade planetária. Em um polo fica o poder imposto, no outro quem teve o direito negado de manifestar suas preferências. Oprimidos por identidades impostas que os estereotipam, desumanizam e estigmatizam. Conclui que na questão da ambivalência da identidade torna-se preciso “distinguir os polos gêmeos que esta impõe à existência social: a opressão e a libertação. Um círculo que precisa ser rompido à inclusão social.

4 | O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Antes de iniciar a discussão sobre o Princípio Constitucional da Igualdade e as Ações Afirmativas no Estado Democrático de Direito se faz necessário analisar a história e sua evolução para perceber melhor o contexto. Daniela Ikawa (2008) destaca que quando o princípio da igualdade for aplicado com exclusividade a determinadas pessoas, esse costuma acarretar injustiças. Destaca que apenas o princípio da igualdade material como critério distributivo, percebe na igualdade inicial, a diferença entre identidade e o contexto. Assim, o princípio da universalidade formal deve ser o oposto dos resultados, enquanto não há recursos ou vontade política para implementar mudanças estruturais no contexto. Sendo assim, enquanto há pessoas que sofrem seus efeitos e não podem ser alcançadas se faz necessário “políticas afirmativas”.

As políticas universalistas materiais e as políticas afirmativas possuem como fundamento o princípio constitucional da igualdade material. Segundo John Rawls (1997) a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades na participação equitativa nos bens sociais somente pode ser alcançada por meio da denominada “justiça distributiva”. Porque somente ela permite superar as desigualdades da realidade fática na intervenção estatal, realocando os bens e oportunidades em benefício da coletividade. Nesse sentido, ensina que as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas quando consideradas vantajosas para todos dentro dos limites do que seja razoável e vinculada a posições e cargos acessíveis para todos.

O modelo constitucional brasileiro de 1988 incorporou vários mecanismos

institucionais para corrigir as distorções resultantes da aplicação formal do princípio da igualdade. Avançou nos direitos e garantias fundamentais, “estabelecendo diversos instrumentos jurídicos para conferir-lhes plena efetividade”. (LEWANDOWSKI, 2012 p. 7) Estabelece uma técnica de distribuição de justiça ao novo modo de encarar os direitos básicos da pessoa humana, com o objetivo de promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados. Como aqueles que foram instigados a viver sempre na periferia da sociedade, vítimas do abandono e do descaso humano.

4.1 O Princípio Constitucional da Igualdade

Neste artigo trabalhar as Ações Afirmativas no Estado Democrático de Direito requer definir o Princípio Constitucional da Igualdade. Indispensável à formação e a aplicação das normas jurídicas. Para isso se faz necessário compartilhar ideias inovadoras e abrangentes para o processo inclusivo vingar.

Gomes (2001) aponta o dilema americano: a marginalização social e econômica do negro, das mulheres, dos índios e dos deficientes. Destaca a importância das ações afirmativas definidas como políticas públicas e privadas voltadas à igualdade, pois deixam de ser um princípio jurídico respeitado por todos, passando a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e por toda a sociedade. Na análise sobre o tema, destaca que a CRFB/1988 afirma a igualdade e utiliza medidas para implementar a igualdade material. Citadas no Título I, dos Princípios Fundamentais da nossa República, as normas informam que todo o sistema constitucional, comanda a interpretação dos dispositivos constitucionais. “O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilastros do edifício normativo fundamental alicerçado” (GOMES 2001 p. 16) Orienta princípios que conformam o modelo constitucional positivado à dignidade da pessoa humana.

Os objetivos do art. 3º da CRFB/88 é a igualdade. Determina mudanças nas condições sociais, políticas, econômicas e regionais para alcançar o valor supremo e fundamentar o Estado Democrático de Direito. O inciso IV é o que mais se afina a ação afirmativa. Um dos objetivos fundamentais visa promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação. O artigo determina que a ação afirmativa promova o bem de todos sem preconceito, universalizando a igualdade pela conduta ativa, positiva à transformação social como objetivo fundamental da República.

Canotilho (1999) entende que os princípios são multifuncionais e tem três funções importantes: fundamentar, orientar a interpretação e a fonte subsidiária. Sendo assim, a função dos princípios é qualificar juridicamente a realidade. Indicar a posição que os agentes jurídicos devem tomar para prosseguir regulamentando-a, não contravindo aos valores do princípio. Porém revogando as normas anteriores e invalidando as incompatíveis no contexto.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consolidou os princípios do ordenamento jurídico, considerando-os norteadores às normas. A maioria os princípios

constitucionais do artigo 5º promovem segurança jurídica, provocam o Poder Judiciário para intervir, ajudando a resolver as questões.

O Ministro Ricardo Lewandowski (2012) ADPF 186 RL - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 trabalha a igualdade formal versus a igualdade material do art. 5º, CRFB 88, onde “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Constata que o legislador acolheu a ideia liberal, originária da [...] “Declaração do Homem e do Cidadão francesa de 1789 - de que ao Estado não é dado fazer qualquer distinção entre aqueles que se encontram sob seu abrigo”. (LEWANDOWSKI 2012, p. 4)

Melo (2012) percebe que o Princípio da Igualdade ou da Isonomia inscrito no art. 5º da CRFB 88 não nivelam os cidadãos perante a norma legal. Este princípio faz com que o legislador e o aplicador cumpram a lei pelo poder discricionário, sem editar leis em desacordo. Neste sentido a lei não pode ser fonte de privilégios aos mais dotados ou de perseguições aos que revidam ou não possuem posses. Pois todos os cidadãos devem ser tratados equitativamente. Sendo assim, a lei deve tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual. Discriminando situações para submeter à regência das regras, indagando quais são as discriminações juridicamente intoleráveis na diversidade. Sendo assim, ninguém pode ser discriminado em razão de raça, sexo, convicção religiosa e outras. Constata que o princípio da Igualdade se faz presente em quase todas as constituições do planeta pela sua abrangência. Elas conseguem intervir quando há violação de direitos, dizendo quais dogmas devem ser quebrados para a plenitude jurídica e a paridade.

Em suma, os princípios constitucionais são pautas valorativas capazes de sustentar os outros princípios constitucionais e intermediar a ordem jurídica. O Princípio Constitucional da igualdade é o resultado de um processo histórico de lutas e conquistas de muitas pessoas e se constitui como uma garantia efetiva tanto no aspecto formal como no aspecto material ao cidadão. Hoje um mandamento nuclear do sistema que se irradia sobre as diferentes normas jurídicas, servindo como critério lógico e racional do sistema normativo.

Nesta análise, o Princípio do Devido Processo Legal no ordenamento jurídico torna-se fundamental. Sem ele os outros princípios estariam desorganizados. Sua estrutura jurídica traz ao cidadão segurança, organização e instrumentalidade no processo. Os demais princípios estão englobados no Due Process of Law. (SANTOS, 2016) Uma garantia de liberdade, visto como a base na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Onde diz que todo o ser humano tem o direito de: [...] “receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”. Expresso na Convenção de São José da Costa Rica vem confirmar o direito a pessoa de ser ouvida em prazo razoável pelo juiz ou Tribunal competente no intuito de apurar a acusação penal, resolver os direitos e obrigações civil, trabalhista, fiscal e outros.

Carmen Lúcia Antunes Rocha (1985) ao abordar o Princípio Constitucional da Igualdade percebe que a sociedade se cunhou ao influxo de desigualdades artificiais, acostumou-se a fazer distinções entre ricos e pobres, a analisar as diferenças e a discriminar pessoas. Destaca que prevaleceram os regimes despóticos assegurando privilégios, as leis não resolvem as desigualdades. Para evitar interferência sobre os planos e programas de ação afirmativa nos EUA fixaram percentuais mínimos garantidores da igualdade à convivência juridicamente obrigada. A maioria teria que se acostumar [...] “a trabalhar, a estudar, a se divertir etc. com os negros, as mulheres, os judeus, os orientais, os velhos etc., habituando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultantes do grupo a que pertencessem”. (ROCHA 1985, p.86) Medidas adotadas para garantir a democracia e a liberdade evitando a discriminação, contida no princípio constitucional da igualdade jurídica na sociedade.

O princípio da igualdade trata em condições de igualdade os iguais e desigualmente os desiguais, impedindo que a isonomia impeça o estabelecimento de situações jurídicas distintas. As desigualdades decorrem das aptidões e atribui tratamento diferenciado as particularidades. Percebe-se que em todos os lugares a discriminação, seja na iniciativa pública ou na privada. Encontra-se arraigada no sistema educacional, empregatício, prisional, excluindo os que não se moldam, relegando-os pela forma de pensar e agir.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste contexto percebe-se que as ações afirmativas são um conjunto de políticas públicas ou privadas capazes de perceber a discriminação existente entre as pessoas diferentes e oportunizar a busca dos seus direitos. Medidas necessárias, pois devido as suas condições socioeconômicas precárias, a discriminação e o preconceito não possuem as mesmas oportunidades, nem o mesmo o acesso há locais de produção de conhecimento e poder. Um processo discriminatório e estereotipado que as atingem de forma desumana.

A partir do que se expôs, percebe-se a ação afirmativa como uma diretriz política estatal ou particular. Vinculante ou não, que busca emancipar as pessoas que se encontram excluídas em virtude de uma discriminação passada, com reflexos no presente que as impedem de exercer seus direitos. Uma autonomia que decorre do empoderamento dado a estas pessoas para que consigam avaliar o seu entorno social e exercer a sua cidadania.

O trabalho respondeu à pergunta da investigação de forma positiva. As ações afirmativas resultam do Princípio Constitucional da Igualdade porque se considera esse direito como a base da democracia e se reflete em inúmeros dispositivos da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. A luta histórica vem minimizando a exclusão e concretizando direitos e garantias individuais no campo da educação, do trabalho, da saúde e na política, colocando as pessoas com deficiência em igualdade de direito qualitativamente. A busca pela igualdade é essencialmente material e efetiva perante os

bens dos seres humanos. Porém, é preciso buscar a emancipação política e socioeconômica pela reciprocidade de poder de fazer acordos.

Concluindo, fica demonstrada a relevância do Princípio Constitucional da Igualdade na aplicação das políticas de ação afirmativa à vida e a convivência. Portanto se faz necessário desenvolver políticas e espaços sociais voltados a diversidade. Para que busquem seus direitos. Porque estes espaços são imprescindíveis ao debate, a formação humana e de lideranças capazes de trabalhar pelo aprimoramento democrático. Transformando conhecimento em comportamento saudável. Num espaço com igualdade de oportunidades, melhores condições de educação trabalho renda, qualidade de vida e inclusão.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Flaviane Ribeiro de. **As multivariadas faces da discriminação**. A discriminação positiva: origem e bases filosóficas. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,as-multivariadas-faces-da-discriminacao-a-discriminacao-positiva-origem-e-bases-filosoficas,35418.html> acesso 20 abr 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Entrevista a Benedetto Vecchi. Trad. Carlos Alberto. 2005. Disponível em: <http://www.zahar.com.br/sites/default/files/arquivos/t0932.pdf> acesso 11/04/2016.

CANOTILHO, J.J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed Coimbra, Liv. Almedina, 1999.

DWORKIN, R. **A virtude soberana: A teoria prática da igualdade**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

GEEMA – **Grupo de Estudos Multidisciplinares de Ação Afirmativa**. O que são ações afirmativas? Disponível em: http://gema.iesp.uerj.br/index.php?option=com_k2&view=item&layout=item&id=1&Itemid=217 acesso 21 abr 2016.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Joaquim B. **A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro**. 2001 Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/705> acesso 19 abr 2016.

GOSH, Partha S. **Positive Discrimination in Índia: A Political Analysis**. Disponível em: [scribd.com/doc/21581589/Positive-Discrimination-in-India](https://www.scribd.com/doc/21581589/Positive-Discrimination-in-India). Acessado em 22 de março de 2016.

IKAWA, Daniela. **Ações Afirmativas em Universidades**. Editora: Lumen Juris; 1ª edição (1 janeiro 2008).

JENSEN, Geziela. **As ações afirmativas a partir da Teoria da Casualidade** Cumulativa de Gunnar Myrdal. 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-22-JUNHO-2010-GEZIELA-JENSEN.pdf> acesso em: 24 abr 2016.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL** 186, 2012.

MELO, Celso Antônio Bandeira. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade** – 3. Ed - Malheiros Editores, 2012.

MENDES, Samya N. **Ações Afirmativas e Políticas Públicas Inclusivas**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10381 acesso 11/04/2016.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOEHLECKE Sabrina. **Ação afirmativa: História e debates no Brasil**. Disponível em: <http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/550> acesso 20 abr 2016.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação** – discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 191-192. 42

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes Rocha, **Ação Afirmativa** – O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica», in Revista Trimestral de Direito Público nº 15/85, p. 86.

SANTOS, Larissa Linhares Vilas Boas. **O Princípio da Igualdade**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7039 acesso 16 abr 2016.

CAPÍTULO 5

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL: UM ESTUDO A LUZ DAS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA

Data de aceite: 01/05/2021

João Batista de Castro Júnior

Professor Adjunto de Direito Civil do Curso de Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB).

Luis Paulo Ferraz de Oliveira

Graduando em Direito pela Universidade do Estado da Bahia - UNEB. Membro associado da Rede Brasileira Direito e Literatura - RDL.

RESUMO: O presente artigo é um dos resultados da pesquisa científica, que utilizou a metodologia de abordagem qualitativa, e como método o indutivo, a partir do empirismo, através da técnica da observação de um proficiente de religião de matriz protestante que busca penetrar no núcleo do senso comum de largo espectro e averiguar se, na raiz dele, está uma rejeição branquizoide de matriz europeia num País de mestiços e, até que ponto ela não passa de rendição retórica a modelos legais importados. Não obstante as divergências ideológicas que separam as religiões de matriz africana das diversas outras de cunho tradicional, ocasionando, com efeito, a intolerância religiosa, a hipótese do artigo é que abordagens antropológicas e historiográficas possibilitam uma explicação do fenômeno social em uma perspectiva constitucional, que é profundamente relevante para o estado atual do debate acerca da liberdade religiosa no Estado Contemporâneo, ainda meio convulso, às vezes pirotécnico, no trato da questão, muitas vezes

situado numa visão meramente cromática, ou seja, de afirmação identitária, sem enfrentar um dado importante: o uso invisível dos rituais e magias de religiões africanas por setores ditos brancos da sociedade.

PALAVRAS - CHAVE: Consciência individual; Constituição; Intolerância religiosa; Liberdade; Religiões de matriz africana.

THE INSTITUTIONALIZATION OF RELIGIOUS FREEDOM IN BRAZIL: A STUDY IN LIGHT OF RELIGIONS OF AFRICAN ORIGIN

ABSTRACT: The present article is one of the results of scientific research, which utilized the methodology of qualitative approach, and as the inductive method, from empiricism, through the observation technique from the view of an adept to a religion of protestant matrix that aims to penetrate in the common sense's large spectrum nucleus and verify if, in its root, exists an elitist rejection of European origin in a mestizo's country and whether it is nothing more than rhetoric surrender to imported legal models. Despite the ideological divergences that separates religions of African origin from many traditional others, leading to, with effect, religious intolerance, the article's hypothesis is that anthropological and historiographical approaches allow an explanation of social phenomenon in a constitutional perspective, which is deeply relevant for the current state of the debate about religious freedom in the Contemporaneous State, still kind convulsive, sometimes pyrotechnic, when it comes to that question, many times situated in a merely chromatic vision, in other

words, of identity affirmation, without confronting an important data: the invisible use of rituals and spells of African origin religions for sectors designated whites of the society.

Keywords: African origin religion; Constitution; Freedom; Individual consciousness; Religious intolerance.

1 | INTRODUÇÃO

Os navios negreiros que chegaram entre os séculos XVI e XIX traziam mais do que africanos para trabalhar como escravos no Brasil Colônia. Em seus porões, viajava também uma religião estranha aos portugueses. Considerada feitiçaria pelos colonizadores, ela se transformou, pouco mais de um século depois da abolição da escravatura, numa das religiões mais populares do país¹.

Antes da introdução do princípio do Estado Laico, no Brasil, e institucionalização da liberdade religiosa, sob o enfoque constitucional, as religiões de matriz africana foram alvo de um processo de rejeição determinada pela intolerância e falta de aceitação político/social que perdurou até a vigência da Constituição de 1967.

Foram seis Constituições Federais, além das Ordenações e Códigos Criminais, nas quais se recusaram a principiar uma nação asseguradora da liberdade religiosa para com as religiões afro-brasileiras. Trata-se de uma omissão legislativa como forma de não tensionar os conflitos com a classe dominante e com uma religião dita “oficial” do Estado.

Desde sua chegada ao Brasil, os adeptos às religiões de matriz africana sofreram perseguições por manifestarem a sua fé. A “ofensa à moral pública” e aos “bons costumes” era a chave para compreensão do mecanismo repressivo, manifestada pelas autoridades policiais que seguiam o entendimento discriminatório das constituições.

Paulatinamente, por meio de entendimentos mais “humanitários” por parte das autoridades legislativas, provenientes de lutas e revoltas dessa classe/religião oprimida, novos caminhos foram se estabelecendo e uma rede de compreensões grupais vai unindo todos os adeptos e tolerantes às religiões de matriz africana. Então, a permanência dos movimentos libertários que lutam por mais espaço e amparo legal na sociedade foi decisiva para garantir, num futuro (quase) impossível, a total tolerância constitucional e espaço, ainda que absconso, na sociedade.

Conforme o babalorixá Márcio de Jagun em entrevista exclusiva concedida ao Centro de Informação da Organização das Nações Unidas (ONU), o Candomblé e a Umbanda são as duas religiões afro-brasileiras mais influentes no Brasil:

1 CAMPOLIM, Sílvia. Candomblé no Brasil: orixás, tradições, festas e costumes. **Super Interessante**, São Paulo, ed. 88, jan., 1995. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/historia/candomble-no-brasil-orixas-tradicoes-festas-e-costumes>>. Acesso em: 01 de abril de 2016.

Eu costumo dizer que a África e o Brasil se casaram e tiveram dois filhos: candomblé e umbanda. O candomblé é uma religião de matriz africana, a sua origem está na África, sobretudo no sudoeste da África. É uma religião brasileira e que se constituiu não só com essa matriz, mas com o sincretismo a partir da relação com o cristianismo, com cultos e vivências indígenas. A umbanda tem outra forma de sincretizar além dessa construção africanista porque promove outras relações com o misticismo, valores ciganos, kardecistas e hinduístas².

Entretanto, mesmo com considerável influência e após grandes conquistas institucionais e sociais para com as religiões de matriz africana, tanto os candomblecistas quanto os umbandistas ainda são chamados, no senso comum, pejorativamente de “macumbeiros”.

É partindo desse cenário que o processo de institucionalização da liberdade religiosa a ser estudado neste trabalho busca o total amparo constitucional no que tange à liberdade institucional das religiões afro-brasileiras. Posteriormente a essa conquista, com um potencial de dificuldade maior, emerge no cenário nacional o problema da não aceitação social, proveniente da consciência individual, que, por vez, é também uma das razões para permanência da intolerância religiosa. Um problema ainda presente na sociedade brasileira.

2 | O PROCESSO DE AQUISIÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA – UMA CONQUISTA (IM)POSSÍVEL

Na obra “Tudo o Que Vi e Vivi” (Editora Leya), a ex-primeira dama Rosane Collor, hoje Rosane Malta, ex-esposa de Fernando Collor de Melo, narra que, na ebulição do impeachment, foram feitas várias sessões de magia negra na Casa da Dinda. Segundo ela, eram trabalhos em cemitérios e com sacrifícios de animais, dirigidos por uma Maria Cecília, hoje pastora evangélica, tal como a própria Rosane.

Esse dado só não choca a consciência religiosa brasileira porque se trata de um traço não inusitado nas relações travadas entre a superioridade branca, que domina a cena política, e as religiões de matriz africana, cuja adesão sempre carrega algo de pitoresco, de jocoso, de exotismo. Bem analisados, os rituais infundem rejeição e respeito, temor e conúbio, sendo válvulas de socorro em momentos de tensão.

A relação do discurso jurídico com as religiões de matriz africana passa por essa compreensão, migrando de uma face repressiva institucionalizada em códigos e leis para outra de aparente ostensiva tolerância, mas com repressão subjacente, para finalmente ser intolerante com a intolerância, mas se perdendo na incapacidade de modificar a psicologia social dos não adeptos.

As Ordenações Afonsinas, coletâneas de leis promulgadas durante o reinado

2 BRASIL. Organização das Nações Unidas no Brasil. **Especial:** A intolerância contra as religiões de matrizes africanas no Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/a-intolerancia-contra-as-religoes-de-matrizes-africanas2/>>. Acesso em: 03 de abril de 2016.

de Dom Afonso V, eram conhecidas pela dureza de suas punições criminais, vigoraram em Portugal de 1446 a 1514. Sobre a feitiçaria, dispunha no Título XXXXII do Livro V: “todollos Direitos assi Civis como Canonicos, estrañarom sempre muito o peccado da feitiçaria; porque nom pode nenhuu de tal peccado usar, que nom participe da arte, e conversaçom diabollica”.

As Ordenações Filipinas, que se seguiram às Manuelinas, entraram em vigor em 1603, tiveram forte influência na regulação jurídica do Brasil. Chamadas de *Libris Terribilis* na parte criminal vigorou por mais de 200 anos, até ser substituída pelo Código Criminal do Império. Entre outras várias especificações, constava que “qualquer pessoa que, em círculo, ou fora dele, ou em encruzilhada, invocar espíritos diabólicos (...) morra por isso morte natural”.

Esclarece Clóvis Moura, sociólogo marxista e profundo pesquisador de rebeliões negras, que “os cultos africanos, na época colonial, eram confundidos com feitiçaria e chamados de ritos gentílicos. Esses cultos, por causa de suas músicas e danças, sempre foram relacionados pelos cristãos a práticas demoníacas”³. Ele narra que, em 1780, o Conde de Pavolide, na informação a Marinho de Mello e Castro, condenava a reunião religiosa de negros:

Que os pretos da Costa da Mina fazem às escondidas ou em casas de roças com uma preta mestre, com um altar de ídolo, adorando bodes vivos e outros feitos de barro, untando seus corpos com diversos óleos, sangue de galo, dando a comer bolos de milho depois de diversas bênçãos supersticiosas, fazendo querer mulheres a homens e homens a mulheres (ib.).

Sob a Constituição do Império, a força da religião católica foi reafirmada como “religião do Estado”: “art. 5º A religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo”.

Sob sua égide, adveio o Código Criminal do Império, primeiro Código Penal brasileiro, sancionado poucos meses antes da abdicação de D. Pedro I, em 16 de dezembro de 1830. Avançou na proteção contra castigos corporais, mas previa como crime, no art. 276, “celebrar em casa, ou edifício, que tenha alguma forma exterior de Templo, ou publicamente em qualquer lugar, o culto de outra Religião, que não seja a do Estado”. Logo em seguida, entretanto, previa pena de prisão e multa em caso de qualquer atividade atentatória dos “bons costumes”: “Art. 280. Praticar qualquer ação, que na opinião pública seja considerada como evidentemente ofensiva da moral, e bons costumes, sendo em lugar público”.

A chave da compreensão das ações repressivas estava na interpretação que as autoridades policiais davam a essa expressão, como observou Roger Bastide, sendo por intermédio dela que “se deixava a definição de ‘moral pública’ ao critério subjetivo dos

³ A respeito da pesquisa de Clóvis Moura, sugerimos a leitura da seção: Cultos Africanos, Proibição dos. MOURA, Clóvis. **Dicionário da Escravidão Negra no Brasil**. Assessoria de pesquisa Soraya Silva Moura. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004. p. 122.

administradores ou de simples policiais, que a luta contra os calundus e os candomblés vai continuar no Império, não obstante o belo ornato da Constituição sobre a tolerância religiosa⁴.

Os registros históricos, embora não sejam muitos, dão conta do prestígio oculto que sacerdotes de cultos africanos gozavam, a ponto de serem consultados às escondidas⁵, como no caso de Anna Maria, mãe de santo em um terreiro angola, “denunciada por O Alabama em 1864, constava uma parda que queria curar o filho de feitiço, um português e uma crioula que procuravam tirar o diabo dos corpos dos respectivos amásios” escreveu o prestigiado historiador João José Reis⁶.

O advento da República e abolição da escravatura fariam supor uma tolerância em relação à diversidade de práticas e cultos no mapa africano das religiões no Brasil entre nagôs (africanos iorubas, originários de regiões da Nigéria, Benin e Togo) e bantos, mas a influência do positivismo iluminista por aqui endureceu as regras contra essas religiões. O Código Penal de 1890 é um testemunho eloquente dessa nova mentalidade ainda mais intolerante ao qualificar como crime “praticar o espiritismo, a magia e seus sortilégios, usar de talismãs e cartomancias, para despertar sentimentos de ódio ou amor, inculcar cura de moléstias curáveis ou incuráveis, enfim, para fascinar e subjugar a credulidade pública”.

Mas sob a égide dessa proibição, a relação permanecia de grande vitalidade. O negro Assumano Henrique Mina do Brasil, conhecido líder religioso da região da Praça Onze, na cidade do Rio de Janeiro, então capital, gabava-se de que muitos de seus consulentes eram da sociedade carioca, como Medeiros e Albuquerque (1867-1934), jornalista, político, poeta, escritor e teatrólogo brasileiro, como aponta Brasil Gerson⁷, além do influente jornalista José do Patrocínio Filho, do Correio da Manhã, e do senador Irineu Machado, seu compadre, relata Francisco Guimarães⁸.

À sombra de temores e rejeição, frutificou a mundividência cristã no Brasil acerca das religiões e práticas rituais de matriz africana. A princípio, era a Igreja Católica. Depois vieram os Protestantes, sobretudo a partir de metodistas e batistas dos “colégios americanos”, que se estabeleceram no Brasil nos primeiros anos da República no Brasil, como acentua João Camilo de Oliveira Torres⁹, conseguindo aos poucos tensionar a unilateralidade religiosa no Brasil.

As críticas a essa filiação estatal a uma orientação religiosa terminaram por culminar

4 BASTIDE, Roger. **As religiões africanas no Brasil**. São Paulo: Pioneira, 1971, p. 195.

5 “Entre os clientes ocasionais e visitantes, encontra-se nos documentos todo e qualquer grupo, fosse de cunho racial, étnico, social ou ocupacional. Havia negros, brancos e mulatos, escravos e senhores, homens de negócio e vendedores de rua, professores e estudantes, prostitutas e madames, policiais e criminosos, artesãos, empregados públicos, padres católicos, políticos. Pessoas de todos os estratos sociais consultavam adivinhos e curandeiros e compareciam a funerais, ritos de iniciação e festas que celebravam divindades específicas ao longo do ano”.

6 REIS, João José. **Bahia de todas as Áfricas**. História do Brasil por quem mais entende do assunto. São Paulo, set., 2007. Disponível em: <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/capa/bahia-de-todas-as-africas>>. Acesso em: 07 de fev. de 2016.

7 GERSON, Brasil. **História das ruas do Rio de Janeiro**. 5. ed. RJ: Lacerda Ed., 2000, p.174.

8 GUIMARÃES, Francisco. **Na roda de samba**. 2. ed. Rio de Janeiro: Funarte, 1983.

9 OLIVEIRA, João Camilo de. **História das ideias religiosas no Brasil**. São Paulo: Grijalbo 1968, p. 279.

no Decreto 119-A de 7 de janeiro de 1890, que estabeleceu a separação entre Estado e Igreja:

O Marechal Manoel Deodoro da Fonseca decreta: “Art. 1º E’ proibido á autoridade federal, assim como á dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear diferenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas”¹⁰.

Na esteira dessa liberdade religiosa em favor dos Protestantes, veio aos poucos, não sem esforço, a maior tolerância para com o Espiritismo de matriz europeia, que teve grande acomodação no Brasil, encontrando-se entre seus membros figuras como o médico e político Bezerra de Menezes.

Mas as religiões de matriz africana continuaram a sofrer com essa marca um tanto preconceituosa do comportamento social dominante: ostensivamente, a associação pejorativa com baixo esclarecimento e falta de letramento. Na contingência dos problemas de difícil equação (amorosos, financeiros, de saúde, políticos etc), buscavam-se os sacerdotes de cultos africanos, cujas práticas, no discurso legal, contrastavam com os “bons costumes”. Isto significa que, ostensivamente, o discurso era de rejeição e completo descaso com a cultura africana, quiçá aceita como religião àquela época, em contrapartida, todas as questões subjetivas, de ordem emocional ou amorosa, além da financeira, eram tratadas ocultamente por esses “adivinhos”, que misticamente, revelavam segredos e trabalhavam com o mundo “espiritual”, para que ajudasse na resolução dos conflitos materiais.

As seqüências constitucionais pareceram na prática a assegurar a liberdade religiosa incondicional, mas sempre com a preocupação, na ressalva textual, de se preservar esses “bons costumes”. Essa ressalva tinha um destinatário certo: os cultos africanos. A hermenêutica acerca da expressão “bons costumes” era realizada por conveniência e oportunidade de cada época. Há um tempo pretérito para manter os costumes católicos europeus, vedando quaisquer tipos de religião; por outro, a história social vai revelando um enfrentamento de luta desses praticantes até culminar num processo de abertura democrática, a fim de se consolidar a efetiva liberdade de culto e religião, depois de uma longa história em defesa dos Direitos Humanos.

O art. 72º, § 3º a 7º, da Constituição de 1891, assim dispunha: “§ 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum”. Mais adiante, no § 5º, ressalva: “(...) ficando livre a todos os cultos religiosos a

10 BRASIL. Decreto-Lei nº. 119-A, de 7 de janeiro de 1890. Prohibe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em materia religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providencias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>. Acesso em: 07 de fev. de 2016.

prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis”.

A “ofensa à moral pública” era a chave para entendimento do mecanismo repressivo. Era a fachada discursiva fundada em teorias científicas da época, que não tolerava o núcleo das seitas religiosas fundadas no transe mediúnico, “tratado pelas teorias psiquiátricas e psicológicas como fenômeno patológico ou hipnótico, de modo que fenômenos espíritas como a psicografia e a mediunidade eram explicados pela doutrina da alteração da consciência”, lembra Paula Montero, citando Giumbelli¹¹.

A dicotomia entre ciência e religião era latente e evidente, e o direito se encarregou de definir religião e seita, e a proteger o quê seria religião e a combater o quê seria seita, “a constitucionalidade jurídica da República se viu às voltas com o problema de separar, no confuso quadro das práticas da população, o que era ‘religião’, portanto com direito a proteção legal, daquilo que era ‘magia’, prática anti-social e anômica a ser então combatida”¹².

Toda seita era vista e percebida como uma desordem pública, por isso uma questão de violência a ser combatida pelo sistema repressor do Estado, mais ainda, entendida como uma patologia que precisava ser tratada como uma doença, caso de saúde pública. Debruçando-se sobre os textos jornalísticos da época, Priscila Nucci relata que “violência e desordem, miséria humana e loucura foram os temas que circundaram as descrições acerca dos candomblés e de seus rituais. Outro traço comum foi à referência à cor negra dominante dos adeptos”¹³. A pesquisadora cita a reportagem do jornal baiano A Tarde, de 20.08.1928, que narra uma invasão policial a um terreiro. Segundo a autora, “essa invasão, além de evidenciar alguns preconceitos, e a quebra de uma série de interditos rituais pelos invasores, mostra o estranhamento e a aversão que os cultos de origem africana criavam em certos meios” (ib.).

Trecho da reportagem por ela transcrito confirma sua impressão:

Lá estava, repimpado, ridículo o santo Omolu, deus da bexiga, e outros respeitáveis, tais como S. João, S. Jorge, etc. Oxalá também se encontrava naquele antro de perversão e ignomínia, em que se respirava uma atmosfera de nojo e asco, de repugnância e mal estar. Cabaças, cuias, velas acesas, todos os apetrechos ignóbeis da seita bárbara enchiam o quarto e lhe emprestavam um aspecto infernal. Nas salas estendiam-se camas e cadeiras, esteiras, mesas com comidas, etc. O pai do terreiro é o velho Samuel, de cerca de 60 anos de idade, a quem os presentes tratam com respeito verdadeiramente irritante. E tudo isso em plena capital às barbas da polícia!

11 MONTERO, Paula. **Religião, pluralismo e esfera pública no Brasil**. Novos estud. CEBRAP, São Paulo, Mar. 2006, p. 47-65.

12 Idem, p. 51.

13 NUCCI, Priscila. **Odisseu e o abismo**: Roger Bastide, as religiões de origem africana e as relações raciais no Brasil. Tese de Doutorado, Campinas, São Paulo, 2006, p. 188.

A Constituição de 1934, de vida curta, apesar de garantir, no art. 113, I, que “não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas”, logo em seguida, no art. 146, opõe o mesmo travo amargo dos bons costumes quanto ao casamento: “o casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil”.

A Constituição de 1937, no § 4º, do artigo 122, estabeleceu que “todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes”.

Estava-se sob Getúlio e não se esperava que ele tensionasse ainda mais a relações com a Igreja Católica, como foi obrigado a fazer pressionado pela chantagem de Assis Chateaubriand, o poderoso dono dos Diários Associados, que conseguiu mudar a legislação para que pudesse reconhecer sua filha, Teresa, havida da relação com Cora Acuña, resultando daí a edição do Decreto-Lei 4.737, de 24 de setembro de 1942, chamada Lei Teresoca¹⁴, como narra detalhadamente Fernando Morais¹⁵.

Esforço ganglionar notava-se em pouquíssimos intelectuais, como Édison Carneiro, que não era apenas um pesquisador e teórico, mas ativista na defesa dos cultos afro-brasileiros, tendo inclusive organizado o II Congresso Afrobrasileiro, em Salvador, e fundado a União das Seitas Afro-Brasileiras em 1937, com que procurava “respaldo político e a defesa contra as incursões policiais nos terreiros”, escreve Priscila Nucci¹⁶. Desta forma, pode-se constatar a distância entre a legislação e o fato social. Aquela não acompanha na mesma velocidade a mudança deste.

Mas nem sua presença nem a da imponente formação intelectual do sociólogo francês Roger Bastide parecia emolir as durezas. No seu *Images du Nordeste mystique en noir et blanc* (1945), Bastide tentava alertar para o eixo das análises: “É preciso julgar esse culto não através dos nossos conceitos de brancos, mas tentando penetrar na alma dos fiéis e pensar como eles próprios pensam”¹⁷.

A Constituição de 1946, nascida numa atmosfera de aparente recuperação democrática, também agiu no mesmo sentido normativo: “art. 141, § 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes”. Estava-se, portanto, em plena Segunda Guerra Mundial, e a reprodução do Texto Constitucional era a mesma teia

14 Art. 1º “O filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio pode, depois do desquite, ser reconhecido ou demandar que se declare sua filiação”. (BRASIL. **Decreto-Lei 4.737, de 24 de setembro de 1942**. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos naturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4737.htm>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2016).

15 MORAIS, Fernando. **Chatô: o rei do Brasil**. São Paulo Companhia das Letras, 1994, p. 407-409.

16 NUCCI, op. cit., p. 173.

17 BASTIDE, Roger. **Imagens do Nordeste místico em branco e preto**. Rio de Janeiro: “Seção de Livros” de Empresa Gráfica “O Cruzeiro” S.A., 1945, p. 97.

conservadora e discriminatória de antes.

A presença de um Gilberto Freyre como deputado à Constituinte de 1946, já célebre com seu clássico “Casa Grande & Senzala”, não foi suficiente para uma visão mais arejada quanto ao trato repressivo dos cultos africanos. Freyre descortinara ao mundo o universo da religiosidade africana a serviço dos senhores: “foi à perícia no preparo de feitiços sexuais e afrodisíacos que deu tanto prestígio a escravos macumbeiros junto a senhores brancos já velhos e gastos”¹⁸. O sociólogo pernambucano sabia também que “importaram-se para o Brasil, da área mais penetrada pelo Islamismo, negros maometanos de cultura superior não só à dos indígenas como à da grande maioria dos colonos brancos”¹⁹. Certamente de grande contribuição antropológica, com recorte cultural, no discurso pela inserção e preservação das religiões de origem africana, para atingir e proteger os seus adeptos, garantindo e imprimindo efetividade ao movimento internacional do neoconstitucionalismo, da liberdade clássica, em seu mais puro e lapidar sentido.

Fornido de tantas informações antropológicas, a ele se deve, como deputado constituinte, a primazia na percepção do que, mais tarde, voltaria ao Brasil com o selo de origem europeia e sob o nome de força normativa da Constituição. Como bem destacou Castro Jr, na sessão de 17 de junho de 1946, Freyre discursava afirmando que “essa expressão de poder [a Constituição] é evidente que não deve corresponder, apenas, ao momento em que a Constituição aparece, mas tanto quanto possível, a uma época inteira a iniciar-se com esse aparecimento”²⁰.

Na Paraíba, numa fase política que vai da Era Vargas à Ditadura Militar (1964 – 1985), a Umbanda foi martirizada, sendo seus adeptos presos e torturados por vezes, sem o devido processo legal. Segundo Mãe Rita Preta, em entrevista concedida no dia 10/072000, no Terreiro de Umbanda Caboclo Jose de Andrade, bairro Santa Cruz, Santa Rita, Paraíba, registrou:

Eu lutei muito para fundar a Federação dos Cultos Africanos da Paraíba, junto com mestre Carlos Leal e Ciço Tome. Nós viajamos a Paraíba inteira num carro, visitando terreiro por terreiro. E tudo era muito escondido, alguns nos sítios, ninguém dava informação com medo da policia. Tomei agua ate do chão, das poças. A gente comia o que aparecia e dormia ou no carro ou no chão limpo, para no outro dia continuar sertão a fora [...] Carlos Leal foi preso em Itabaiana (1966) porque ele tava com os papeis da “libertação” (entenda-se liberação) dos cultos de umbanda. Ai o delegado prendeu ele dizendo que ele era mentiroso, porque o doutor Joao Agripino não aceitava essas coisas. A gente era muito perseguido. Quando ligaram para Joao Pessoa, disseram ao delegado que Carlos Leal não estava mentindo, ai ele foi solto. Eu fiquei o dia inteiro fora da delegacia esperando a soltura dele. Ai o delegado me perguntou: “A senhora cultua satanás?”, eu respondi não senhor, eu cultuo, amo os orixás. No dia da “libertação” dos cultos africanos, a gente fez uma

18 FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala**. Rio de Janeiro: Record, 1992[1933], p. 381.

19 Idem, p. 357.

20 CASTRO JR. João Batista de. **Dano moral coletivo e dano sociomoral**: distinção dada pela construtora hermenêutica constitucional. Revista de direito civil contemporâneo. São Paulo: RT, 2015, p. 184-206.

festa em Cruz das Armas, mas na festa soltaram fogos e queimou-se duas casas de palha, mas o doutor Joao Agripino estava lá, e fez depois as casas de tijolo²¹ .

Para ela, essa “libertação” foi conquistada através da Lei nº 3.443 de 06/11/1966 do Estado da Paraíba que subordinava os cultos de matriz africana à autorização outorgada pela Secretaria de Segurança Pública, bem como o atestado de sanidade mental do responsável pelo culto. Uma verdadeira permissão do poder público, que reafirmava o seu poder e supremacia em relação ao praticante de uma fé. Permanecendo discriminatória essa atitude, inclusive relacionando-a a uma patologia mental, como a esquizofrenia, uma explicação material para um fenômeno espiritual.

No entanto, na medida em que alguns adeptos a essa e outras religiões africanas celebraram a supracitada lei como uma conquista e avanço institucional da veneração, outros adeptos a considerou um empecilho para liberdade de crença e prática livre dos seus cultos religiosos. De fato, a lei nº 3.443/66 representou um grande retrocesso rumo à liberdade religiosa no estado, pois além de não coibir a violência policial e práticas intolerantes, ainda atrelava à anuência estatal uma determinada fé religiosa. Um exemplo é o Terreiro de Umbanda Ogum Beira-Mar, de Mãe Marinalva, frequente vítima de perseguição policial mesmo após a consolidação da lei.

A Constituição de 1967, promulgada numa fase de intensa repressão à efervescência política, em que os militares idealizavam um verniz legalista para a regência de exceção encetada três anos atrás, seguiu os mesmos parâmetros da Constituição anterior: “art. 150, § 5º - É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes”.

Desde a publicação de 1934 - Ditadura Vargas - a Igreja Católica estabeleceu o princípio da “colaboração recíproca” no convívio com o Estado, tornando, com efeito, outras religiões incapazes de conquistar suas liberdades institucionais. Mas, o supracitado princípio teve sua decadência após a Constituição de 1967, quando foi extinto. Diante disso, a Nação Brasileira obteve o status de país laico sob a perspectiva jurídico-constitucional, não autorizando a intervenção religiosa no âmbito público.

Alguns adeptos das religiões de matriz africana consideraram um marco histórico significativo à afirmação constitucional do Estado Laico, no entanto, para essas religiões ainda restava o controle dos “bons costumes”. Em contrapartida, foram conquistando mais espaço na sociedade, muito embora esse espaço fosse sub-reptício. O que se explica mudança institucional do lugar da Igreja Católica, em que o discurso e rituais dessa religião tida como oficial, além disso, detentora de poder no espaço social e político, como acentua Esquivel *“La yuxtaposición de funciones, la mutua legitimidad entre lo estatal y lo religioso – entendiendo como religioso exclusivamente lo católico – singularizaban los tiempos de la*

21 Entrevista simplificada pelo historiador Valdir Lima oriunda da pesquisa **Cultos afro-brasileiros na Paraíba**: memória em construção (1940-2010). João Pessoa, v. 10, n. 2, 2015, p. 56-63.

*época*²²”, para, enfim, introdução de um Estado Democrático de Direito e regido pelo direito racionalmente legislado.

No âmbito de estado-membro, mister se faz salientar a importância da revogação da Lei do Estado da Bahia, n. 3.097, de 29 de dezembro de 1972, na qual obrigou até 1976, as sociedades de culto afro brasileiro a se registrarem na Delegacia de Polícia da circunscrição. Um novo marco regulatório liberou os terreiros de pedir a licença policial para praticarem suas liturgias, através da lei n. 25.095, de 25 de janeiro de 1976:

Art. 1º Não se incluem na previsão do item 27 da tabela n. I, anexa à Lei 3.097, de 29 de dezembro de 1972, as sociedades que pratiquem o culto Afro-Brasileiro, como forma exterior da religião que professam que assim podem exercer o seu culto, independentemente de registro, pagamento de taxa ou obtenção de licença junto a autoridades policiais.

Desse modo, deve-se constatar, ainda que morosa, uma progressão no sentido da liberdade institucional no que tange as religiões de matriz africana. Mais que uma luta, contra as restrições da sociedade e instituições político/sociais, manifestada pela intolerância, a luta por reconhecimento legal e social seria um fruto da redescoberta do espaço público.

3 | INSTITUCIONALIZAÇÃO TARDIA, NO ÂMBITO LEGAL, DA LIBERDADE RELIGIOSA

Na transição entre ditadura e democracia, “sob a proteção de Deus”, promulga-se a Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, vigente até os dias atuais. No artigo 5º, inciso VI, estabelece ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”.

Através desse texto constitucional, no qual a expressão “bons costumes” foi erradicada, as religiões de matriz africana e diversas outras se viram toleradas pela Lei Maior e amparadas legalmente.

É entendido que o dispositivo supracitado trouxe reconhecimento normativo e constitucional da liberdade religiosa e representa um grande avanço que consolida direitos fundamentais. A força normativa da Constituição impôs respeito e transparência aos seus cultos nos diversos segmentos da sociedade.

Pode-se consolidar que, em face da nossa Constituição, é pertinente o ensinamento de Soriano²³ de que o Estado tem o dever de proteger o pluralismo religioso dentro de seu território, criar as condições materiais para um bom exercício sem problemas dos atos religiosos das distintas religiões, velar pela pureza do princípio de igualdade religiosa, mas deve mante-se à margem do fato religioso, sem incorporá-lo em sua ideologia.

A relação das religiões de matriz africana com a sociedade brasileira é ambivalente.

22 ESQUIVEL, Juan Cruz. Laicidades relativas: avatares de la relación Estado-iglesia en Brasil, México, 2008, p. 164-165.

23 SORIANO, Ramón. *Las libertades públicas*, Madri: Tecnos, 1990, p. 64.

Há um comportamento de ódio, às vezes, no qual isso é trazido em textos legais e prática policial, e, ao mesmo tempo, de amor ou pelo menos aceitação na hora da necessidade, como se referiu, na primeira seção, à Rosane Collor.

No atual cenário, não se sabe o número exato de fiéis às religiões de matriz africana. Os dados estão em constante mutação. Conforme o Suplemento sobre Participação Político-Social da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 1988, 0,6% dos chefes de família seguiam cultos afro-brasileiros. No mesmo ano, um levantamento do Instituto Gallup de Opinião Pública indicou que candomblé ou umbanda era a religião de 1,5% da população²⁴.

Como bem acentua Sílvia Campolim: São índices ridículos se comparados à multidão que lota as praias na passagem de ano, para homenagear lemanjá, a orixá (deusa) dos mares e oceanos, atrelando essa homenagem, através do “banho de pipoca” e as sete ondas, a uma finalidade de necessidade: forma de pedir sorte a orixá (*ib.*).

Pesquisas mais atuais do Censo Demográfico de 2010 do IBGE, mostram que o Candomblé e a Umbanda reúnem 574,694 adeptos. Entretanto, a Federação Nacional de Tradição e Cultura Afro-Brasileira (FENATRAB) garante haver 70 milhões de brasileiros, de forma direta ou indireta, unidos aos terreiros, quer seja como praticantes constantes, ou como clientes, que eventualmente procuram um “trabalho” ao mundo “sobrenatural”. Não se sabe a forma dessa coleta de dados para se creditar confiabilidade dos dados divulgados, porque não houve a divulgação do método para se chegar a esse resultado. O que leva a pensar que, tanto pode ser mais ou menos o real número de adeptos. E esses adeptos não se sabem classificar como permanentes ou temporários (simpatizantes, mas não professantes).

As religiões de matriz africana foram as que sofreram uma carga máxima de preconceito que perdura até os dias de hoje. Percebe-se, nas entrelinhas, uma crítica em que o espiritismo passou sendo socialmente absolvido, pois a matriz dele é europeia, ao contrário das religiões de Umbanda e Candomblé, cuja matriz é africana. Índios e Negros ainda sofrem discriminação da sociedade brasileira por lutar pela conservação dos seus costumes. Mesmo com uma progressão legislativa no sentido de proteger o direito à liberdade religiosa, por outro lado, e, por sua vez, uma parte significativa da sociedade brasileira não crê no invisível nem no metafísico e, tudo que for surreal e transcendental não se comprova, logo não exige aceitação. Há questões sobrepostas à religião, como a variável etnia que, atrelada à religião, sofre preconceito e desconfiança da população brasileira.

Entretanto, através dos ideais da Comissão Affonso Arinos, de 1988, os estatutos repressores foram erradicados do texto constitucional, assegurando, assim, o pluralismo religioso no País. Não obstante, o problema revelou-se transferido de uma orbita
24 CAMPOLIM, Sílvia. Candomblé no Brasil: orixás, tradições, festas e costumes. **Super Interessante**, São Paulo, ed. 88, jan., 1995. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/historia/candomble-no-brasil-orixas-tradicoes-festas-e-costumes>>. Acesso em: 20 de março de 2016.

teoricamente resolvido, para outra factualmente dificultosa: **a consciência individual.**

Atinge também a consciência coletiva do povo brasileiro que discrimina tudo que não é comum, quer por ignorância do caráter científico que as religiões de matriz africana desenvolveram no tempo e no espaço.

4 | O PROBLEMA DA NÃO ACEITAÇÃO SOCIAL

Fato social é toda maneira de fazer, pensar ou sentir, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior: ou então, que é geral no âmbito de uma dada sociedade tendo, ao mesmo tempo, uma existência própria, independente de suas manifestações individuais²⁵.

Antes do coletivo é o individual – ou particular –, desalinho confuso de relações desarticulado, cujo ponto de equilíbrio é quase utopia. Apesar de ter havido um efetivo progresso na legislação brasileira, no que tange a liberdade das religiões de matriz africana, passando da fase de inteira repressão para à total liberdade institucional, a força normativa da constituição não é detentora do poder de controlar a consciência individual que, por vez, esta influencia o pensamento coletivo, ocasionando, com efeito, uma dicotomia no entendimento das práticas litúrgicas dessas religiões.

Muito embora tenha havido uma liberação constitucional da diversidade religiosa no Brasil, foi certificado um aumento proporcional da discriminação religiosa. Segundo o relatório do Centro de Promoção da Liberdade Religiosa e Direitos Humanos (CEPLIR) foram registrados, no estado do Rio de Janeiro, quase mil casos de intolerância religiosa, em dois anos e meio. Entre julho de 2012 e dezembro de 2014, ocorreram 948 queixas totalizando, com precisão, 71% dos casos de intolerância envolvendo as religiões de matriz africana²⁶.

Os adeptos às religiões de matriz africana são discriminados perante pessoas, lugares ou tradições, consistindo no juízo preconcebido manifestado geralmente na forma de atitudes discriminatórias por intermédio de outras religiões e alicerçado em compreensões grupais negativas contra a Umbanda e o Candomblé.

Em abril de 2010, o Superior Tribunal Militar (STM) julgou o primeiro caso de intolerância religiosa dentro de um quartel do Exército, no Rio de Janeiro. O Sargento José Ricardo Mitidieri, que é também pastor protestante da Comunidade Cristã do Ministério da Salvação, apontou uma arma de fogo, pistola 9mm, na cabeça de um do seus soldados, Dhiego Cardoso Fernandes, praticante do candomblé, a fim de “testar” a fé do subordinado que dizia ter o “corpo fechado”²⁷.

25 DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa** (O sistema totêmico na Austrália). São Paulo: Abril Cultural, Coleção “Os Pensadores”, 1973.

26 AGÊNCIA BRASIL. Quase mil casos de intolerância religiosa foram registrados no Rio em dois anos. **Empresa Brasil de Comunicação S/A**, Brasília, 18 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/08/quase-mil-casos-de-intolerancia-religiosa-foram-registrados-no-rio-em-dois-anos>>. Acesso em: 30 de março de 2016.

27 GOMES, Marcelo. Sargento, que é pastor evangélico, aponta arma para cabeça de soldado praticante do candomblé dentro de quartel do Exército no Rio. **Extra**, São Paulo, 17 dez. 2011. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos->

O conflito por mais espaço público e usufruto do prestígio social fazem com que as diversas outras religiões de cunho tradicional estigmatizem os umbandistas e candomblecistas de praticantes miseráveis e sem moral. Um caso análogo, a exemplo desse posicionamento, está na entrevista dada em 1957 pelo arcebispo de Porto Alegre, Dom Vicente Scherer, à Rádio Gaúcha sobre as atividades da Umbanda no Rio Grande do Sul e transcrita na revista da arquidiocese de Porto Alegre:

A Umbanda é a revivescência das crendices absurdas que os infelizes escravos trouxeram das selvas de sua martirizada pátria africana. Favorecer a Umbanda é involuir, é aumentar a ignorância, é agravar doenças²⁸.

Como visto a Igreja Católica, detentora de opiniões em espaços laicais dos meios de comunicação, e devido ao surgimento e proliferação da Umbanda, ostentou sua posição privilegiada para tornar público seus conceitos discriminatórios contra as religiões de matriz africana, martirizando seus adeptos e plantando no largo espectro da sociedade uma representação, principalmente da Umbanda, como a negação pura e simples da verdade aceita socialmente. Na exposição de Boaventura Kloppenburg, conceituado católico e disseminador do ódio aos adeptos às religiões afro-brasileiras fica registrado:

Perguntamos, anos atrás, a um grupo de médicos psiquiatras e especialistas em doenças nervosas se é aconselhável, sob o ponto de vista psíquico e médico, 'desenvolver a mediunidade' ou 'provocar fenômenos espíritas'. E todos, com absoluta unanimidade, responderam negativamente, declarando que semelhantes práticas são 'nocivas', 'prejudiciais', 'perigosíssimas', etc. (...) São clamores das autoridades competentes a gritar que as práticas espíritas e umbandistas contrariam a ordem pública, e que, por isso, são contra a Constituição que veda expressamente o exercício da "religião" que "contraria a ordem pública"²⁹.

Recentemente, outro caso de intolerância religiosa foi registrado na Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH). Mas agora com uma criança. O acontecimento se passou em Vila da Pena, bairro da Zona Norte do Rio de Janeiro. Uma criança de 11 anos, com vestes branca e acompanhada da avó, voltava para casa quando uma pedra vinda do outro lado da rua atingiu a cabeça da jovem. O motivo da pedrada: a menina é do candomblé³⁰.

Dessa forma, mesmo havendo uma real conquista da liberdade religiosa, sob o prisma institucional, os adeptos às religiões de matriz africana continuam a sofrer os rigores da intolerância religiosa, agora sob a perspectiva da não aceitação social. Elisa Callaux, gerente de pesquisa do IBGE, explica que "Os próprios fiéis evitam assumir, por medo do

-de-policia/sargento-que-pastor-evangelico-aponta-arma-para-cabeça-de-soldado-praticante-do-candomble-dentro-de-quartel-do-exercito-no-rio-3467791.html>. Acesso em: 03 de abril de 2016.

28 SCHERER, Dom Vicente. **Hospital de Umbanda**. Unitas. Porto Alegre, 1957, p.193.

29 KLOPPENBURG, Boaventura. **Umbanda no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1961, p. 195-7.

30 OLIVEIRA, Felipe De. Após sair de culto de candomblé, menina de 11 anos leva pedrada no Rio. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/06/1642819-apos-sair-de-culto-de-candomble-menina-de-11-anos-leva-pedrada-no-rio.shtml>>. Acesso em: 06 de abril de 2016.

preconceito”. A mais célebre mãe de santo do Brasil, Menininha do Gantois, falecida em 1986, declarou certa vez a um pesquisador do IBGE que era católica apostólica romana. Isto significa que precisamos de uma educação religiosa tendo como eixo transversal o respeito à diversidade religiosa na matriz curricular de educação formal desde o seu primórdio, porque então as crianças vão educar os pais e, futuramente, serão adultos conscientes e respeitadores dos direitos dos seus pares.

5 | CONCLUSÃO

A proposta do presente trabalho não é, e nem poderia ser, apresentar conclusões que levem a um possível resultado de fracasso a respeito da institucionalização da liberdade religiosa no âmbito legal. Pelo contrário, o estudado processo foi de grande valia para depreender que, mesmo tardiamente, a tolerância religiosa veio e passou a compor um dos princípios basilares do Estado Constitucional de Direito, para com as religiões de matriz africana. Mas essa tolerância ainda não alcançou a consciência individual.

Ademais, o que se pretendeu nesse estudo foi realizar uma análise acerca da liberdade religiosa no Estado Contemporâneo, atrelada ao problema da não aceitação social dos cultos afro-brasileiros.

Desse modo, o Texto Constitucional de 1988 trouxe consigo a verdadeira introdução da liberdade religiosa no Estado, em virtude da extinção da expressão “bons costumes”. Esforço ganglionar se fez a partir disso para conseguir mudar a consciência individual da sociedade, mas a força normativa da Constituição não detém o poder de regular a consciência.

É de grande valia salientar que, mesmo antes da ampla liberdade religiosa, no âmbito legal, no Brasil, já existiam duas faces da intolerância religiosa. Uma prevalecia sob o prisma da Constituição Federal, no uso do termo “bons costumes” e, simultaneamente, sob a ótica do senso comum enraizado na sociedade. Ou seja, ainda que os adeptos não fosse mais vítima da perseguição policial e pelas autoridades constitucionais, o seriam das ameaças a partir do século XX com ataques sistemáticos movidos por igrejas ditas tradicionais e, para, além disso, por pessoas cuja consciência individual prevalece à intolerância.

Além do mais, a intolerância religiosa esteve disseminada em todos os segmentos da sociedade. É notório que as religiões de matriz africana sofreram uma repressão policial, alicerçada pela força normativa da constituição, e paralelo a isso, assim as sofreram nas mãos dos chefes de religiões protestantes, quando estes incitavam o ódio e tornava público o senso comum de preconceito.

Mas é importante salientar que, não somente os ditos chefes protestantes foram e, de certo modo, são intolerantes com as religiões africanas. Surpreendentemente, os integrantes das forças de Estado também compartilham com a mesma atitude.

O grande desafio é a mudança da mentalidade, na perspectiva de respeito à dimensão existencial do outro. **Mais do que leis, precisamos mudar consciências.**

E essa mudança tem raiz na educação informal transmitida pela família, pela religião, pela comunidade, pela sociedade e outros núcleos institucionais, bem como na educação formal, nas escolas e universidades. A proposta de conscientização perpassa por um estudo no sentido de viabilizar a implantação de uma disciplina “educação religiosa” que contemple ensinamentos de diversas religiões, perpassa pela proteção legislativa, mas, acima de tudo discutir sobre a necessidade do respeito ao outro, às suas escolhas.

Ademais, ficou consolidada uma mudança na legislação, mas sobretudo da necessidade de se modificar tanto a consciência individual quanto coletiva no sentido de respeitar a escolha religiosa do outro.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Quase mil casos de intolerância religiosa foram registrados no Rio em dois anos. **Empresa Brasil de Comunicação S/A**, Brasília, 18 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.etc.com.br/cidadania/2015/08/quase-mil-casos-de-intolerancia-religiosa-foram-registrados-no-rio-em-dois-anos>>. Acesso em: 30 de março de 2016.

BASTIDE, Roger. **As religiões africanas no Brasil**. São Paulo: Pioneira, 1971.

_____. **Imagens do Nordeste místico em branco e preto**. Rio de Janeiro: “Seção de Livros” de Empresa Gráfica “O Cruzeiro” S.A., 1945.

BRASIL. **Decreto-Lei 4.737, de 24 de setembro de 1942**. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos naturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De14737.htm>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2016.

_____. **Decreto-Lei nº. 119-A, de 7 de janeiro de 1890**. Prohibe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>. Acesso em: 07 de fev. de 2016.

_____. Organização das Nações Unidas no Brasil. **Especial: A intolerância contra as religiões de matrizes africanas no Brasil**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/a-intolerancia-contra-as-religoes-de-matrizes-africanas2/>>. Acesso em: 03 de abril de 2016.

CAMPOLIM, Sílvia. Candomblé no Brasil: orixás, tradições, festas e costumes. **Super Interessante**, São Paulo, ed. 88, jan., 1995. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/historia/candomble-no-brasilorixas-tradicoes-festas-e-costumes>>. Acesso em: 01 de abril de 2016.

CASTRO JR. João Batista de. **Dano moral coletivo e dano sociomoral**: distinção dada pela construtura hermenêutica constitucional. Revista de direito civil contemporâneo. São Paulo: RT, 2015.

DURKHEIM, Émile. **As formas elementares da vida religiosa** (O sistema totêmico na Austrália). São Paulo: Abril Cultural, Coleção “Os Pensadores”, 1973.

- ESQUIVEL, Juan Cruz. **Laicidades relativas**: avatares de la relación Estado-iglesia en Brasil, México, 2008.
- FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala**. Rio de Janeiro: Record, 1992[1933]).
- GERSON, Brasil. **História das ruas do Rio de Janeiro**. 5. ed. RJ: Lacerda Ed., 2000.
- GOMES, Marcelo. Sargento, que é pastor evangélico, aponta arma para cabeça de soldado praticante do candomblé dentro de quartel do Exército no Rio. **Extra**, São Paulo, 17 dez. 2011. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/sargento-que-pastor-evangelico-aponta-armapara-cabeca-de-soldado-praticante-do-candomble-dentro-de-quartel-do-exercito-no-rio3467791.html>>. Acesso em: 03 de abril de 2016.
- GUIMARÃES, Francisco. **Na roda de samba**. 2. ed. Rio de Janeiro: Funarte, 1983.
- KLOPPENBURG, Boaventura. **Umbanda no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1961.
- LIMA, Valdir. **Cultos afro-brasileiros na Paraíba**: memória em construção (1940-2010). João Pessoa, v. 10, n. 2, 2015.
- MONTERO, Paula. **Religião, pluralismo e esfera pública no Brasil**. Novos estud. CEBRAP, São Paulo, Mar. 2006.
- MORAIS, Fernando. **Chatô: o rei do Brasil**. São Paulo Companhia das Letras, 1994, p. 407-409.
- MOURA, Clóvis. **Dicionário da Escravidão Negra no Brasil**. Assessoria de pesquisa Soraya Silva Moura. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.
- NUCCI, Priscila. **Odisseu e o abismo**: Roger Bastide, as religiões de origem africana e as relações raciais no Brasil. Tese de Doutorado, Campinas, São Paulo, 2006.
- OLIVEIRA, Felipe De. Após sair de culto de candomblé, menina de 11 anos leva pedrada no Rio. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/06/1642819-apos-sair-de-culto-de-candomble-meninade-11-anos-leva-pedrada-no-rio.shtml>>. Acesso em: 06 de abril de 2016.
- OLIVEIRA, João Camilo de. **História das ideias religiosas no Brasil**. São Paulo: Grijalbo 1968.
- REIS, João José. **Bahia de todas as Áfricas**. História do Brasil por quem mais entende do assunto. São Paulo, set., 2007. Disponível em: <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/capa/bahia-detodas-as-africanas>>. Acesso em: 07 de fev. de 2016.
- SCHERER, Dom Vicente. **Hospital de Umbanda**. Unitas. Porto Alegre, 1957.
- SORIANO, Ramón. **Las libertades públicas**, Madri: Tecnos, 1990.

CAPÍTULO 6

COTAS PARA TRAVESTIS E TRANSEXUAIS EM CONCURSOS PÚBLICOS

Data de aceite: 01/05/2021

Data de submissão: 03/02/2021

Armando Ribeiro Varejão

FAESA Centro Universitário

Vitória – Espírito Santo

<http://lattes.cnpq.br/5587193643114124>

RESUMO: Este trabalho pretende analisar a possibilidade de implementação de cotas, em prol da minoria transgênero - travestis e transexuais -, no âmbito de concursos públicos para provimento em cargos e empregos públicos. Para isso fora utilizado o método dedutivo-dialético, a fim de conceituar termos imprescindíveis para o deslinde da pesquisa, como “identidade de gênero”, “transgênero”, “transexual” e “travesti”. Em seguida, buscou-se dados que demonstram a vulnerabilidade da população transgênero no contexto brasileiro. Posteriormente, de forma a adentrar as noções gerais de Direito Constitucional e Administrativo, conceituou-se princípios basilares da Constituição Federal brasileira, bem como aqueles que regem a Administração Pública que são diretamente afetos ao objetivo da ação afirmativa. Analisou-se precedentes jurisprudenciais que adotaram medidas protecionistas a populações minoritárias no Brasil. Por fim, ponderou-se a sobreposição de princípios constitucionais em detrimento de outros a fim de discutir a constitucionalidade da ação afirmativa proposta.

PALAVRAS - CHAVE: Transgênero; cotas;

concursos públicos; Direito Constitucional.

GENDER IDENTITY QUOTAS FOR TRAVESTITES AND TRANSSEXUALS AT PUBLIC CONTESTS

ABSTRACT: This study intends to analyze the possibility of implementing minimum quotas, in benefit of the transgender minority - transvestites and transsexuals -, for the occupation of public positions and jobs. For this purpose, the deductive-dialectic research method was used in order to conceptualize essential terms such as “gender identity”, “transgender”, “transsexual” and “transvestite”. Data were sought in order to ascertain the vulnerability of the transgender population in the Brazilian context. Subsequently, in order to discuss the general notions of Constitutional and Administrative Brazilian Law, basic principles of the country’s Federal Constitution were conceptualized, as well as those that guide the Public Administration that are directly affected to the goal of affirmative actions. Precedents that adopted protectionist measures in favor of minority populations in Brazil were analyzed. Finally, the overlapping of constitutional principles was weighed in order to discuss the constitutionality of the proposed affirmative action.

KEYWORDS: Transgender; minimum quotas; public contests; constitutional law.

1 | INTRODUÇÃO

A falta de políticas públicas para a população transexual e travesti reflete os dados que põem o Brasil em primeiro lugar mundial

em assassinatos de pessoas transgêneros, segundo levantamento feito entre os anos de 2008 a 2019 (TVT, 2019). A vulnerabilidade deste grupo, em diversos âmbitos sociais, fora recentemente discutida no Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26 e do Mandado de Injunção (MI) n. 4733, que reconheceram atos transfóbicos como racismo. Indaga-se, assim, se cotas para transexuais e travestis para acesso a cargos e empregos públicos são eficazes para a promoção da igualdade e dignidade humana, bem como se tal política afirmativa ofenderia princípios constitucionais contrapostos.

Diante deste cenário sensível, coloca-nos em situação indagante sobre a possibilidade de implementação de ação afirmativa – cotas em concursos públicos, para tal minoria –, eis que a vivência desta deveria ser inclusiva, se considerarmos que a adoção de critério de gênero ou orientação sexual diversa deveria estar protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro que (i) resguarda a igualdade material (art. 5º Constituição Federal/1988) e a dignidade da pessoa, que (ii) estabelece como objetivo da República brasileira uma sociedade livre, justa e solidária e a impossibilidade de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero (art. 3º CF/88) e em que (iii) o Supremo Tribunal Federal, em julgamentos recentes, reconheceu a vulnerabilidade da população transgênero.

2 | METODOLOGIA

O método utilizado foi dedutivo-dialético, contrapondo princípios do ordenamento jurídico brasileiro, a salientar precedentes judiciais que reconheceram a vulnerabilidade da população transgênero, questionando-se a possibilidade de *lege ferenda* que abarque cotas à população travesti e transexual às vagas em concursos públicos.

3 | DESENVOLVIMENTO

De modo a introduzir questões básicas atreladas a identidade de gênero, transgeneridade e travestilidade, serão abordados conceitos básicos atinentes à matéria. A seguir, serão expostos dados referentes a condição social de subsistência da população transgênero no Brasil e sua repercussão em meio mundial, bem como definições e conceitos de princípios basilares da Constituição Federal de 1988, entrelaçando-os com princípios constitucionais administrativos que regem a Administração Pública.

Ademais, analisar-se-á precedentes jurisprudenciais, como a discussão acerca da constitucionalidade da Lei Federal que instituiu cotas para pessoas negras e pardas em concursos públicos de âmbito federal, por meio da Ação Direta de Constitucionalidade nº 41 (ADC 41/DF), além dos avanços afetos à comunidade LGBTQIA+ de cunho protecionista, como o reconhecimento de atos homofóbicos e transfóbicos como racismo, debatido no Mandado de Injunção (MI) nº 4733 e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

(ADO) nº 26.

A entrelaçar todos os dados colhidos na pesquisa, verificar-se-á a existência (ou não) de razoabilidade e proporcionalidade à implementação de ação afirmativa em prol desta minoria, com amparo aos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana, analisando-se a incorrência em lesão aos princípios basilares da administração pública em detrimento daqueles.

3.1 Identidade de Gênero: Travestilidade e Transexualidade

No que tange à identidade de gênero, entende estar ligada à identificação do ser como homem ou mulher, gêneros masculino ou feminino. Diante da autoidentificação, a pessoa passa a portar-se e performar conforme o gênero associado. Nesse sentido, pode-se afirmar que a identidade de gênero é como a pessoa se sente, a qual gênero se designa pertencente (FERRAZ, 2015, p. 271).

Entendendo haver influência sociocultural, o termo “identidade de gênero” conceitua-se como “a identificação interna do indivíduo com os modelos socioculturais de conduta de gênero que lhe são oferecidos pela sociedade, em determinado lugar e numa determinada época” (LANZ, 2014, p. 73).

O termo “transgênero” explicita uma condição sociopolítica de um indivíduo em transgressão ou não-conformidade com o espectro binário de gênero, associa-se, portanto, ao desvio social de gênero. Atualmente, também passou a ser utilizado para classificação de pessoas que não se reconhecem dentro dos padrões binários de masculino e feminino, sendo a sua expressão ou identidade de gênero para além do que dispõem ambas as categorias (LANZ, 2014, p. 70-71).

Em contrapartida, GOMES critica veementemente aqueles que seguem a linha do dimorfismo sexual (masculino e feminino), por entender que o gênero possui caráter performativo, diferentemente do que a ciência afirma como biológico e natural - escondendo o caráter arbitrário de tal imposição. Sustenta a inexistência de sexo psicológico diverso do sexo biológico como meio de conceituação da transexualidade. Prega-se o gênero como performatividade (conjunto de atos, gestos ou estilos que são performados de maneira repetitiva), criando-se a ideia de que é permanente e estável, com o objetivo de mantê-lo como uma estrutura binária, masculino e feminino (GOMES, 2019, 79-91).

Portanto, diante da inexistência de identidade preexistente, não há que se falar em atos distorcidos ou incongruentes à identidade (de gênero) verdadeira, supostamente concebida de forma natural. Assim, descarta-se a dicotomia entre natureza (sexo) e cultura (gênero), interno (sexo) e externo (gênero), o gênero não expressa o que já é impresso no sujeito. A partir da ideia de que corpo e mente são inseparáveis e, portanto, não-hierarquizados, as identidades de gênero estão para além de um sentir psicológico externado pelo corpo, todas – cis, trans, travestis, intersexuais e não-binárias – são atos performativos e, portanto, cópias de um ideal (GOMES, 2019, 91-93).

Para alguns autores, os termos “transgênero” e “transexual” não são correspondentes. O primeiro, vivencia sua identidade performando o gênero de forma comportamental perante a sociedade, enquanto o transexual realiza modificações corporais irreversíveis, por meio de hormonioterapias ou cirurgias, a fim de evidenciar a leitura social a qual se designa (JORGE; TRAVASSOS, 2018, p. 43).

Quanto à “transexualidade” e a “travestilidade”, discute-se, atualmente, a diferenciação em atribuição de estigma. A diferença entre as travestis e transgêneros é evidenciada na origem de atribuição do estigma. As travestis estigmatizadas por serem vistas, moralmente, como pervertidas pela sociedade, enquanto transexuais enquadram-se em caso médico-psiquiátrico. Em decorrência do caráter desviante moral das travestis, estas são postas à deriva da marginalidade. Por outro lado, transexuais postos em construção identitária através de saberes e práticas médicas, incorporam a experiência de gênero medicalizada (CARVALHO, 2018, p. 10-12).

A fim de melhor viabilização à proposta do trabalho em questão e futuras discussões a serem realizadas, adotar-se-á a concepção de que o termo transgênero capitula diversas identidades de gênero transgressoras das normas heteroconformes¹, englobando, portanto, transexuais e travestis.

3.2 A Estigmatização e Vulnerabilidade da População Transgênero no Brasil

Em dossiê fornecido pela ANTRA é demonstrada a confirmação de 175 homicídios contra pessoas transgêneros, sendo todas travestis e mulheres transexuais, apenas no ano de 2020. Analisando a média de homicídios entre os anos de 2008 a 2020 - que corresponde a 122,5 por ano -, o ano de 2020 apresentou aumento de 43,5% em relação à média (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2021, p. 31).

O cenário de violência – que, segundo pesquisa formulada pela ANTRA, a cada 48 (quarenta e oito) horas uma pessoa trans² é assassinada no Brasil (REVISTA FORUM, 2018) –, somado ao descaso no sistema de saúde ao público transgênero, resulta-se a expectativa de vida de 35 (trinta e cinco) anos para esta minoria, menos da metade da média nacional – atualmente 75 (setenta e cinco) anos (ÉPOCA, 2018).

Além da violência enfrentada nas ruas, as travestis e mulheres transexuais compõem o grupo de alta vulnerabilidade em decorrência da exclusão familiar, pois, segundo estudos, estima-se que a média de idade em que ocorre a expulsão de seus lares é de 13 (treze) anos de idade (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020, 80 p.).

Passando para a análise em âmbito de violência escolar, a qual torna-se institucional o modelo social de exclusão através de ações violentas, como discriminação, descaso e expulsão (JUNQUEIRA (org.), 2009, p. 235). Em pesquisa promovida pela Comissão de Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil, estima-se a evasão escolar

1 Termo utilizado pela autora Camilla de Magalhães Gomes, que consiste num referencial ou ideal comportamental imposto por indivíduos hetero-orientados e com identidade de gênero alinhada ao sexo atribuído no nascimento.

2 Transgênero (a).

de pessoas transexuais e travestis em 82% (oitenta e dois por cento), favorecendo a vulnerabilidade e os índices de violência (CORREIO BRAZILIENSE, 2018).

Como consequência da alta taxa de evasão escolar, tem-se que apenas cerca de 0,02% das travestis e mulheres trans ocupam vagas em universidades, 72% não possuem o ensino médio completo e 56% nem mesmo o ensino fundamental (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020, 80 p.).

No âmbito empregatício, estima-se que apenas 4% (quatro por cento) da população trans feminina (travestis e mulheres transexuais) possuem empregos formais, enquanto 6% (seis por cento) ocupam atividades informais e subempregos (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020, 80 p.). Em contrapartida, 90% (noventa por cento) das travestis e mulheres transexuais atuam na prostituição (G1, 2018).

Por outro lado, em relação a população trans masculina, estima-se que 80% (oitenta por cento) tenha ensino médio completo e que mais de 70% (setenta por cento) ocupe vagas de empregos formais. Desconhece-se, no entanto, dados referentes a atuação em prostituição (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020. 80 p.)

Partindo disso, torna-se consequência a marginalização, visto que a evasão escolar impede a profissionalização. Em decorrência da estigmatização e discriminação vivenciada pelas travestis e transexuais, a falta de oportunidade de emprego e estudo torna-se a realidade enfrentada, tendo a prostituição como o meio alternativo para a sobrevivência (JUNQUEIRA, 2009, p. 245-246).

Diante deste cenário – das mais diversas formas de violência vivenciadas – o Supremo Tribunal Federal (STF), reconheceu, por meio do julgamento da ADO nº 26 e MI nº 4733, atos transfóbicos como prática de racismo. A fundamentação do julgamento deu-se pelo entendimento de que a orientação sexual e a identidade de gênero são elementos inerentes à identidade da pessoa humana, compõem os aspectos da construção da personalidade. No entanto, por omissão estatal, a população LGBT é constantemente segregada e impedida do reconhecimento e gozo de direitos fundamentais, deslegitimando sua própria existência (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Evidencia, portanto, o local de exclusão social em que as travestis e transexuais são postas, não lhes restando alternativa ou oportunidades para inserção em ambientes que conduzam à ascensão social.

3.3 Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais

Quanto aos princípios afetos, a iniciar pela dignidade humana, esta “reconhece aos seres humanos um status diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica” (BARCELLOS, 2019, p. 135). A igualdade material admite o tratamento desigual àqueles em condições desiguais (MOTTA, 2018, p. 141-142), visando à redistribuição de riqueza e poder, a fim de alcançar justiça social (BARROSO; OSÓRIO, 2014, p. 06).

A impessoalidade limita a Administração Pública a tratar os administrados igualmente, sem reconhecer privilégios a alguns, em detrimento de outros (MELLO, 2013, p. 117). Excepcionalmente é admitido que se promova tratamento diferenciado a determinados grupos com fundamento na igualdade material (CARVALHO FILHO, 2018, p. 74-75). O princípio da legalidade atua como protetor a qualquer ato estatal que seja ilegítimo e arbitrário, sendo vedado impor aos indivíduos qualquer obrigação ou dever que não esteja prescrito em lei (MORAES, 2016, p. 106). A eficiência liga-se à economicidade, produtividade, celeridade e qualidade, ou seja, a prestação e execução de serviços visando a perfeição e rendimento funcional (CARVALHO FILHO, 2018, p. 83).

A razoabilidade limita a discricionariedade dos atos administrativos, devendo atender quesitos de coerência, sensatez e razoabilidade para serem legítimos. A proporcionalidade subdivide-se em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que, em suma, traduzem, respectivamente: i) a medida adotada deve ser apropriada ao fim proposto; ii) o direito da sociedade em sofrer a consequência mais branda para concretização do interesse público e; iii) apresentar um meio proporcional e justo para atingir o objetivo (MELLO, 2013, p. 111-114).

3.4 A Ponderação Entre os Princípios Contrapostos na Ação Afirmativa de Cotas

Sob a hipótese de implementação de cotas para travestis e transexuais em concursos públicos, tendo o Projeto de Lei, com o objeto em questão, respeitado devidamente o processo legislativo – isento de vício formal de qualquer natureza -, haveria razoabilidade e proporcionalidade na ponderação realizada entre os princípios combatentes?

Primeiramente, cabe mencionar quais princípios incidem ao caso em análise: i) igualdade/isonomia; ii) dignidade humana; iii) eficiência; iv) impessoalidade e; v) legalidade. Todos brevemente discutidos na subseção anterior.

A iniciar o debate acerca do princípio da igualdade, sabe-se que a institucionalização do Estado Democrático de Direito foi insuficiente para a concretização dos princípios da igualdade e da liberdade – norteadores da democracia -, que permaneceram tão somente no plano da abstração. Daí surgiram os movimentos sociais que, sob uma nova perspectiva, passaram a reivindicar a representatividade das minorias por meio da politização de grupos e espaços comumente silenciados, de modo a redefinir a política clientelística – que favorecia determinados grupos, pondo-os em condição dominante – para uma política de cidadania (MIRANDA 2010, p. 09-11).

A nova conduta adotada pelos movimentos sociais trouxe novo aspecto à diferença, que passou a representar o reconhecimento das inúmeras formas de manifestação identitária – gênero, raça, sexualidade etc. A partir desse momento, surgiu a política de identidade que deu visibilidade às opressões vivenciadas por grupos minoritários e a sua afetação. Portanto, para além da reivindicação de pautas políticas, os grupos sociais passaram a

expor a necessidade de produzir novas imagens representativas das minorias, de modo a combater a inferiorização. Salienta-se que, neste momento, ocorre a desnaturalização das desigualdades sociais e culturais (MIRANDA, 2010, p. 11-12).

Importante frisar que a concepção do termo “minorias” não está ligada à questão quantitativa, uma vez que uma minoria pode ser, numericamente, majoritária. Põe-se em questão a condição de minoria em relação ao poder e à influência nas decisões políticas, evidenciando a desvantagem social do grupo. Neste ponto, a desvantagem social é construída por meio de um processo de silenciamento e exclusão das bases políticas que criam atributos universais e fixos que estruturam a diferenciação entre os grupos (MIRANDA, 2010, p. 12-13).

Como outrora mencionado, a população trans possui participação irrisória no mercado de trabalho formal e baixa formação escolar. Quando se trata das mulheres transexuais e travestis, os dados são mais cruéis, considerando a estimativa de que 90% (noventa por cento) atua na prostituição (GLOBO, 2018), enquanto apenas 4% (quatro por cento) ocupa vaga de empregos formais (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020, 80 p.).

O reconhecimento da existência de discriminação leva à indagação acerca da insuficiência às, tão somente, políticas universalistas para correção da desigualdade, evidenciando “a necessidade de políticas focalizadas, não apenas respaldadas em um passado causador da desigualdade, mas projetadas para um futuro menos desigual” (SMANIO; BERTOLIN (org), 2013, p. 392). É neste cenário que se busca amparo na igualdade material ou substancial, que visa alcançar a redistribuição e reconhecimento dos grupos minoritários (BARROSO; OSÓRIO, 2014, p. 09-10).

O valor intrínseco da dignidade humana originou diversos direitos fundamentais – como o direito à igualdade – e reconheceu a inviolabilidade dessa. Assim, as ações afirmativas, além de possuírem respaldo à igualdade material, encontram amparo no princípio fundamental da dignidade humana que impulsionou a criação de normas e medidas não-discriminatórias com o objetivo de promover o respeito à diversidade e, conseqüentemente, aos grupos minoritários (BARROSO, 2010, p. 22-23).

Cumprido mencionar a existência de demais ações afirmativas que possuem o mesmo objeto – cotas em concursos públicos – como as cotas para negros, instituída pela Lei n. 12.990/2014, prevendo a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas, com vigência de 10 (dez) anos. Ressalta-se que tal medida fora alvo de discussão no Supremo Tribunal Federal, por meio da ADC n. 41, sendo reconhecida a sua integral constitucionalidade. Há, também, a reserva de vagas para pessoas deficientes, reconhecida no artigo 37, VIII, da CF. Tais medidas foram implementadas para promover justiça social às pessoas postas em desigualdade, visando a quebra do ciclo perpetuador de injustiça e desigualdade social (NOHARA, 2019, p. 760).

O princípio da impessoalidade surgiu como corolário ao princípio da igualdade/isonomia e impõe à Administração Pública o dever de tratar todos os administrados

(cidadãos) de forma igualitária, sem reconhecer privilégios a determinados indivíduos, pondo-os em condição de vantagem em relação aos demais (MELLO, 2013, p. 117). Por ser derivado da igualdade, e esta possuir seu aspecto material – que possui o ímpeto de reconhecimento das diferenças –, o sistema jurídico reconhece situações excepcionais que permitem a Administração Pública tratar determinados indivíduos de forma diferenciada. Assim, a adoção de medidas positivas, como a de cotas a determinado grupo, é reconhecida constitucional, sem infringir ao princípio da impessoalidade (CARVALHO FILHO, 2018, p. 74-75).

Em relação ao princípio da eficiência, influente ao modo de atuação do agente público – deve ter alto desempenho e presteza – e o modo de organizar e estruturar a Administração Pública (DI PIETRO, 2019, p. 111).

A eficiência da Administração Pública não se resume à obtenção de resultados econômicos mais satisfatórios, mas deve preocupar-se à concretização eficiente de demais direitos fundamentais albergados pelo sistema jurídico brasileiro, fazendo parte, também, a afirmação de justiça social. Considerando a diversidade cultural brasileira, a presteza do serviço público não se resume à aplicação de conhecimento técnico, mas a capacidade de atender a sociedade de forma plural, respeitando, assim, o princípio da universalidade que rege a Administração. Neste ponto, a adoção do método puramente meritocrático não é sinônimo de selecionar os indivíduos mais capacitados e competentes para a realização do serviço público (MOREIRA, 2016, p. 137-138).

Portanto, o sistema estritamente meritocrático, comum às sociedades liberais, perpetua a desigualdade social, a manter a estrutura que põe determinado grupo em condições vantajosas em detrimento de uma minoria marginalizada. Concluindo que seguem essa estruturação as relações entre: brancos e negros e indígenas; homens e mulheres; heterossexuais e homossexuais e (MOREIRA, 2016, p. 140); como analisado neste trabalho, cisgêneros³ e transgêneros, o que evidencia a legitimidade da discriminação positiva em estudo.

Passado ao princípio da razoabilidade, verifica-se que tal medida visa atender o interesse de uma das comunidades que compõem a sociedade brasileira, não havendo que se falar em interesse privado do administrador. Como bem expressa MOREIRA, a adoção de cotas para inclusão de grupos sub-representados traz benefícios para diversos setores da sociedade e visa concretizar um dos objetivos da república brasileira, a eliminação da marginalização social (MOREIRA, 2016, p. 137-138).

Quanto à proporcionalidade, convém analisá-la diante de suas três faces – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Como previamente abordado, a adequação analisa se a medida proposta é apropriada ao fim proposto (MELLO, 2013, p. 114). No decorrer da pesquisa, fora verificada a sub-representação da população transexual e travesti no mercado de trabalho formal, sendo fator de perpetuação

3 Indivíduo que vivencia identidade de gênero que lhe fora atribuída ao nascimento.

de ampla desigualdade social (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020, 80 p.). Desse modo, a implementação de cotas em concursos públicos para acesso a cargos e empregos públicos adequa-se à necessidade de inserção dessa parcela populacional ao mercado de trabalho.

Em relação à necessidade – que resguarda o direito à sociedade em sofrer menos “efeitos colaterais” em medidas para concretização do interesse público – (MELLO, 2013, p. 114), a análise realizada diante do princípio da eficiência demonstrou que, ao contrário do que se entende, a adoção de cotas para inclusão de determinada minoria beneficia a sociedade como um todo, por objetivar o fim da marginalização social e concretizar um dos objetivos da sociedade brasileira (MOREIRA, 2016, p. 140). Conclui-se, portanto, que a adoção de cotas para a minoria transgênero não resulta dano ou desvantagem à sociedade, mas a promoção da igualdade e equilíbrio econômico que afetaria positivamente diversos setores da sociedade.

A proporcionalidade em sentido estrito – que analisa se o meio adotado é proporcional e justo à finalidade a ser atingida – (MELLO, 2013, p. 114), pontua-se a desigualdade sofrida pela população travesti e transexual em participar do mercado formal de trabalho, com números irrisórios ocupando posições de prestígio (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020, 80 p.).

Salienta-se a privação ao gozo de diversos bens sociais resguardados pela Constituição Federal, para além da privação de acesso ao mercado de trabalho: i) possuem expectativa de vida inferior à metade da média nacional – em decorrência da violência e falta de preparo do sistema de saúde para atendimento de suas demandas (REVISTA ÉPOCA, 2018); ii) a evasão escolar compulsória e (CORREIO BRAZILIENSE, 2018), conseqüentemente, a baixa escolaridade (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020, 80 p.) – em razão de atos discriminatórios no ambiente educacional e; iii) o caráter temporário das medidas positivas – vigência enquanto existentes as circunstâncias que desigualam as condições de tais grupos (MIRANDA, 2010, p. 30), a adoção de cotas para acesso a cargos e empregos públicos torna-se medida condizente ao contexto fático de sub-representação da população transgênero nos mais diversos âmbitos sociais.

4 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

As ações afirmativas visam a inserção de grupos minoritários em espaços que possuem pouca representatividade em decorrência da desigualdade historicamente construída. Neste aspecto, as cotas interferem diretamente na distribuição de renda e poder, vez que atingem a estrutura político-econômica (MIRANDA, 2010, p. 30).

O STF afirma a necessidade de superar a visão linear da meritocracia, vez que o método puramente meritocrático não assegura a seleção de indivíduos mais capacitados e competentes para a realização do serviço público. Tangente à razoabilidade, a medida visa atender o interesse de um grupo que compõe a sociedade brasileira, não havendo

que se falar em interesse privado do administrador (MOREIRA, 2016, p. 137-138). Quanto à proporcionalidade, pontua-se a sub-representação do grupo no mercado de trabalho formal; sua inexpressividade em posições de prestígio (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020, p. 31) e a inclusão beneficiar a sociedade como um todo, atacando a marginalização social e concretizando um dos objetivos da sociedade brasileira, sendo preenchidos seus quesitos (MOREIRA, 2016, p. 137-138).

5 | CONCLUSÃO

A medida é condizente à sub-representação da população transgênero nos diversos âmbitos sociais, além de não resultar dano ou desvantagem à sociedade, mas a promoção da igualdade e equilíbrio econômico que afetaria diversos setores da sociedade sem afrontar princípios, em tese, contrapostos.

Entretanto, indaga-se sobre a estruturação de tal proposta legislativa, em especial quanto ao quesito que atestaria a transgeneridade do indivíduo: a autodeclaração deste, ou a apresentação de documentos retificados, uma vez que a retificação registral administrativa é uma realidade brasileira

REFERÊNCIAS

A cada 48h uma pessoa trans é assassinada no Brasil, aponta estudo. In: Revista Forum, LGBTI+, 08 jan. 2018. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/lgbt/cada-48h-uma-pessoa-trans-e-assassinada-no-brasil-aponta-estudo/>.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983918/cfi/6/10/4/10/2@0:87.8>.

BARROSO, L. R., OSÓRIO, A. R. P. “**Sabe com quem está falando?**”: algumas notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro, jun. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdo mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010. Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf.

BENEVIDES, B. G., NOGUEIRA, S. N. B. (Orgs). **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019**. São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2020. 80 p. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2020/01/dossic3aa-dos-assassinatos-e-da-violc3aancia-contra-pessoas-trans-em-2019.pdf>.

BENEVIDES, B. G., NOGUEIRA, S. N. B. (Orgs). Dossiê: **assassinatos e violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020**. São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2021. 140 p. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Mario. “**Travesti**”, “**mulher transexual**”, “**homem trans**” e “**não binário**”: interseccionalidades de classe e geração na produção de identidades políticas. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 52, e185211, 2018. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332018000100501&lng=pt&nrm=iso.

CERCA de 90% das travestis e transexuais do país sobrevivem da prostituição. In: G1, Minas Gerais. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/cerca-de-90-das-travestis-e-transexuais-do-pais-sobrevivem-da-prostituicao.ghtml>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984830/cfi/6/10!4/2/4@0:0>.

DISCRIMINAÇÃO rouba de transexuais o direito ao estudo. In: Correio Braziliense. Disponível em: <http://especiais.correiobraziliense.com.br/violencia-e-discriminacao-roubam-de-transexuais-o-direito-ao-estudo>.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522496532/pageid/3>.

GOMES, Camilla de Magalhães. **Têmis Travesti**: as relações gênero, raça e direito para uma narrativa expansiva do “humano”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

JORGE, Marco Antônio Coutinho; TRAVASSOS, Natália Pereira. **Transexualidade: o corpo entre o sujeito e a ciência**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz (org.). **Diversidade Sexual na Educação**: problematizações sobre a homofobia nas escolas. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. UNESCO, 2009.

LANZ, Letícia. **O corpo da roupa**: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero. 342 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Setor de Ciências Humanas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MIRANDA, Shirley Aparecida de. **Diversidade e Ações Afirmativas**: combatendo as desigualdades sociais. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582178157/cfi/4!4/4@5.40:44.8>.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOREIRA, José Adilson. Miscigenando o círculo do poder: ações afirmativas, diversidade racial e sociedade democrática. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 02, p. 117-148, mai. 2016/ ago. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/43559/29061>.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021363/cfi/6/44/4/244/8@0:21.6>.

REDUZIDA por homicídios, a expectativa de vida de um transexual no Brasil é de apenas 35 anos. In: *Época*, 30 jan. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/brasil/noticia/2018/01/reduzida-por-homicidios-expectativa-de-vida-de-um-transexual-no-brasil-e-de-apenas-35-anos.html>.

SMANIO, G. P., BERTOLIN, P. T. M. (Organizadores). **O Direito e as políticas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484072/cfi/4/4/2@100:0.00>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo nº 931**. Brasília, 18-22 fev. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo931.htm#Homofobia%20e%20omiss%C3%A3o%20legislativa%20%E2%80%93%202>.

TMM update trans day of remembrance 2019: 331 reported murders of trans and gender-diverse people in the last year. In: *Trans Respect versus Transphobia Worldwide*, 11 nov. 2019. Disponível em: <https://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-of-remembrance-2019/>.

CAPÍTULO 7

PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E DIREITOS HUMANOS: VIDAS POSSÍVEIS E AGENDAS FUNDAMENTAIS

Data de aceite: 01/05/2021

Data de submissão: 19/03/2021

Leide Fernanda de Oliveira Queiroz

Advogada. Licenciada em Letras pela Universidade Católica do Salvador. Mestre e Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Família na Sociedade Contemporânea, Universidade Católica do Salvador. Bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado da Bahia (FAPESB). Salvador – Bahia. orcid.org/0000-0001-7188-5748

Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti

Historiadora. Doutora em Humanidades pela Universidade de Leon, Espanha. Professora de Programas de Pós-Graduação em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica de Salvador e em Estudos Interdisciplinares sobre Mulher, Gênero e Feminismos pela Universidade Federal da Bahia. Investigadora do Núcleo de Estudos sobre Educação e Direitos Humanos (NEDH/UCSAL). Salvador, Bahia. orcid.org/0000-0002-5689-8206

Texto elaborado a partir de experiências compartilhadas desde 2009 em atividades com pessoas em situação de rua, projetos socioeducativos e trajetórias. Ambas as autoras dedicam, ao nomear Maria Lúcia Santos Pereira, presidente do Movimento Nacional População em situação de rua – MOVPOPRUA, a todas que integram ações e práxis na defesa e promoção de direitos e de políticas públicas específicas.

RESUMO: Em contexto de crescente explosão demográfica de pessoas em situação de extrema vulnerabilidade social e familiar, paradoxos entre promoção e violação de direitos humanos e fundamentais, planejamento de políticas públicas e de visibilidade não só da temática, integram o Tempo Presente. Com eixo nas categorias relacionais dignidade da pessoa humana e acesso à justiça social, o capítulo traz uma vertente teórica e histórica com destaque à Teoria Crítica de Judith Butler, Sociologia da Justiça Boaventura Sousa Santos e Ética de Emmanuel Levinas e Amartya Sen. Com viés qualitativo, centra-se o estudo ensaístico sobre pessoas em situação de rua e dimensões dos direitos humanos através de revisão historiográfica interdisciplinar. Como resultados, demonstramos que ação social, educativa e ética confirma a centralidade na pessoa humana e promoção de direitos humanos, a construção de agendas pautadas nos fundamentos relativos à pessoa humana, focalizando na centralidade de defesa, promoção e garantia de direitos e a valorização da vida.

PALAVRAS - CHAVE: Pessoas em situação de rua, direitos humanos, teoria crítica, cidadania

HOMELESS PEOPLE AND HUMAN RIGHTS: POSSIBLE LIVES AND FUNDAMENTAL AGENDAS

ABSTRACT: In the context of a growing demographic explosion of people in situations of extreme social and family vulnerability, paradoxes between promotion and violation of human and fundamental rights, planning of public policies and visibility not only of the theme, are integrated

into the Present Time. Focusing on the relational categories of human dignity and access to social justice, the chapter brings a theoretical and historical perspective with emphasis on Judith Butler's Critical Theory, Sociology of Justice Boaventura Sousa Santos and Ethics by Emmanuel Levinas and Amartya Sen. With a qualitative bias, the essayistic study is focused on homeless and dimensions of Human Rights through an interdisciplinary historiographical review. As a result, we demonstrate that social, educational and ethical action confirms the centrality in the human person and the promotion of Human Rights, the construction of agendas based on the fundamentals related to the human person, focusing on the centrality of defense, promotion and guarantee of rights and the valorization of life.

KEYWORDS: Homeless people, human rights, critical theory, citizenship

Existem dores na rua, mas também existem luzes na rua. Existe muita gente boa na rua, que a única coisa que falta é uma porta aberta.

(Maria Lucia Santos Pereira, presidente do Movimento PopRua, 16 anos em situação de rua, 2017 e falecida em 2018).

A condição precária da vida nos impõe uma obrigação. Devemos nos perguntar em que condições torna-se possível apreender uma vida, ou um conjunto de vidas, como precária [...] temos antes que nos apoiar em uma nova ontologia que implique a precariedade, a vulnerabilidade, a dor, a interdependência, a exposição, a subsistência corporal, o desejo, o trabalho e as reivindicações sobre a linguagem e o pertencimento social.

(Judith Butler, 2015, p. 14-5).

1 | INTRODUÇÃO

A falta de moradia, de abrigo, de condições básicas de existência podem ser situações devastadoras, perigosas e de extremo isolamento social, de convivência e de ruptura de direitos (Santos, 2019).¹ As pessoas que vivem, trabalham, dormem nas ruas apresentam “quadros de guerra” (Butler, 2015), observando o distanciamento de “vidas vivíveis” e do reconhecimento por parte do poder público, Estado e suas esferas, sociedade, contextos familiares e individuais.

São sujeitos que demonstram ineficiências de justiça social e acesso à cidadania. Estão pré-dispostas a enfrentamentos de não dignidade e de rompimento de garantias asseguradas através de marcos legais e políticas sociais específicas, desenhadas e matizadas, em âmbito brasileiro, desde os anos 90.

Estes atores sociais, estão sujeitos a maiores chances de serem vítimas de

1 “O conceito de direitos humanos assenta num bem conhecido conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais, designadamente: existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado; a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica” (SANTOS, 2019, p. 342).

violências, violações e condições precárias de existência. Situação de rua, sem abrigo, *homeless* são alguns dos termos utilizados para nomear e identificar esse grupo de pessoas que, por motivo de contextos familiares, sociais ou individuais, saíram da vivência doméstica e familiar. Sejam de caráter no campo da saúde ou de violências vividas, por migração forçada seja em esfera ambiental, econômica ou ruptura relacional, em geral, apresentam dados alarmantes quanto às vulnerabilidades.²

Consoante Santos, Santos, Martins (2019) “quem precisa dos direitos humanos?” ou “quem são considerados os ‘seres humanos’?”. Tais questões não somente integram a obra e difusão de investigadores da área, compõem, sobremaneira, inquietações e são fios de uma trama contemporânea, urbana e complexa. As razões e as justificativas são inúmeras e diversificadas para o desabrigoamento. Podem ser elencadas como causas sociais a pobreza, o desemprego, a falta de acesso às políticas de assistência, dentre outros ou eventos individuais, relacionais ou circunstanciais. Podem entrar nesse caminho após cumprirem execução penal, não conseguirem trabalho formal, sofrerem enfermidades e prolongamento de tratamentos.

No caso de mulheres e jovens, aparecem relatos de violência doméstico-familiar e de fugas de relacionamentos abusivos e não reconhecimento intra-familiar de identidades a exemplo divergências religiosas, orientação e expressão de sexualidades. Pontos específicos sobre uso de entorpecentes e saúde mental também são indicadores da “saída”, relatados pela literatura internacional e nacional (GIMBA, CAVALCANTI, 2017 e 2018).

A população em situação de rua aparece como um segmento expressivo da desigualdade social, sobretudo a partir das mudanças políticas, sociais e econômicas mundiais das últimas décadas. Apresenta-se como uma categoria social complexa, fundamentalmente por conta da necessidade de se considerar o processo de “vulnerabilização” como dinâmico e anterior à ida para as ruas. Existe uma tendência, proveniente de abordagens contemporâneas, em se analisar e compreender as particularidades em que vivem essa população, principalmente no âmbito da saúde pública, a partir de uma redução desta condição complexa a um enfoque individualista e patologizante (MENDES, RONZANI, PAIVA, 2019, p. 2).

Fatos individuais e de esfera doméstico-familiar, bem como eventos da vida cotidiana que sinalizam “colapsos relacionais”, perda de emprego, indicadores de saúde física ou mental em agravamento e sem condições de apoio e cuidado podem ser os chamados “gatilhos” para que pessoas, ditas antes de estarem na situação de ruas, como “sujeitos comuns” ou, sem nada a depor contra, venham a ser violenta e equivocadamente vistos com tal hostilidade.

Entre as invisibilidades, faltam dados atrelados ao cotidiano e à real existência dos

² Para efeito de compreensão e delimitação de um conceito que percorra todo o texto, adota-se para vulnerabilidades o matiz teórico, descrito como categoria analítica advinda de estudos e diretrizes de agendas internacionais a partir de meados de 1990. Em geral, foi adotada por organismos como o Banco Mundial (BM), com o objetivo de ultrapassar o esgotamento do termo “pobreza” (IVO, 2006).

(in)vibilizados. Produção acadêmica e de instituições da justiça, com destaque à Defensoria Pública (DPE) e ao Ministério Público do Estado da Bahia (MPBA)³ e saúde tem, nos últimos anos, alertado e criado estratégias para elaborar, informar e sugerir intervenções. Essas últimas sejam centradas nos indivíduos com foco no aspecto da dignidade e acessibilidade à justiça, sejam nas famílias, através dos contextos relacionais e de co-participação, quando possível, e nas comunidades pelos contextos sociais e de parcerias para além da moradia.

Há uma trajetória, desde 2015, em agenda interinstitucional para o Estado da Bahia que tornou parte das efemérides anuais, mas sobretudo convencionou uma “Carta Aberta”, publicada logo após o I Seminário de Direitos Humanos e População em situação de rua na Bahia, cujo eixo temático foram “as perspectivas para ampliar as alianças institucionais e agendas”.

Ocorrido nos dias 28 e 29 de outubro de 2015, foi um referencial para intenções descritas na carta. Reuniu agentes do sistema de justiça, professores(as), representantes de instituições governamentais, não governamentais como a Fundação José Silveira e do Movimento de População de Rua, da Pastoral Nacional do Povo da Rua, do Projeto Axé e instituições parceiras – Secretaria Municipal e Estadual de Saúde, de Educação, Justiça e Ação social, Segurança Pública, Superintendência de Políticas para as Mulheres do Município de Salvador (SPM), Secretaria Municipal de Promoção Social, Esporte e Combate à Pobreza (SEMPs), Associação de Conselhos Tutelares e ex-conselheiros do Estado da Bahia (ACTEBA) e Defensoria Pública do Estado da Bahia (DPE). O seminário refletiu a abertura de diálogos interinstitucionais, contemplando distintos debates sobre a população em situação de rua que convergem para a questão dos Direitos Humanos.

O objetivo deste seminário era fortalecer os mecanismos de combate às violações de direitos universalmente garantidos e previstos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como criar mecanismos de empoderamento do repertório de ações, legitimadas socialmente como potenciais indicadores de viabilidade e impactos positivos junto ao grupo, desenvolvidas pelas instituições governamentais e não governamentais (MPBA/UCSAL/FJS. Projeto de Construção de Alianças Interinstitucionais, março de 2015).

Vale destacar que a elaboração da Carta de Salvador, abaixo indicada em seus dez itens aprovados em assembleia, pode proporcionar interinstitucionalidade e planejamento de ações conjuntas e integradas.

1. Pessoa humana como foco de qualquer ação. Promover a mudança de cultura que viabilize abordagem e atendimento humanizado, nos quais os(as) cidadãos(ãs) em situação de rua sejam considerados(as) pessoas em sua plenitude de direitos e de garantias. Fortalecer políticas e praxis que determinam a criação de centros de referências também pela indicação de pessoas profissionais (técnicos de referência) para o acolhimento e encaminhamento na rede de políticas públicas.

3 Desde 2015, instituições como Ministério Público do Estado da Bahia, Defensoria Pública do Estado, Universidades, Fundação José Silveira, Governo do Estado e Prefeitura de Salvador tem realizado eventos e reuniões (CIAMP), juntamente com POPRUA - movimento social organizado com representatividade nacional. Em 2019, ganha novas contribuições e dá início ao Observatório sobre População em situação de rua, pela Defensoria do Estado.

2. Como proteção dos direitos humanos, coibir e enfrentar as violências sobrepostas, especialmente as violências institucionais e sociais, com destaque ao racismo e as múltiplas discriminações assinaladas pelas pessoas em situação de rua.
3. Viabilizar a realização de amplo levantamento demográfico através de censo da população em situação de rua na Bahia, mapeando-se inclusive suas características, trajetórias de vida, localização geográfica e ocupações.
4. Fomentar ações de educação, capacitação, comunicação e sensibilização que viabilizem um atendimento com dignidade às pessoas em situação de rua, bem como utilizar abordagens da educação formal, não formal e informal.
5. Promover o diálogo entre as instituições, mediante alinhamento, fortalecimento e manutenção de alianças e redes entre os diversos serviços e políticas públicas, elaborando-se um fluxo de acolhimento e atendimento às demandas das pessoas em situação de rua e de agendas.
6. Promover através de ações, agendas comuns e coletivas, inserção de outras instituições com o intuito de maior conexão entre organizações governamentais, instituições não governamentais, universidades e a sociedade civil.
7. Estimular e facilitar diálogos nos mais diversos ambientes sociais e midiáticos, promovendo-se a solidariedade e a tolerância, com destaque às questões de gênero, sexualidades, LGBT, infância e adolescentes (de rua e na rua), raça-etnia (racismo institucional).
8. Diversificar, ampliar e divulgar os serviços, as ações e os centros de referências voltados à população de rua, garantindo-se que os mais diversos perfis e trajetórias sejam contemplados.
9. Elaborar estratégias para o acompanhamento e o monitoramento das políticas públicas, por intermédio do Ministério Público e das instituições competentes, incentivo às alianças institucionais e à avaliação dos(as) usuários(as) dos serviços, ações e centros de referência existentes.
10. Criação de uma comissão interinstitucional de população em situação de rua, observando instâncias representativas e possível criação de mecanismos coletivos de promoção de Direitos Humanos da População em situação de rua. (apesar da existência desde o evento, consolida-se através do Fórum Permanente, cujo estatuto foi coletivamente aprovado em 2020, e do Observatório sobre pessoas em situação de rua, em atividade a partir de 2019).

Oportuno se toma retomar a esse documento, pois além de especificar ações que vem ocupando agendas também no último quinquênio para ações coletivas, de caráter interinstitucional. Considerar como pessoa humana, primeiro propósito da Carta, e centralizar como foco de qualquer ação (BUTLER, 2018).

Nas circunstâncias contemporâneas de guerra e de nacionalismo exacerbado, imaginamos que nossas existências estejam ligadas a outras com as quais podemos encontrar afinidades nacionais que seriam reconhecíveis para nós e que estariam em

conformidade com certas noções culturalmente específicas sobre o que é culturalmente reconhecível como humano. (BUTLER, 2015, 2018; CAVALCANTI & SILVA, 2020).

[...] necessidade de uma teoria que não se limite à escolha das instituições nem à identificação de arranjos sociais ideais. A necessidade de uma compreensão da justiça que seja baseada na realização está relacionada ao argumento de que a justiça não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem viver de fato. A importância das vidas, experiências e realizações humanas não pode ser substituída por informações sobre instituições que existem e pelas regras operam. (SEN, 2011, p. 33).

As citações acima retomam a noção relacional de existir e ser, ambos reconhecidos como basilares do humano. Não obstante, as interações cotidianas não sensibilizam a sociedade em relação à condição (sub)humana dessas pessoas o que acaba repercutindo e contribuindo para o processo de invisibilidade social. Não são reconhecidos como trabalhadores, a mendicância não é legitimada.

Em geral, são homens sadios em idade produtiva, não são considerados como cidadãos, tão pouco como humanos. Mesmo ocupando a cena pública, são relegados à experiência mais privativa, que é a de uma existência individual limitada a sobrevivência singular e diária. Integram uma cidadania de papel, humanos sem direitos, abandonados à própria sorte de conseguir sobreviver dia após dia, “reproduzindo-se como *animal laborans*, que não deixa vestígios em lugar algum no mundo” (SCOREL, 2006, p. 220).

Contradizendo essa ideia de apagamento e manutenção de senso comum, são indivíduos e grupos que compõem retratos relacionais e cotidianos da conjuntura nacional brasileira. São sujeitos de direitos e requerem atenção em todas as dimensões. “[...] mais do que um direito à cidade, o que está em jogo é o direito a obter da sociedade aqueles bens e serviços mínimos, sem os quais a existência não é digna [...] sem isso não se dirá que existe cidadão.” (SANTOS, 2012, p. 8).

2 | NAS RUAS: PANORAMA E RETRATOS DE PSR EM CONTEXTO NACIONAL

No Brasil, pessoas em situação de rua (PSR); nos países anglo-saxões são chamadas de *homeless*; na França de *sans domicile fixe*. Em 2009, o governo brasileiro instituiu o decreto presidencial nº 7.053 que estabeleceu a Política Nacional de Pessoas em Situações de Rua (PNPSR) que afirma, no art. 1º, parágrafo único:

Grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória. (BRASIL, 2014, p. 1).

Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), para o ano de 2015, estimou a existência de 101.854 PSR no Brasil (IPEA, 2015). Contagem realizada na cidade de Salvador, Bahia pelo Projeto Axé, em parceria com a Universidade Federal da Bahia, fez uma estimativa de que existiam entre 14.513 a 17.357 PSR no município. Não há dados oficiais sobre o quantitativo dessas pessoas no país, mas observa-se um crescimento acentuado em todas as regiões do Brasil.

Com base nesses resultados, podem-se elencar como principais: a população em situação de rua é predominantemente masculina (82%); mais da metade possui entre 25 e 44 anos (53%); 67% são negros; têm baixo nível de renda; 74% sabem ler e escrever; é composta, em grande parte, por trabalhadores (70,9% exercem alguma atividade remunerada); parte considerável da população em situação de rua é originária do município onde se encontra, ou locais próximos; e 51,9% dos entrevistados possuem algum parente residente na cidade onde se encontram.

Cerca de 30% estão na rua há mais de 5 anos; sofrem altos índices de discriminação ao serem impedidos de entrar em locais como transporte coletivo, rede de saúde, outros órgãos públicos; a grande maioria (95,5%) não participa de qualquer movimento social; alguns não possuem quaisquer documentos de identificação (24,8%); e uma grande parcela não exerce o direito de cidadania elementar que é o voto (61,6%); nem são amparados por programas governamentais (88,5%).

De acordo com os resultados desta pesquisa, as principais razões pelas quais essas pessoas estão em situação de rua são: alcoolismo/drogas (35,5%); desemprego (29,8%); problemas com familiares (29,1); perda da moradia (20,4%); e separação/decepção amorosa (16,1%). (BRASIL, 2008).

O fenômeno de PSR não é novo e ganha contornos e explicações distintas de acordo com a conjuntura histórica e territorial. Assinala complexidade, multifatorialidade e observação de vidas. É decorrente de multifatorialidades, elencadas por profundas transformações políticas, sociais e econômicas que acometem todas as cidades, e que se revela de maneira mais intensa nas metrópoles.

Andar por grandes cidades traz aos olhos mais que cantos e encantos. O número aumenta e força o uso de lentes mais potentes. Quem são essas pessoas? Porque estão nas ruas, viadutos, praças? Mas, como paradoxal que é o contexto, será essa a realidade? Pessoas em situação de rua, sem-teto, moradores(as) de rua, os “do bairro”.

Sempre estiveram visíveis, percorrendo zonas urbanas e transitando pelas realidades cidadinas, ocupando espaços. As razões são inúmeras e os números aumentam sem permitir cegueira. (QUEIROZ, 2018).

3 | EXPRESSÕES E SUJEITOS: CORPOS E SOBREVIVÊNCIAS

Qual nossa capacidade de sobrevivência, vulnerabilidade e comoção? (BUTLER, 2015, 2018). Não basta a assertiva e a revelação de que existem pessoas em situação de rua, vivendo precariedade absoluta. São sujeitos que se defrontam inclusive com a vulnerabilidade de seus próprios corpos, situações invasivas vividas, principalmente, por mulheres e meninas em situação de rua. Estas narram estupros e assédios; aproximações físicas de agentes públicos, nem sempre em abordagens de reconhecimento, etc..

Nesse contexto de violências sobrepostas, há que se imaginar que marcos legais e movimentos específico já tivessem dado conta. Entretanto, o direito à moradia - considerado um direito fundamental pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) – qualifica-se como universal.

De caráter amplo também passou ao direito constitucional em 2000, quando a Emenda Constitucional nº 26 foi incorporada à Carta Magna. A razão pela qual a inclusão desse tópico foi a vinculação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana. Então, porque ainda ocupam os não lugares de morar? Entre o marco legal, políticas públicas, há que se “decidir” não esconder, invisibilizar ou transferir de lugar. Serve como reflexão para várias questões, como: o quão necessário é ter direito a uma casa, um lar com requisitos básicos à sobrevivência, para que se viva com dignidade? A urgência de um teto não pode virar a narrativa de uma vida: dez, vinte anos. Ultrapassa a esfera individual, como direito social, e sinaliza impacto e relevância social. Salvador consta com dados que vão dos 3,5 a 14 mil pessoas em situação de rua. (QUEIROZ, 2018).

A gramática social traz expressões que denotam tal sentido: o isolamento da pessoa diante da realidade “do olho da rua” ou viver “na rua da amargura”. As metáforas colocam casa e rua como opostos. A primeira, vista e vivida como um lugar especial, marcada pela convivência familiar e acolhimento, o privado. (QUEIROZ, 2018).

Para ser enfrentada as múltiplas vulnerabilidades, há necessidade de ação-reflexiva coletiva e solidária, advinda de um conjunto de instituições e ações em forma de aliança. Recuperar histórias de vida, individuais e coletivas, bem como registro, memória e histórias de um caminhar em comunidade, entram como foco desse momento de difundir, compartilhar e promover o presente-futuro.

Andar por grandes cidades traz aos olhos mais que encantos. O número aumenta e força o uso de lentes potentes. Quem são essas pessoas? Porque estão nas ruas, viadutos, praças? Mas, como paradoxal que é o contexto, *quo vadis?* Pessoas em situação de rua, moradores(as) de rua, os “do bairro” sempre foram visíveis e ocuparam cantos. (QUEIROZ, 2018).

As razões são inúmeras e os números aumentam, demonstram as “monstruosidades” das cidades que engolem seus cidadãos. Em prol da segurança, a cegueira ou a violência institucionalizada são vistas como meio e fins, especialmente no contexto de uso de

entorpecentes, de zonas citadinas, assinalando falhas do Estado, não governança justa e descarte de políticas sociais em troca do sopro securitário (PUREZA, 2019).

Mesmo com marcos legais e movimentos específicos já deveríamos ter dado devida atenção. Porém, o direito à moradia – considerado como fundamental pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) passou ao direito nacional (Emenda Constitucional nº 26/2000), promovendo vinculação direta ao princípio da dignidade. Então, porque ocupam os não lugares de morar? Há que se “decidir” não esconder, invisibilizar ou transferir de lugar.

A gravidade da realidade do quadro de pobreza, miséria, abandono social, violação de direitos, principalmente por parte do Estado, no Brasil, leva a uma permanente preocupação e nos obriga a refletir sobre suas influências no social e, principalmente, nas pessoas em situação de rua, na qual as políticas públicas ainda não os alcançam com efetividade (ESTÊVÃO & CARVALHO, 2013).

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A PSR é composta por sua maioria de homens, negros, imigrantes e pessoas que tiveram seus laços familiares rompidos. Observa-se que a entrada para o mundo das drogas não se dá da casa para a rua, mais sim da rua para a (falta) da casa e atenção ampliada e com todos os recursos possíveis (quais sejam, políticas sociais).

Outra evidência é a de que as violências encontradas nas narrativas não surgiram antes de suas chegadas às ruas, sendo geralmente identificadas como fatores impulsionadores para expulsão, fuga e ruptura. As violências são relatadas como expressões de relações doméstico-familiares, relativas ao trabalho, emprego e renda, a situações de saúde, em busca de defesa e sobrevivência. O cuidado de si, que muito acredita-se que não há nesta população, é relatado como questão de dignidade e saúde (BARATA, 2015).

O fenômeno “população em situação de rua” vincula-se à estrutura da sociedade capitalista, racista, desigual e possui uma multiplicidade de fatores de natureza imediata que o determinam. Em Tempo Presente, constitui uma expressão radical e de negação de acesso à justiça social e à cidadania, irrompendo gravidade da questão social. Localiza-se predominantemente nos grandes centros urbanos e, em tempos de crise sanitária e pandêmica vinculadas a SARS COVID-19 (iniciada em 2020), ocupa mais do que cantos e pontes citadinas.

No entanto, sem uma unidade política que assegure o espaço público para o desenvolvimento dessas aptidões e capacidades inerentes ao humano, a Justiça será apenas apreendida em sistemas que não reconheçam alteridades e, tampouco, prezem pelo reconhecimento do Outro como sujeito ético-moral. Ou seja, o poder se manifesta não pelo Direito, pelo desenvolvimento cidadão em busca do equilíbrio da liberdade do indivíduo em relação à soberania coletiva, mas na organização polícialasca (imposições normativas) para

manutenção da ordem vigente. (CAVALCANTI & SILVA, 2020, p. 12).

Movimentos sociais, alianças interinstitucionais e abordagem através de políticas específicas demonstram paradoxos e controvérsias que compõem a temática e envolvem pessoas. Ainda se confirmam roteirização e manutenção de esferas de senso comum, sendo que as pessoas por ele atingidas são estigmatizadas e enfrentam preconceitos como marcas do grau de dignidade e valor moral atribuído pela sociedade.

Violações cotidianas em um cenário de forte crescimento econômico, não sustentável, contextualizam a distância em engendrar o real Desenvolvimento e desvelar uma agenda imensa para promoção do acesso à justiça e à cidadania frente ao recrudescer da desigualdade e de emergências sociais importantes. Eis um quadro da contemporaneidade brasileira, anunciando necessidades de observar, analisar, interferir e construir instituições e práxis solidária e ética na política, pautada nos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

BARATA, R. B. et al. Desigualdade social em saúde na população em situação de rua na cidade de São Paulo. **Saúde e Sociedade**, v. 24, p. 219-232, 2015.

BRASIL. **Constituição. Constituição Da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 de outubro 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.053 de 23 de dezembro de 2009**. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 2009, p. 05. Disponível em: http://www.planalto7.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7053.htm. Acesso em: 30 Nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Saúde da população em situação de rua: um direito humano**. Brasília: Ministério da Saúde, 2014.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Censo do Sistema Único da Assistência Social (Suas). **Primeiro censo e pesquisa nacional sobre a população em situação de rua**. Brasília: MDS/Sagi, 2008.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua**. Brasília, 2014.

BRASIL. **Nota Técnica n. 8, de 15 de março de 2016**. Nota Técnica sobre a atuação do Ministério Público na proteção do direito fundamental à não discriminação e não submissão a tratamentos. Conselho Nacional do Ministério público. Brasília: Ministério Público, 2016.

BRASIL. **Pesquisa Nacional sobre a População e Situação de Rua**. Brasília: 2008.

BUTLER, Judith. **Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas**: notas para uma teoria performativa de assembléia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CAVALCANTI, V.R.S.; SILVA, A.C. Reconhecendo gêneros, desconstruindo poderes: a literatura como transgressão verbal. **Revista Tempo e Argumento**, Florianópolis, v. 12, n. 31, p. e0202, 2020. DOI: 10.5965/2175180312312020e0202. Disponível em: <https://revistas.udesc.br/index.php/tempo/article/view/2175180312312020e0202>. Acesso em: 19 mar. 2021.

ESCOREL, S. **Vidas ao leu**: trajetórias de exclusão social. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.

ESTÊVÃO, C.A.V.; CARVALHO, M.E. **Pedagogia crítica e Direitos Humanos**: fundamentos para uma proposta pedagógico-crítica em Direitos Humanos. Ensaio: aval. pol. públ., Rio de Janeiro, v. 21, n. 80, p. 405-432, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v21n80/a02v21n80.pdf>> Acesso em: 10 out. 2020.

GIMBA, M.F.; CAVALCANTI, V.R.S. **Relações familiares e vulnerabilidades**. Curitiba: Juruá, 2017.

GIMBA, M.F.; CAVALCANTI, V.R.S. Um mundo à parte: Ouvindo usuários de crack e desvendando experiências. **Esripturas**, dez. 2018, vol. 2, p. 108-126. Disponível em <https://www.revistaescripturas.com/2018-2>

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas de vulnerabilidade social dos municípios brasileiros**. Brasília: Ipea, 2015.

IVO, A.B.L. A reconversão da Questão Social e a retórica da pobreza nos anos 1990. *In*: CIMADAMORE, A.; HARTLEY, D. & SIQUEIRA, J. **A pobreza do Estado**: reconsiderando o papel do Estado na luta contra a pobreza global. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2006.

LEVINAS, E. **Deus, a Morte e o Tempo**. Lisboa: Edições 70, 2012.

MENDES, K. T.; RONZANI, T.M.; PAIVA, F.S. de. População em situação de rua, vulnerabilidades e drogas: uma revisão sistemática. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 31, e169056, 2019. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/1807-0310/2019v31169056>. Acesso em: 07 out. 2020.

PUREZA, J.M. A cegueira cívica: direitos humanos e segurança no início do século XXI. *In*: SANTOS, B.S.; SANTOS, C.M. & MARTINS, B.S. (Orgs). **Quem precisa dos Direitos Humanos?** Precariedade, diferenças, interculturalidade. Coimbra: Almedina/Centro de Estudos Sociais, 2019. pp. 51-59.

QUEIROZ, L.F.O. **Levanta-te e anda: Pessoas em situação de rua, vida familiar e direitos humanos**. Dissertação (Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea). Salvador: Universidade Católica do Salvador, 2018.

SANTOS, B.S. Para uma concepção intercultural dos Direitos Humanos. *In*: SANTOS, B.S.; SANTOS, C.M. & MARTINS, B.S. (Orgs). **Quem precisa dos Direitos Humanos? Precariedade, diferenças, interculturalidade**. Coimbra: Almedina/Centro de Estudos Sociais, 2019, pp. 339-388.

SANTOS, B.S.; SANTOS, C.M. & MARTINS, B.S. (Orgs). **Quem precisa dos Direitos Humanos? Precariedade, diferenças, interculturalidade**. Coimbra: Almedina/Centro de Estudos Sociais, 2019.

SANTOS, M. **Milton Santos: o espaço da cidadania e outras reflexões**. Fundação Ulysses Guimarães, 2012.

SEN, A. **A ideia de justiça**. São Paulo: Cia das Letras, 2011.

CAPÍTULO 8

CRIMINOLOGIA POSITIVISTA NA REPÚBLICA VELHA (1889-1930) E SEUS IMPACTOS NA CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA BRASILEIRA

Data de aceite: 01/05/2021

Data da submissão: 28/01/2021

Ana Julia Pozzi Arruda

Mestranda pela Universidade Estadual Paulista
“Júlio de Mesquita Filho” – Faculdade de
Ciências Humanas e Sociais de Franca/SP
(UNESP - F.C.H.S.).
<http://lattes.cnpq.br/3666240341174232>

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar os impactos da incorporação do positivismo criminológico no Brasil com relação à construção da noção de cidadania, em um contexto de preocupação social com a constituição de um “povo” brasileiro. Preocupação, que, em termos gerais, é condicionada pelas perspectivas de indivíduos do mesmo gênero (homens), pertencentes a uma mesma classe social (elite econômica e política) e de mesma raça (brancos). De forma a preservar os interesses individuais frente às modificações históricas, o positivismo se revelou instrumento útil aos privilégios da elite política, legitimando cientificamente uma organização social desigual e marginalizante com fundamento na heterogeneidade da população. Nesse sentido, para entender como se apresentou a funcionalidade da referida doutrina criminológica, utilizou-se o método dedutivo, a partir da análise qualitativa de dispositivos do Código Penal de 1890, políticas públicas e das práticas institucionais que foram embasadas no positivismo, bem como revisão bibliográfica,

contraposta as mudanças sociais evidenciadas no país durante o século XX.

PALAVRAS - CHAVE: Criminologia Positivista. Direito Penal. República Velha. Criminalização. Cidadania.

POSITIVIST CRIMINOLOGY IN OLD REPUBLIC (1889-1930) AND ITS IMPACTS ON THE BRAZILIAN CITIZENSHIP

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the criminological positivism incorporation process in Brazil and its impacts regarding the citizenship notion, in a context of social concern about the nature of the Brazilian people. In general, such concern was conditioned by the perspectives of individuals of the same gender (men), having the same social background (economic and political elite) and belonging to the same race (white). In order to preserve individual interests in the face of historical changes, positivism proved to be a useful tool for maintaining the privileges of the political elite, scientifically legitimizing an unequal and marginalizing social organization based on the population heterogeneity. Hence, to understand the functionality of that criminological doctrine, the deductive method was used, based on the qualitative analysis of the 1890 Criminal Code provisions, public policies and institutional practices that were based on positivism, as well as a bibliography revision, confronting the social changes evidenced in the country during the 20th century.

KEYWORDS: positivist criminology. criminal law. Brazilian Old Republic. Criminalization. Citizenship

1 | INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das ciências criminais sempre foi profundamente ligado ao momento histórico e às preocupações econômico-políticas externadas pela sociedade. É nesse contexto que a criminologia positivista deve ser compreendida, tanto em sua origem na Europa, quanto na propagação para os demais continentes.

No pós-iluminismo, verificou-se grandes avanços nas ciências e forte crença na racionalidade científica, pela ideia de que todos os fenômenos da vida em sociedade poderiam ser explicados pelo uso da razão. O positivismo criminológico buscou encontrar os fundamentos da criminalidade a partir da observação empírica, na tentativa de empreender uma metodologia essencialmente científica e afastada de qualquer nuance que supostamente comprometesse a neutralidade objetiva dos resultados.

É importante compreender a evolução do positivismo na Europa para verificar como as categorias e os conceitos de criminoso, crime, pena e culpa foram incorporados na legislação brasileira da época, bem como sua instrumentalização pelas instituições penais e demais formas de controle social. Nesse sentido, o trabalho pretende resgatar os fatores jurídicos, sociais e históricos que orientaram e colaboraram para a adoção da criminologia positiva.

A aplicação de uma teoria criminológica que assenta seus pressupostos científicos em atributos raciais, de gênero, características fenotípicas e comportamentos estigmatizados, em um país marcado pela miscigenação, invariavelmente trouxe impactos sociais. Além disso, no cenário de transição do trabalho escravo para o trabalho livre, de intensificação da migração para os centros urbanos, a massa populacional não-branca torna-se alvo majoritário da repressão social, desta vez intermediada pela lei penal.

Ao inserir tais fatores no contexto histórico de independência política frente a Metrópole e de discussão sobre quem efetivamente faria parte da nação brasileira, as consequências da incorporação da criminologia positivista são evidenciadas, sobretudo no que tange ao desenvolvimento da cidadania e a não inclusão social de diferentes segmentos populacionais.

2 | CRIMINOLOGIA POSITIVISTA: SURGIMENTO NA EUROPA

O ápice do desenvolvimento da criminologia positivista se deu na Itália ao final do século XIX e, de modo geral, tinha como objetivo compreender as causas do crime para que, a partir deste entendimento, fossem implantadas medidas contra a criminalidade da época. Em um contexto de retomada do intervencionismo estatal, valorização das ciências e também de grande evolução científica, a partir de teorias evolucionistas que propagavam o determinismo biológico, os pressupostos de justificativa teórica da criminologia passaram a se assentar nas diferenças de gênero, raça e condições psíquicas.

Os ideais de racionalismo e empirismo estavam muito presentes à época,

influenciando toda produção científica. O cientificismo criminológico foi responsável pela elaboração de uma teoria acrítica, que não questionava a realidade posta, mas apenas reproduzia o cenário nas prisões e manicômios da Itália; sendo uma ciência caracterizada pela assepsia ideológica, buscou na área da biologia e na fisionomia dos indivíduos um fundamento para o crime, conforme explica Alessandro Baratta:

A novidade de sua maneira de enfrentar o problema da criminalidade e da resposta penal a esta era constituída pela pretensa possibilidade de individualizar “sinais” antropológicos da criminalidade e de observar os indivíduos assim “assinalados” em zonas rigidamente circunscritas dentro do âmbito do universo social (as instituições totais, ou seja, o cárcere e o manicômio judiciário). (...) Este [discurso criminológico] tem por objeto não propriamente o delito considerado como conceito jurídico, mas o homem delinquente, considerado como um indivíduo diferente e como tal, clinicamente observável. (BARATTA, 2018, p. 29)

Cesare Lombroso, talvez um dos mais importantes representantes da Escola, defendia que o crime era uma condição patológica que poderia ser identificada através de determinadas características físicas que os indivíduos apresentariam. Através de análises e estudos empíricos realizados em hospitais psiquiátricos e penitenciárias no sul da Itália, constatou semelhanças físicas naqueles que ali estavam e, a partir das características em comum observadas, formou o que seria por ele denominado “tipo criminal”, dotado de características orgânicas que evidenciavam a perpetuação de fatores atávicos do homem selvagem (LOMBROSO, 2007).

Além dos aspectos fenotípicos, Lombroso considerou outros fatores que, supostamente, seriam de indubitável influência na formação do intelecto e da personalidade do indivíduo criminoso, como a menor sensibilidade a dor (analgesia), maior agilidade física, canhotismo, frequência no consumo de bebida alcoólica, inadaptabilidade ao trabalho (com vocação para a mendicância e vadiagem), ausência de compaixão frente ao sofrimento alheio e também insensibilidade frente ao próprio sofrimento (LOMBROSO, 2007).

As hipóteses gerais de Lombroso foram reaproveitadas por outros cientistas da época, os quais foram modificando-a e acrescentando outros fatores de influência na personalidade criminoso, como o meio social, sentimento de moralidade, entre outros. As teorias ganhavam legitimidade na medida em que os argumentos apresentados eram difundidos por especialistas com suposto embasamento científico e metodológico.

Um ponto fundamental da teoria positivista refere-se à interdisciplinaridade, sendo esta uma contribuição, sobretudo, de Enrico Ferri, o qual, por sua vez, acreditava que seria um erro de método defender a ciência do Direito Penal como ramo fundamental de estudo e as demais disciplinas, como a biologia, a estatística e a psicologia, como acessórias e secundárias para o estudo do crime. Para ele, as ciências auxiliares possuiriam igual importância na construção das ciências criminais, revelando a interdisciplinaridade como elemento essencial para compreensão das causas do crime e da melhor forma de lidar com

o indivíduo criminoso (FERRI, 1996).

Conforme as diferentes áreas do conhecimento que preponderavam no estudo, a disciplina poderia ter uma denominação diferente. Enrico Ferri, que incluiu fatores sociais como interventores na formação do indivíduo delinquente, é frequentemente associado ao termo “sociologia criminal”, enquanto que, Lombroso, na medida em que analisa e confere primazia a aspectos fisiológicos e genéticos, é reconhecido como representante da “antropologia criminal”, ainda que os diversos temas se refiram ao mesmo objeto de estudo: o indivíduo criminoso.

É fundamental ressaltar que esta interdisciplinaridade reflete também nas diferentes concepções de delito, de pena e de responsabilidade penal, constituindo um dos principais aspectos da Escola Positiva que a diferencia da Escola Clássica, por exemplo. Para esta, o delito é considerado um ente jurídico, que se materializa nas escolhas livres de sujeito dotados de livre arbítrio e que optam por violar um direito de terceiro e, conseqüentemente, descumprem o contrato social ao qual todos são submetidos. Conforme explica Baratta, há uma separação, no âmbito jurídico, entre a conduta criminosa e fatores externos:

Isto significa abstrair o fato do delito, na consideração jurídica, do contexto ontológico que o liga, por um lado, a toda personalidade do delinquente e a sua história biológica e psicológica, e por outro lado, à totalidade natural e social em que se insere sua existência. (...) O delito, como ação, é para Carrara e para a Escola clássica um ente juridicamente qualificado, possuidor de uma estrutura real e um significado jurídico autônomo, metafisicamente hipostasiado: o ato da livre vontade de um sujeito. (BARATTA, 2018, p. 38)

Tal percepção revela pleno alinhamento à corrente filosófica liberal contratualista, vez que o indivíduo racional transcende o estado de natureza, abrindo mão de sua completa liberdade, para se submeter a leis e normas gerenciadas pelo Estado de modo a garantir o bem comum da sociedade pela coexistência de interesses individuais. Portanto, o poder punitivo também estaria nas mãos do Estado, porém racionalizado e delimitado aos procedimentos legais, para que fosse legitimado perante o contrato social.

Nesse sentido, a criminologia positivista, ao deslocar o objeto do direito penal do crime para o criminoso, reformula a fundamentação do direito de punir, bem como sua racionalização. O delito não deixa de ser um ente jurídico, visto que ainda consiste na violação da norma, porém deixa de ser o ponto fundamental que determina aplicação da pena, para centrar a análise no criminoso, sua personalidade, seus antecedentes e seu nível de periculosidade.

(...) o criminoso, sendo o autor do fato proibido ao qual se deve aplicar a pena cominada pela lei e sendo, por isso, ele o protagonista da Justiça Penal prática, deve sê-lo também da Ciência Criminal. Daí que, ao estudo jurídico do crime e da pena, admiravelmente feito pelos criminalistas clássicos, é necessário propor e acrescentar o estudo do delinquente, cujo crime praticado – tendo também um valor próprio de maior ou menor gravidade

moral e jurídica – é sobretudo o sintoma revelador de uma personalidade mais ou menos perigosa, para a qual se deve dirigir uma adequada defesa social. É preciso, portanto, abandonar, visto não corresponder à realidade, o critério fundamental da Escola Clássica, que considerava o autor do crime como um “tipo médio”, igual a quaisquer outros homens, salvo os poucos casos aparatosos e taxativamente catalogados de menoridade, loucura, surdo-mudez, embriaguez, ímpeto de cólera e de dor. (FERRI, 1996, p. 64)

Assim, para a Escola Positivista, a conduta criminosa não decorre da livre vontade do indivíduo, pois se revela como manifestação dos fatores que formam a personalidade do criminoso, porque seu processo de evolução não lhe permite compreender as regras e valores morais da sociedade, seja por incapacidade, por insensibilidade, ou qualquer outro fator biopsicológico.

Perde sentido, então, a ideia da responsabilidade penal fundada na responsabilidade moral do indivíduo que infringe tais preceitos com a prática delituosa. Da mesma forma, a função da pena deixa de ser a de dissuadir o restante dos indivíduos à prática de delitos, visto que estes são um dado natural da sociedade, a qual, por meio do Estado e da aplicação da pena, deve responder ao crime para garantir sua ordem e conservação. Portanto, a função da pena passa a ser a de defender a sociedade frente a condutas que desestabilizem a ordem do sistema.

Além da defesa social, a pena também seria uma espécie de tratamento do indivíduo, sendo aplicada de acordo com sua maior ou menor temibilidade, até que estivesse apto para retornar ao convívio social. As instituições jurídico-penais deveriam impor medidas que fossem capazes de normalizar o indivíduo, a partir da noção de periculosidade de cada um, não necessariamente pela gravidade do delito praticado (FERRI, 1996).

Evidentemente, os diferentes pressupostos das Escolas Clássica e Positivista também diziam respeito ao modelo de Estado que se estava em discussão: liberal (referente à escola clássica) ou intervencionista (referente à escola positivista). Por um lado, não era possível abdicar de toda dogmática penal, fundada no princípio da legalidade e no liberalismo, em nome de um direito penal do autor; porém, de outro, também não se podia ignorar as correntes científicas que se apresentavam como solução ao problema da criminalidade e da defesa social (ANDRADE, 2015).

Justamente neste embate é que se buscou uma conciliação entre as diferentes propostas criminológicas na formação da cultura jurídica de diversos países, sobretudo no século XX. A ideia era conjugar tanto os princípios essenciais da Escola Clássica, principalmente visando a segurança jurídica do réu, quanto o tratamento do criminoso a partir da aplicação de medidas repressivas e preventivas, as quais atuariam com base nos fatores criminógenos dos indivíduos, o que resultou em legislações “cindidas entre as exigências de objetividade, certeza e segurança jurídica e de valorização da concreta individualidade perigosa do criminoso” (ANDRADE, 2015, p. 80)

3 I CONTEXTO HISTÓRICO BRASILEIRO

No Brasil, não há como compreender a incorporação das teorias positivistas sem analisar o momento histórico, marcado por preocupações acerca da identidade e construção da nação brasileira, em um contexto de recente declaração de independência e fim do colonialismo português. Sendo assim, o positivismo se revelou de extrema conveniência para o país, através de uma concepção que conglobava as preocupações sociais e políticas da época, bem como apresentava uma solução condizente com os interesses da elite econômica brasileira.

Para se pensar a constituição da cidadania e da sociedade brasileiras, é imprescindível que seja levado em consideração todo o processo histórico de exploração econômica e social a que o país esteve submetido desde os tempos coloniais. A relação entre colônia e metrópole foi moldada nos pressupostos de expansão do capitalismo mercantil, caracterizando-se pela exploração da primeira de modo a favorecer a acumulação de riquezas e as trocas comerciais da metrópole.

Nesse sentido, para firmar seu domínio local sobre as populações nativas e garantir a posse na colônia, foi preciso estabelecer formas de controle repressivo e ideológico que consolidassem o poder lusitano na região. Este processo teve início com as missões religiosas, as quais tinham por objetivo catequizar a população indígena e, posteriormente, foi transferido aos donos das capitânicas, que eram autoridade máxima no território, responsáveis pela ordem administrativa e social de sua respectiva região.

Após as três primeiras décadas, com a consolidação do processo de colonização, Portugal passou a incentivar a exportação em larga escala produzida em grandes propriedades. Nesse sentido, para que fosse possível tal magnitude na produção, era necessário o trabalho compulsório, principalmente pela escravização da população não-branca, já que os escravos também representavam fonte de riqueza para os donos das terras (FAUSTO, 2012).

Com o desenvolvimento da economia local e a divergência de interesses entre colônia e metrópole, começaram a surgir no Brasil movimentos de independência que, apesar de diversos, tinham em comum o desenvolvimento de uma consciência nacional que identificava Portugal como causa de diversos problemas locais. Como ressalta Boris Fausto, os ideais separatistas eram expressados por diferentes grupos sociais, entretanto, cada qual preocupado em resguardar os próprios interesses.

Longe de constituir um grupo homogêneo, esses setores abrangiam desde grandes proprietários rurais, de um lado, até artesãos ou soldados mal pagos, de outro, passando pelos bacharéis e letrados. Também não tinham em comum exatamente a mesma ideologia. As "ideias francesas" ou o liberalismo da Revolução Americana eram suas fontes inspiradoras. Mas os setores dominantes tratavam de limitá-las, sendo por exemplo, muito prudentes no tocante ao tema da abolição da escravatura, que viria a ferir seus interesses.

Pelo contrário, para as camadas dominadas a ideia de independência vinha acompanhada de propósitos igualitários de reforma social. (FAUSTO, 2012, p. 63)

Após a Proclamação da Independência, no plano político e social, os ideais abolicionistas começavam a ser difundidos no Brasil, intensificaram-se os movimentos negros de insurgência contra a escravidão e havia fortes pressões econômicas para a extinção do tráfico negreiro, evidenciando o fim iminente deste modo de produção. Assim, a questão fundamental seria a de compreender qual seria o espaço do negro no mercado de trabalho e como seriam inseridos no projeto de nação do Brasil independente, tendo em vista o cenário de uma sociedade profundamente desigual e heterogênea.

4 | ABOLIÇÃO DA ESCRAVIDÃO E O CONTROLE SOCIAL EXERCIDO SOBRE A POPULAÇÃO NEGRA

No contexto histórico em que os ideais republicanos de liberdade, igualdade e justiça ecoavam na política nacional, ao mesmo tempo, encontravam dificuldades para serem efetivados em uma sociedade ainda estruturada sobre o regime escravista. Seria necessário, portanto, encontrar formas para conjugar os ideais republicanos com as diferenças sociais e econômicas, e, ao mesmo tempo, lidar com uma elite não disposta a abrir mão de seus privilégios.

As soluções encontradas para se ultrapassar essa heterogenia foram diversas, embora tivessem como ponto comum a ânsia de instituir uma nacionalidade. Esta busca de um povo foi expressa repetidamente por diversos reformadores ao longo de todo o século XIX. Em um primeiro momento, os emancipacionistas voltaram-se para os próprios habitantes pobres do país, fossem eles escravos ou livres, e procuraram arrancá-los de suas vidas vistas como abjetas, inúteis e isoladas, para integrá-los no projeto de uma sociedade unida, harmoniosa e progressiva. (...) Já em um segundo momento, que podemos localizar a partir dos anos 50, ganhando força principalmente nos anos 70, os emancipacionistas aderem às soluções imigrantistas e começam a buscar no exterior o povo ideal para formar a futura nacionalidade brasileira. A força de atração destas propostas imigrantistas foi tão grande que em fins do século a antiga preocupação com o destino dos ex-escravos e pobres livres foi praticamente sobrepujada pelo grande debate em torno do imigrante ideal ou do tipo racial mais adequado para purificar a “raça brasileira” e engendrar por fim uma identidade nacional. (DUARTE, 1998, p. 36-37)

De fato, as teorias raciais que justificavam o tratamento inferior do negro foram de enorme relevância na formulação de políticas de embranquecimento da população e de imigração europeia para o Brasil. As diversas teorias eram responsáveis por legitimar, inclusive cientificamente, preconceitos e práticas discriminatórias para com a população negra, e produziram profundo impacto em sua colocação no contexto social bem como na construção de sua cidadania.

Ao contrário do retratado em versão oficial, a abolição da escravidão no Brasil em 1888 não fora um ato de clemência da princesa Isabel para com os escravos, mas sim o resultado de diversas rebeliões dos negros escravizados e também de pressões econômicas internacionais que patrocinavam tal interesse. Contudo, a elite do país estruturou um processo de abolição para que mantivesse os próprios privilégios e afastou o reconhecimento da luta social contra o poder vigente (CASARA, 2015).

Neste contexto de fim do trabalho escravo para expansão do trabalho livre, não houve um período de transição em que fossem ofertadas condições materiais, sociais e econômicas para os libertos se organizarem em torno das novas demandas do regime laborativo. A ausência de um projeto de integração à ordem social e, principalmente, a negação desta integração por uma política de embranquecimento que privilegiava imigrantes europeus frente ao ex-escravo brasileiro, colocou o negro em posição à margem do desenvolvimento nacional, sendo alvo de preconceitos e do controle social exercido pelas agências penais (FERNANDES, 2008).

As teorias criminológicas positivistas foram fundamentais neste cenário, na medida em que conferiam cientificidade para os argumentos racistas, bem como para práticas institucionais já em voga, permitindo que fosse exercido um controle social mais intenso sobre as populações negras e mestiças – as quais constituíam maioria tanto no ambiente urbano como no rural.

5 | A CRIMINOLOGIA POSITIVISTA NO BRASIL

A recepção da criminologia positivista no Brasil, no contexto de construção da cidadania brasileira, foi de extrema conveniência para racionalização dos preconceitos enraizados na sociedade, justificar a suposta supremacia dos brancos e a manutenção de seus privilégios. Nos jornais, a imagem do negro refletia sua representação no imaginário social:

Outro indício relevante encontrado na parte policial refere-se aos relatos dos motivos de captura. Além de “por suspeita de escravo”, são constantes as seguintes declarações: “por vagabundo”, “por desordeiro”, “por ébrio” ou “por andar sem bilhete após o toque de recolher”. Logo, quando a afirmação não está diretamente relacionada à condição escrava, parece indicar para o próprio caráter degenerado do negro livre, que é preso por não ter ocupação ou por não estar adaptado às condições “civilizadas” da vida nas cidades. (SCHWARCZ, 1987, p. 156)

O negro liberto era visto como uma ameaça social, que iria dificultar o desenvolvimento da nação pela sua inferioridade racial. Nesse sentido, foi necessário um instrumento de repressão para conter o contingente negro nos centros urbanos, que substituísse os modelos de controle do regime escravagista, criando obstáculos para a inserção do ex-escravo na sociedade.

A intensa urbanização no final do século XIX provocou um grande deslocamento de contingente populacional das áreas rurais para os centros urbanos, colocando em pauta a discussão acerca do controle social que deveria ser exercido sobre o excedente de trabalhadores das cidades, que eram tidos como insubmissos pela elite nacional e, portanto, despertavam riscos ao estabelecimento da ordem nas cidades. Assim, o Direito Penal foi o instrumento utilizado para controle da população e para responder aos sentimentos de insegurança e medo da burguesia. A criminologia positivista, portanto, teve grande repercussão, sendo possível observar seus reflexos tanto nas legislações quanto nas práticas institucionais dos agentes do sistema punitivo.

Diante da condição natural e necessária para o desvio, característica dos não brancos, o desenvolvimento sadio da modernização brasileira só seria possível através da diminuição do contingente negro da sociedade, por controle, segregação ou extermínio. Nesse modelo, a figura do criminoso era definida ou por questões fenotípicas, ou por inadequação à disciplina fabril ou por indisciplina política. Aos negros, a prisão, por sua condição natural; aos brancos inadaptados ao sistema de produção em desenvolvimento, idem. (PIRES, 2015, p. 49)

Raymundo Nina Rodrigues talvez tenha sido o principal representante da criminologia positivista no Brasil, sobretudo em termos metodológicos, tendo em vista que estruturou um retrato sobre a presença do negro no país a partir da mera observação empírica. Era médico e professor da Faculdade de Medicina da Bahia, sendo um forte defensor das teorias evolucionistas e do determinismo biológico. Acreditava que as raças não brancas, tanto índios como negros e mestiços, não possuíam o mesmo nível de desenvolvimento dos Europeus por não terem chegado a tal estágio de evolução. Nesse sentido, estariam próximos dos “selvagens”, ou seja, do ser humano primitivo (RODRIGUES, 1938)

Rodrigues não questionou as teorias raciais europeias, tomou-as como pressuposto teórico em seu trabalho, de forma a pensar a existência das diferentes raças por uma perspectiva de valores e padrões eurocêntricos. O autor deixa claro suas premissas logo na introdução do livro “As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil”:

Não tive a mente de abrir discussão neste trabalho sobre as doutrinas, sobre os princípios científicos que o inspiraram. Tais quais os aceito, apliquei-os à solução de um problema médico-legal. Mérito ou demérito, só pode haver aqui, portanto, na legitimidade ou ilegitimidade das aplicações feitas e das ilações tiradas. Para condenar a obra, de nenhum outro pretexto tem, pois, necessidade aqueles a quem motivos de crenças religiosas ou de exagerado partidarismo de escola, tornaram inconciliáveis com essas doutrinas e porventura incompatíveis com um espírito de crítica, reto e imparcial. (RODRIGUES, 1938, p. 39)

Na obra em questão, o “problema médico-legal” a que o autor se refere diz respeito a como atribuir responsabilidade penal a indivíduos de diferentes raças, já que não possuem – por motivos de desenvolvimento intelectual – a mesma capacidade de compreender o

caráter ilícito ou imoral de sua conduta. Portanto, havia um impasse a ser resolvido: de que forma seria possível evitar a impunidade e, ao mesmo tempo, proteger a sociedade dos atos criminosos?

Segundo o autor, a resposta residiria no estabelecimento de gradações da responsabilidade penal de acordo com a capacidade de entendimento e nível de cultura mental do respectivo indivíduo. A heterogeneidade que marcava a sociedade também refletiria no Direito Penal e, conseqüentemente, repercutiria na construção da cidadania brasileira. Seria preciso códigos diferentes para solucionar não apenas a questão da criminalidade, mas também para que a nação não fosse corrompida pela herança negra de modo a comprometer o progresso nos moldes de padrões europeus (RODRIGUES, 1938).

Através de sua perspectiva, seria evidente a falha dos pressupostos da Escola Clássica e da legislação penal da época, tendo em vista que estes consideram os indivíduos completamente racionais, igualmente capazes de se determinar de acordo com suas vontades e, portanto, inteiramente responsáveis por suas ações. Entretanto, o ordenamento jurídico da época também apresentava instrumentos influenciados pelas premissas positivistas – Código Criminal e a legislação esparsa eram os mais significativos –, a partir da criminalização de práticas culturais da população negra, aplicação da pena vinculada a noções de periculosidade e a existência de dispositivos vagos que permitiam várias interpretações, dentre outros.

Além disso, as práticas institucionais administrativas, por atuarem principalmente no aspecto preventivo do delito na forma de policiamento ou estabelecimento de políticas públicas, também estavam orientadas para operar sob a ótica seletiva que atingia principalmente e primeiramente a população negra e mestiça, bem como as classes economicamente vulneráveis.

5.1 Código Criminal de 1890

O Código Criminal de 1890 foi muito criticado pois, devido a sua elaboração às pressas, não conseguiu incorporar completamente as teorias científicas em voga na época e, portanto, carecia de sólida base teórica e acadêmica (BORGES; SILVA, 2016). Possuía diversos princípios que revelavam inclinações liberais, como o princípio da legalidade, consagrado logo no primeiro artigo do referido Código; o princípio da irretroatividade da lei penal (art. 3º) e, ainda determinava que as leis penais deveriam ser aplicadas a todos, não fazendo distinção de classe social, gênero ou raça (art. 4º).

Entretanto, ao mesmo tempo, também apresentava outros dispositivos que retomavam a ideia de sociedade estratificada, supremacia dos costumes e valores europeus e disciplinamento para o trabalho. O artigo 38, por exemplo, que dispõe acerca do concurso de agravantes e atenuantes estabelece que a agravante prevaleceria se “o criminoso fosse azevado a praticar más ações ou se fosse desregrado de costumes” (BRASIL, 1890). É evidente que os costumes a que o dispositivo se refere são aqueles padrões para a elite

branca que ditavam as normas sociais.

Nesse sentido, verifica-se a ambiguidade do Código Criminal da época, o qual contava com princípios liberais como a vedação da presunção de culpa (art. 67), princípio da legalidade, irretroatividade da lei penal e outros que indicassem a existência de um direito penal do fato; mas também elementos subjetivos que assinalam a presença de um direito penal do autor, dando margem para diversas interpretações às agências policiais e judiciais.

Além disso, há a problemática de as contravenções penais terem sido regulamentadas de acordo com o que representava o medo para as classes dominantes, mesmo quando não há vítimas envolvidas nos referidos delitos (AZEVEDO, 1987). A criminalização do consumo de bebidas alcoólicas (art. 396), da vadiagem (art. 399) e da capoeira (art. 402), por exemplo, principalmente a partir de dispositivos vagos, permitiu que a ação dos aparatos policiais, direcionada à população pobre e não-branca que vivia nas cidades, constituísse forma de controle social e disseminação de valores eurocêntricos.

Por outro lado, nas ocorrências policiais, as qualificações que determinavam apreensões eram sempre suficientemente vagas, auxiliando na possibilidade de arbítrio a polícia local. Nesse sentido, particularmente clara é a caracterização "por vagabundagem", sendo que, devido a seu grau de subjetivismo, era capaz de comportar uma ampla gama de situações. Assim, através das "ocorrências" podemos verificar como se dava na época a utilização da expressão que Laura de Mello e Souza convencionou chamar de "teoria da vagabundagem", já que se lançava mão desse conceito para prender ou marginalizar qualquer indivíduo sem uma ocupação diretamente verificável. (SCHWARCZ, 1987, p. 156-157)

É evidente a presença da ideologia burguesa do trabalho em alguns dos dispositivos do Código Criminal, na medida em que a intenção das autoridades, ao tentar impedir a ociosidade tipificando manifestações culturais e eventuais descontrações, era a de compelir as classes populares ao trabalho, disciplinando a mão-de-obra excedente. Em um contexto de intensificação da urbanização, tais dispositivos foram fundamentais na organização dos espaços de vigilância nos centros urbanos.

Entretanto, além da atividade laboral, o Código também deveria disseminar outros valores do regime republicano e possibilitar formas de controle social, as quais acabavam sendo prejudicadas pelas inclinações liberais de igualdade e garantia de direitos. As críticas dirigidas ao Código Criminal de 1890 repousavam principalmente neste aspecto, tendo em vista que, no contexto histórico da República Velha, a noção de progresso estaria vinculada aos países Europeus e, portanto, a nações brancas. Ou seja, o Brasil, sendo um país com grande miscigenação étnica, precisava de profundas reformas para que se constituísse em um país "civilizado", o que se daria através do direito penal.

A introdução da Criminologia no país representa, deste modo, a possibilidade simultânea de compreender as transformações pelas quais passava a sociedade, implementar estratégias específicas de controle social e estabelecer formas diferenciadas de tratamento jurídico-penal para determinados segmentos da população. Enquanto um saber normalizador, capaz de identificar, qualificar e hierarquizar os fatores naturais, sociais e individuais envolvidos na gênese do crime e na evolução da criminalidade, a criminologia poderia transpor as dificuldades que as doutrinas clássicas de direito penal, baseadas na igualdade ao menos formal dos indivíduos, não conseguiam enfrentar, ao estabelecer ainda os dispositivos jurídico-penais condizentes com as condições tipicamente nacionais. (ALVAREZ, et. al., 2003, p. 9)

Inclusive, durante o período de vigência do Código Criminal de 1890, houve várias propostas para alterá-lo nas Assembleias Legislativas e Congresso; diversos institutos também se posicionavam no sentido de modificar o ordenamento jurídico para adequá-lo aos pressupostos da criminologia positivista (ALVAREZ, et. al., 2003). Mesmo que as diversas críticas à legislação não obtivessem êxito na alteração do Código, a ideologia positivista foi incorporada às práticas institucionais, de modo que, em harmonia com os pressupostos da teoria lombrosiana, era evidente a seletividade do sistema, já que negros, mulheres, menores, entre outros, não poderiam ser tratados pelos princípios clássicos de igualdade, visto que, por sua própria natureza evolutiva, não seriam iguais.

Permeando pelos espaços vagos, imprecisos e contraditórios do ordenamento jurídico, a ideologia positivista e suas críticas à legislação foram adotadas por grande parte dos juizes, polícia, membros do Ministério Público e professores universitários. O ensino jurídico no Brasil, como ainda não havia adquirido autonomia de desenvolvimento, incorporava e reproduzia as principais correntes ideológicas que se manifestavam na Europa, o que também contribuiu para a disseminação do positivismo no território nacional e para a hierarquização da noção de cidadania (ALVAREZ, 2014).

5.2 As Práticas Institucionais

No contexto republicano de construção da cidadania brasileira, em que havia preocupação com a formação de uma nação constituída por um povo predominantemente branco, o discurso criminológico encontrou terreno fértil para seu desenvolvimento na medida em que legitimou e justificou as ações exercidas sobre a população negra não apenas sob o viés criminal. Foi também por orientar as políticas de imigração europeia, a dinâmica do aparato policial direcionado a repressão das populações periféricas e, inclusive, a participação brasileira na Guerra do Paraguai (DUARTE, 1998).

Como vários dos dispositivos do Código Penal eram vagos e imprecisos, a polícia, ao atuar para a manutenção da ordem, direcionava seus esforços para a massa de indivíduos que inspirava medo nas elites, tidos como violentos, vadios e amorais. Em situação de liberdade, os negros tiveram que se deslocar para os centros urbanos, onde não encontrariam facilmente trabalho e moradia, de forma que paulatinamente formaram

um aglomerado informal nas regiões mais afastadas. O desemprego era outro fator que se somava para os colocar como alvos da repressão policial.

Ainda, a falta de trabalho foi acentuada pelas políticas de imigração que tinham como objetivo o embranquecimento da população para formação da nação brasileira. Os imigrantes, advindos sobretudo de Espanha, Portugal, Alemanha e Itália, instalavam-se principalmente nas regiões sul e sudeste para trabalhar na agricultura de exportação, tendo em vista que era o eixo econômico predominante à época.

Na transição da mão-de-obra escrava para a mão-de-obra livre, o trabalhador europeu despertava maior confiança para os fazendeiros. Por isso, a imigração se deu, sobretudo, no ambiente rural, visto que eram ofertadas terras e moradias para os imigrantes para que se instalassem no Brasil. O perfil dos europeus que vieram através de políticas de imigração era o de trabalhador rural, com poucos recursos financeiros para garantir boa condição de vida no seu país de origem, de modo que as novas perspectivas de vida apresentadas pela imigração pareciam de fato atrativas (FERNANDES, 2008).

Nesse sentido, as políticas de imigração, inspiradas em pressupostos positivistas, foram úteis tanto para a consolidação do trabalho livre e assalariado quanto para fomentar o branqueamento da população. Já que as raças não brancas seriam inferiores e sua incorporação na sociedade implicaria na degeneração da nação, a alternativa colocada em prática fora a de intensificar a presença do branco europeu pela imigração, de modo a também impulsionar a miscigenação e, paulatinamente, reduzir o contingente negro da sociedade.

6 | EVIDÊNCIAS DO POSITIVISMO

A criminologia positivista foi importante no sentido de inaugurar o estudo acerca das causas da criminalidade, tendo seu auge no final do século XIX e início do século XX. Talvez não fosse possível alcançar um resultado diferente a partir da metodologia adotada por Lombroso, já que a observação da realidade e das instituições criminais revela o efeito dos mecanismos de seleção jurídico-penais, ou seja, apenas o resultado do processo de criminalização.

Os sujeitos que observava clinicamente para construir a teoria das causas da criminalidade eram indivíduos caídos na engrenagem judiciária e administrativa da justiça penal, sobretudo os clientes do cárcere e do manicômio judiciário, indivíduos selecionados daquele complexo sistema de filtros sucessivos que é o sistema penal. Os mecanismos seletivos que funcionam nesse sistema, da criação das normas à sua aplicação, cumprem processos de seleção que se desenvolvem na sociedade, e para os quais, como se verá logo, o pertencimento aos diversos estratos sociais é decisivo. (BARATTA, 2018, p. 40)

Apesar de superadas suas conclusões, é evidente o impacto social do positivismo no Brasil, inclusive por legitimar preconceitos raciais que se manifestavam em práticas de exclusão e violência. Ainda hoje, o retrato do sistema criminal permanece inalterado em sua essência: seu alvo principal é a população negra, jovem, em situação de vulnerabilidade econômica e social.

Ainda que os mecanismos de criminalização e seleção jurídico-penais tenham sido evidenciados e esclarecidos, para que tal crítica seja de fato incorporada às instituições, é preciso que se reconheça os resquícios da sociedade colonial e republicana do século XIX (ALVES, 2017). Assim, é possível identificar como as instituições podem ser utilizadas em favor de determinados interesses particulares, sobretudo sendo o Direito instrumentalizado a favor de quem detém o poder político e econômico.

O racismo estrutural, o preconceito e a discriminação ainda orientam muitas das práticas institucionais de repressão, tanto por meios formais quanto informais de controle social, que reforçam a estigmatização de determinados grupos e sujeitos. Esta realidade repercute em setores sociais de forma essencial para manutenção das desigualdades, na medida em que dificulta o acesso à serviços públicos, impossibilita a efetividade de direitos fundamentais e exclui as minorias do âmbito de proteção jurídica e estatal.

Apesar da Constituição Federal prever uma ampla gama de direitos, o status de cidadão, entendido como a situação de pleno gozo dos direitos civis, sociais e políticos torna-se inalcançável e restrito à condição de classe e de pertencimento a grupos dominantes (MARSHALL, 1967). Os discursos positivistas do século XIX ecoam na realidade do século XXI, revelando a permanência da opressão, da desigualdade e da exclusão que há tempos marcam a sociedade brasileira.

7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal contribuição da Escola Positivista para a criminologia foi trazer a análise da questão criminal para o horizonte empírico, mostrando que o crime também é um dado da realidade e não está exclusivamente situado no âmbito do livre arbítrio e da consciência do indivíduo. Proporcionou um viés que suscitou questionamentos de forma que outras escolas criminológicas pudessem denunciar o processo de criminalização que engloba classes sociais vulneráveis, população não-branca e majoritariamente negra, mulheres que fogem ao padrão de feminilidade, entre outros. Atualmente, verificamos que tal cenário permanece inalterado em sua essência, apesar de avanços sociais, científicos, criminológicos e econômicos.

No contexto brasileiro, a incorporação da teoria positivista revelou-se altamente funcional aos interesses das elites econômica e política, visto que possibilitou maior desenvolvimento de mecanismos de criminalização de setores já marginalizados e vulneráveis, corroborando com a desigualdade social, seja por meio de instrumentos

jurídico-penais, instituições de controle social e orientação de políticas públicas.

A história do Brasil, em diversos momentos, identifica-se com a história de manutenção de privilégios econômicos e sociais das elites, reproduzindo um padrão de funcionamento que não se rompe. A construção e, principalmente, a efetivação da cidadania plena dependem não somente da previsão de garantias individuais em instrumentos normativos, mas de ações sociais conjuntas que eliminem privilégios já solidificados.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Marcos César. Do Bacharelismo Liberal à Criminologia no Brasil. In: **Revista USP**, n. 101, p. 11-26. São Paulo: 2014.

ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luiz Antônio F. A sociedade e a Lei: O Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. In: **Justiça e História**, v. 3, n. 6. Porto Alegre: 2003

ALVES, Dina. **Rés negras, juízes brancos: Uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana**. CS. 2017, n.21, p.97-120. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18046/recs.i21.2218>. Acesso em: 21/02/2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência a violência do controle penal. 3 ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. **Onda negra, medo branco**: o negro no imaginário das elites – Século XIX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito pena. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2018.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Neury Carvalho Lima – São Paulo: Hunter Books, 2012.

BORGES, Guilherme Martins Teixeira; SILVA, Anderson Luiz Brasil. “Pela porta dos fundos”: a construção do saber criminológico positivista no ordenamento brasileiro. In: **Revista de Criminologia e Políticas Criminais**, v. 2, n. 1, p. 264-284, Brasília: 2016

CASARA, Rubens R. R. **Mitologia Processual Penal**. – São Paulo: Saraiva, 2015.

DUARTE, Evandro Charles Piza. (1998) **Criminologia e racismo**: introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil. Santa Catarina. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina.

FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. 2 ed. 5 reimpr. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**: (o legado da “raça branca”), volume 1. Prefácio de Antônio Sérgio Alfredo Guimarães. – 5 ed. – São Paulo: Globo, 2008.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal** – o criminoso e o crime. Tradução Paolo Capitanio. – Campinas: Bookseller Editora, 1996.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. Tradução Sebastião José Roque – São Paulo: Ícone, 2007.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1967

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Do ferro quente ao monitoramento eletrônico: controle, desrespeito e expropriação de corpos negros pelo Estado Brasileiro. In: FLAUZINA, Ana; FREITAS, Felipe; VIEIRA, Hector; PIRES, Thula. **Discursos negros**: legislação penal, política criminal e racismo. Brasília: Brado Negro, 2015.

RODRIGUES, Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. 3 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Retrato em branco e negro**: jornais, escravos e cidadãos em São Paulo no final do século XIX. – São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

ANATOMIA DA FORMAÇÃO E MODO DE ATUAR DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Data de aceite: 01/05/2021

Data da submissão: 27/01/2021

Paulo Sérgio de Almeida Corrêa

Faculdade de Educação. Instituto de Ciências da Educação. Universidade Federal do Pará. Belém. Pará.

<https://orcid.org/0000-0002-9975-9919>

RESUMO: Este trabalho é parte de uma pesquisa em andamento que focaliza a atuação do crime organizado e os efeitos da corrupção sobre a Administração Pública. Tem como objetivo explicitar as dinâmicas dos esquemas criados para formar as organizações criminosas e o modo de agir dos seus integrantes. Como são formadas as organizações criminosas e qual o modo de operar arquitetado por seus integrantes, visando promover a corrupção? Pesquisa apoiada em fontes bibliográficas e documentais, mas neste caso, respaldada em fatos que vieram a público a partir de 14 Operações deflagradas pela Polícia Federal e Ministério Público, implicando 14 Unidades Federadas do território brasileiro, no período de 2010-2016. As organizações criminosas se revestem de diversas faces, adotam muitas formas para atuar e delinquir contra a Administração Pública. Por outro lado, mobilizam profissionais de várias áreas, dedicados a cumprir funções diferentes no esquema criminoso que viola princípios constitucionais e impede a efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS - CHAVE: Administração Pública; Crime Organizado; Corrupção.

ANATOMY OF TRAINING AND WAY OF OPERATING CRIMINAL ORGANIZATION

ABSTRACT: This work is part of an ongoing research that focuses on the performance of organized crime and the effects of corruption on Public Administration. Its purpose is to explain the dynamics of the schemes created to form criminal organizations and the way of acting of its members. How are criminal organizations formed, and how is it operated by its members to promote corruption? Research supported by bibliographical and documentar sources, but in this case, supported by facts that came to public form 14 operations initiated by Federal Police and Public Ministry, implying 14 Federated Unis of the Brazilian territory, in the period of 2010-2016. Criminal organizations have many faces, they adopt many forms to act and to commit crimes against Public Administration. On the other hand, they mobilize professionals from various areas, dedicated to fulfilling different funtions in the criminal scheme that violate constitutional principles and face fundamental rights and guarantees.

KEYWORDS: Public Administration; Organized crime; Corruption.

1 | INTRODUÇÃO

Este trabalho expressa o resultado parcial de uma pesquisa em andamento que focaliza a atuação do crime organizado e os efeitos da corrupção sobre a Administração Pública. Tem

como objetivo explicitar as dinâmicas dos esquemas criados para formar as organizações criminosas e o modo de agir dos seus integrantes. Como são formadas as organizações criminosas e qual o modo de operar arquitetado por seus integrantes, visando promover a corrupção?

Trata-se de uma pesquisa desenvolvida a partir da leitura e análise de fontes bibliográficas e documentais, com averiguação dos fatos que vieram a público a partir de 14 Operações deflagradas pela Polícia Federal e Ministério Público, totalizando 14 Unidades Federadas do território brasileiro, no período de 2010-2016.

A atuação do crime organizado, é um fenômeno que marca a história do Brasil, e sua dinâmica operacional tem sofrido expansão no momento contemporâneo (GONÇALVES, 2012), ainda que também tenha ocorrido aprimoramento nos meios adotados para combatê-lo (SILVAa, 2011).

Pesquisa desenvolvida por Schabbach (2008), mostrou que os agentes implicados com o crime organizado estão associados a uma intrincada “rede de relações interorganizacionais” de um sistema que prolifera na organização social brasileira, produzindo seus maléficos efeitos, pois, para o cometimento dos crimes, serve-se da ação planejada e de pessoas com elevada ou baixa escolarização, com atuação no mundo lícito.

Para Nucci (2015), a modalidade de associação sob a forma crime organizado, está enredada a uma “estrutura ou um conjunto de partes ou elementos”, cujo agir é premeditadamente “ordenado”, apresenta-se com “caráter estável e duradouro”, o fracionamento das “tarefas” e usufruto das “vantagens” obtidas pelo enriquecimento ilícito.

Em Lopes Júnior (2009), tem-se que o crime organizado “um processo situado em um *continuum* que vai da atividade legal até o evento delituoso”. Partindo dessa perspectiva, dá-se a banalização das ações cometidas pelos agentes criminosos, onde cada integrante passa a habitar o “imaginário social” como “bandido destemido”.

Conforme estudo realizado por Baptista (2013), a atuação da Administração Pública brasileira, deve ter como prioridade o interesse público e não o privado, uma vez que lhe compete promover os direitos e garantias fundamentais elevados a princípios supremos dentro do Estado Democrático de Direito.

O texto foi organizado em cinco seções, de modo a esclarecer a abrangência territorial das operações deflagradas contra as organizações criminosas no Brasil; apontar as Ações Civis Públicas e Inquéritos Policiais para denúncia e prisão das organizações criminosas; identificar os partícipes associados na formação do crime organizado; caracterizar o objeto alvo do crime organizado; e decifrar o engendramento do esquema criminoso.

Os resultados preliminares demonstraram que as organizações criminosas se revestem de diversas faces, adotam formas variadas para atuar e delinquir contra a Administração Pública. Por outro lado, mobiliza profissionais de áreas cumprindo funções diferentes no esquema criminoso.

Esta parte do estudo teve seu desenvolvimento com base nas informações reunidas

no APÊNDICE 01, onde esquadrinhei a anatomia e arquitetura do esquema criminoso montado para delinquir a Administração Pública.

2 | ABRANGÊNCIA TERRITORIAL DAS OPERAÇÕES DEFLAGRADAS CONTRA AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL

Considerando-se as informações obtidas por meio das notícias veiculadas na internet sobre operações visando ao combate contra o crime organizado no Brasil, a Administração Pública tem sido alvo frequente dos ataques feitos por pessoas que se associaram com o propósito de lograr vantagem ilícita e crescimento patrimonial móvel e imóvel.

Assim, essas organizações têm suas formações estruturadas com configurações diversas, uma vez que delas participam desde agentes públicos (Prefeitos, Governadores, Ex-Governadores, Vereadores), até pessoas comuns, bem como Secretários, Advogados e seus Escritórios, Empresários e Funcionários Públicos de diversos órgãos e instituições, inclusive da briosa Polícia Militar.

Segundo os indicadores reunidos para fins deste estudo, no período de 2010 a 2016, dentre as 14 operações deflagradas com intuito de dismantelar a atuação do crime organizado contra a Administração Pública, elas concentravam como espaço geográfico de incidência todas as Regiões em que se subdivide o País, mas no caso das Unidades Federadas do Pará (28,57%), Tocantins (14,28%) e Bahia (14,28%), notou-se serem elas as de maior expressão no total dos casos examinados; além disso, percebeu-se a existência do fenômeno de expansão dos crimes praticados pelas organizações criminosas para além das fronteiras territoriais de sua unidade municipal e estadual.

Isto significa que, a atuação das organizações criminosas não se perfaz somente no mesmo espaço territorial, uma vez que o cometimento dos delitos se dispersam por diferentes lugares no contexto da cartografia brasileira, mobilizando atores diversos e configurando a hierarquização das funções assumidas/atribuídas às pessoas físicas e jurídicas que compõem o engendramento criminoso.

3 | AÇÕES CIVIS PÚBLICAS E INQUÉRITOS POLICIAIS PARA DENÚNCIA E PRISÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

No que se refere à legitimidade e competência para instaurar inquéritos ou ações com propósitos de combater o crime organizado, tem-se que a Política Civil, Polícia Federal, Ministério Público Federal, Ministério Público Estadual, foram as principais autoridades institucionais proponentes para os casos analisados neste trabalho.

Por meio da Ação Civil Pública, o Ministério Público desencadeou três procedimentos investigativos, sendo 2 no Pará (14,28%) e 1 no Tocantins (7,14%), por fraude/superfaturamento, concussão, prevaricação, corrupção ativa e extorsão mediante sequestro, e fraude tributária.

A Polícia Civil, por sua vez, deflagrou um dos processos investigativos contra fraudes na comercialização de produtos florestais, no ano de 2016, no Estado do Pará. Entretanto, a atuação delitiva dos integrantes da organização criminosa abrangia o território paraense e se pulverizava para a Bahia e o Maranhão.

No âmbito da Polícia Federal, sua atuação para instaurar os Inquéritos totalizou 10 (dez) casos, os quais se referiam a propina, fraude em processos seletivos, fraude em declaração de imposto de renda, fraude em obras públicas, desvios de recursos da saúde, fraudes em licitações, corrupção e lavagem de dinheiro, fraudes em contratos administrativos, desvio de recursos públicos, fraudes na previdência social, fraudes em licitações e contratos para construção de escolas.

Chama atenção o fato de que, também em 1 (7,14%) dos casos investigados pela Polícia Federal, houve a ramificação da organização criminosa pelo território de Florianópolis-SC e Rio Grande do Sul. Todavia, uma outra situação (7,14%), mostrou-se muito mais ramificada e lançava seus tentáculos pelos Estados de Minas Gerais, Maranhão, Piauí, Paraíba, Ceará, Pará, Amapá e Tocantins.

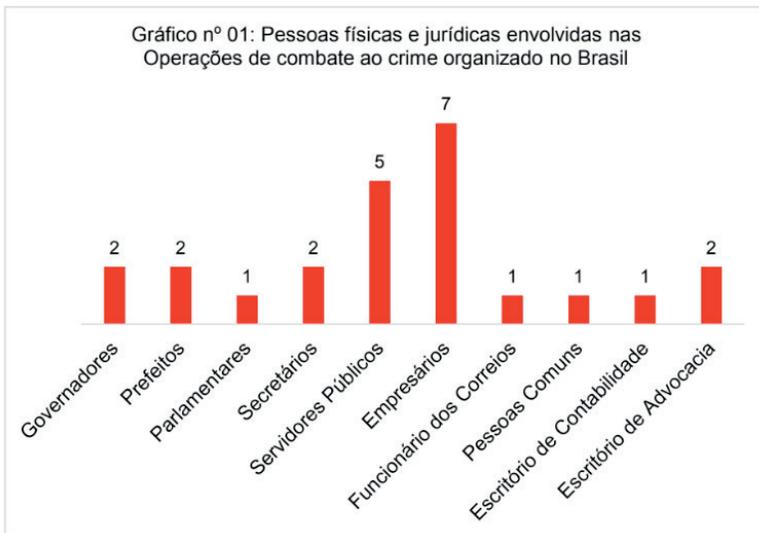
A esfera espacial de circulação das pessoas vinculadas às atividades orquestradas por algumas organizações criminosas formadas no País, extrapola os limites geográficos de um município, da Capital ou da Unidade Federada a que pertence, assumindo forma do crime continuado, conforme instituído no art. 71 do Código Penal Brasileiro¹.

Tem-se, pois, que a Polícia Federal se destaca como a principal instituição proponente dos processos investigativos por meio das diversas operações deflagradas, tais como: Lava Jato, Jogo Limpo e Embuste, Ablacto, Águia de Haia e Orobó, Copérnico, Contumácia II, Rêmora, Ave de Rapina, Ápia e a Virtualis.

4 | OS PARTÍCIPES ASSOCIADOS NA FORMAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO

Integram as organizações criminosas pessoas físicas e jurídicas, dentre as quais: Políticos (Governadores, Ex-Governadores, Prefeitos, Vereadores/Parlamentar), Secretários, Servidores Públicos, Empresários, madeireiras e empreiteiras, funcionários dos Correios e Pessoas Comuns.

¹ Instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.



Fonte: Construção do autor

Ao realizar a análise dos indicadores relacionados aos delinquentes que compuseram as distintas organizações criminosas, ficou evidenciada a participação de políticos eleitos pelo voto popular, ou seja, Governadores e Ex-Governadores em dois casos (14,28%), ambos os processos instaurados no Estado do Tocantins, um mediante Ação Civil Pública proposta pelo MPETO, e outro pela Polícia Federal, na denominada Operação Ápia.

Os Secretários também são os agentes públicos contra os quais incidiram as operações de combate ao crime organizado, posto que nas duas (14,28%) situações identificadas, 1 (uma) delas resultou da Ação Civil Pública interposta pelo MPETO, enquanto a outra adveio da intervenção da Polícia Federal na Operação Jogo Limpo, nos estados do Maranhão, Piauí, Ceará, Paraíba, Tocantins, Amapá e Pará e a Operação Embuste, em Minas Gerais.

Ressalte-se a existência de expressiva participação dos Servidores Públicos na associação ao crime organizado. Do total das Operações deflagradas, eles estiveram implicados nas Denúncias e Inquéritos, em 5 delas (35,71%) o esquema criminoso operava em diferentes unidades federadas, tais como: Tocantins, Pará, Mato Grosso e Santa Catarina.

A sofisticação na forma de associação dessas organizações criminosas também conta com registro da presença de empresários, madeireiras e empreiteiras, cuja soma dos casos contabilizou o envolvimento em 7 (sete) Operações realizadas (50%).

Igualmente participaram do crime organizado os Escritórios de profissionais da Contabilidade (7,14%) que auxiliavam no cometimento de fraudes nas declarações de Imposto de Renda no Estado de São Paulo, e da Advocacia (14,28%), cujos integrantes

(inclusive Procurador Municipal) participavam nos desvios de recursos públicos na Bahia.

Alvo de duas das Operações (Operação Orobó/Águia de Haia) os Chefes do Executivo de duas Prefeituras no Estado da Bahia (14,28%), também foram investigados em casos de desvios de recursos públicos.

A participação de Parlamentar/Vereador foi alvo de uma das operações, sendo esta desferida pela Polícia Federal em Florianópolis - SC. Também com 1 caso (7,14%), deu-se o envolvimento de Policiais Militares nesse delinquente esquema de corrupção.

Ressalte-se que funcionários de Correios e pessoas comuns, foram denunciados por associação ao crime organizado em 1 dos casos (7,14%) constante da amostra referência neste estudo.

Somando-se a participação dos empresários, empreiteiros, madeireiros e servidores públicos, obtêm-se um total de 12 casos das Operações, perfazendo a média de 85,71% das ocorrências de crimes contra a Administração Pública. Contudo, considerando-se que os funcionários dos Correios e os Policiais Militares integram o quadro do servidor público, chega-se a 100% da amostra.

Na outra frente de integração ao crime organizado, quando somada a quantidade de operações em que estiveram envolvidos Governadores, Prefeitos e Parlamentares, obtêm-se um total de 5 casos investigados, o que representa, 35,71% das Operações deflagradas, igualando-se ao mesmo patamar da participação dos Servidores Públicos.

Assim, as associações criminosas têm suas composições legitimadas pelos próprios Chefes dos Poderes Executivos Municipal e Estadual, bem como recebem blindagem institucional advinda da condescendência de parlamentares vinculados à Câmara Municipal. Forma-se aí uma dupla vulnerabilidade: de um lado, a inércia do Controle Interno das Prefeituras, de outro, a fragilidade do Controle Externo do Poder Legislativo para combater as ilegalidades por ventura constatadas nas operações financeiras realizadas nessas duas instâncias da Administração Pública.



Figura nº 01: Rede associativa das organizações criminosas

Fonte: Construção do autor.

O polo central da Figura acima pode ser ocupado por qualquer uma das tipologias registradas em cada esfera orbital, conferindo caráter heterogêneo na composição das organizações criminosas. Assim, elas tanto poderão apresentar variadas constituições com o Poder Executivo assumindo o epicentro do comando, como enredar o caminho criminoso a partir das Pessoas Comuns.

Assim, o crime organizado perpetrado contra a Administração Pública, revela-se permeado pela volatilidade, dado o caráter de metamorfose que marca sua anatomia estrutural e funcional.

Na dinâmica da gênese associativa do crime organizado, verifica-se que o Poder Executivo e Legislativo representam alguns dos espaços priorizados para instituir as ações delitivas desses grupos. Contudo, a vinculação dos servidores públicos nesses crimes, contribui sobremaneira para blindar e fazer prosperar os esquemas de corrupção.

A expressiva participação dos empresários em grande parte dos casos estudados, talvez se explique em razão do acentuado número de denúncias de crimes eleitorais dos delitos tipificados como caixa dois e abuso do poder econômico², o que vem resultando,

² TSE - Recurso Especial Eleitoral: REspe 19847 RS.

Ementa

ELEIÇÕES 2012. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. APOIO POLÍTICO. NEGOCIAÇÃO. CANDIDATOS. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. CONFIGURAÇÃO. REGISTRO. CASSAÇÃO. INELEGIBILIDADE. DESPROVIMENTO.

1. A oferta de valores a candidato, com intuito de comprar-lhe a candidatura, configura a prática de abuso do poder econômico.
2. A aferição da gravidade, para fins da caracterização do abuso de poder, deve levar em conta as circunstâncias do fato em si, não se prendendo a eventuais implicações no pleito, muito embora tais implicações, quando existentes,

inclusive, na cassação de Diploma de candidatos eleitos nos pleitos Majoritário e Proporcional no Brasil.

Faz-se oportuno destacar, também, que as campanhas eleitorais brasileiras sofrem grande interferência do setor empresarial, cuja participação se efetiva por meio de doações declaradas e formalmente repassadas aos candidatos, ou, dissimulando-se na forma do famoso Caixa 2³.

Os Escritórios e as pessoas comuns ao se associarem a esses esquemas delitivos, igualmente contribuem com a dilapidação dos recursos públicos, mediante os diversos mecanismos adotados a fim de perpetrar os desvios e as fraudes contra a Administração Pública.

Algumas das organizações criminosas têm seu espectro de atuação delimitado a um Município, seja ele do interior ou Capital. Porém, em várias delas os investigados adotavam a estratégia de envolver múltiplos espaços geográficos no cometimento e proveito do crime.

A Administração Pública, ou melhor, os recursos públicos resultantes da riqueza nacional brasileira, tem sido alvo de expropriação por parte de grupos formados por políticos, empresários, servidores públicos, profissionais de contabilidade, da advocacia, bem como das pessoas comuns que se associaram criminosamente visando auferir vantagem ilícita.

5 | OBJETO ALVO DO CRIME ORGANIZADO

O conjunto das ações delitivas perpetradas pelas organizações criminosas, visavam amealhar recursos públicos como proveito das ilicitudes, adotando-se práticas antijurídicas de fraudes diversas, superfaturamento, desvios de verbas, propina e atividades ilícitas.

reforcem a natureza grave do ato.

3. A negociação de candidaturas envolvendo pecúnia, sobretudo quando já deflagradas as campanhas, consubstancia conduta grave, pois exorbita do comportamento esperado daquele que disputa um mandato eletivo, e que deveria fazê-lo de forma equilibrada em relação aos demais concorrentes.

4. Recurso desprovido.

Disponível em <http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/171408945/recurso-especial-eleitoral-respe-19847-rs>. Acesso em: 14.12.2016.

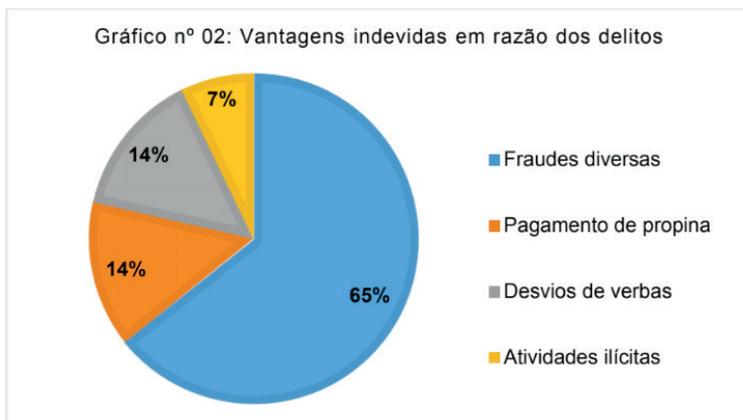
3 Segundo estudo feito por Silva (2014), nas eleições gerais ocorridas no ano de 2014, entre os principais doadores de campanha para Presidente do Brasil, constavam os registros feitos pelas empresas:

O grupo JBS – detentor das marcas de alimentos Friboi e Seara – foi o que mais doou: R\$ 52 milhões. No Paraná, de acordo com o sistema de prestação de contas do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), o JBS, dono de um faturamento de R\$ 93 bilhões em 2013, doou R\$ 1,7 milhão para candidatos a deputado federal do PP e PR e para a campanha de Gleisi Hoffmann (PT) ao governo.

Dos dez maiores doadores, cinco são empreiteiras. OAS, com R\$ 18,9 milhões, e Queiroz Galvão, com 14,8 milhões, vêm, respectivamente, em segundo e terceiro lugares no ranking dos maiores financiadores eleitorais. Somando-se as doações de UTC Engenharia (R\$ 10,9 milhões); Grupo Carioca Christiani Nielsen (R\$ 6 milhões); e Andrade Gutierrez (R\$ 4,8 milhões), as empresas do setor doaram juntas R\$ 55,4 milhões nesta fase da campanha. No setor de logística, a Cosan foi uma das maiores financiadoras, com R\$ 6,8 milhões.

A Telemont Engenharia de Telecomunicações é outra grande doadora. Com R\$ 11,9 milhões repassados para as campanhas, ficou em quinto lugar. O partido preferido da empresa é o PMDB. Mas também receberam recursos PP, PR, Pros e PSDB. Do total, R\$ 500 mil foram doados a candidatos a deputado federal paranaenses.

Completam a lista dos dez maiores doadores duas empresas do segmento de bebidas. A Ambev doou R\$ 11 milhões – no estado, R\$ 15 mil para o Solidarietà e R\$ 380 mil para Gleisi Hoffmann. Já a Arosuco Aromas e Sucos fez doações de R\$ 6,7 milhões em todo o país.



Fonte: Construção do autor.

No espectro dos 14 casos selecionados para averiguação nesta investigação, impressiona saber que 9 deles (64,28%) estavam conectados a algum tipo de fraude contra a Administração Pública. No universo dessas ocorrências, houve identificação de fraudes e superfaturamento em obras para construção de ponte, em processo seletivo para ingresso na universidade e ENEM, na declaração de imposto de renda, em obras esportivas, na previdência social, tributária, em licitações e contratos administrativos, na comercialização e transporte de produtos florestais.

No Estado do Tocantins, o Ministério Público Estadual identificou a ocorrência de fraudes e superfaturamento nas obras para construção de pontes, em processos seletivos aplicados para avaliar o desempenho no ensino médio e ingresso no ensino superior, bem como em licitações públicas e a execução de contratos administrativos para terraplanagem e pavimentação asfáltica em rodovias estaduais.

Por meio das Operações Lava Jato e Ave de Rapina, ambas instauradas pela Polícia Federal, desvendou-se forte esquema de pagamento de propina (14,28%) no Rio de Janeiro – RJ e Florianópolis – SC.

Também em relação ao Rio de Janeiro – RJ, a Polícia Federal realizou Inquérito a fim de apurar a ocorrência de 1 caso (7,14%) de fraude nas obras olímpicas, cuja incumbência dos serviços estava a cargo de empreiteiras.

Mediante instauração das Operações Katrina, Virtualis, Comtumácia II e ação do Ministério Público Estadual e Polícia Civil, o Estado do Pará protagonizou 5 casos de fraudes (35,71%): na Previdência Social, tributária, nos processos seletivos, no sistema de comercialização e transporte de produtos florestais, e na arrecadação de dinheiro proveniente de comércio ilegal de estrangeiros e rede de corrupção.

A julgar pelo número de Unidades Federadas abrangidas, tem-se como mais expressiva a fraude em processos seletivos para ingresso na universidade e o desempenho

no ENEM, conforme apurado pela Polícia Federal, no âmbito da Operação Jogo Limpo, que incidiu no Maranhão, Piauí, Ceará, Paraíba, Tocantins, Amapá, Pará, e a Operação Embuste, na qual houve comprovação da atuação do crime organizado em Minas Gerais.

No Estado da Bahia foram emblemáticos 2 casos (14,28%) de fraudes no desvio das verbas públicas, sendo um deles associado à corrupção e lavagem de dinheiro, e a identificação de 1 ocorrência (7,14%) envolvendo a comercialização e transporte de produtos florestais.

São Paulo foi o único caso em que a Polícia Federal deflagrou a Operação Ablacto, desvendando-se o esquema criminoso realizado por meio de Escritório de Contabilidade que agia para fraudar declarações de imposto de renda.

As fraudes em licitações somaram 3 casos (21,42%), tiveram sua incidência em Mato Grosso, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Tocantins. Destaque-se que as fraudes abrangiam desde a licitação, execução de contratos administrativos, o favorecimento de empresas, irregularidade em projeto de lei e pagamento de propina.

Tem-se, portanto, como verossímil o fato de que as fraudes representam a principal estratégia eleita pelos integrantes do crime organizado, com intuito de se apropriar, de forma dolosa e ilícitamente, dos recursos públicos ou das vantagens que podem resultar da participação de alguma dessas associações de delinquentes.

Contudo, os casos identificados com menor incidência na amostra utilizada neste trabalho, igualmente repercutem negativamente, uma vez que as verbas desviadas ou o superfaturamento de obras, subvertem o interesse público⁴ ao promover o enriquecimento ilícito e prejudicam a satisfação do bem comum, já que os Chefes dos Poderes Executivo e Legislativo são obrigados a reduzir ou até deixar de aplicar os recursos financeiros nas políticas públicas e, com tal procedimento, honrar os pactos criminosos ajustados entre os envolvidos nas organizações criminosas.

6 | O ENGENDRAMENTO DO ESQUEMA CRIMINOSO

Agindo de forma coletiva, as organizações criminosas cogitam diferentes esquemas para tornar legítimas as condutas de seus integrantes, principalmente mediante controle e/ou colaboração dos Poderes Executivo e Legislativo, dos Servidores Públicos e dos empresários que passam a prestar serviços ao ente público, por conta dos processos licitatórios que disputaram e venceram, e dos contratos administrativos pactuados com a Administração Pública.

São diferentes as táticas delitivas colocadas em funcionamento pelas organizações criminosas, visando a obtenção de vantagem que se sabe ser ilícita. Entre as 14 Operações estudadas para efeito deste trabalho, destaque-se que duas delas eram referentes ao

⁴ Baptista (2013), considera que na ordem constitucional brasileira, o interesse público deveria deter a supremacia em face do privado, de modo a assegurar a intervenção do Estado na proteção e promoção das garantias fundamentais.

esquema de propina. Nestes casos, houve deflagração por parte da Polícia Federal, da Operação Lava Jato⁵, ocorrida no ano de 2015, e da Operação Ave de Rapina, em 2016.

6.1 Caminhos do Pagamento de Propina

No âmbito da ramificação da Operação Lava Jato⁶, feita no Rio de Janeiro, a empreiteira SBM Offshore foi acusada de integrar “esquemas de propina na Petrobras. A SBM teria pagado comissões para obter contratos com a Petrobras, entre 2006 e 2011”.

Em delação premiada no âmbito da Operação Lava Jato, o lobista Julio Faerman, representante da SBM no Brasil, admitiu o pagamento de propina - ele citou a participação de seus superiores nesses pagamentos.

Também em delação, o ex-gerente de Engenharia Pedro Barusco afirmou ter começado a obter pagamentos de vantagem ilícita da SBM entre 1997 e 1998.

Eis que o caminho trilhado para concretizar a vantagem ilícita, passava pelo pagamento de vantagens, os quais eram feitos pelas empreiteiras aos agentes políticos indicados por diferentes partidos políticos desde 1997 até 2011. A propina alimentava o crime organizado, cujos integrantes usufruíam do enriquecimento sem justa causa, fraudando contratos e a concorrência ente as empresas que disputavam os editais públicos de licitações.

Quanto à Operação Ave de Rapina, apurou-se que o pagamento de propina visava fraudar licitações que ocorriam em Florianópolis e se ramificava ao Rio Grande do Sul:

...o esquema era sustentado por agentes do Instituto de Planejamento Urbano de Florianópolis (Ipufl), da Fundação Franklin Cascaes e da Câmara, que identificavam e reuniam empresários dispostos a burlarem licitações para contratação de serviços em Florianópolis. As empresas atuam nos ramos de fiscalização eletrônica em vias urbanas, eventos culturais e artísticos e de publicidade. Trata-se de um sistema de retroalimentação. Os servidores públicos arregimentavam empresas para participarem de processos licitatórios fraudulentos. Então as empresas recebiam pelos serviços e depois pagavam a propina para os agentes públicos – explicou o delegado.

5 Essa Operação desvendou o esquema criminoso envolvendo diversas Empreiteiras, Funcionários da Petrobrás, Operadores Financeiros e Agentes Políticos. “A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia.

No primeiro momento da investigação, desenvolvido a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras.

Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa”. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em: 20.12.2016.

6 Disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/nacional/online/pf-mira-esquemas-de-propina-na-petrobras-desde-1997-em-novas-operacoes-1.1456644>

Nota-se a efetiva participação dos agentes públicos, empresários e suas empresas, constituindo um esquema criminoso, cujos processos licitatórios estavam permeados por fraudes na sua formulação e realização.

A propina, representava um meio econômico-financeiro fraudulento, adotado para corromper tanto os agentes públicos quanto os empresários e executivos envolvidos nas associações criminosas, sorrateiramente instaladas no interior da própria Administração Pública.

6.2 Itinerário das Fraudes Cometidas pelas Organizações Criminosas

Ao averiguar o percurso criminoso das organizações criminosas, por meio da execução de procedimentos fraudulentos contra a Administração Pública, identificou-se que, dentre as 9 (nove) Operações deflagradas para coibir tais ilícitos, havia combinação de elementos entre fraude e superfaturamento, fraude em processo seletivo, na declaração de Imposto de Renda, em obras do complexo esportivo olímpico, na Previdência Social, tributária, em licitações e contratos administrativos, na comercialização e transporte de produto florestal.

A fraude e superfaturamento de obras, tinha seu modo operacional funcionando com as seguintes especificidades:

Disserta que foram constatadas várias irregularidades no procedimento licitatório, dentre as quais discrimina as seguintes: “excessivo número de obras em uma única concorrência pública (o que limita claramente a concorrência), informações imprecisas quanto à fonte pagadora do contrato, exigência de documentos em desconformidade com a Lei 8.666/93, dificultando a concorrência de empresas nacionais e estrangeiras, a inclusão de obras que já eram objeto de outros contratos realizados anteriormente com o Estado”, sendo, por fim, habilitadas apenas três empresas, das quais por sua vez, a que se sagrou vencedora apresentou valor 57,09% superior ao estimado pelo DERTINS, pelo que conclui ter havido superfaturamento.

O processo licitatório era o principal alvo a ser burlado, a fim de beneficiar os integrantes da organização criminoso. Uma vez assegurada essa fase, limitava-se a concorrência entre as empresas que haviam pactuado com os delinquentes, e venciam os editais com valores superfaturados dos objetos licitados.

No caso do “consórcio construtor da obra, formado pelas empreiteiras Queiroz Galvão e OAS”, deflagrou-se “um inquérito que investiga indícios de uma fraude milionária nas obras do Complexo Esportivo de Deodoro”. Nessa situação, o caminho percorrido pelos criminosos, cumpria as seguintes etapas:

... a Polícia Federal quer saber por que o valor gasto com serviços de transporte e descarte de resíduos da obra disparou, um aumento de 83%.

O inquérito foi aberto depois de uma fiscalização da Controladoria Geral da União no Aterro Sanitário para onde o entulho deveria ser transportado.

O terreno fica em Duque de Caxias, na Baixada Fluminense. E a CGU já encontrou indícios de fraude na documentação dos serviços.

O uso de documentação fraudulenta e o superfaturamento no valor dos serviços prestados, resultaram em elevados pagamentos financeiros indevidamente recebidos da Administração Pública, ou seja, a Prefeitura do Rio de Janeiro – RJ⁷.

Com relação à Operação Jogo Limpo, que envolveu os estados do Maranhão, Piauí, Ceará, Paraíba, Tocantins, Amapá e Pará e a Operação Embuste, em Minas Gerais, a ação da organização criminosa se projetava sobre os processos seletivos para o ENEM e ingresso na educação superior. Para tanto, adotava-se como estratégia:

organização criminosa suspeita de fraudar processos seletivos para universidades e que teria também agido no Enem.

o repasse de gabaritos, mediante moderna central telefônica via celular, para candidatos situados em diversas partes do país, em evidente fraude ao Enem/2016.

De acordo com a PF, a organização criminosa utilizava uma central de telefonia celular para repassar gabaritos de provas para candidatos. O principal alvo eram cursos de medicina.

“No decorrer das investigações, a Polícia Federal conseguiu identificar o repasse de gabaritos, mediante moderna central telefônica via celular, para candidatos situados em diversas partes do país, em evidente fraude ao Enem/2016”, diz a nota da PF.

Um rapaz de 34 anos, que fazia a prova do Enem neste domingo em Fortaleza (CE), foi preso em flagrante usando um equipamento eletrônico preso ao corpo e pontos de escuta nos ouvidos. De acordo com a Polícia Federal, ele foi identificado após a deflagração da operação Embuste, em Minas Gerais.

A organização criminosa adotava as tecnologias a fim de favorecer os candidatos que pagavam pelos serviços ofertados. Desse modo, repassavam gabaritos com auxílio de central de telefonia e refinados equipamentos de recepção do sinal.

Vendia-se, portanto, a promessa de desempenho com a obtenção de elevada nota no ENEM, bem como o ingresso nos diferentes cursos ofertados pelas instituições de ensino superior existentes no País.

Tratando-se de fraude contra a declaração de imposto de renda, a Operação Ablacto, da Polícia Federal, conseguiu identificar um esquema fraudulento ocorrido em São Paulo, cujos criminosos praticavam fraudes em declaração de imposto de renda, mediante

⁷ Na atualidade, a Capital Rio de Janeiro enfrenta uma crise financeira de elevada proporção, a tal ponto que até Estado de Calamidade Administrativa e Financeira foi decretado, conforme Lei nº 7483 de 08 de novembro de 2016, a qual “Reconhece o estado de calamidade pública no âmbito da administração financeira declarado pelo decreto nº 45.692, de 17 de junho de 2016, e dá outras providências”. Disponível em <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/403576324/lei-7483-16-rio-de-janeiro-rj>. Acesso em 01.10.2017.

a estratégia abaixo:

As restituições eram obtidas após declarações de despesas forjadas com educação, consultas médicas, odontológicas, pensões alimentícias e criação de dependentes fictícios. Como essas despesas são dedutíveis da base de cálculo do imposto, os valores a serem restituídos eram aumentados, com prejuízo à União. O escritório de contabilidade responsável pela fraude cobrava um percentual das restituições aos contribuintes, para realizar seus serviços.

Fazia-se a inserção de informações falsas, no intuito de lograr proveito financeiro com valores declarados e a restituir perante a Receita Federal. Contava-se com a perícia de profissionais de contabilidade, os quais exigiam dos contribuintes o pagamento ilícito de percentual, oscilando conforme o valor obtido com a restituição fraudada.

71 CONCLUSÕES

Conforme se pode depreender dos estudos teóricos adotados nesta pesquisa, embora tenha sofrido aprimoramentos a partir do tratamento contemplado na Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, o crime organizado não só ganhou visibilidade nos meios de comunicação, como também passou a ser objeto de atuação ostensiva da Polícia Federal, do Ministério Público e da Polícia Civil.

As Operações deflagradas fizeram emergir vários tipos de ilicitudes engendradas por agentes ocupantes de diferentes posições na rede do sistema social brasileiro: são políticos, empresários, funcionário público, procuradores, contadores e advogados.

Os agentes associados nas organizações criminosas, travestindo-se pelas ações aparentemente lícitas, em razão do lugar institucional por eles ocupados, adotam a premeditação para orquestrar suas operações criminosas, tendo como alvo a expropriação de recursos existentes na Administração Pública, cujos resultados são subdivididos entre os partícipes.

A anatomia configuradora do crime organizado que se alastra por diferentes Unidades Federadas do País, demonstra que a lógica do interesse privado se tornou preponderante à do público, onde a satisfação do egoísmo individual daqueles que se associam para cometer ilícitos, alcança valor superior em relação aos serviços públicos de caráter universal, de modo a promover o bem comum.

Os produtos dos enriquecimentos ilícitos, alvo dos agentes criminosos, são provenientes de muitas fraudes, dentre as quais se destacam: superfaturamento, desvios de verbas, propina e atividades ilícitas.

Em face da sistemática e articulada intervenção do crime organizado para se apoderar da Administração Pública e dos recursos financeiros que dela provêm, a corrupção passa a se destacar como valor moral, enquanto são aviltados e violados princípios constitucionais e os direitos e garantias fundamentais instituídos pelo Estado Democrático de Direito no

Brasil.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Isabelle de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. **Revista TCEMG** | jan. fev. | mar. | 2013 | DOCTRINA. Disponível em <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1768.pdf>. Acesso em 29.09.2017.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm. Acesso em 01.10.2017.

GONÇALVES, Luiz Alcione. Uma abordagem histórica sobre o crescimento do crime organizado no Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11810>. Acesso em dez 2016.

LOPES JÚNIOR, Edmilson. As redes sociais do crime organizado: a perspectiva da nova sociologia econômica. **Rev. bras. Ci. Soc.** vol.24 no.69 São Paulo fev. 2009. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092009000100004>

MUNIZ, Tuareg Nakamura. **Evolução (?) do Combate ao Crime Organizado no Brasil**. Apontamentos acerca das leis pertinentes ao tema. Disponível em: <http://tuareg.jusbrasil.com.br/artigos/326123723/evolucao-do-combate-ao-crime-organizado-no-brasil>. Acesso em 30.11.2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2ª ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCHABBACH, Letícia Maria. Exclusão, ilegalidades e organizações criminosas no Brasil. **Sociologias**. n.20. Porto Alegre jul./dez. 2008. <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222008000200004>

SILVA a, Francisco Policarpo Rocha da. Meios de Repressão ao Crime Organizado no Brasil. **Âmbito Jurídico**. 2011. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2337>. Acesso em 30.11.2016.

SILVA b, Paulo Galvez da. Os 10 maiores doadores de campanha nas eleições 2014. Quem banca a eleição em 2014? Empresas doaram R\$ 224 milhões no 1.º mês de campanha. Empreiteiras e indústria alimentícia estão entre os maiores financiadores de candidatos. Disponível em: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/09/os-10-maiores-doadores-de-campanha-nas-eleicoes-2014.html>. Acesso em: 19.12.2016.

PF mira esquemas de propina na Petrobras desde 1997 em novas operações. Holandesa SBM é alvo de inquérito sobre pagamento a funcionários da Petrobras no âmbito da Lava Jato. Já a operação do Postalis estaria relacionada à má gestão. Disponível em <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/nacional/online/pf-mira-esquemas-de-propina-na-petrobras-desde-1997-em-novas-operacoes-1.1456644>. Acesso em 01.10.2017.

Por causa de fraudes e superfaturamento de ponte, Justiça decreta bloqueio de bens de Marcelo, Brito e Siqueira Campos. Disponível em <https://www.clebertoledo.com.br/politica/2015/06/18/70196-por-causa-de-fraudes-e-superfaturamento-de-ponte-justica-decreta-bloqueio-de-bens-de-marcelo-brito-e>. Acesso em 01.10.2017.

Fraudes contra a administração pública de Florianópolis podem passar de R\$ 30 milhões, revela Polícia Federal. Ação da PF prendeu 14 pessoas nesta quarta-feira, incluindo um vereador e servidores públicos. Disponível em <http://anoticia.clicrbs.com.br/sc/politica/noticia/2014/11/fraudes-contra-a-administracao-publica-de-florianopolis-podem-passar-de-r-30-milhoes-revela-policia-federal-4641705.html?impressao=sim>. Acesso em 01.10.2017.

Gaeco faz operação contra fraudes em licitações na Educação de MT. Esquema teria começado a ocorrer em outubro de 2015, diz Gaeco. Fraudes envolveriam 23 obras em escolas, somando R\$ 56 milhões. Disponível em <http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2016/05/gaeco-faz-operacao-contra-supostas-fraudes-em-licitacao-em-secretaria.html>. Acesso em 01.10.2017.

Operação combate esquema de fraudes tributárias no Pará. Polícia Civil e MPPA cumprem mais de 60 mandados judiciais nesta quarta, 9. Esquema envolvia servidores da Sefa e empresários, diz a Polícia. Disponível em <http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2016/11/operacao-combate-esquema-de-fraudes-tributarias-no-para.html>. Acesso em 01.10.2017.

PF apura fraudes em contratos com hospitais e UPAs em 3 cidades da BA. Ação ocorre em Salvador, Candeias e São Francisco do Conde. Mandados de prisão, condução coercitiva e apreensão ocorrem nesta sexta. Disponível em <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2016/07/operacao-que-apura-desvios-de-verba-na-saude-cumpre-mandados-na-bahia.html>. Acesso em 01.10.2017.

PF cumpre mandados de busca em combate à lavagem de dinheiro na BA. Ação ocorre nesta quinta em Salvador, Feira de Santana e Ruy Barbosa. Investigação é desdobramento da Operação Águia de Haia, do ano passado. Disponível em <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2016/06/pf-cumpre-mandados-de-busca-em-combate-lavagem-de-dinheiro-na-ba.html>. Acesso em 01.10.2017.

PF cumpre mandados judiciais em obras de instalação olímpica no Rio. A operação cumpre mandados em inquérito que investiga indícios de fraude milionária nas obras do Complexo Esportivo de Deodoro. Disponível em <http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2016/06/pf-cumpre-mandados-judiciais-em-obras-de-instalacao-olimpica-no-rio.html>. Acesso em 01.10.2017.

PF e Receita fazem operação contra fraudes de R\$ 380 milhões ao Imposto de Renda. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-09/pf-e-receita-fazem-operacao-contra-fraudes-de-r-380-milhoes-ao-imposto-de>. Acesso em 01.10.2017.

PF faz operações em 8 estados para combater fraudes no Enem. Em Montes Claros (MG), PF cumpriu 4 mandados de prisão temporária. Outra operação identificou 22 suspeitos de tentar fraudar o exame. <http://g1.globo.com/educacao/enem/2016/noticia/2016/11/pf-faz-operacao-em-8-estados-para-combater-fraudes-no-enem.html>.

Ex-governador é alvo de operação da PF contra fraudes em licitações. Polícia cumpre mandado de prisão temporária contra Sandoval Cardoso. Ao todo, 115 mandados judiciais estão sendo cumpridos em seis estados. Disponível em <http://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2016/10/pf-faz-operacao-contra-grupo-suspeito-de-fraudar-r-12-bi-em-licitacoes.html>. Acesso em 01.10.2017.

BELÉM MPPA oferece denúncia contra 20 policiais militares presos na operação Katrina. Disponível em <https://mp-pa.jusbrasil.com.br/noticias/134898991/belem-mppa-oferece-denuncia-contra-20-policiais-militares-presos-na-operacao-katrina>. Acesso em 01.10.2017.

APÊNDICE 01: ARQUITETURA DO ESQUEMA CRIMINOSO

Nome da Operação	Ano de Deflagração	Partícipes	Engendramento do esquema criminoso	UF
Ação Civil Pública MPETO	MPETO – 2010	Governador Marcelo Miranda (PMDB), de seu pai, Brito Miranda, ex-secretário estadual da Infraestrutura, do ex-governador Siqueira Campos (PSDB), do atual secretário de Infraestrutura, Sérgio Leão, das três empresas do consórcio - Rivoli, Emsa e Construsan, de seis funcionários públicos, e de servidores da Secretaria de Infraestrutura estadual e de um engenheiro do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado (Dertins)	fraudes e superfaturamento em obras de uma ponte Disserta que foram constatadas várias irregularidades no procedimento licitatório, dentre as quais discrimina as seguintes: “excessivo número de obras em uma única concorrência pública (o que limita claramente a concorrência), informações imprecisas quanto à fonte pagadora do contrato, exigência de documentos em desconformidade com a Lei 8.666/93, dificultando a concorrência de empresas nacionais e estrangeiras, a inclusão de obras que já eram objeto de outros contratos realizados anteriormente com o Estado”, sendo, por fim, habilitadas apenas três empresas, das quais por sua vez, a que se sagrou vencedora apresentou valor 57,09% superior ao estimado pelo DERTINS, pelo que conclui ter havido superfaturamento.	TO
Operação Lava Jato	PF – 2015	SBM Offshore e o Postalis, o Instituto de Seguridade Social dos Correios e Telégrafos.	esquemas de propina na Petrobras. A SBM teria pago comissões para obter contratos com a Petrobras, entre 2006 e 2011	RJ
Operação Jogo Limpo, nos estados do Maranhão, Piauí, Ceará, Paraíba, Tocantins, Amapá e Pará e a Operação Embuste, em Minas Gerais.	PF – 2016	o rapaz disse que trabalha como secretário de saúde de um município cearense	organização criminosa suspeita de fraudar processos seletivos para universidades e que teria também agido no Enem. o repasse de gabaritos, mediante moderna central telefônica via celular, para candidatos situados em diversas partes do país, em evidente fraude ao Enem/2016	MG PA MA CE PB TO AP PI
Operação Ablacto	PF – 2016	cumpriram oito mandados de busca e apreensão nas cidades de São Paulo e Peruíbe. Os mandados foram expedidos pela 3ª Vara Criminal Federal de São Bernardo do Campo. cerca de 22 mil declarações de imposto de renda teriam sido fraudadas. Todas foram feitas no mesmo escritório de contabilidade, que criava ou aumentava indevidamente despesas declaradas ao imposto de renda para elevar as restituições.	Fraude em declaração de imposto de renda As restituições eram obtidas após declarações de despesas forjadas com educação, consultas médicas, odontológicas, pensões alimentícias e criação de dependentes fictícios. Como essas despesas são dedutíveis da base de cálculo do imposto, os valores a serem restituídos eram aumentados, com prejuízo à União. O escritório de contabilidade responsável pela fraude cobrava um percentual das restituições aos contribuintes, para realizar seus serviços	SP

Fraudes em obras olímpicas	PF – 2016	consórcio construtor da obra, formado pelas empreiteiras Queiroz Galvão e OAS	um inquérito que investiga indícios de uma fraude milionária nas obras do Complexo Esportivo de Deodoro	RJ
Operação Orobó desdobramento da Operação Águia de Haia, julho de 2015	PF - 2016	Prefeitura, Escritório de Advocacia,	esquema criminoso de desvio de recursos públicos que causou um prejuízo de mais de R\$ 6,6 milhões aos cofres do município de Ruy Barbosa.	BA
Operação Copérnico	PF-2016	Prefeituras, Empresas, Escritórios de Advocacia, Procurador Municipal	esquema criminoso de desvio de verbas públicas destinadas à saúde, bem como fraudes à licitação, corrupção e lavagem de dinheiro. a operação atua sobre um esquema ilícito que funcionava por meio da criação de empresas e entidades sem fins lucrativos em nome de “laranjas”, com as quais eram firmados contratos de gerenciamento integral de hospitais, Unidades de Pronto Atendimento (UPAs) e centros de saúde. Ao todo, foram identificadas três irregularidades: a fraude às licitações, que eram forjadas; a falta de fiscalização, por parte dos municípios, em relação à efetiva prestação do serviço; e a realização de pagamentos com base apenas na declaração emitida pela própria entidade.	BA
Operação Contumácia II		uma organização criminosa especializada em fraudes na Previdência Social no Pará funcionários dos Correios Pessoas Comuns	fraudes na Previdência Social existência de beneficiários fictícios, denominados “cidadãos de papel” pela inteligência policial. Até a presente data, a quadrilha já teria provocado um rombo de mais de R\$ 5 milhões aos cofres da Previdência Social. As investigações revelaram ainda fraudes na concessão de benefícios de prestação continuada, amparo assistencial ao idoso e deficiente físico. Os crimes praticados pelos membros da organização criminosa são diversos, como uso de documentos falsos, inserção de dados falsos nos sistemas informativos do INSS, corrupção ativa e passiva	PA
Polícia Civil (PC) e o MPPA	MPEPA – 2016	Segundo a PC, servidores da Secretaria de Estado de Fazenda (Sefa) e empresário estavam envolvidos no esquema. 67 alvos dos mandados são servidores públicos, a maioria da Sefa, e 12 são empresários.	esquema de fraudes tributárias no transporte de cargas para o Estado	PA

<p>Operação Rêmora fraudes em licitações na Educação</p>	<p>PF – 2014</p>	<p>Esquema teria começado a ocorrer em outubro de 2015, diz Gaeco. Fraudes envolveriam 23 obras em escolas, somando R\$ 56 milhões. O esquema envolveria três servidores da Seduc, sendo um deles Superintendente de Acompanhamento e Monitoramento da Estrutura Escolar</p>	<p>fraudes em licitações e contratos administrativos de construções e reformas de escolas que teriam ocorrido na Secretaria de Educação de Mato Grosso. De acordo com o Grupo de Atuação e Combate ao Crime Organizado, entre os suspeitos estão servidores e empresários. Os funcionários públicos recebiam informações privilegiadas sobre as licitações e organizavam reuniões com empreiteiros para fraudar a livre concorrência do processo licitatório. Assim, as obras eram distribuídas para 23 empresas. Os servidores públicos também tinham acesso e controle sobre os recebimentos dos empreiteiros, a fim de garantir a propina. Os empresários da construção civil evitavam a competição entre as empresas, a fim de que todas pudessem ser beneficiadas no esquema, afirma o Gaeco. O empresário Giovani Belatto Guizardi, dono de uma construtora, foi apontado como a pessoa responsável por arrecadar a propina paga pelos empreiteiros. Após o pagamento por parte da Seduc aos empresários, os valores (que eram 5% mas caíram para 3%) eram devolvidos a parte da organização criminosa por meio de Guizardi, informou o Gaeco.</p>	<p>MT</p>
<p>Operação Ave de Rapina</p>	<p>PF - 2016</p>	<p>servidores da Prefeitura e pelo menos um vereador da capital catarinense articulavam uma rede de fraudes em licitação, favorecimento de empresas, irregulares em projeto de lei e pagamento de propina. no RS, por volta das 6h. Ao todo foram 15 mandados de prisão expedidos contra servidores municipais, empresários e um parlamentar da Capital (Porto Alegre)</p>	<p>fraudes em licitação o esquema era sustentado por agentes do Instituto de Planejamento Urbano de Florianópolis (IpuF), da Fundação Franklin Cascaes e da Câmara, que identificavam e reuniam empresários dispostos a burlarem licitações para contratação de serviços em Florianópolis. As empresas atuam nos ramos de fiscalização eletrônica em vias urbanas, eventos culturais e artísticos e de publicidade. Trata-se de um sistema de retroalimentação. Os servidores públicos arrematavam empresas para participarem de processos licitatórios fraudulentos. Então as empresas recebiam pelos serviços e depois pagavam a propina para os agentes públicos – explicou o delegado.</p>	<p>SC RS</p>

Operação Ápia	PF – 2016	Ao todo, 115 mandados judiciais são cumpridos. Um deles é contra o ex-governador Sandoval Cardoso (SD), que teve prisão preventiva decretada. Outro ex-governador do estado, Siqueira Campos (sem partido) também é alvo da operação.	fraudando licitações públicas e a execução de contratos administrativos para terraplanagem e pavimentação asfáltica em rodovias estaduais. A suspeita é de que o grupo tenha desviado R\$ 200 milhões.	TO
Operação 'Virtualis'	Polícia Civil – PA – 2016	Entre os presos estão sete servidores da Secretaria da Fazenda (Sefa) de <u>Altamira</u> , Uruará e <u>Pacajá</u> . os outros sete presos são empresários e madeireiros.	combate um esquema de fraude no sistema de comercialização e transporte de produtos florestais do Pará, o Sisflora. Todos estariam ligados a uma rede de corrupção para o pagamento de propina nos postos de fiscalização da Sefa. De acordo com a delegada Juliana Cavalcante, os servidores cobravam valores altos no pagamento de propina. “A não existência de nota fiscal ou guia florestal levava eles a cobrarem valores altos como R\$ 500 por caminhão. Havia casos de pagamento de mensalão”, explica.	PA MA BA
Operação Katrina	MPEPA - 2014	20 policiais militares denunciados	Eles são acusados de estarem envolvidos em atividades ilícitas como arrecadação de dinheiro proveniente de comércio ilegal de estrangeiros e rede de corrupção instalada no 2º Batalhão da Polícia Militar. Os denunciados incorreram nos crimes de concussão, prevaricação, corrupção ativa e extorsão mediante sequestro	PA

CAPÍTULO 10

ASFIXIA COLETIVA: O IMPACTO DAS DISPUTAS ENTRE O ESTADO E OS GRUPOS CRIMINAIS NAS TRAJETÓRIAS DE ADOLESCENTES MORADORES DE PERIFERIAS

Data de aceite: 01/05/2021

Data de submissão: 02/02/2021

Clarice Beatriz da Costa Söhnngen

Doutora pela PUCRS. Professora na Escola de Direito da PUCRS. Pesquisadora-líder do Grupo de Pesquisa Gestão Integrada da Segurança Pública (GESEG/PUCRS) Advogada. Porto Alegre
<http://lattes.cnpq.br/9266060091300509>

Ivana Oliveira Giovanaz

Graduanda em Direito pela PUCRS. Integrante do GESEG/PUCRS. Integrante da Frente de Enfrentamento à Mortalidade Juvenil. Porto Alegre
<http://lattes.cnpq.br/8491036881541664>

RESUMO: O presente trabalho parte da asserção de que os jovens moradores de bairros periféricos porto-alegrenses são atingidos direta e indiretamente pelas violências, como o descaso estatal em prover serviços básicos, a criminalização, por meio da presença da polícia militar, denominada no Estado do Rio Grande do Sul por Brigada Militar, e o convívio com os coletivos criminais. Realizou-se pesquisa empírica nos Centros de Referências Especializados em Assistência Social – CREAS a partir de entrevistas com jovens que cumprem medidas socioeducativas e profissionais da assistência social. Foram escolhidas unidades distantes geograficamente com o objetivo de conhecer jovens pertencentes a diferentes

territórios e com possíveis relações com facções criminais em disputas.

PALAVRAS - CHAVE: Juventudes; Violências; Territórios.

SOCIAL ASPHYXIA: THE IMPACT OF DISPUTES BETWEEN THE STATE AND CRIMINAL GROUPS OVER THE TRAJECTORIES OF TEENAGERS FROM THE PERIPHERY

ABSTRACT: The present work is based on the assertion that young people living in the peripheral neighborhoods in Porto Alegre are directly and indirectly affected by violence, such as state neglect to provide basic services, the criminalization, through the presence of the military police, named in the state of Rio Grande do Sul as “Brigada Militar” and living with criminal collectives. Therefore, a bibliographical, as well as empirical research was realized at the “Centros de Referência Especializados em Assistência Social – CREAS” (Reference Centers Specialized in Social Assistance) after interviews with young people who follow socio-educational measures and social assistance professionals. Units that were distant geographically were chosen in order to dialogue with young people that belongs to different territories and with possible relation with factions in disputes.

KEYWORDS: Youth; Violence; Territories.

1 | NOTAS INTRODUTÓRIAS

O Grupo de Pesquisa Gestão Integrada da Segurança Pública (GESEG/PUCRS) dedica seus estudos aos temas de “violências”, “sociabilidades” e “territórios”, especialmente no que tange pessoas de 15 até 29 anos. A presente pesquisa é a ramificação de duas pesquisas anteriores do GESEG/PUCRS: “Os poderes de dentro do cárcere: uma análise dos grupos de apenados organizados no Presídio Central de Porto Alegre”, de 2015 e 2016; e, “Os poderes de dentro do cárcere, segunda fase: os grupos organizados entre os socioeducandos da fundação de atendimento socioeducativo do Rio Grande do Sul”, de 2017 e 2018.

Os resultados da primeira pesquisa vão ao encontro dos dados do Atlas da Violência (IPEA, 2020), que trouxe o aumento no número de homicídios na faixa etária de 15 a 29 anos de idade no Estado do Rio Grande do Sul a partir do ano de 2013 e seguintes, diminuindo apenas em 2018. Em 2013, por exemplo, 1.078 jovens foram vítimas de mortes violentas, ao passo que, em 2014 foram 1.323, esse salto coincide com o tensionamento entre os grupos criminais existentes em Porto Alegre, pois houve a expansão dos Bala na Cara, facção criada em 2008, conhecida pelo “tiro de esculacho” e pelo embolamento forçado, e pela resposta contrária, a partir da criação dos Anti-Bala, coalização formada entre grupos diversos com o objetivo de frear os avanços dos Bala na Cara, conforme estudos de Marcelli Cipriani e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (2016).

A segunda pesquisa entrevistou socioeducandos que cumprem medida socioeducativa de internação e profissionais da FASE. Os resultados apontaram para a presença das facções nas trajetórias de alguns jovens e o silêncio do Estado sobre o tema. Ainda, foi presente nas falas dos jovens assuntos que envolviam seus bairros, como o sentimento de pertencimento e as amizades ali firmadas. Sendo assim, a presente pesquisa partiu para o campo do cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto, nos Centros de Referência Especializados de Assistência Social - CREAS's, unidades que atendem pessoas que estão em situação de risco social ou tiveram seus direitos violados, conforme André Kirst e Michelle Birnfeld da Luz (LAZZAROTTO et al. 2014, p. 66/67):

Toda unidade CREAS deve executar o Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI), ofertando apoio, orientação e acompanhamento em situações de risco pessoal ou social por violação de direitos na iminência ou ocorrência de: violência intrafamiliar física e psicológica, negligência, abandono, abuso e exploração sexual, afastamento do convívio familiar e comunitário, vivência de trabalho infantil, situação de rua, discriminações e outras situações que provoquem danos e agravos às condições de vida, autonomia e bem estar. Algumas dessas situações podem ser atendidas por unidades específicas, desde que referenciadas pelo CREAS, como é o caso, por exemplo, dos Centros de Referência Especializados à Mulher e do Centro Pop para a População em Situação de Rua. Estas possibilidades de Centros específicos produzem uma diversidade de CREAS's, os quais atendem às demandas conforme os recursos que seus

respectivos territórios disponibilizam.

Um dos serviços ofertados pelos CREAS's é o cumprimento de medidas socioeducativas em duas modalidades: Prestação de Serviço à Comunidade (PSC) e Liberdade Assistida (LA), que são serviços de média complexidade e estão acoplados na Proteção Social Especial de Média Complexidade, isto é, “requerem maior estruturação técnico-operacional e atenção especializada e mais individualizada, e, ou, de acompanhamento sistemático e monitorado” (BRASIL, 2004, p. 36).

Em razão do panorama de violência urbana que impacta de maneiras indireta e direta os jovens moradores dos bairros periféricos de Porto Alegre, o presente artigo dispõe a apresentar os resultados da pesquisa “Em Fogo Cruzado: O impacto das disputas pela gestão da ordem entre o Estado e os coletivos criminais nas trajetórias de adolescentes moradores de periferias”, financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS e pelo Programa de Bolsas Pesquisa Alunos da PUCRS - BPA/PUCRS. A pesquisa teve como objetivos verificar como o Estado assiste esses jovens, a partir da promoção de cidadania e a presença de serviços, analisando como é a estrutura desses espaços urbanos e os espaços da assistência social, também como pela atuação da polícia nesses bairros, sem ignorar o profundo enraizamento das práticas autoritárias que persistem na instituição policial em uma tentativa vigilante do Estado para “sustenta[r] a proposição de uma ordem de paz” (BASSO e AZEVEDO, 2009, p. 22).

Paralelamente, procurou-se apurar os impactos sentidos nos cotidianos dos jovens que são decorrentes dos conflitos entre facções criminais, como as limitações para a circulação urbana e os riscos pelo deslocamento. Ainda, examinou-se a presença das sociabilidades criminais nos cotidianos dos adolescentes (como pela cultura da arma e do consumo), do ponto de vista da imbricação entre seu local de moradia e a maior ou menor proximidade e vinculação com as dinâmicas de grupos criminais.

Os resultados aqui expostos são oriundos da aplicação de entrevistas por meio de questionários semiestruturados com os adolescentes que cumprem medidas socioeducativas em meio aberto e residem em espaços urbanos precarizados e com profissionais, como assistentes sociais, advogadas e psicólogas. Os questionários semiestruturados foram pensados para terem perguntas abertas evitando desconforto nos adolescentes e permitindo que eles próprios narrem suas trajetórias de maneira espontânea.

O presente artigo abordará brevemente a assistência social em Porto Alegre, a partir das visitas exploratórias realizadas nos Centros de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS pela co-autora e pelo tratamento das entrevistas com profissionais dos CREAS's, ao trabalhar os conceitos de “CREAS” e “CRAS”, pois as autoras compreendem, a partir de suas experiências, que parecer haver no Direito uma invisibilização sobre a assistência social. Por fim, serão expostas proposições a fim de avistar caminhos diferentes para os adolescentes em conflito com a lei, a partir dos resultados da presente

pesquisa. Informa-se que as proposições partem das vivências das autoras, portanto, não há pretensão de esgotar o assunto ou trazer resultados inquestionáveis. Longe disso, a ideia defendida é o trabalho em rede e a construção coletiva.

2 | OS SUJEITOS MAIS ATINGIDOS PELAS DINÂMICAS CRIMINAIS

Dentro do Presídio Central (PCPA), em um contexto de violência institucional e de falência estatal com a assistência material dos apenados, surgiu, no final dos anos de 1980, a Falange Gaúcha, o primeiro grupo criminal do estado do Rio Grande do Sul, o que Renato Dornelles caracteriza como a “pré-história” do crime organizado no RS:

Os integrantes da Falange firmaram um pacto segundo o qual aqueles que estivessem do lado de fora dos presídios deveriam enviar dinheiro para os que permanecessem presos. Esses valores eram utilizados em especial no financiamento de fugas e na compra de drogas. Foi estabelecido um código de conduta obrigatório, num caminho sem volta ou direito a arrependimento: o não-pagamento de dívidas, a delação de companheiros, o descumprimento de tarefas estabelecidas pelos superiores na hierarquia do grupo resultavam em punição, que poderia ser a morte (DORNELLES, 2018, p. 10).

A política de encarceramento em massa que implicou a superlotação dos presídios e foi acompanhada do desrespeito aos direitos dos presos¹ está associada a emergência de grupos criminais em diferentes estados do país. Bruno Paes Manso sobre “a terceirização do controle para os presos”:

[...] Policiamento ostensivo, melhoria na gestão das polícias, aprisionamentos em flagrante, no final das contas, acabaram produzindo efeitos colaterais inesperados, como o aprisionamento massivo e a perda do controle no interior das prisões. Ou melhor: a terceirização do controle para os presos, que precisaram estabelecer um esquema de autogestão para sobreviver naqueles ambientes que o estado não parecia ter competência, dinheiro ou até mesmo interesse de administrar (FBSP, 2019, p. 37).

Após um período de intensas turbulências no Presídio Central, ao longo de toda a década de 1980 e a primeira metade dos anos 1990, a Brigada Militar passou a gerir o estabelecimento. A fim de reduzir os motins, rebeliões e homicídios ocorridos entre presos, os policiais começaram a separá-los de acordo com as alianças e rivalidades que eles detinham nas ruas ou, caso ele não seja integrante de algum grupo, segundo o bairro de sua moradia e a facção que o controla (CIPRIANI, 2016, p. 110/111). Sidinei Brzuska afirma que a manifestação das facções no Presídio Central tem relação com a falta do Estado em dispor dignidade ao apenado:

1 Conforme o relatório mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP), vinculado ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ, o Estado do Rio Grande do Sul possui 103 estabelecimentos prisionais, sendo que 53 são considerados em péssimas condições, 05 ruins, 27 regulares, 13 boas e 01 excelente. O Presídio Central de Porto Alegre encontra-se em péssimas situações. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em 23 dez. 2019.

Hoje, se o sujeito tem família, tem uma chance. Se ele não tem família, é complicado. Porque, se ele tem família, a família mantém ele na cadeia. Hoje um preso custa, para a família, aí R\$ 700, R\$ 800 por mês. Dentro do Central. Mas, para as famílias, a PASC é mais cara, porque a família toda semana banca isso. Porque o preso não recebe uma barra de sabão para se lavar, não recebe um creme dental, não recebe uma colher de plástico para comer, ele não recebe um pote para colocar comida, ele não recebe nada. Quem tem que dar isso para ele é a família. Se ele não tem família – essas coisas ele precisa! –, quem é que vai dar para ele? Quem vai dar para ele é a “prefeitura”. E ela até vai dar para ele, e se tu for falar com os presos e com as facções, eles vão dizer o seguinte: que eles estão fazendo um gesto de caridade. Estão apoiando, ajudando, sendo solidários. Esse é o discurso. E não deixa de ser verdade. É verdade, eles estão apoiando, estão ajudando, estão prestando serviço.

Conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, publicado em 2019, as mortes internas ao mundo do crime e às suas redes, isto é, as guerras entre as facções, “representa em torno de 75-80% das mortes violentas intencionais, no Brasil, proporção estável nos últimos anos” (FBSP, 2019, p. 31) e o perfil continua recorrente: jovens negros e moradores de favelas:

O perfil das vítimas do Grupo 1 (mortes internas ao mundo do crime e às suas redes próximas) também é regular durante os anos, e majoritariamente composto por operadores baixos dos mercados ilegais (drogas, armas, veículos roubados, contrabando, etc.). **São comumente, portanto, jovens negros, de sexo masculino, com escolaridade defasada, moradores de favelas e periferias urbanas, frequentemente com passagens pela justiça criminal** (grifou-se).

Essas mortes têm alguma relação com a disputa pela gestão da ordem nos espaços urbanos, por exemplo, quem dita as regras (como o toque de recolher),² quem fornece a droga e quem lucra com a sua venda. Diferentemente do que ocorre em São Paulo, onde o grupo criminal Primeiro Comando da Capital - PCC possui hegemonia e “implementa mecanismos pragmáticos de redução dos conflitos internos ao universo criminal” (FBSP, 2019, p. 33), outros estados brasileiros, como o Rio Grande do Sul, vivem, desde meados de 2013, a efervescência das disputas entre as facções, conforme Gabriel de Santis Feltran:

Se a facção quiser crescer seu negócio para outros estados, ela precisa ocupar o território de outra, e instalam-se guerras (inclusive contra o PCC em diversos estados). Se há mortos nessas guerras, haverá vingança, e aumentam os homicídios no Grupo 1. Mesmo que haja hegemonia de uma facção armada em um estado, portanto, nesse modelo o patamar dos homicídios tende a ser mais alto do que sob hegemonia do PCC, que prima por regular mercados e controlar o uso do armamento, sem domínio territorial armado. Os mecanismos de justiça internos à facção, além disso, tenta romper as cadeias de vingança a todo custo (FBSP, 2019, p. 34).

² O toque de recolher é uma manifestação expressa de poder de determinada facção que influencia diretamente os moradores, pois suas rotinas sofrem alterações. Após o horário estipulado, avisado entre os moradores no dia anterior, os membros da facção escolhem quem entra e quem sai daquele território.

A estratégia utilizada pela Brigada Militar de separar os apenados conforme a facção pertencente ou o bairro que ele reside contribuiu para uma “calmaria” dentro do Presídio Central – que permanece com índices baixos de instabilidades de todo o tipo.³ Todavia, manifesta-se em vingança, violência e disputas nas ruas de Porto Alegre, especialmente nos bairros periféricos. No tecido social desses espaços urbanos – conhecidos, localmente, como “vilas” – estão os sujeitos mais atingidos pelas dinâmicas criminais: os jovens, suscetíveis tanto à criminalidade quanto à criminalização, pois:

quem está ali na esquina não é o Pedro, o Roberto ou a Maria, com suas respectivas idades e histórias de vida, [...] suas emoções e medos. [...] Quem está ali é o *moleque perigoso* ou a *guria perdida* (MV BILL; ATHAYDE; SOARES, 2005, p. 175).

Segundo o Atlas da Violência de 2020, os “homicídios foram a principal causa dos óbitos da juventude masculina, responsável pela parcela de 55,6% das mortes de jovens entre 15 e 19 anos; de 52,3% daqueles entre 20 e 24 anos; e de 43,7% dos que estão entre 25 e 29 anos” (IPEA, 2020, p. 20), o que é preocupante não só para fatores humanos, mas também econômicos. No estudo do Atlas da Violência, verificou-se que os índices de mortes em homens jovens é maior do que de jovens, o que reforça a premissa de que os adolescentes do sexo masculino têm maiores relações com a violência do que as adolescentes do sexo feminino. Dessa forma, “na comparação com as taxas das demais faixas etárias, contudo, é possível afirmar que a causa morte por homicídio atinge mais as mulheres e homens jovens do que indivíduos de qualquer outra faixa de idade” (Ibdem).

Alba Zaluar (2004) chama a atenção para o conceito da “hipermasculinidade”, que atualmente perpassa a “cultura da ostentação”, e, para a antropóloga, parece atrair os meninos ao mundo do crime:

Parece-me o fato de que alguns (jovens do sexo masculino) se deixam seduzir por uma imagem da masculinidade que está associada ao uso da arma de fogo e à disposição de matar, ter dinheiro no bolso e se exibir para algumas mulheres. A partir de entrevistas que minha equipe fez com jovens traficantes, definimos isso como um etos da hipermasculinidade. Esse é um fenômeno que está sendo muito estudado nos EUA e na Europa e diz respeito a homens que têm alguma dificuldade de construir uma imagem positiva de si mesmos. Precisam da admiração ou do respeito por meio do medo imposto aos outros. Por isso se exibem com armas e demonstram crueldade diante do inimigo.

Entretanto, durante o tratamento das entrevistas com 08 adolescentes e 05 profissionais que atendem os jovens, foi possível verificar a vontade que os adolescentes

3 Utilizou-se aspas pois, conforme o Juiz Sidinei Brzуска em entrevista concedida à Gaúcha ZH, há indícios de que homicídios dentro do Presídio Central foram “maquiados” pelas facções com o objetivo de que as mortes pareçam naturais. Os métodos utilizados são as injeções contendo substâncias tóxicas, o sufocamento com sacola plástica e o coquetel gatorade, conhecido por ser uma bebida com crack que causa overdose. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/01/como-morrem-os-detentos-que-cumprem-pena-nas-cadeias-do-rio-grande-do-sul-4393777.html>>. Acesso em 23 dez. 2019.

4 Em Porto Alegre, os bairros precarizados são chamados de Vilas.

têm de possuir itens de marcas e de se sentirem consumidores, mas esse não é o único e preponderante fator de entrada ao “mundo do crime”. Acerca dos motivos, tem-se ajudar financeiramente suas mães e avós, o sentimento de pertencimento aos seus bairros, os vínculos afetivos ali criados e a tentativa de se distinguirem, isto é, sentirem-se especiais, o que implica na autoestima dos jovens, como o que é feito pelos “Bala na Cara” (BNC) ao se intitularem os “leões da selva”, conforme entrevistas:

Os vagabundo botam na mente dos menor que eles vão fazer e acontecer e ter segurança. Dizem, vou te largar com uma arma, uma moto e uma guria (jovem, 14 anos, CREAS).

Na Bom Jesus, se teu marido bate em ti e tu chamar os guris, eles mandam o cara embora da vila. Ali não pode ter briga e ajudam a recuperar o que foi roubado (jovem, 16 anos, CREAS).

Eu quero um dia conhecer a orla do Guaíba. Cidade baixa nunca fui, lá não pode. ZN também não. Eu fico muito aqui, tenho meus amigos, minha namorada (jovem, 16 anos, CREAS).

Os balas são conhecidos como os leões da selva, pois têm o poder. Eles tão no Facebook... Só procurar alguém com o perfil com foto de leão, é bala... já as gurias são as leoas... Eles não têm pena não... (jovem, 15 anos, CREAS).

Os “Bala na Cara”, diferentemente das outras facções, como os “Abertos” e os “Manos”, não surgiram nas galerias das prisões como uma resposta ao cárcere, nos moldes da “Falange Vermelha”, posteriormente “Comando Vermelho”, em que a palavra de ordem era: “o inimigo está fora das celas, aqui dentro somos todos irmãos e companheiros” (AMORIM, 1993, p. 18). Os “leões” ou “tomadores de boca”, como são conhecidos os “BNC”, surgiram nas ruas de Porto Alegre e passaram a territorializar as ruas e depois as galerias do Presídio Central.

Nas palavras de Achille Mbembe (MBEMBE, 2016, p. 135) ao estudar as colônias, que podemos contextualizar para os espaços de Porto Alegre:

A ocupação colonial em si era uma questão de apreensão, demarcação e afirmação do controle físico e geográfico - inscrever sobre o terreno um novo conjunto de relações sociais e espaciais – territorialização -.

Dessa forma, territorializar um espaço significa ditar as regras de convívio, exercendo uma espécie de controle. Conforme CIPRIANI (2016, p. 126):

Os Balas surgiram na vila Bom Jesus. Ali, tiveram vários homicídios – homicídios, não traficídios, envolvendo famílias rivais: os Bragés e os Mirandas, várias mortes entre eles. E dessa rivalidade que surgiu ali, também surgiu uma relação de ódio muito grande, de onde veio o tiro de esculacho, né, que é o tiro na cara, pra fazer a família enterrar o cara com o caixão fechado. E daí que teria surgido o nome, dizem. E esse pessoal aí começou

a, junto com essas guerras, se envolver com o tráfico. Se tu pegar hoje as principais figuras expoentes dos Balas – o Schultz, o Sapo, todos eles são dali da vila Bom Jesus e têm um vínculo muito próximo. Então essas pessoas se juntam, começam a vender, daqui um pouco começam a ser presas.... Vão ficar na mesma galeria... De repente você tem uma “facção”. E os Bala, durante um tempo, eram o braço armado das outras, faziam serviços de execução pra elas. Hoje já tão em um nível superior, porque é mais rentável disputar a venda. Eles foram os únicos que surgiram fora do Central, e hoje ainda usam dessas execuções pra tomar pontos na marra. Quer ser dos Bala? Então toma essa arma e vende a nossa droga. Não quer passar pro lado deles? Então vão “passar” [matar] o cara. (OJ02).

A partir do surgimento e da grande lucratividade dos “Bala na Cara”, a figura do traficante “Robin Hood”, em Porto Alegre, foi sendo afastada:

O traficante Robin Hood era muito comum. Tu ouvia a fala que “a gente se sente mais protegido com o tráfico do que com a polícia”. Isso não existe mais. De uns cinco anos para cá, eu diria, a comunidade não se sente protegida com o tráfico. Menos ainda com a polícia, né, muitas vezes se sente violentada pela polícia (mulher, profissional do CREAS).

O tráfico tá ali e tem tirado pessoas de casa, isso não acontecia. O lance de justiça que tinha na comunidade... O tráfico resolve, mas tu fica devendo (mulher, profissional do CREAS).

O tensionamento entre os coletivos criminais existentes em Porto Alegre impacta diretamente no cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto, a partir da dificuldade de execução da medida pelo risco ou impossibilidade de deslocamento do jovem de seu território para a unidade:

Sim, há casos de adolescentes que não podem cumprir a medida socioeducativa, não podem andar pelas ruas de um mesmo bairro, por exemplo, na Cruzeiro várias ruas podem ser territórios de facções distintas (mulher, profissional do CREAS).

Foi visto, inclusive, a dificuldade de alguns jovens de desfrutar da própria cidade de Porto Alegre, pois por serem identificados pertencentes de determinada facção, não podem adentrar território rival. Todavia, a Prefeitura de Porto Alegre parece não levar em conta esse fator quando coloca que o CREAS que atende determinadas regiões não está localizado próximo. Em uma tentativa de desviar dessa problemática, os profissionais anotam no Plano Individual de Atendimento - PIA a região de moradia do jovem e seu nível de envolvimento com as facções:

Normalmente, a gente coloca uma observação quando estamos construindo o PIA e encaminhamos o relatório para o Judiciário. Às vezes os adolescentes têm vergonha de falar, aí vamos descobrir só quando ele não está vindo na medida; outros falam na hora. Tudo é uma construção (mulher, profissional do CREAS).

O CREAS Leste fica aqui nesse endereço pois não tem vontade política de tirar a gente daqui (risos). **A gente atende toda região Leste que é Bom Jesus, Morro Santana, Chácara das Pedras, parte do Itú Sabará, Cefer, Ipê. Então essa região que estamos está completamente fora e contra-mão da grande parte da galera que precisa ser atendida aqui.** É um pouco delicado, pois muitos deles têm risco de chegar até aqui. **Todos eles que vêm da Bom Jesus, por exemplo, precisam passar pela Vila Jardim e isso por si só é um desafio.** Aí a gente procura alternativas para esse guri não sofrer risco e não parar o cumprimento (da medida socioeducativa). A gente vai até onde o jovem mora, o que dificulta o trabalho, pois enquanto podíamos realizar quatro atendimentos, realizamos um. Enquanto podíamos ligar e já agilizar o encaminhamento do jovem para algum serviço, faremos isso só no outro dia. Dificulta (mulher, profissional do CREAS).

Já aconteceu do jovem estar em atendimento e pessoas “contra” circularem de carro aqui na volta. A gente percebeu e tirou o guri do hall de entrada (mulher, profissional do CREAS).

A ausência do Estado é acompanhada da presença substancial de seu braço armado, afinal “as polícias têm estado no centro do debate público e vêm sendo usadas por políticos populistas para fazer valer a ideia de que o enfrentamento ao criminoso e o uso da violência são a sua missão primordial” (FBSP, 2019, p. 58). Embora a missão primordial da polícia seja garantir a cidadania, nos CREAS não é isso que cotidianamente ocorre:

Um jovem relatou no acolhimento que o policial usou drogas na frente dele. Vai reclamar para quem? (mulher, profissional do CREAS).

Conforme o estudo de Rolim e Hermann (2018), que buscou apurar a relação de confiança entre a população de Porto Alegre e a Brigada Militar, verificou-se que as percepções negativas sobre o trabalho da polícia estão entre os mais jovens, os mais pobres e os menos escolarizados:

Entre os entrevistados, 58,7% entendem que os policiais militares não são violentos e que agem de forma respeitosa com as pessoas. Já entre os entrevistados mais jovens – sobretudo entre aqueles de até 24 anos, mas também entre adultos entre 25 e 39 anos (Teste realizado: Regressão Logística. Sig = 0,000) – há mais avaliações negativas da Brigada Militar no que tange à violência policial. Da mesma forma, pessoas autodeclaradas negras (pretas/pardas) (Teste realizado: Regressão Logística. Sig = 0,031), com menor escolaridade (Teste realizado: Regressão Logística: Sig = 0,041) e com renda mais baixa (Teste realizado: Regressão Logística: Sig = 0,006) tendem a avaliar a BM como sendo violenta e desrespeitosa (HERNANN; ROLIM, 2018, p. 197).

Outro ponto que chamou a atenção nas entrevistas foi a ausência da presença paterna, alguns jovens relataram que não conhecem ou não têm contato com seus pais, o que também apareceu nas falas dos profissionais dos CREAS's. As pessoas que circulam nos CREAS's – quando há acompanhamento – são as mães e as avós e se existe esse

acompanhamento, segundo os profissionais, os jovens têm maior possibilidade de cumprir as medidas socioeducativas. Quando há conflito aparente em relações familiares, existe a tentativa pelos CREAS's, ao longo do cumprimento da medida socioeducativa, de minorá-lo, como a busca pelo reconhecimento de paternidade ou reuniões com familiares:

Procuramos fortalecer laços entre o jovem e a família. Por exemplo, tem um socioeducando que tem muita vontade de reencontrar sua mãe, entretanto, ela realizou a denúncia contra ele. Então, estamos iniciando o diálogo entre ela e ele (mulher, profissional do CREAS).

3 | ASSISTÊNCIA SOCIAL FRENTE ÀS VIOLÊNCIAS

Os Centros de Referência Especializados de Assistência Social - CREAS são unidades públicas de assistência social que “atendem pessoas que estão em situação de risco social ou tiveram seus direitos violados”.⁵ Por outra banda, os Centros de Referência de Assistência Social - CRAS oferecem serviços de Assistência Social e têm como objetivo “fortalecer a convivência com a família e com a comunidade”.⁶ A diferença entre eles é que o CREAS visa cessar ou ressignificar alguma violação ou risco de direitos, enquanto o CRAS busca informar a população sobre seus direitos e ser o mediador para que o cidadão possa usufruir de algum benefício. Dessa feita, as medidas socioeducativas em meio aberto são de competência dos CREAS's. Para Alex Vidal (LAZZAROTTO et al. 2014, p. 207):

Na medida de PSC, ao adolescente é permitida a convivência em sua comunidade, mas lhe é exigido que se dedique um tempo ao trabalho comunitário como forma de compensação pela infração cometida, assim como uma oportunidade de aprendizado.

Na teoria, o jovem vai à unidade de execução da medida e realiza alguma atividade que o potencialize enquanto ser humano e seja proveitosa para a sociedade, como trabalhar em uma biblioteca, em uma escola ou em alguma gráfica. Na prática, em alguns CREAS visitados, verificou-se poucas vagas em unidades executoras, implicando, por vezes, que a medida seja cumprida no próprio CREAS's, o que desafia a criatividade dos profissionais.

4 | CONCLUSÃO

Para vislumbrar trajetórias diferentes para os jovens é preciso conhecer suas narrativas, dando voz às suas experiências, além de trabalhar em rede. Em todos os espaços que ocupamos será defendido o trabalho em rede. É necessário que o Judiciário

5 BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social: Centro de Referência Especializado de Assistência Social - CREAS. Disponível em: <<http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/unidades-de-atendimento/creas>>. Acesso em: 10 de nov. 2018.

6 BRASIL, Ministério da Cidadania. Secretaria Especial do Desenvolvimento Social: Centro de Referência de Assistência Social - CRAS. Disponível em: <<http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/unidades-de-atendimento/cras>>. Acesso em 27 dez. 2019.

trabalhe junto com a Assistência Social a fim da medida socioeducativa ser pautada conforme as necessidades e as realidades dos jovens. Isto é, caso o jovem tenha risco de deslocamento por determinada rua de Porto Alegre, nada adianta a medida de prestação de serviço à comunidade tenha como execução essa rua territorializada por facção contrária. Talvez, nesse caso, seja possível a construção de parcerias com instituições de ensino superior para propor oficinas e cumprimento da medida em espaços tidos como “neutros”. É essencial, então, trabalhar levando em conta as subjetividades.

Haja vista os resultados preliminares da presente pesquisa, tem-se que a ausência de efetivação nas políticas públicas em bairros periféricos, visto a falta de direitos sociais e fundamentais, traz aos jovens e aos moradores problemáticas cotidianas de violações e violências. Ademais, acarreta à sociedade problemas a serem enfrentados, como o surgimento, a manutenção e a expansão de grupos criminais e conseqüentemente as disputas pelo domínio do mercado ilícitos que aumentam a criminalidade e a insegurança. Outras problemáticas históricas a serem enfrentadas é a violência policial e o medo que os jovens sentem da polícia. Modificar o *statu quo* da polícia não é uma tarefa fácil, especialmente em “realidades fortemente hierarquizadas, como a brasileira”, como bem asseverou Jacqueline de Oliveira Muniz (2015), mas algo precisa ser feito. Em nossa realidade, propõem-se a parceria entre a Secretaria de Segurança Pública do ERGS e o Observatório de Segurança Pública da PUCRS para que debates e ações no âmbito da Brigada Militar, Polícia Civil, Observatório de Porto Alegre e a PUCRS sejam realizados.

Por fim, verificou-se que questões como o fenômeno da “hipermasculinidade” e o lucro são presentes nas narrativas dos jovens, mas, divergindo um pouco da visão de Alba Zaluar sobre a sedução dos jovens que resulta na “cultura da ostentação”, na presente pesquisa os jovens demonstraram a vontade de fazer uso de marcas e produtos expostos na grande mídia. Todavia, não só, esse não é o fator preponderante que leva um jovem a participar de algum coletivo criminal. Foram vistas falas sobre proporcionar vidas melhores para suas mães e avós, além do grande sentimento de pertencimento aos seus bairros, o que demonstra a necessidade de estudar geografia, cidadania, direito urbanístico, como questões de moradia, para realizar interfaces com a Segurança Pública. Como bem demonstrou Vera Regina Pereira de Andrade (2003), o campo das violências passa mais pela cidadania do que pelo Direito Penal, é preciso levar em conta seus bairros, os processos de gentrificação e a cidadania ofertada para propor políticas de segurança pública do tipo não-penais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: 2003. 187 p.

AMORIM, Carlos. **Comando Vermelho: A história do Crime Organizado**. Rio de Janeiro: Editora Record, 1993.

IPEA. **Atlas da Violência 2019**. / Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/19/atlas-da-violencia-2019>>. Acesso em 27 dez. 2019.

IPEA. **Atlas da Violência 2020**. / Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Daniel Cerqueira (coordenador), Samira Bueno (coordenadora), Paloma Palmieri Alves, Renato Sergio de Lima, Enid R. A. da Silva, Helder Ferreira, Amanda Pimentel, Betina Barros, David Marques, Dennis Pacheco, Gabriel de Oliveira Accioly Lins, Igor dos Reis Lino, Isabela Sobral, Isabel Figueiredo, Juliana Martins, Karolina Chacon Armstrong e Taís da Silva Figueiredo. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>>. Acesso em 15 nov. 2020.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; BASSO, Maura Gisele Rozado. Segurança Pública e Direitos Fundamentais. **Direito & Justiça**. Porto Alegre. Impresso, v. 34, p. 21-32, 2009.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIPRIANI, Marcelli. Um estudo comparativo entre facções: o cenário de Porto Alegre e o de São Paulo. **Sistema Penal & Violência**, v. 7, p. 161- 174, 2016.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Política Nacional de Assistência Social/PNAS. Resolução CNAS nº 145, de 15 de outubro de 2004. Disponível em: <http://blog.mds.gov.br/redesuas/wp-content/uploads/2019/07/PNAS_2004.pdf>. Acesso em 15 nov. 2020.

BZUSKA, Sidinei. Sidinei José Brzuska: “As pessoas ignoram o problema que é o sistema prisional”. Entrevista concedida ao Canal Ciências Criminais. 25 nov. 2015. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/sidinei-jose-brzuska-as-pessoas-ignoram-o-problema-que-e-o-sistema-prisional/>> Acesso em 13 nov. 2020.

CIPRIANI, Marcelli. Da ‘Falange Gaúcha’ aos ‘Bala nos Bala’: o surgimento das ‘facções criminais’ em Porto Alegre e sua manifestação atual. **Direito e Democracia** (ULBRA), v. 17, p. 105-130, 2017.

CIPRIANI, Marcelli. Do Global ao Local: a emergência das “facções criminais” no Brasil e sua manifestação em Porto Alegre. 2016. Monografia (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA – FBSP. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública** - ABSP, pp. 218. 2019. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf>. Acesso em 26 dez. 2019.

LAZZAROTTO, Gislei Domingas Romanzini et al (Org.). **Medida socioeducativa: entre A & Z**. Porto Alegre: Evangraf, 2014.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. Temáticas. **Arte & Ensaios** | revista do ppgav/eba/ufrj | n. 32 | dezembro 2016. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993/7169>. Acesso em 10 jan. 2021.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; MELLO, Kátia Sento Sé. Nem tão perto, nem tão longe: O dilema da construção da autoridade policial nas UPPs. **Civitas**, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 44-65, jan.-mar. 2015, Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/19939>>. Acesso em 15 nov. 2020.

MV BILL; ATHAYDE, Celso; SOARES, Luiz Eduardo. **Cabeça de Porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 295 pp. 2005.

ROLIM, Marcos Flávio; HERNANN, Daiana. Confiança nas polícias: percepção dos residentes e desafios para a gestão. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 20, n. 48, maio-ago 2018, p. 188-211. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/v20n48/1517-4522-soc-20-48-188.pdf>> Acesso em 23 dez. 2019.

ZALUAR, Alba. “Hipermasculinidade leva o jovem ao mundo do crime”. Entrevista concedida à Folha de São Paulo. 12 de julho de 2004. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1207200423.htm>> Acesso em 27 dez. 2019.

CAPÍTULO 11

APAC: UMA INSTITUIÇÃO A FAVOR DA HUMANIZAÇÃO DAS PENAS

Data de aceite: 01/05/2021

Data de submissão: 04/02/2021

Bárbara Paiva

Uberaba – MG.

https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=7B5F6F424BA17492D25069D393CFAC1E

RESUMO: Este artigo versará sobre a APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), uma instituição diferenciada de cumprimento de pena, cujos propósitos essenciais são pautados na confiança, no respeito e no amor. Com suas propostas inovadoras, a APAC vê no infrator uma pessoa que está apta à recuperação, desde que haja um tratamento diferenciado. Trata-se de um projeto de humanização da execução penal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que propõe um olhar diferenciado aos condenados, visando à sua recuperação, reinserção na sociedade e consequente conquista da Paz Social.

PALAVRAS - CHAVE: APAC. Cumprimento de Pena. Humanização.

APAC: AN INSTITUTION IN FAVOR OF THE HUMANIZATION OF PENALTIES

ABSTRACT: This article will deal about APAC (Association for protection and assistance to convicts), a distinguished institution of compliance, whose essential purposes are

based on trust, respect and love. With their innovative proposals, APAC sees the offender a person who is able to recovery, provided that there is a differential treatment. This is a project of humanization of criminal execution of the Court of Justice of Minas Gerais, which offers a distinctive look to the damned, for your recovery, reintegration into society and the consequent achievement of Social peace.

KEYWORDS: APAC. Fulfillment of Shame. Humanization.

INTRODUÇÃO

A APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados) é uma entidade civil de Direito Privado, diferente de todas as outras responsáveis pela aplicação das penas impostas pelo Estado às pessoas que violaram a lei. Com sua ideologia inovadora, a APAC sugere a humanização na aplicação das penas. O Método Apaquiano visa à recuperação do criminoso e, quando comparado ao Sistema Carcerário convencional, vê-se que este é fraco (e falho). Sob esse aspecto, é necessário enfatizar o jus puniendi do Estado, ou seja, o seu direito de punir, que para ser utilizado, deve cumprir fielmente a execução da pena, enquadrando-a como uma retribuição do delito praticado. Também é importante lembrar-se da finalidade preventiva da sua aplicação, e ainda, é preciso garantir os direitos essenciais do apenado, principalmente a preservação de sua Dignidade. Cumpre frisar que o Direito Penal,

por ser um ramo denso, será utilizado como *ultima ratio*, ou seja, quando os demais ramos do Direito falharem quanto à proteção aos bens jurídicos essenciais ao convívio social. Seguindo esse raciocínio, deve-se lembrar da sanção penal como uma resposta do Estado no exercício do seu *jus puniendi* e no seio do Devido Processo Legal. Destaca-se que, de acordo com os preceitos Apaquianos, a toda pessoa que pratica um crime deve ser voltado um olhar diferenciado, dedicando-lhe, pois, Dignidade e Respeito, fazendo-se cumprir as finalidades da pena e a necessidade da efetivação da sua função social. Com o objetivo de “punir” o infrator, que viola um preceito legal, o Ordenamento Jurídico Penal Brasileiro apresenta três modalidades de penas, que correspondem às punições estabelecidas pelo legislador, estando normatizadas na Parte Especial do Código Penal. São elas: Pena Privativa de Liberdade; Restritiva de Direitos e Pena de Multa, estando todas devidamente tipificadas no Código Penal Brasileiro. Nesse sentido, é correto dizer que as penas são estabelecidas visando à regulação da convivência em sociedade, quiçá impondo limites aos cidadãos. Neste momento, mostra-se vital a figura dos Princípios Constitucionais, que atuam como nortes inconteste na aplicação da pena e cujo principal objetivo é o resgate da Dignidade daqueles que cometeram uma infração penal. A APAC revela-se como um método inovador, que olha para o criminoso e enxerga o Ser Humano, passível de ser recuperado e reinserido na sociedade, desde que receba um tratamento digno e pautado no respeito. Há a valorização humana, aliada à evangelização e outros quesitos mais, visando proporcionar ao condenado condições favoráveis para a sua recuperação. Este método inovador fundamenta-se em 12 elementos básicos, que foram refletidos e estudados por completo visando à produção dos efeitos pretendidos; são eles: Participação da Comunidade; Recuperando ajudando Recuperando; O Trabalho; Assistência Jurídica; Assistência à saúde; Espiritualidade; Valorização Humana; A Família; O voluntário e o curso para sua formação; Centro de Reintegração Social – CRS; Mérito; Jornada de Libertação com Cristo. Todos eles são indispensáveis para a concretização desta metodologia: a atuação conjunta de todos gerará respostas positivas. Confiança e Amor são dois tópicos altamente subjetivos que proporcionam o suporte necessário a esta metodologia inovadora. Essas duas características devem necessariamente estar presentes, possibilitando a concretização deste método, tão diferenciado e acolhedor e que apresenta resultados comprovadamente positivos. Em síntese, a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) revela-se como um novo modelo de instituição de penas privativas de Liberdade, divergindo das técnicas tradicionais, que introduz nas prisões um cenário mais Humanitário, propondo, para tanto, princípios norteadores e tratamentos diferenciados, tudo visando à efetiva recuperação do condenado e ao seu reconhecimento como Cidadão, que cometeu um erro, mas que foi capaz de repará-lo e de superá-lo, estando, pois, apto ao convívio sadio em sociedade.

METODOLOGIA

Para o cumprimento dos objetivos propostos, este estudo teve por escopo apresentar a APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados). Para tanto, foi necessária uma análise mais intensa deste método, visando ao seu conhecimento. Dessa forma, a pesquisa foi dividida em quatro seções, que foram essenciais para o desenvolver desta obra, a saber:

Pesquisa Bibliográfica Descritiva: feita por meio de um levantamento histórico, de caráter interdisciplinar, que abrangeu a História, a Filosofia, a Antropologia, a Sociologia, a Saúde e a Bioética aplicáveis ao Sistema Penitenciário Brasileiro, com ênfase em cada uma das modalidades carcerárias: a APAC e o sistema convencional.

Pesquisa Documental: na qual se procedeu à análise do conteúdo e dos princípios e direitos constitucionais (e fundamentais) que dizem respeito ao tema. Também foi feito um estudo de projetos de lei em tramitação no Brasil, das jurisprudências que envolvem tratados e convenções internacionais, das leis, dos projetos de leis, de ações e de decisões judiciais pertinentes ao assunto em tela.

Pesquisa de Campo: que foi feita mediante visitas em cadeias públicas (nas cidades de Uberaba e Frutal, ambas em Minas Gerais) e em algumas APACS (a feminina e a masculina, em Frutal) para verificar as condições apresentadas por cada uma delas, o que possibilitou o diálogo da autora com os detentos (no sistema convencional) e com os recuperandos (no sistema APAC). Esses dados foram utilizados e permitiram uma vivência prática em relação ao objeto de estudo, além de levar à reflexão acerca dos conceitos teóricos utilizados, aliando-os à situação prática vivenciada no dia-a-dia. Essa vivência foi de suma importância para a autora, que pode ver e sentir as diferenças existentes entre um e outro sistema carcerário, chegando a algumas conclusões acerca do método mais adequado para a recuperação daqueles que praticam um ilícito penal.

Pesquisa Virtual: em que a autora buscou informações sobre as APACS (nos sites de cada instituição), além de outras informações que serviram de base para a construção deste trabalho e que o ilustraram com informações úteis e verossímeis.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O Sistema Carcerário Brasileiro apresenta como característica marcante a existência de graves problemas, sendo que esses estão se intensificando ao longo das últimas décadas, o que se justifica, principalmente, pelo grande salto sucedido nas taxas de encarceramento, destacando-se que essas possuem seu nascedouro nas inúmeras carências e deficiências estruturais e sociais que acompanham a história do país.

As referidas lacunas presentes no Sistema Carcerário também podem ser atribuídas à falta de interesse e de recursos por parte do Poder Público que dispõe de legislações concretas, contudo, essas leis nem sempre são postas em prática. Em 1955, aconteceu o 1º

Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, na Suíça. Esse Congresso aprovou algumas regras mínimas para o tratamento de prisioneiros e, em 1957, foram adotadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU, por intermédio da Resolução nº 663 de 13 de Maio de 1977 e em 25 de Maio de 1984 o Conselho aprovou treze desses procedimentos para aplicação efetiva das regras mínimas.

Na Resolução acima citada, salientam-se alguns tópicos, tais como: o item número 6, e seus subitens 1 e 2, que dizem, respectivamente, que as regras contidas nesta Resolução devem ser aplicadas indistintamente, sem qualquer discriminação com base em religião, língua, opinião política, sexo, raça, cor, origem nacional ou social, meios de fortuna, nascimento ou qualquer outra condição; também se assevera o respeito às crenças religiosas e aos preceitos morais do grupo a que pertença o recluso.

Estabelece-se, ainda, a diferenciação entre os tipos de reclusos, de acordo com o crime praticado, além de serem separados por sexo e idade (item 8 da citada Resolução).

A APAC, que segue esses princípios propostos pela Resolução da ONU, foi estabelecida em 1974 pelo advogado Mário Ottoboni na cidade de São José dos Campos – SP e, desde então, apesar de vários óbices encontrados pelo caminho, vem ganhando força no cenário da carceragem, com a proposta de dar aos condenados a possibilidade de retorno ao convívio social, sem as máculas deixadas pela prática de um crime, o que implica em grande avanço no que tange às penas privativas de liberdade, sendo também um progresso nos correntes dias, em especial frente ao caos instalado no Sistema Carcerário Brasileiro.

Atualmente, o cumprimento, por si só, da Lei de Execuções Penais por parte do Estado já provocaria várias mudanças no contexto prisional. É relevante anotar que cabe à União e aos Estados a administração do Sistema e o cumprimento da LEP. Todavia, o que se vê são administrações ineficientes, processos judiciais lentos, além de preconceitos de várias formas, o que gera a falta de capacidade para promover a reabilitação das pessoas presas.

Dessa forma, há que se dar maior atenção à urgência no tocante à implementação de políticas públicas que respeitem o condenado e, sobretudo, que contemplem as particularidades do cumprimento de suas penas.

Para tanto, mostra-se imprescindível que isso se faça numa perspectiva transdisciplinar, de atuação integrada de políticas sociais, criminais e de execução penal.

Constata-se, assim, que as ações institucionais se desenvolvem sem nenhum planejamento que leve em consideração a humanização da execução penal. Essas são precárias, isoladas, pontuais, ineficazes e só contribuem para a degradação e violação do direito a uma vida digna. Nota-se que todas as formas de encarceramento são complexas, o que implica em pensar no agravamento dessa situação.

Pelo exposto, é possível perceber que a tutela voltada aos presidiários existe, que

está estampada em várias legislações, tendo, inclusive, o respaldo da Organização das Nações Unidas - ONU. O que falta é o devido cumprimento dessas leis, pois só assim, restará garantida a Dignidade da Pessoa Humana e o respeito à condição de Ser Humano do preso, preceitos esses que a APAC tem a proposta de cumprir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente ao exposto, percebe-se que o Sistema Carcerário Brasileiro encontra-se em franca decadência, situação que, evidentemente, não merece prosperar, principalmente face aos princípios propostos pela Constituição Federal Brasileira de 1988, que prima por princípios como a Dignidade da Pessoa Humana, que é de fundamental relevância no panorama da sociedade como um todo.

É necessário destacar a responsabilidade do Estado quanto ao dever de cuidar dos detentos. Para tanto, o citado ente deve utilizar o Princípio da Proteção Integral, objetivando assegurar com prioridade absoluta o direito à vida e à dignidade, sobretudo, à proteção da pessoa do preso.

É pacífico o entendimento de que é necessária a garantia de condições dignas de segregação, o que se fará por meio da criação de políticas públicas eficazes de proteção à pessoa encarcerada. Ademais, urge que se acatem medidas como: separar homens e mulheres em estabelecimentos diversos; o estabelecer alas com distinções de detentos por idade, antecedentes penais, razões de detenção; presos provisórios separados dos condenados, e outros cuidados.

Assim, seria suficiente cumprir os preceitos propostos pela Lei de Execuções Penais. Todavia, a administração do Sistema e o cumprimento da LEP são de responsabilidade dos Estados e da União, mas o que se vê é um cenário oposto, repleto de desrespeito e de falta de capacidade de promover a reabilitação das pessoas encarceradas. Por seu turno, a APAC visa humanizar o sistema prisional, instituindo novas formas de tratamento e contribuindo para recuperação daqueles que cometeram um delito, objetivando, com isso, à construção da paz social, tão visada em um Estado que se diz Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

_____. **Resolução nº 663 de 31 de Julho de 1957**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 10.10.2018.

BATISTA, Helder Silva; Paiva, Bárbara; Ramos, François Silva. **APAC: Uma Instituição a Serviço da Humanização das Penas**. Pará de Minas – MG: Editora Virtualbooks, 2012. 14X20 cm. 81p.

BRASIL. **Lei nº 7.210, DE 11 de Julho de 1984. Lei de Execução Penal**. Brasília – DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 10.10.2018.

LOPES, Beatricee. **A finalidade da Pena Criminal.** Disponível em: <<https://beatricee.jusbrasil.com.br/artigos/117590717/a-finalidade-da-pena-criminal>>. Acesso em: 10.10.2018.

TELLES, Clóvis. **Direito Penal, Justiça e Política em Debate. Disponível.** Disponível em: <<http://www.clovistelless.com.br>>. Acesso em: 09.10.2018.

CAPÍTULO 12

PUNINDO A DESINFORMAÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DAS *FAKE NEWS* POR MEIO DO ESTUDO DO BEM JURÍDICO-PENAL

Data de aceite: 01/05/2021

Data de submissão: 05/02/2021

Talysson Teodoro Travassos Sanchez Rojas

Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais
pela Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra (PT)
Coimbra - Portugal
<http://lattes.cnpq.br/8495039296203253>

RESUMO: A presente pesquisa tem dois grandes objetivos gerais. O primeiro, é realizar uma investigação da moldura jurídico-penal «ampla» construída para criminalizar as *fake news*, que já é utilizada em alguns países. O segundo, é analisar em como o estudo do bem jurídico-penal fará prova dessa moldura, ou seja, se há uma validação jurídica ou refutação desse modelo de punição. Para isto, percorrer-se-á alguns caminhos metodológicos. O primeiro passo de investigação é analisar o paradigma da pós-verdade, realizando um paralelo com a sociedade da (des) informação, posto que o fenômeno se põe de determinada forma a partir de uma crise da veracidade. É neste ponto que se trata da evolução da comunicação moderna, pela mídias digitais, pautadas em um aspecto rizomático, em detrimento da clássica formulação emissor-receptor. No segundo momento, faz-se uma análise comparada acerca dessa moldura penal ampla em países como França, Brasil e Singapura. A última parte do trabalho, a partir do conceito material de delito,

reflete sobre a necessidade jurídica em punir (ou não) a desinformação, a partir das experiências legislativas já concretizadas pelos países em questão, fazendo prova dessa moldura pela teoria do bem jurídico. A hipótese da presente pesquisa é a da validade da construção de uma moldura jurídico-penal alternativa para as *fake news*, centrada não no ato da (re)produção da notícia falsa, mas no seu financiamento.

PALAVRAS - CHAVE: Desinformação. Pós-verdade. Punição. Bem-Jurídico.

PUNISHING DISINFORMATION: AN ANALYSIS ABOUT THE CRIMINALIZATION OF FAKE NEWS THROUGH THE STUDY OF LEGAL- CRIMINAL GOOD

ABSTRACT: This research has two main general aims. The first one is to investigate the «broad» legal-criminal framework built to criminalize fake news and already used in some countries. The second aim is to analyse how the study of the legal-criminal good will prove this framework, that is, if there is a legal validation or refutation of this punishment model. For this, some methodological paths will be covered. The first step in this investigation is to analyse the post-truth paradigm, making a parallel with the (dis) information society, since the phenomenon arises in a certain way from a crisis of veracity. It is at this point that the evolution of modern communication, through digital media, is based on a rhizomatic aspect, to the detriment of the classic emitter-receiver formulation. In the second moment, a comparative analysis is made about this broad penal framework in countries like France, Brazil,

and Singapore. The last part of the work, based on the material concept of crime, reflects the legal need to punish (or not) disinformation, based on the legislative experiences already implemented by the countries in question, proving this framework through the theory of the legal good. The hypothesis of this research is the validity of the construction of an alternative legal-penal framework, centred not on the act of (re)producing fake news, but on its financing. **KEYWORDS:** Disinformation. Post-truth. Punishing. Legal-Good.

1 | INTRODUÇÃO

É muito provável que a disseminação de notícias falsas ocorra desde a invenção da imprensa no século XV. Já a produção de notícias falsas pode ser algo que sempre acompanhou as sociedades de modo geral. Isto não trouxe, por si só, uma crise da verdade, mas apenas reforçou a necessidade de controle dos critérios acerca da produção da verdade científica. Mas é apenas muito recentemente¹ que se fala em pós-verdade, um fenômeno abrangente e interdisciplinar.

A questão de se falar em um paradigma da pós-verdade está ligada à nossa realidade atual de um grande fluxo de *fake news*, impulsionado pelas redes sociais digitais, pela mídia e pela maior adesão de usuários às novas tecnologias da informação. Mas o ponto que causa a maior interferência com o Direito Penal está na manipulação deliberada das informações com propósitos político-eleitorais. É em decorrência desta associação que se tornou famoso o termo *fake news* diante da campanha eleitoral de Donald Trump e da votação do *Brexit*².

Assim, a justificativa em sentido amplo deste trabalho respalda-se na investigação de um fenômeno atual, que possui características ímpares em decorrência da era em que vivemos atualmente, nomeadamente de um momento em que a informação parece atuar de maneira central nas tomadas de decisão a nível global. Não só a informação por si só, mas sobretudo a relação entre veracidade, informação e política, que tem sofrido mudanças nos últimos anos.

Mas a justificativa estritamente jurídica respalda-se em, pelo menos, três fatores. O primeiro ponto a justificar esta delimitação temática é a importância que ganha a teoria do delito perante o caso em questão. Isto porque o que interessa aqui não é a dimensão formal ou analítica do delito, mas sobretudo o conceito material de crime. Com isso, pensamos tratar do aspecto principal que diferencia o crime de qualquer outra manifestação jurídica: o bem jurídico-criminal. O segundo fator é a análise entre a dogmática penal e a legislação. Isto será importante para refletirmos, no caso em concreto, em como a criminalização primária não precede a dogmática penal, posto que é a dogmática que fundamenta, quer legitimando-a, quer limitando-a. Assim, isto é relevante para pensarmos em como o Direito Penal não se restringe, ao contrário do que se estipula, ao princípio da legalidade. Mas

¹ Prova disso é que em 2016 o dicionário Oxford escolheu o termo *post-truth* como a palavra do ano, após um aumento de 2000% no seu uso em relação ao ano anterior. Ver em: MCINTRYRE, 2018, p.4 .

² Idem. p. 5.

antes, há algo que precede a legalidade. Por fim, o terceiro fator será de evidenciar em como a dogmática penal não está presa em uma teoria fechada para outras áreas do saber, de forma que deve haver uma comunicabilidade entre a dogmática e as análises outras que não estritamente jurídicas³. Por fim, imprescindível destacar que estas justificativas não estão limitadas à parte geral do direito penal. Do contrário, pensamos tratar-se de um relação entre a parte geral e especial do direito penal. É por isso que iremos elencar nossos objetivos primários e secundários para que fique mais claro o que tentaremos abordar.

Se a perspectiva material do delito nos alerta para a importância de um substrato que fundamente a construção do delito, isto faz-nos pensar no pólo oposto em que se deve haver motivos suficientes para acreditar que tal substrato realmente existe. Esta maneira de legitimar a existência *geral* do Direito Penal será pensada neste trabalho por meio da proposta de um tratamento jurídico-penal às notícias falsas «*fake news*». Assim, surge imediatamente como objetivo global do trabalho analisar os fundamentos para a criminalização das *fake news* à luz do conceito material de crime. Para isso, será necessário alguns passos ou objetivos secundários.

Um primeiro objetivo é entender o fenômeno das notícias falsas, a sua relação com a ideia de pós-verdade, as desordens da informação, apreender na sua totalidade a questão. Um segundo objetivo será delimitar qual ou quais desses fenômenos que se apresentam enquanto *fake news* realmente é importante para fins penais. É somente em seguida que nosso objetivo será traçar, descritivamente, um panorama global de como os legisladores ao redor do mundo estão lidando penalmente com a situação. Por fim, entraremos na discussão do bem jurídico entre punir ou não punir, abordando argumentos jurídicos entre necessidade, dignidade penal e proporcionalidade. Ao final do trabalho, apresentaremos uma proposta alternativa às que estão sendo feitas pelos legisladores.

2 | A CRISE DA VERDADE E AS DESORDENS DA INFORMAÇÃO

2.1 O paradigma da pós-verdade

Dois questionamentos são cruciais e servem de base para podermos compreender esse complexo fenômeno da pós-verdade. Uma primeira indagação é tentar entender se estamos vivendo em um paradigma da pós-verdade, se esta tornou-se a base da produção de informações em nossa sociedade. Mas a segunda indagação é verificar se acaso não é ela mesma, a pós-verdade, uma notícia falsa.

Para tentar responder quaisquer dos questionamentos acima, precisamos de antemão refletir acerca do conceito em si. É nestes termos que Dunker⁴ refere-se à pós-

³ Trata-se, aqui, de uma formulação própria em que o bem jurídico-penal traz uma «abertura» da dogmática penal.

⁴ Assim, se a pós-modernidade trouxe um relativismo cultural contra a busca pelas verdades universais, a pós-verdade é necessariamente algo distinto do mero relativismo cultural. Ela não se confunde com a multiplicidade de pontos de vista, da mesma forma que não é um cinismo no poder, no qual verdade é aquilo que se quer que seja. Do contrário, a pós-verdade é um conjunto de negações e reações. Negação do outro e reação às diferenças. Neste sentido, ver em DUNKER, Christian. Subjetividade em tempos de pós-verdade. In: DUNKER, 2017, p. 5-30.

verdade como uma reação negativa à pós-modernidade. Assim, a produção filosófica de crítica da verdade como modelo universalmente alcançado por meio da razão teria gerado graus de instabilidade sobre a existência da verdade. E a pós-modernidade é responsável por isso: que por debaixo do uso do conceito de verdade existe uma complexa relação de poder. E é em nome dela que se promove estratégias políticas, ao fim e ao cabo.

Mas a reação à esta nova perspectiva traz alguns elementos de manipulação acerca das informações. Contra o descortinamento da ideia de verdade, erige-se um movimento reacionário de cooptação política pelas informações. Assim, a pós-verdade não sustenta a ideia de inexistência da verdade, mas de subordinação dos fatos às perspectivas políticas⁵.

2.1.1 A crise da veracidade: as raízes da pós-verdade

Já em 1967 um ensaio⁶ é publicado e cujas motivações nos parecem reveladoras, já que envolvem o problema da crise da verdade e a profusão gigantesca de inverdades. Ele nos revela como nossa época «moderna» não acredita que a verdade seja dada ou revelada ao espírito humano, mas sim que seja por este produzido. Isto nos conduz à uma ideia de verdade diferente da verdade de fato, sendo assim uma verdade «racional». É que a história e a filosofia moderna nos mostraram a impossibilidade de dissociar três elementos que sempre foram analiticamente separados: fato, opinião e interpretação. Ou acaso existirá algum fato independente? De forma alguma existe um fato no qual não haja uma interpretação dada pelo sujeito. Porém, isto não incorre na impossibilidade de demarcação de fronteiras entre os três elementos acima. Assim, há uma diferença notável entre verdade e fato: o caráter despótico da primeira. A verdade possui uma força coerciva⁷, enquanto que a opinião faz parte da arena política, posto que é construída pela discussão, por ser discursiva.

Mas a opinião não é o oposto da verdade de fato, mas sim da mentira. A falsidade deliberada é uma ação, é uma mentira organizada⁸ que difere da simples narração dos fatos. E não se trata da mentira individual, uma vez que essa é dirigida ao inimigo, com propósito de enganá-lo. De outra forma, a falsidade deliberada e organizada faz parte das mentiras políticas modernas que são dirigidas difusamente à sociedade, requerendo um rearranjo da textura factual.

5 Sentimentos, interesses e estratégias interessam mais que fatos. É uma ideologia em que os praticantes querem impôr uma crença à um conjunto de pessoas, havendo ou não boas evidências para tal. Assim, pensemos que a crítica ao monopólio da verdade pela ciência têm levado ao descrédito da ciência, não passando de teorias, por mais rigoroso que seja o método científico. Ver em MCINTYRE, 2018, p. 13-14..

6 Verdade e Política foi publicado pela primeira vez no The New Yorker em 1967 por Hannah Arendt, após polêmicas surgidas em torno da publicação de «Eichmann em Jerusalém».

7 ARENDT, 1967, p.12-15, exemplifica que «a terra gira em torno do sol» e «em agosto de 1914 a Alemanha invadiu a Bélgica» são verdades que estão para além da opinião e da discussão. O conteúdo de sua afirmação não é de caráter persuasivo, mas coercivo.

8 Idem. p. 21.

2.1.2 *Information Disorder: âmbito problemático da pesquisa*

A abrangência da terminologia «*fake news*» ou notícias falsas é tamanha, de forma a gerar inúmeras controversas. Pensemos, por exemplo, se se trata de uma notícia falsa dizer que a terra é plana. Ou, ainda, na formulação de uma organização em que acredita fortemente no terraplanismo. Ou, ainda, na produção massiva de notícias tendenciosas com intuito de desacreditar o terraglobismo. Alguém poderia dizer que em quaisquer dos casos estamos lidando com o mesmo fenômeno. Contudo, além de não se tratarem do mesmo fenômeno, tampouco são casos que mereçam tutela penal, conforme veremos.

No primeiro caso ter-se-ia o primeiro problema de tentar distinguir o que é exatamente o «dizer da notícia», pois notícia não é opinião. Assim, sustentar uma opinião está fora do âmbito problemático daquilo que se quer denominar como *fake news*. No segundo e terceiro casos, parece haver algo mais complexo, pois temos uma mentira organizada: resta saber se há intenção de prejudicar alguém difusa ou especificamente e se a notícia é deliberadamente falsificada. Estas são as três principais formas de desordem das informações ou *information disorder*⁹: *dis-information*, *mis-information*, *mal-information*.

Desta forma, quando uma informação falsa é compartilhada mas sem a intenção de causar prejuízo, está-se diante da *mis-information*¹⁰. Do outro lado, tem-se o fenômeno do compartilhamento de notícias sabidamente falsas com a intenção de causar prejuízos. Esta última forma é exatamente o que se designa como o âmbito problemático da presente pesquisa: *dis-information*¹¹. Mas há, entretanto, a situação em que uma informação verdadeira ou genuína é compartilhada com intenção de causar prejuízo (o oposto da *mis-information*), como o caso do discurso de ódio: trata-se da *mal-information*¹².

Assim, a problemática relevante para fins penais é a notícia falsa intencionalmente fabricada, com propósito de causar prejuízo (doravante, desinformação), posto que é a

9 Assim, o discurso das *fake news* acaba geralmente englobando as três desordens de informação. O papel da análise científica será, portanto, diferenciar os três fenômenos. Isto demonstra como a terminologia «*fake news*» é pobre e difícil a investigação, devendo ser evitada. Ver mais em: WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein, 2017.

10 Este conceito está bastante associado à *information pollution*, o qual descreve a disseminação de notícias de baixo grau de veracidade, redundantes e irrelevantes. A *mis-information* é um grande entrave para o enfrentamento de doenças, pois informações inverídicas são amplamente compartilhadas pelas plataformas *online*. Alguns exemplos podem ser lembrados para melhor compreensão, como as teorias conspiratórias acerca das mudanças climáticas, teorias terraplanistas e, mais recentemente, uma gama de inverdades acerca do tratamento do novo COVID-19. Um recente artigo dedicou-se exclusivamente a esclarecer as diferenças, sobretudo em razão da pandemia. *Mis-information* seria exemplificativamente «Dettol é comprovado contra o coronavírus», altamente disseminado pelo *facebook*, o que está longe de ser verídico, mas não foi compartilhado para prejudicar os cidadãos. Por outro lado, a *dis-information* seria «COVID-19 é causado pela utilização da rede 5G» também foi amplamente circulado pelas redes sociais, mas desta vez há uma intenção por trás: era um médico praticante de medicina alternativa quem publicava tal informação falsa. A análise dos autores é no sentido de que havia o propósito de desmerecer a medicina convencional. E, por fim, a *mal-information* «apesar da falta de comida em decorrência da pandemia, ninguém quer comprar comida vegana». A questão é que, em decorrência da quarentena, faltava comida nos supermercados dos Estados Unidos. Contudo, a foto em que mostrava o excesso de comida vegana era de 2017, por ocasião do furacão Harvey. Há uma verdade neste caso, embora os fatos foram parcialmente modificados. Por todos ver em: BAINES, Darrin; ELLIOT, Robert J. R., 2020, p. 13-14.

11 É por entender que esta terminologia é a mais adequada que passaremos a preferir esta, em detrimento das formas alternativas como *mis-information*, *mal-information* ou a genérica e contra-epistêmica *fake news*.

12 WARDLE & DERAKHSHAN 2017, p. 5.

partir daí que se extrairá o bem jurídico-penal. A intencionalidade é relevante para verificar o peso da lesão causada pela disseminação de notícias falsas. Assim, *mis-information* pode ser amplamente divulgada para causar humor, ainda que se trate de algo grave.

2.1.3 Opiniões ou fatos?

Assim, um dos primeiros pontos é pensar o que é exatamente a informação. A informação, antes de ser falsa ou verdadeira, deve ser apartada de outras categorias, como a opinião. Deste modo temos que a informação¹³, requer os critérios de verificação e independência, o que a separa da publicidade, propaganda e entretenimento. A informação requer a afirmação sobre circunstâncias, baseadas em evidências, por meio de um procedimento de *fact-check*, realizada por múltiplas fontes e por agentes autorizados. De outro modo, a opinião é baseada em julgamentos pessoais, suportada também por evidências e circunstâncias, mas aberta à interpretação e discussão na comunidade.

É deste modo que a desinformação é a fabricação ou propagação de afirmações falsas sobre fatos, não sobre opiniões. É por isso que não entra no âmbito problemático deste trabalho a análise da afirmação de que a terra é plana, pois apesar de isto ser genericamente uma «*information disorder*», será no máximo uma *mal-information*, ou quando muito uma opinião pessoal de algum grupo ou indivíduo.

2.1.4 Humor e paródias

Enquanto a desinformação tende a enganar, prejudicar o leitor/receptor, a paródia e a sátira, por outro lado, podem ser até mesmo ferramentas de combate¹⁴ à poluição de informações. O exagero, enquanto técnica, tem uma função precípua de reflexão sobre o estado de coisas sobre as quais destinam-se o humor utilizado. O que não significa que deva haver outras formas de controle jurídico em torno do humor.

Pense-se, por exemplo, em um programa de sátira que despeja informações intencionalmente falsas para prejudicar a imagem de um agente público ou um candidato à presidência. Neste caso, ter-se-ia outros mecanismos jurídicos de tutela, tais como os crimes contra a honra. São esses casos em que, por mais que se tratem de desinformação, a intervenção penal para a tipificação de um delito autônomo é totalmente dispensável.

Portanto, a relação que houver entre humor e desinformação deve ser tutelada por outros mecanismos. O propósito do trabalho será, então, encontrar que situação é a mais indicada para uma correta interferência do legislador, o qual deve ser guiado pela dogmática crítica.

¹³ Idem.

¹⁴ Em defesa desta posição, ver SINCLAIR, Christine, 2020, p. 61-77. Disponível em: «<https://link.springer.com/article/10.1007/s42438-019-00054-x>» Acesso em: 5 set. 2020.

2.2 A sociedade da (des)informação e as redes sociais digitais: ouvindo a Castells

Se o industrialismo esteve ligado à própria constituição do modo de produção capitalista do século XIX, a tecnologia da informação está ligada à expansão do capitalismo, de forma que sem essa base material não teria sido possível entrarmos na era do informacionalismo. Assim, a tese de Castells¹⁵ é que no final do século XX entramos em uma Revolução da Tecnologia da Informação, situação perante a qual irá moldar toda nossa cultura material pelas próximas décadas do século XXI.

Mas o que caracteriza este novo momento não é o aparato técnico produzido pela ciência, como a computação, *hardware* e *software*¹⁶, mas a criação do ciclo de retroalimentação, em que o conhecimento técnico é criado para ser aplicado em novas ferramentas de comunicação. Assim, usuários da rede de informação tornam-se também seus criadores, pois do seu uso faz-se também seu desenvolvimento. Deste modo, tem-se as características principais do paradigma da revolução: uso da tecnologia com fins à informação; complexidade da interação e modelos imprevisíveis derivados dessa interação; convergência das tecnologias para um sistema integrado, já que todas as tecnologias, sejam programas de computador, *internet*, ou *softwares*, tencionam o mesmo caminho em direção à comunicação.

Mas se vivemos em uma sociedade da informação ou de desinformações é algo que vale a pena refletir sobre. Uma sociedade cujos laços são constituídos por algoritmos tende a fortalecer ou a fragilizar a democracia? Para Eli Pariser¹⁷ o diálogo e a comunicação é o conceito chave da democracia, de forma que tornar algo em comum na sociedade é dotado de um potencial democrático, mas que não necessariamente as redes sociais digitais fornecem. O diálogo é o meio pelo qual os cidadãos criam democraticamente sua cultura. Sem o diálogo, não há democracia. O problema do nosso acesso à informação está relacionado ao filtro-bolha, que apenas nos faz enxergar a realidade a partir de um estreito interesse próprio. Entretanto, ultimamente a democracia apenas funciona se os cidadãos são capazes de entrar em contato com informações para além de seu interesse próprio, o que é dificultado pelos algoritmos que regem o funcionamento da *internet*.

2.2.1 O paradigma rizomático da comunicação: ouvindo a Deleuze

Um olhar mais atento ao fenômeno da desinformação pode nos revelar algumas mudanças cruciais pelas quais passou a teoria da informação¹⁸. Dentro da tipologia da comunicação humana, temos que não é necessário que haja uma resposta do receptor à mensagem veiculada pelo emissor: é uma comunicação tão somente unidirecional, como

15 Para Castells a história é a sucessão de momentos estáveis intercalados por momentos de picos de mudanças. O final do século XX e com o advento da internet é um desses picos. Ver mais em: CASTELLS, 1999, p.67

16 Idem. p. 69, 108-111.

17 PARISER, Eli, 2011. p. 48-50.

18 REZA, Fazlollah M, 1994, p.20-25.

quando envia-se um correio eletrônico para alguém. Havendo a participação do receptor, a comunicação será bidirecional, como em uma reunião ou debate.

Mas a novidade do rizoma consiste exatamente em dissolver a visão dicotômica do mundo, abrindo portas para a multiplicidade. Ao abrir mão da árvore-raiz, Deleuze & Guattari¹⁹ imaginam uma raiz fasciculada, dentro da qual há uma multiplicidade imediata de raízes secundárias. A relação com a comunicação é exatamente perceber como as informações transformaram-se num rizoma, no qual não se sabe de onde vêm e para onde vão, inexistindo um caule principal. Deste mesmo modo operam as redes sociais digitais, nas quais os usuários dão sequência ao fluxo de informações, diferentemente do que ocorre na televisão, rádio, jornal, etc., (mídia tradicional). Ou seja, se a comunicação de massa é regida por uma pluralidade de receptores, de forma unidirecional, as redes digitais são regidas pela bidirecionalidade²⁰, em que receptores tornam-se agentes emissores, construindo um processo comunicativo mais complexo. Assim, altera-se a divulgação das informações, que passaram de um modelo unidirecional a outro multidirecional, como quando um receptor torna-se emissor ao realizar um compartilhamento em uma rede social *on-line*.

Os fluxos de informações gerados nesse modelo de divulgação dependem de um suporte material, como a Internet, mas acabam por dominar nossa vida econômica, política e simbólica. Assim, nas comunidades virtuais, a partir dessa base material, usuários trocam informações cujos resultados não podem ser previstos. É nestes termos que Lévy²¹ anuncia que as comunidades virtuais são a virtualização das comunidades físicas, sobretudo porque tais redes sociais não possuem um centralizador como a mídia tradicional, de forma que o usuário tem uma certa autonomia para decidir o que ver, com quem interagir e quais temas lhe interessam.

2.3 Informação, Consenso e Democracia: prelúdios do bem jurídico-criminal

Um último ponto sobre Castells ainda merece ser citado. Trata-se da relação entre a realidade e a comunicação. Deixada a questão ontológica de lado, apenas se vê a realidade mediada pela linguagem²², não sendo possível acessar imediatamente a realidade. Mas a nossa linguagem é também influenciada pelos nossos meios de comunicação. Assim, eles

19 O propósito filosófico de Deleuze e psicanalítico de Guattari é combater a tripartição que construímos no conhecimento: o campo da realidade, o campo da representação pela linguagem e o campo da subjetividade pelo autor. Ver em: DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix, 1995.

20 AMARAL, 2012. p. 5.

21 Há uma oposição entre virtualização e atualização. A virtualização não é a passagem da realidade para algo «virtual», mas sim a passagem do atual (a solução) para o virtual (o problema). O virtual deve ser entendido aqui não como a antítese do real ou físico, mas sim como potência. Assim, na atualização, a solução está contida antecipadamente, ao passo que na virtualização não está, de forma que não se pode prever exatamente o resultado do processo de virtualização. Ver em LÉVY, 1998. p. 13-20.

22 A questão filosófica sobre a realidade é antigíssima e está para além do escopo deste trabalho. Mas interessante ver a perspectiva fenomenológica de Heidegger entre ser e ente e a perspectiva de Kant entre fenômeno (ser) e nûmeno (ente). A perspectiva aqui seguida, contudo, é a da filosofia da linguagem e, neste sentido, ver mais em Castells, 1999, p. 413-415.

criam e determinam nossa cultura, de forma que o sistema tecnológico que criamos acaba por ser uma ferramenta de molde da realidade que tentamos enxergar.

Mas os fluxos de informação constituem e fazem parte da economia global, que por sua vez é organizada com base em centros de controle: cidades globais que coordenam o fluxo de informação para áreas metropolitanas menores e depois para cidades regionais. Do ponto de vista da comunicação, temos a grande mídia e a luta pelo monopólio da verdade, de um lado, e os desertos de informações²³, como pequenas cidades, de outro lado.

Mais que isso, trata-se agora de um verdadeiro *tecnopopulismo*²⁴, o qual opera por meio de algoritmos para controlar narrativas sobre fatos. É com base nesse contexto que o Supremo Tribunal Federal autorizou a abertura do importante e polêmico, ainda que questionável, inquérito 4.781²⁵ que trata, inclusive, da investigação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com intuito de lesar a independência do Judiciário e do Estado de Direito.

Portanto, o bem jurídico criminal hábil a reivindicar a intervenção penal em matéria de desinformação deve fundamentar-se em uma dada relação entre a informação, a democracia e as instituições do Estado de Direito. Este caminho é que será trilhado pelo legislador, embora de diferentes formas, como se verá a seguir.

2.4 TENDÊNCIAS, PROPOSTAS E ANÁLISE LEGISLATIVA COMPARADA: um olhar para a criminalização da desinformação

2.1 A proposta inovadora da França e a lei de combate às manipulações de informações

Em meados de maio de 2018 a Assembleia Nacional²⁶ da França reúne-se para debater o projeto de lei relativo à luta contra a manipulação da informação. A Comissão de Assuntos Culturais e de Educação passa a abordar não mais as falsas informações como objeto de análise, mas a manipulação das informações.

Dois pontos relevantes que foram analisados pela Assembleia diz respeito à associação das falsas notícias com fins políticos e a questão de não se tratar de um fenômeno

²³ *News desert* é um problema em relação à comunicação, em que não há cobertura significativa da imprensa. Segundo o Atlas da Notícia 3.0, aproximadamente 62,2% das cidades brasileiras são desertos de notícias. Apesar de parecer um fenômeno

²⁴ A terminologia é utilizada por Deseriis, 2017. A sua tese é a de que, apesar de serem práticas separadas, elas começaram a convergir após a crise financeira de 2008, face às frustrações das elites globais diante dos protestos e movimentos sociais. Assim, a partir daí surgiu uma nova geração de techno-partidos «Five Star Movement in Italy, Podemos in Spain, Pirate Party in Iceland», ao que acrescentaríamos o Chega em Portugal. Assim, techno-populismo é uma variação híbrida do tecnocratismo (que não admite liderança popular) que enaltece a meritocracia, posto passar a inserir a liderança carismática.

²⁵ Disponível em: «<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>». Acesso em: 05 set. 2020.

²⁶ O Relatório sobre o Projeto de Lei nº 799 pode ser encontrado em: «http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion-cedu/15b0990_rapport-fond#_Toc25600001».

novo. Assim, encararam a desinformação como um «histórico fenômeno»²⁷. A novidade não está na falsidade, mas no meio pelo qual ela circula. A tecnologia digital dá uma dimensão nova a esse fenômeno. O monopólio da informação é negado aos jornalistas, de forma que todo usuário sente-se engajado em cumprir o papel da comunicação. O resultado disto é que as redes sociais digitais possuem uma forma suplementar que amplifica a desinformação ou de ataque às informações críveis, pois milhares de usuários repetem histórias, compartilham notícias, revelam, acusam ou recriminam pessoas de forma viral, sem que se proceda à checagem, sejam poucos usuários, sejam muitos usuários, com ou sem ajuda de *bots*,²⁸ publicidade, ou organizações de difusão de falsas informações.

Assim, tem-se a lei 1202 de 22 de dezembro de 2018, a qual realiza alterações no Código Eleitoral francês e na lei da Liberdade de Comunicação. Para fins penais, interessa analisar somente a primeira alteração, já que a segunda diz respeito à abertura de um procedimento administrativo relativo à suspensão do fornecimento de algum serviço audiovisual em que esteja transmitindo falsas informações dentro do período eleitoral, de forma a perturbar a *sinceridade da votação*²⁹.

Penalmente relevante é a modificação do L112 do *Code électoral*, o qual passa a prever uma pena de um ano de prisão e 75 mil euros de multa, no caso de cometimento da infração do artigo L 163-1³⁰ do mesmo diploma. Este último artigo regula a propaganda eleitoral, criando um dever³¹ dirigido às operadoras de plataforma *online*, de fornecer informação leal, clara e transparente sobre a pessoa física ou jurídica que financia a plataforma em troca da disseminação de conteúdo que verse sobre o debate eleitoral.

Cria também o artigo seguinte, L163-2, o qual usa uma técnica legislativa similar ao do procedimento administrativo (ver nota 26). A ideia aqui é frear do mesmo modo a disseminação de alegações inexatas, enganosas que possam alterar a sinceridade do escrutínio, contanto que sejam divulgadas de maneira massiva, automatizada, deliberada e de modo *online*.

Interessante notar, contudo, que o Código Eleitoral francês já continha previsão para esta conduta, apenas que com uma pena de 15 mil euros³². Há, portanto, pelo menos dois

27 HUYGHE, 2016, p.63-72. «Homo Sapiens savait déjà mentir, Ulysse ruser et Sun Tzu inventait des stratagèmes il y a vingt-quatre siècles».

28 *Idem*.

29 O artigo 6º da lei 1202/2018 insere o artigo 33-1-1 na lei 86-1067/1986 conhecida como *Loi Léotard*. Dispõe o artigo que durante três meses do primeiro dia do mês de eleição presidencial ou de deputados e senadores ou até de referendun, o Conselho Superior de Audiovisual poderá ordenar a suspensão imediata de qualquer serviço que por meio da *fausses nouvelles* possam altérer la sincérité du scrutin. O CSA notifica as *personnes morales* para que apresentem defesa prévia em 48 horas. FRANCE, Loi 1202-2018. Disponível em: « <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000037847559&dateTexte=20200905>». Acesso em 10 mar. 2020.

30 Ver o artigo L163-1 em: «https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=4185503E5C3430F5287C6CE-438D7BE2E.tplgfr38s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006148468&cidTexte=LEGITEXT000006070239&dateTexte=20200905».

31 Cabe aqui a reflexão se se trata de um delito culposo por violação a um determinado dever previsto no tipo legal. Mas como nosso trabalho não é guiado pela teoria analítica de crime, interessa-nos, bem antes, analisar o bem jurídico, a densidade jurídica que motiva o surgimento deste delito.

32 Ceux qui, à l'aide de fausses nouvelles, bruits calomnieux ou autres manoeuvres frauduleuses, auront surpris ou

problemas na proposta francesa. A primeira é a de que já havia uma forma de tutela penal em relação à divulgação de notícias adulteradas em período eleitoral. A segunda, é a de que esta proposta pretende punir todo aquele que divulga notícia falsa, mas é evidente que somente consegue punir aquele quem primeiro produziu a notícia fraudulenta. Pior que isso, não há uma cláusula de exceção³³ para quem, de boa fé, compartilhou notícia falsa, posto não ter checado a fonte. Isso demonstra como nestes casos a educação mediática é muito mais relevante que a utilização do direito penal.

2.2 A proposta à brasileira: a tipificação da denunciação e divulgação caluniosa com finalidade eleitoral

Seguindo uma proposta similar, o legislador brasileiro optou também por realizar uma modificação no Código Eleitoral com intuito de combater as *fake news*. A modificação realizada foi sobre o artigo 326-A³⁴, o qual trata do delito de denunciação caluniosa com finalidade eleitoral, com pena de 2 a 8 anos. Ocorre que o § 3º foi adicionado, de forma que incorrerá nas mesmas penas aquele que divulgar ou propalar aqueles fatos sabidamente falsos e que já foram objeto da denunciação caluniosa.

Há uma clara violação à proporcionalidade neste caso, uma vez que não é adequado aplicar uma pena de 2 a 8 anos contra quem propala falsamente fatos típicos que ensejaram a instauração de investigação ou processo, ao passo que a pena para quem divulgar fatos típicos (calúnia eleitoral³⁵ do art. 324, *caput* e §1º) é de seis meses a dois anos. Assim, ocorreu uma atecnia legislativa, em que a mesma técnica foi utilizada, porém sem observância da proporcionalidade: a calúnia eleitoral e a propalação de calúnia eleitoral são punidas de forma muito mais leve que a denunciação caluniosa eleitoral e propalação caluniosa eleitoral. A distância entre o *quantum* da pena nestes casos é irrazoável. O que não significa que as penas devam ser iguais, posto que a denunciação é sempre mais grave por ter como consequência a movimentação da máquina pública, embora isto não justifique o legislador aja à flor da pele.

Aqui, tem-se, em realidade, a incriminação de uma conduta vinculada, visto que somente se pune a divulgação daqueles fatos caluniosos que já foram qualificados anteriormente por outro delito: o da denunciação caluniosa. Em outras palavras, é necessário que primeiro haja uma primeira conduta de um agente A, que seja a de dar causa à instauração de investigação policial ou processo contra uma vítima por ocasião de fatos caluniosos, para que depois haja a conduta de um outro agente B, que passe a divulgar estes mesmos fatos caluniosos que já culminaram na instauração daquele

détourné des suffrages, déterminé un ou plusieurs électeurs à s'abstenir de voter, seront punis d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 15 000 euros. Disponível em: « https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionid=4185503E5C3430F5287C6CE438D7BE2E.tplgfr38s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006148461&cidTexte=LEGI-TEXT000006070239&dateTexte=20200905». Acesso em: 10 mar. 2020.

33 Ver nota anterior.

34 BRASIL, Lei nº 4.737 de 1965. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm». Acesso em: 10 mar. 2020.

35 *Idem*.

processo ou investigação. É uma técnica legislativa interessante como forma de limitar o âmbito de aplicação da norma.

Assim, temos aqui, enquanto bem jurídico tutelado, o «prestígio e a regularidade da administração pública³⁶», posto que a legitimidade do pleito é afetada quando uma notícia falsa sobre um candidato gera uma investigação ou processo e passa a ser veiculada. Questão que permanece contraditória é saber quando ocorre a consumação do delito derivado – propagação caluniosa – uma vez que será necessário primeiramente a instauração do processo de investigação. É neste sentido que a doutrina majoritária³⁷ afirma que é necessário o término da investigação ou do processo instaurado, para que se proceda à autorização da persecução criminal contra a denúncia caluniosa, pois somente assim é que se saberá que o imputado era originariamente inocente. É somente a partir de então que se poderá pensar na punição da denúncia caluniosa e do seu tipo derivado – a divulgação caluniosa com finalidade eleitoral. Situação perante a qual afirma-se, com incredulidade, qual a eficácia deste tipo penal se o bem protegido é o pleito eleitoral que requer investigações céleres.

Por outro lado, imprescindível comentar o projeto de lei 2.630/2020³⁸ que pretende instituir um novo marco para a discussão da desinformação no Brasil: a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. O art. 4º traz exatamente aquilo que falta aos legisladores, que é a conceituação de categorias próprias da desinformação. Assim, enquanto o legislador francês fala em «atividade que ultrapasse um determinado número de conexões sobre o território francês», no já mencionado artigo L-163-1, o legislador brasileiro pretende delimitar o «alcance significativo» o conteúdo que supere 5 mil pessoas. Da mesma forma, desinformação será o conteúdo enganoso e forjado com interesse ou em obter ganhos³⁹ econômicos ou em causar fraude eleitoral.

2.3 Singapura e a lei de proteção contra manipulação de informações online

A razão de trazer este ordenamento é muito mais no sentido de evidenciar em que países que não possuem uma tradição democrática⁴⁰, a intervenção do direito penal é mais contundente. Isto será perceptível ao analisar o tipo penal que sustenta a punição da

36 GONÇALVES, 2019, p.6.

37 *Idem*. p.8

38 Disponível em: « https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1872575&filenome=PL+1429/2020». Acesso em: 05 set. 2020.

39 O que nos faz lembrar do art. 217º do Código Penal Português, já que o crime de burla é exatamente a intenção de obter enriquecimento ilícito mediante fatos que astuciosamente foram falsificados, de modo que a vítima pratique ato que lhe cause prejuízo patrimonial. A diferença, é claro, é que na desinformação não se quer provocar uma prática específica da vítima, bem como a finalidade pode ser não só financeira, mas também eleitoral. Disponível em: « http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0217&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=». Acesso em: 05 set. 2020.

40 O país está ranqueado na posição 151 de 180 pelo Índice de Liberdade de Imprensa. É neste sentido que a comunidade internacional ficou preocupada com a aprovação dessa lei, pois a lei é extremamente ampla e limita de forma demasiada a liberdade de expressão. Ver em: REUTERS, 2019. Disponível em: «<https://www.reuters.com/article/us-singapore-politics-fakenews/facebook-rights-groups-hit-out-at-singapores-fake-news-bill-idUSKCN1RD279>». Acesso em: 05 set. 2020.

desinformação: quanto mais amplo, maior o risco que corre a democracia.

Entretanto, a técnica legislativa de Singapura⁴¹ é elogiável no sentido em que promove uma verdadeira análise do tipo penal antes mesmo de apresentá-lo, trazendo inclusive exemplos para orientar a aplicação da lei penal. Assim, ela define previamente o que é comunicação, interesse público, *bot*, servidor de internet e o propósito da lei em questão, que é precisamente impedir a comunicação de declarações falsas e de suprimir o financiamento de comunicações falsas.

Assim, uma pessoa em Singapura não deve comunicar declarações que saiba ou acredite ser falsa, se o conteúdo for prejudicial à saúde pública, à segurança do país, às eleições nacionais, ou se incite inimizade entre diferentes grupos sociais, ou ainda se diminua a confiança da população ao governo. Caso cometa a conduta proibida, a pena será de até 5 anos de prisão ou de 10 anos, caso haja utilização de *bots* para acelerar a comunicação. Em quaisquer dos casos haverá pena de multa, variável entre 50 mil a 500 mil dólares⁴².

A mencionada legislação, contudo, além de não prevê nenhuma cláusula de exceção para o humor, trata apenas da comunicação, de maneira a não distinguir *disinformation* da *malinformation*. Mas, talvez, pior que isso é a ampliação exacerbada do contexto sobre o qual incide a norma penal. Contrariamente ao Brasil e à França, as finalidades passam a ser não só eleitorais, mas também a «tranquilidade pública». Seguir por esses caminhos não parece ser a melhor opção. Isto porque a dogmática penal realiza um filtro em torno da política criminal, de forma que é necessário a estipulação de um bem jurídico bem específico e a delimitação de uma conduta que seja penalmente relevante, sem penalizar as garantias fundamentais.

3 | CONCEPÇÃO DE DELITO, RISCOS, EXCESSOS E BEM JURÍDICO-PENAL

3.1 O bem jurídico penal no centro de gravidade da teoria do delito: o substrato dogmático-material para controle da política criminal

Após analisarmos as propostas legislativas em torno da desinformação, no capítulo anterior, devemos refletir sobre a questão concreta a partir da concepção abstrata de delito. Como anunciado na introdução, nosso propósito é proceder à uma análise crítica, de forma que a dogmática possa ser utilizada como controle de uma política criminal. Afinal, o delito não é uma construção meramente formal do legislador, de forma que sua existência precisa passar previamente por um filtro que somente cabe à dogmática realizar.

Inicia-se a reflexão pensando a função da dogmática penal. Não limitando-se à comentários e análises sobre o papel do legislador, cabe à dogmática o exercício de um

41 Disponível em: « <https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/18-2019/Published/20190625?DocDate=20190625> ». Acesso em: 20 mar. 2020.

42 *Idem*. Parte 2, número 7 da supramencionada lei.

padrão crítico e limitativo da intervenção legislativa⁴³. Em sentido oposto, o direito penal tenderia a limitar-se a confirmar a vigência da norma. Esta última posição é defendida por Jakobs⁴⁴ a quem a função do direito penal é tão somente atuar de tal forma que faça relembrar a existência e eficácia da norma penal, atuando de forma *a posteriori*. Mas se quisermos pensar que há um substrato anterior apto a legitimar a intervenção legislativa, teremos que caracterizá-lo e fundamentá-lo.

Em Müssig⁴⁵, por exemplo, tem-se que a legitimação do direito penal é sempre idêntica à questão da determinação da configuração de uma sociedade. Assim, a identidade da sociedade é um padrão de referência que fundamenta a intervenção penal. Neste sentido, os princípios constitucionais são um exemplo dessa autodescrição juridificada da sociedade. De toda forma, a determinação do conteúdo das normas penais devem refletir a identidade da sociedade. O ponto interessante da sua análise, entretanto, é que não será por meio de um bem jurídico concreto que haverá de legitimar a norma, mas sim é partindo da própria norma juridificada que se encontrará o fundamento. Isto será a desmaterialização do bem jurídico.

É neste ponto que indaga Roxin⁴⁶ se acaso seria demasiado indeterminado o conceito de bem jurídico para cumprir a função de fundamento e limitação da intervenção penal. Defensor da teoria do bem jurídico, o autor enumera alguns argumentos em defesa de tal perspectiva, das quais estamos de acordo.

O primeiro ponto é a percepção de que o bem jurídico exerceu uma mudança no pensamento político-criminal de modo à descriminalizar uma série de condutas ou a corroborar a permanência de outros delitos⁴⁷. De um e de outro modo, o que importa é perceber empiricamente em como o bem jurídico é um critério relevante ao tratar-se da tipificação de condutas. Outro ponto suscitado é o de que o bem jurídico não é somente uma figura abstratamente criada, mas que possui critérios bem definidos⁴⁸. É deste modo que a dogmática consegue realizar uma baliza em torno do equilíbrio entre «punir ou não punir».

Sem a realização dessa baliza, tem-se apenas leis arbitrárias que tipificam condutas sob

43 Pensando em uma provocação metafísica acerca da dogmática penal, proponho a indagação «quem vem primeiro, a dogmática ou a norma penal?». Nosso propósito aqui, contudo, não é seguir pelos caminhos da Filosofia do Direito. A pergunta, por outro lado, nos faz pensar que a dogmática deve preceder a norma, posto que é a própria dogmática que consubstancia o princípio da legalidade. O papel legislativo, portanto, deve obedecer aos ditames dogmáticos. Para um melhor aprofundamento ver: ROXIN, 2013, p. 8.

44 *Idem*. Assim, uma forma de entender os dois pontos de vistas é refletir se cabe ao direito penal proteger o bem jurídico ou a norma penal.

45 MÜSSIG, 2002, 195-199.

46 ROXIN, 2013, p.13.

47 *Idem*. p. 14-18. Os exemplos que Roxin traz são: descriminalização da homossexualidade, descriminalização da posse de estupefacientes para consumo próprio; ainda, temos a interferência do bem jurídico na questão da doação de órgãos *inter vivos*; a questão do incesto entre irmãos, caso em que o Tribunal Constitucional Alemão utilizou a teoria do bem jurídico, ainda que de maneira controversa, pois acabou por legitimar a vigência da norma penal em face à Constituição Alemã, por entender que a norma penal garantiria a proteção aos bens jurídicos da família e saúde genética. De qualquer forma, estes casos demonstram em como o bem jurídico pode ser utilizado enquanto parâmetro de controle da política criminal.

48 *Idem*. p.20. Para que possamos falar em bem jurídico, precisamos de, ao menos, três degraus de proteção, os quais são aquilo que deve ser protegido, quem se quer proteger e contra o quê deve ser protegido.

fundamentos ideológicos, dispensando a proteção de um bem superior. Quando isto ocorre, o direito penal é apenas uma arma discursiva que legitima a atuação da política-criminal, que sendo orientada sem o filtro dogmático, ameaça liberdades e garantias individuais, silencia grupos vulneráveis ou constrói inimigos em uma sedutora forma de eliminação. Nesta última forma descrita, não temos um direito penal para proteger bens, mas um direito penal que fundamenta exatamente a aniquilação de direitos.

Por fim, há também a argumentação da subsidiariedade como complemento do bem jurídico. Na linha do parágrafo anterior, em que esboçamos a ideia de uma *baliza*, temos exatamente dois pólos antagônicos que interagem em uma dialética: a necessidade de proteção do bem jurídico fundamenta a tipificação, ao passo que a subsidiariedade limita o poder punitivo ao delegar à pena o exercício da última proteção possível ao bem jurídico. Portanto, estamos de acordo com Roxin⁴⁹ ao pensar o direito penal como uma «ciência da subsidiariedade».

É por estas vias que culminamos também na perspectiva teleológico-funcional e racional traçada por Figueiredo Dias⁵⁰, em que o direito penal precisa fundamentar a dignidade penal do bem jurídico. É assim que a dogmática realiza um padrão crítico em que o critério (des)penalizador não resulte do direito positivado, mas que seja prévio a ele, ou como dissemos no início: a dogmática penal precede a norma penal.

É com estes parâmetros que pensamos formular o caso concreto proposto em nossa delimitação, a *desinformation*.

3.2 Risco do excesso, necessidade, dignidade e proporcionalidade: liberdade de comunicação, direito à informação, integridade do sufrágio universal

A liberdade de expressão, em sentido mais amplo, é uma questão relevante para a *baliza* do bem jurídico penal em torno da desinformação. Isto porque ela é uma conquista do Estado Democrático de Direito. Assim, ela engloba diversas manifestações, como a comunicação de indivíduos entre si, ou entre a grande mídia e indivíduos, a liberdade de imprensa, a liberdade de opinião. No quadro geral, a liberdade de comunicação é uma das principais responsáveis pela formação da opinião pública e o controle da atividade governativa⁵¹.

Assim, a informação falsa sobre um candidato pode gerar uma manipulação do procedimento eleitoral, o que acarreta um profundo prejuízo ao próprio Estado Democrático de Direito. A profusão de fatos alternativos pode gerar a percepção errada sobre o estado de coisas⁵², construindo uma narrativa que favoreça um ou outro contexto eleitoral. Sendo exatamente este o problema da desinformação, conforme a conceituamos acima, é a própria

49 *Idem*. p.25.

50 DIAS, 2011, p.107-120.

51 MACHADO, Jónatas E. M.; DE BRITO, Iolanda A. S, 2019, p.44.

52 *Idem*. p. 46.

democracia que está em risco pela disseminação dolosa e articulada de informações que rompem com a estrutura do Estado de Direito.

Com este panorama suscitam-se duas questões que serão ainda abordadas. O primeiro ponto é o de esboçar⁵³ o bem jurídico penal, a partir de seus critérios gerais. Por fim, e para concluir a parte argumentativa, a delimitação de uma moldura do tipo penal, ainda que sumariamente.

Temos, assim, no campo da legitimação positiva⁵⁴ o dever de proteção do bem jurídico ou proibição de proteção deficiente e, de outro modo, na legitimação negativa, a proibição de excesso da intervenção penal. Não é demais pensar que naquela dimensão autorizativa da interferência penal tem-se a proibidade ou lisura do sufrágio universal, de modo que este bem é, talvez, um dos mais importantes aspectos do Estado Democrático que é regido axiologicamente pela Constituição, a partir da qual deriva o fundamento geral do direito penal. Isto porque a ordem democrática é essencialmente fundada na razão comunicativa⁵⁵, de forma que o Estado Constitucional necessita de um acordo discursivamente⁵⁶ estruturado para sua própria sobrevivência.

Estruturada, então, em uma democracia comunicativa, a ordem constitucional necessita de mecanismos hábeis a lhe consolidarem, dentro da esfera pública, na qual o público é verdadeiramente livre. Do contrário, tem-se apenas o espaço público contaminado por interesses individuais, situação da qual origina-se a disseminação deliberada de desinformação. Ou seja, argumentamos que por traz de cada desinformação arquitetada e disseminada no domínio público, há interesses privados que intencionam resultados específicos. Este panorama alinha-se à densidade jurídica⁵⁷ necessária para construção de um bem jurídico pautado na **defesa** das instituições democráticas, na **integridade** do processo democrático, na **correção** das informações públicas e na **livre** circulação de ideias (grifos nosso). Mas Jónatas Machado parece ter proposto um sentido não menos importante, que é o da igualdade comunicativa⁵⁸, ou seja, a formação igualitária em termos quanti-qualitativos de informações por operadores de comunicação.

Mas que isto não autoriza um tratamento jurídico-penal excessivo não há dúvidas. Tendo uma noção basilar do bem jurídico criminal, resta ainda racionalizá-lo diante dos critérios negativos. De certo que *necessidade e dignidade* penal⁵⁹ são princípios limitadores, de forma que não se pode estipular um bem jurídico sem argumentar pela necessidade de

53 Seguindo as lições de Nuno Brandão. p. 240, tem-se que o direito penal encontra na Constituição seu fundamento material e, ainda, que o conteúdo específico do bem jurídico deve guardar referência à ordem axiológico-constitucional. Nosso propósito não é, entretanto, realizar uma identificação do bem jurídico, mas apenas um esboço, um desenho.

54 *Idem*. p. 241.

55 Machado (2019, p. 48).

56 *Idem*.

57 Nuno Brandão, p.252.

58 Machado (2019, p. 59). Assim, não havendo um monopólio de informações por parte do Estado, deve haver condições ideais para um livre mercado de ideias. Havendo falhas de mercado, ocorre contaminação das informações e prejuízo à opinião pública.

59 Nuno Brandão, p. 260-263.

aplicação de uma pena. Mais que isso, a resposta deve ser adequada e proporcional. É, afinal, este o sentido geral dos princípios. Neste sentido, as propostas legislativas que tipificam amplamente a desinformação não passariam pelo filtro da necessidade, posto que resultaria numa radical supressão da liberdade de expressão, sobretudo por não realizarem a diferenciação das desordens da informação, sem realizar a imprescindível e correta distinção entre *mis-*, *mal-*, *dis-information*.

Isto para argumentar que nem toda *information disorder* (sentido amplo) é digna de tutela penal. Nem toda notícia falsa terá a necessidade⁶⁰ de ser combatida pelo direito penal (pensa-se na *misinformation* ou em casos em que outros ramos do direito podem melhor tutelar o caso), nem muito menos por um tipo autônomo do direito penal (um crime específico de desinformação).

O que restará, por fim, argumentar sobre qual desinformação realmente interessa punir e porquê.

3.3 Da moldura penal «ampla» à moldura penal alternativa: da criminalização das *fake news* «*lato sensu*» à punição do financiamento da desinformação

Ao utilizarmos a expressão «criminalização das *fake news*», temos em mente exatamente aquilo contra o qual os filtros dogmático-criminais balizam de forma negativa. Isto porque, como dito, as notícias falsas são um fenômeno amplo demais, complexo, cujas raízes remontam aspectos para além da intervenção penal, que deve ser segura, adequada e proporcional. Há muitas notícias falsas que circulam cotidianamente e não merecem atenção dos legislador penal. De outro modo, temos a «punição da desinformação», título deste trabalho, que denota um conceito mais fechado e muito mais específico, posto tratar-se de um fenômeno mais delimitado das desordens da informação. Estas são, assim, as duas molduras penais. É a partir da moldura alternativa que extraímos o bem jurídico-penal. Contudo, as condutas tipificadas precisam guardar sentido no mais importante valor axiológico-normativo, condição indispensável para a legitimação positiva do delito.

É com isto que pensamos não ser o compartilhamento, a disseminação, nem mesmo a produção deliberada de notícias falsas o cerne da questão que, verdadeiramente, merece a dignidade penal. Estas condutas ainda estão presas à moldura «ampla», que é a moldura fundada no fenômeno abrangente das *fake news* e não no fenômeno da *disinformation*. O risco do excesso de intervenção nessa proposta atual é enorme, pois se o processo eleitoral é a chave da democracia, o mesmo pode-se dizer da liberdade de expressão. Será, assim, dispensável a tutela jurídico-penal às desinformações?

Pensamos mais bem que não. Na linha que postulamos em que há sempre uma infiltração do privado perante o espaço público, a qual motiva a disseminação falsa ou alternativa de fatos, argumentamos que para a concretização desse fenômeno é necessário

⁶⁰ Em tratando-se do ordenamento jurídico-constitucional português, o artigo 18, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa fundamenta o princípio limitador da necessidade e, além disso, teria força jurídica para impedir tipificações amplas em matéria de desinformação, posto que a lei penal somente pode restringir direitos sem que prejudique o exercício de outras garantias individuais, de tal forma que ela seja o mais específica possível.

realmente o **financiamento**⁶¹ da **desinformação**, através de uma complexa **rede** de agentes, que operando por meio de **plataformas online**, incentivam **usuários** ou **bots**⁶² a **disseminarem falsamente fatos**, com propósitos de **manipulação** da opinião pública, com finalidade de influenciar o percurso **eleitoral** ou a prejudicar **partidos** políticos ou **agentes públicos**. Sendo, por fim, este o desenho e nossa aposta para o que verdadeiramente merece tutela penal.

Construindo, assim, um tipo penal cujo núcleo realmente interfira no *modus operandi* – esquemas de financiamento de falsas notícias virais – do delito, sem abrir mão de garantias fundamentais indispensáveis à saudável sobrevivência do Estado de Direito Democrático, é que se argumenta, por fim, de que deve haver uma intervenção racional do direito penal em matéria de desinformação.

4 | CONCLUSÃO

Notícias falsas corroem democracias, da mesma forma que o seu combate tende a fragilizar elos democráticos. Haverá alguma possibilidade de tratamento penal em relação às desinformações? Se tivéssemos que sustentar algum tratamento, seria o da punição das redes de financiamento das fake news. O propósito deste trabalho foi o de fundamentar o porquê dessa escolha ao invés de outra.

Uma sustentação guiada por uma análise que seja minimamente crítica, e por isso transdisciplinar. É exatamente seguindo uma dogmática que construa uma teoria do delito e que sirva de controle da atuação do legislativo, que se faz uma *baliza* da incriminação de condutas, em detrimento da não-incriminação de outras condutas. A escolha do núcleo é crucial para a dogmática, de tal forma que é preciso investigar o fenômeno num procedimento dedutivo (geral-particular), de forma a entendê-lo em sua completude, até encontrar suas minúcias e particularidades. É com base neste proceder que se faz uma correta análise de um fenômeno amplo, e controverso, das *fake news*, até selecionar aquilo que realmente importa para a dogmática penal, ou seja, a *desinformation*.

Mais que isso, verificou-se precisamente a lesão causada pelo fenômeno relevante,

61 Será necessária uma associação criminosa com finalidade de financiamento? Caso advogue-se para esta posição, será preciso a comprovação do caráter estável e permanente. De qualquer forma, não será um delito especial da associação criminosa, pois a questão primordial aqui não é fundar um grupo para cometer outros tipos penais, mas a associação para financiar a disseminação falsa de informações, que não será um delito propriamente dito, mas apenas o tipo objetivo do delito que estamos a tentar construir. A diferença é relevante, pois pode-se imaginar dois casos diferentes: no primeiro, temos a situação em que uma pessoa física financia sozinha a disseminação de notícias falsas; no segundo caso, temos a situação em que pessoas reúnem-se com o objetivo de juntas financiarem a disseminação de notícia falsa. Se a associação for um requisito objetivo do tipo penal «Financiamento de Desinformação», haverá lacuna de punibilidade no primeiro caso. É por isto que argumentamos que a associação não deve pertencer ao tipo penal (ou talvez apenas ser uma qualificação com acréscimo do *quantum* da pena). Em outras palavras, o núcleo **principal** do tipo penal não deve ser nem divulgar, nem produzir, nem associar-se, mas simplesmente, financiar.

62 Segundo o art. 4º do PL 2.630/2020, supramencionado, os *bots* seriam programas criados para substituir os humanos, a fim de que realizem tarefas repetitivas como o compartilhamento automático de notícias. Já os *botnets* seriam o conjunto de *bots* controlados por uma pessoa física ou jurídica, que por sua vez financiam e gerenciam a atividade destes mesmos *bots*.

de modo a construir aquele substrato necessário perante o qual faz surgir a necessidade de punir em nome da proteção de algo maior.

E, por fim, dentre todas as formas possíveis de cometimento desse fenômeno, defendeu-se qual é penalmente relevante, tendo como critérios os princípios positivos e negativos da criminalização. O mero compartilhamento de notícias falsas é, assim, indiferente em termos penais. A produção de falsas notícias pode ser altamente prejudicial, mas só é realmente digna de ser punida se envolver esquemas de financiamento, pois esta é a base que impulsiona toda a lesão concreta ao bem jurídico-penal.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Vitor. A proximidade de uma imprensa regional à ideia de cidadania ativa In: CORREIA, João Carlos (Org.) **Ágora, Jornalismo de Proximidade: Limites, Desafios e Oportunidades**. LabCom Books, 2012. p. 5.

ARENDDT, Hannah. **Verdade e Política**. Trad. Manuel Alberto. Relógio d'água: Lisboa, 1995.

BAINES, Darrin; ELLIOT, Robert J. R. **Defining misinformation, disinformation and malinformation: an urgent need for clarity during the COVID-19 infodemic**. Discussion Papers, Department of Economics, University of Birmingham, 2020, p. 13-14.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4781. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRANDÃO, Nuno. **Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de proteção e a proibição do excesso**. In. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, 239 - 266. Coimbra: Instituto Jurídico.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em Rede**. Vol. I . Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz & Terra, 1999, p.67

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil platôs**. Vol. 1. Trad. Aurélio Guerra Neto. Editora 34: Rio de Janeiro, 1995.

DESERIIS, Marco. **Technopopulism: The Emergence of a Discursive Formation**. In Global Justice to Occupy and Podemos: Mapping three stages of Contemporary Activism. Triple C Journal: Communication, Capitalism & Critique, n.2. Vol. 15, 2017. p.441-458.

DIAS, Figueiredo. **Direito Penal. Parte Geral**, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2011, p.107-120.

DUNKER, Christian. Subjetividade em tempos de pós-verdade. In: DUNKER, C. [et al]. **Ética e pós-verdade**. Porto Alegre: Dublinense, 2017. p 5-30.

FRANÇA. Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information. Disponível em : « <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000037847559&dateTexte=20200905>». Acesso em: 10 mar. 2020.

FRANÇA. Code Électoral. Disponível em: « <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=4185503E5C3430F5287C6CE438D7BE2E.dSectionTA=LEGISCTA000006148468&cidTexte=LEGITEXT000006070239&dateTexte=20200905>». Acesso em: 10 mar. 2020.

GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos. **O novo crime eleitoral: denúncia caluniosa**. Revista Eletrônica de Direito Eleitoral e Sistema Político. São Paulo: Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, n° 4. jan./jun. 2019, p.6)

HUYGHE, François-Bernard. **Désinformation : armes du faux, lutte et chaos dans la société de l'information**, Sécurité Globale, 2016/2, n°6, p.63-72.

LÉVY, Pierre. **Qu'est-ce que le virtuel**. Paris: La Découverte, 1998. p. 13-20.

MCINTYRE, Lee. **Post-truth**. MIT PRESS: Cambridge, 2018.

MACHADO, Jónatas E. M.; DE BRITO, Iolanda A. S. Rodrigues. **Liberdade de expressão, informações falsas e figuras públicas**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 95, n°1, 2019, p.44.

MÜSSIG, DR. BERND. **Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema**. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª, n° 9, 2002, 195-199.

PARISER, Eli. **The Filter Bubble. What The Internet is Hiding From You**. The Penguin Press: New York, 2011. p. 48-50.

REZA, Fazlollah M. **An introduction to Information Theory**. Dover Publications: New York, 1994, p.20-25.

REUTERS. Facebook, rights groups hit out at Singapore's fake news bill. Disponível em: «<https://www.reuters.com/article/us-singapore-politics-fakenews/facebook-rights-groups-hit-out-at-singapores-fake-news-bill-idUSKCN1RD279>». Acesso em: 05 set. 2020.

ROXIN, Claus. **O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 23, n°1, Jan-Mar, Coimbra Editora, 2013, p. 8.

SINGAPURA. Protection From Online Falsehoods And Manipulation Act 2019. Disponível em: «<https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/18-2019/Published/20190625?DocDate=20190625>». Acesso em: 20 mar. 2020.

SINCLAIR, Christine. **Parody: Fake News, Regeneration and Education**. Postdigital Science and Education, n° 2, 2020, p. 61-77. Disponível em: «<https://link.springer.com/article/10.1007/s42438-019-00054-x>» Acesso em: 5 set. 2020.

WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. **Information Disorder: toward an interdisciplinary framework for research and policy making**. Council of Europe report (DGI): Oct. 2017.

CAPÍTULO 13

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL: UM BREVE ESTUDO SOBRE A SUFICIÊNCIA DAS INOVAÇÕES DA LEI Nº 8.429/1992 A PARTIR DA ORIGEM E DAS ESPECIFICIDADES DO FENÔMENO

Data de aceite: 01/05/2021

Data de submissão: 29/03/2021

Anays Martins Finger

Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Maria (PPGD/UFSM). Cidade de Santa Maria/RS
<http://lattes.cnpq.br/0971201051266448>

Ana Cláudia Favarin Pinto

Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Maria (PPGD/UFSM). Cidade de Santa Maria/RS
<http://lattes.cnpq.br/4030154008117471>

RESUMO: Este trabalho buscou analisar criticamente as inovações da Lei nº 8.429/1992, para compreender o potencial de controle da improbidade administrativa. Desse modo, realizou-se um estudo doutrinário acerca do tema, expondo-se os conceitos e a origem do fenômeno no Brasil. A presente pesquisa adotou a abordagem dedutiva e o procedimento monográfico. Ao final, concluiu-se que as inovações da Lei nº 8.429/1992, sem a atuação conjunta dos Poderes Públicos, revelam-se insuficientes no controle da improbidade administrativa.

PALAVRAS - CHAVE: Improbidade administrativa. Inovações. Lei nº 8.429/1992. Controle da improbidade. Brasil.

ADMINISTRATIVE MISCONDUCT IN BRAZIL: A BRIEF STUDY ON THE SUFFICIENCY OF INNOVATIONS OF ACT Nº 8.429 OF 1992 FROM THE ORIGIN AND SPECIFICITIES OF THE PHENOMENON

ABSTRACT: This study aimed to analyze critically the innovations of Act nº. 8.429 of 1992, in order to understand the potential of controlling administrative misconduct. In this way, a doctrinal study was carried out on the theme, exposing the concepts and the origin of the phenomenon in Brazil. The present research employed the deductive method and the monographic procedure. In the end, it was concluded that the innovations of Act nº 8.429 of 1992, without the joint action of the Public Authorities, prove to be insufficient in the control of administrative misconduct.

KEYWORDS: Administrative misconduct. Innovations. Act nº 8.429 of 1992. Control of administrative misconduct. Brazil.

1 | INTRODUÇÃO

Não é atual a incidência do fenômeno da improbidade administrativa no cotidiano da esfera pública no Brasil, tendo em vista as incontáveis intercorrências de agentes públicos envolvidos em escândalos de corrupção e desvios de conduta no exercício da função ou do cargo, os quais são seguidamente noticiados pela mídia.

Periodicamente, houve a necessidade de

o Poder Legislativo conceder uma resposta ao problema a partir da edição de mecanismos legislativos dotados de certo rigor, todos com o propósito de defesa do patrimônio público e de coibição dos atos de improbidade. A resposta legislativa sobreveio de diversas formas, gradualmente: desde a criminalização de condutas com a criação de figuras típicas descritas na parte especial do Código Penal Brasileiro, até a tutela específica do enriquecimento ilícito, em regramentos próprios.

Atualmente, o controle específico da improbidade administrativa se perfaz através da própria Constituição Federal de 1988 e, notadamente, por meio da Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa – editada com o escopo de regulamentar dispositivo constitucional. Posteriormente, dispendo de modo peculiar, com a responsabilização de empresas privadas pela prática de atos lesivos à Administração Pública, houve também a criação da Lei Anticorrupção. No entanto, notoriamente, tais atos ilícitos subsistem no setor público. A partir deste tema, elaborou-se o seguinte problema de pesquisa: a partir da origem do fenômeno no Brasil, bem como do conceito de improbidade administrativa, quais as principais inovações da Lei nº 8.429/1992, no sentido de controle dos atos ímprobos, e em que medida elas se revelam suficientes no controle da corrupção no serviço público?

Para o desenvolvimento desta pesquisa, opta-se pela abordagem dedutiva, uma vez que a análise que constitui objetivo central deste trabalho será procedida a partir da exposição de conceitos doutrinários e da origem do fenômeno da improbidade administrativa no Brasil para, por conseguinte, explorar as inovações repressivas que acompanharam a Lei nº 8.429/1992, especificamente, analisando-se o potencial destas medidas no sentido de controle da improbidade. No que tange ao procedimento a ser adotado, opta-se pelo monográfico, visto que para responder ao problema de pesquisa, utilizar-se-á da doutrina que aborda a temática.

Este artigo será estruturado em quatro seções, inauguradas por esta introdução. A segunda seção estudará a incidência do fenômeno da improbidade no Brasil, apresentando-se as concepções doutrinárias relativas ao ilícito e expondo-se um breve histórico da origem do problema no país e da legislação atinente. Já no segundo capítulo do desenvolvimento desta pesquisa tratar-se-á da defesa do patrimônio público a partir das inovações trazidas pela Lei nº 8.429/1992, analisando-as criticamente, para verificar se tais disposições revelam-se suficientes para o controle efetivo da improbidade ou se há a necessidade de articulação com outras medidas. Por derradeiro, a última seção desenvolver-se-á sob a forma de considerações finais.

2 | CARACTERIZAÇÃO E BREVE HISTÓRICO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL

A probidade administrativa constitui o compromisso de honestidade assumido pelo agente público, devendo, dessa maneira, pautar todo e qualquer ato cuja incumbência

lhe seja atribuída, independentemente do setor em que atue, na esfera da Administração Pública direta ou indireta. Ademais, também se traduz como um princípio consectário da moralidade administrativa e da supremacia e indisponibilidade do interesse público. Nessa lógica, a probidade administrativa apresenta-se internamente sob a forma de dever funcional, decorrente da relação jurídica que liga o agente público à Administração. Externamente, determina que nas relações jurídicas com terceiros também a Administração Pública, representada por seus agentes, observe tal postulado (MARTINS JÚNIOR, 2006).

Por outro lado, em uma análise preliminar, o fenômeno da improbidade administrativa pode ser definido como verdadeira ofensa ao dever de probidade conferido ao agente público por ocasião do exercício da função pública. Trata-se, portanto, de grave violação ao princípio da probidade administrativa. Esta violação, em conformidade com o que será desenvolvido neste trabalho e por configurar lesão ao interesse da coletividade, está sujeita, atualmente, à cominação de sanções de natureza civil e política, insculpidas tanto na Constituição Federal, como na Lei nº 8.429/1992.

Conforme explana Pazzaglini Filho (2006, p. 18), “O vocábulo latino *improbitate* tem o significado de ‘desonestidade’ e a expressão *improbis administrator* quer dizer ‘administrador desonesto ou de má-fé.’” Isso significa que a prática de ato de improbidade administrativa vai muito além de mera atuação em desconformidade com a lei. Ainda, sob um aspecto mais teórico, Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Júnior (1998) destacam que o fenômeno caracteriza-se, peculiarmente, pelo seu grave potencial lesivo, com nociva repercussão social e disseminação do mau exemplo, conferindo, erroneamente, um rótulo de descrédito ao serviço público.

Concluído este esclarecimento, é fundamental proceder a uma relevante distinção: o fenômeno não se confunde, ao contrário do que o senso comum tende a compreender, com práticas que atingem a vida privada dos agentes públicos. Não raras vezes, a sociedade não distingue o sujeito correto do ponto de vista da vida pública daquele do ponto de vista da vida privada, imaginando, com isso, que probo seria o indivíduo que se mostra fiel no matrimônio, que é responsável quanto ao pagamento de dívidas, que cumpre seus deveres religiosos e assim sucessivamente (OSÓRIO, 2007). Contudo, apartado de qualquer juízo de valor atinente a questões de foro íntimo, o conceito de probidade que se afigura relevante para a Administração Pública é mais complexo.

Assim, nem mesmo qualquer ilícito cometido pelo agente público, nessa qualidade, servirá para enquadrá-lo nas condutas previstas na Lei de Improbidade Administrativa já que o objetivo da norma é punir os atos eivados de má-fé. Portanto, não é possível conspurcar o real conceito de improbidade administrativa, para confundi-la com mera imoralidade privada. A improbidade administrativa é caracterizada pela imoralidade qualificada, matéria relacionada com o direito público e que envolve um julgamento de censura ético-normativa, não compreendendo, portanto, mero juízo moral (OSÓRIO, 2007). A partir destes conceitos, compreende-se que a improbidade administrativa configura ilícito

de natureza civil e política, cujos atos, sempre marcados pela existência de má-fé, devem necessariamente atingir a esfera pública, consubstanciando-se em imoralidade qualificada.

Dessa forma, se por um lado a probidade configura a materialização do dever de honestidade do agente público, a improbidade, por outro, revela espécie de má gestão pública e, inevitavelmente, é fenômeno associado à corrupção (OSÓRIO, 2007), uma vez que as modalidades inculpidas na Lei nº 8.429/1992 descrevem condutas ilícitas que contribuem para a desmoralização da Administração Pública e, notadamente, do serviço público individualmente considerado.

Destarte, para Fazzio Júnior (2016, p. 125), as consequências do ilícito não se limitam ao espaço em que a desonestidade se instala, por óbvio, uma vez que “Quando a Administração, pelos atos de seus agentes, cumpre mal sua função positiva, tem-se uma anomalia, um defeito, um mau funcionamento, isto é, uma disfunção.” Tal disfunção, neste caso, seria proveniente da prática dos atos de improbidade administrativa, haja vista que executado com inobservância do dever de probidade, que é – ou, ao menos, deveria ser – indissociável da função pública. Verifica-se, ao final, um mau funcionamento da Administração Pública que contribui com a errônea percepção, que geralmente tem no senso comum o ponto de partida, de que o serviço público no Brasil não corresponde às expectativas e necessidades da sociedade, de forma generalizada.

Com base nestes conceitos, é importante ressaltar que a improbidade administrativa é um fenômeno associado à corrupção, que acomete a Administração Pública no Brasil em diversos espaços e em diferentes estágios de avanço da esfera pública, em âmbito federal, estadual e municipal. No que concerne à origem da expansão do fenômeno no país, Tourinho (2004) ressalta que alguns autores, ao tentar explicar a improbidade, reportam-se ao espírito aventureiro que os brasileiros herdaram da colonização lusitana e que, de modo inevitável, refletiu negativamente na esfera da Administração Pública. Tal análise é ampliada por Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Júnior (1998, p. 15):

Nosso passado administrativo revela a carência de formação especializada e a ausência de instrumentos idôneos de fiscalização. Edificou-se um critério estrábico de discricionariedade e uma espécie de onipotência gerencial, visceralmente avessa aos princípios da representação política e da legalidade.

Esse entendimento também é endossado por Garcia e Alves (2014), ao afirmarem que, no Brasil, a corrupção tem suas raízes entranhadas na colonização, uma vez que o sistema colonial português foi erguido sob a égide de uma monarquia absolutista, na qual monarca e administradores mantinham-se unidos por elos de âmago pessoal e paternalista, promovendo a expansão da ineficiência de maneira descontrolada. Somado a isso, o objetivo comum era o lucro desenfreado, sem qualquer comprometimento com os ideais éticos, com os deveres funcionais ou com os interesses coletivos. Predominava, portanto, a concepção de que a coisa pública não pertencia a ninguém e que sua única utilidade era satisfazer os interesses da classe que efetivamente havia ascendido ao poder,

ideia completamente dissociada daquilo que preconiza, hodiernamente, a supremacia do interesse público primário sobre os interesses patrimoniais.

Nesse cenário, restou configurado o cometimento dos primeiros desvios éticos no serviço público, com pequenas práticas corrompidas que se alastraram e deram origem à busca pelo controle da improbidade administrativa. A resposta ao problema veio por iniciativa do Poder Legislativo: pretendendo estabelecer uma mudança substancial na denominada “cultura da improbidade” que se instituiu no Brasil, fruto de um Estado excessivamente tutelar, demasiadamente burocrático e interveniente nas relações sociais (MARTINS JÚNIOR, 2006), foram editadas as primeiras legislações atinentes ao fenômeno.

A respeito da tutela do enriquecimento ilícito, o ordenamento jurídico brasileiro já contou com instrumentos normativos como a Lei Pitombo-Godói Ilha e a Lei Bilac Pinto, de 1957 e 1958, respectivamente. Atualmente, o controle dos atos de improbidade administrativa se perfaz através de variados mecanismos legislativos, como a Constituição Federal de 1988, a Lei de Improbidade Administrativa (que revogou a Lei Pitombo-Godói Ilha e a Lei Bilac Pinto), a Lei Anticorrupção – e, inclusive, através da criminalização de determinadas condutas tipificadas na parte especial do Código Penal, quando a natureza jurídica do ato ilícito transcende a esfera civil e política.

Além disso, no sentido de controlar os desvios éticos cometidos pelos servidores públicos, também foram editados o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, sem prejuízo daquilo que já dispunha a Lei nº 8.112/1990, igualmente intitulada de Estatuto dos Servidores Públicos Federais. No entanto, em que pese o ordenamento jurídico brasileiro seja composto por todos estes instrumentos que “estruturam um arcabouço próprio para a tutela da probidade administrativa [...]” (MARTINS JÚNIOR, 2006, p. 11), esta pesquisa objetiva proceder a uma análise mais restrita. Assim, este estudo concentrar-se-á nas disposições constitucionais acerca do tema e, principalmente, na proteção específica oferecida pela Lei nº 8.429/1992 que, dentre outras inovações, passou a tutelar o fenômeno de maneira mais abrangente, em comparação com os regramentos que lhe antecederam.

3 | A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO A PARTIR DAS INOVAÇÕES DA LEI Nº 8.429/1992

Na primeira seção deste trabalho, buscou-se relacionar a probidade com a moralidade administrativa, demonstrando-se que ambos os conceitos estão diretamente ligados ao dever de honestidade, inerente à atuação do agente público. Nessa linha de entendimento, a definição de moralidade administrativa ganhou relevância com a inserção do princípio no artigo 37 da Constituição Federal, o que pode ser definido como um “reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público.” (DI PIETRO, 2014, p. 900). Sob o mesmo viés, o vocábulo “improbidade administrativa” auferiu maior relevância ao ser citado pela primeira vez no

texto constitucional, nos artigos 15 e 37, § 4º.

Nessa perspectiva, Barroso (2018) explica que a constitucionalização do direito administrativo é devida, principalmente, à incidência de princípios constitucionais no seu domínio, o que alterou a qualidade das relações entre Administração Pública e administrado e redefiniu alguns paradigmas tradicionais, como a própria ideia de supremacia do interesse público sobre o privado. Com essa mudança de paradigma, compreendeu-se também que “o interesse público, como qualquer valor juridicamente tutelado, também não pode ser visto *a priori* e de modo absoluto.” (HEINEN, 2018, p. 52). Nesse ponto, a Constituição Federal de 1988 veio para amparar todos os anseios e necessidades da sociedade à época, principalmente no que tange à reconquista de espaços que foram retirados no crítico período histórico que antecedeu a redemocratização. Assim, além de compreender uma série de princípios aplicáveis à seara administrativa, “teve o Constituinte originário o mérito de prever a necessidade de criação de um microsistema de combate à improbidade”, segundo Garcia e Alves (2014, p. 307).

Em vista disso, a Constituição Federal passou a abrigar, igualmente, um conjunto de sanções que devem ser aplicadas por ocasião do cometimento de ato de improbidade, ao dispor no § 4º do artigo 37 que os atos de improbidade administrativa importariam a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Nesse contexto, é relevante frisar a intenção do legislador constituinte, no sentido de enfatizar que tais sanções não são de cunho criminal e, ainda, de ressaltar que as instâncias de responsabilidade são independentes, introduzindo o grau de rigidez que viria a revestir a legislação superveniente.

Desse modo, com a abertura concedida pela Constituição Federal, o legislador ordinário editou a Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa, também identificada pela sigla “LIA” – impulsionado pela necessidade de tutelar a improbidade em regramento próprio, uma vez que “o Brasil [...] vivia momento agudo de grave tensão de valores éticos na Administração Pública.” (MARTINS JÚNIOR, 2006, p. 189). Dessa maneira, a LIA também revogou as normas que tutelaram o enriquecimento ilícito anteriormente.

Dentre as inovações trazidas pela Lei nº 8.429/1992, destaca-se que, inicialmente, a LIA classificou os atos de improbidade administrativa em três modalidades distintas: atos que importam enriquecimento ilícito do agente público, atos que causam prejuízo ao erário e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública. Contudo, no ano de 2016, uma nova categoria de ato de improbidade administrativa foi alocada na Lei nº 8.429/1992, com a inclusão do artigo 10-A, cujo conteúdo dispõe que constitui também ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

Para cada categoria, a LIA cominou sanções rigorosas de natureza civil, política

e administrativa. A norma também definiu quem poderia figurar como sujeito ativo e passivo dos atos de improbidade, além de dispor sobre a persecução administrativa, com a regulação da ação civil pública de improbidade. Para além das sanções já previstas no texto constitucional, a Lei de Improbidade Administrativa também ampliou o rol das reprimendas cabíveis como resposta ao cometimento de ato de improbidade, ao prever a perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, cominações variáveis conforme a categoria e gravidade do ato de improbidade administrativa praticado.

Na concepção de Osório (2000), estas sanções têm natureza de castigo imposto ao agente público e podem ser aplicados pela Administração Pública, pelo Poder Judiciário ou por corporações de direito público, como consequência de uma conduta tipificada em norma proibitiva, com finalidade repressora ou disciplinar. Igualmente, essas penalidades passam a protagonizar, de modo distinto, o grande instrumento de combate à administração imoral, ineficiente, com os fins voltados à pessoalidade e a interesses estranhos ao primado da moralidade, isto é, são as sanções que detêm, propriamente, o papel de dissipar o descomprometimento com os princípios administrativos (TOURINHO, 2004).

Todavia, esse papel não se restringe à linha das funções repressora e disciplinar, como a doutrina explica. Importa reconhecer que, na prática, as sanções também assumem um viés preventivo de novas intercorrências, não somente para o agente ímprobo, mas também para todo aquele que possa figurar como sujeito ativo do ato de improbidade. Sem embargo, o diploma legal constitui, inegavelmente, um verdadeiro mecanismo de defesa do patrimônio público, no sentido de controle e repressão das condutas ímprobos, em que pese, conforme mencionado anteriormente, já existissem instrumentos de controle com abrangência inferior.

A LIA contém dispositivos que revelam a ousadia por parte do Poder Legiferante, ao regular de maneira tão concreta e incisiva a previsão constitucional da improbidade. A ousadia é tamanha que determinados fragmentos da legislação traduzem uma intenção de tutelar o problema com exímia rigidez, flertando, por vezes, com a desproporcionalidade (BITENCOURT NETO, 2005), como se depreende da inserção de alguns ilícitos excessivamente amplos no artigo 11 da norma, que veicula o rol de atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios.

Após a publicação do instrumento normativo, ocorreram variadas tentativas de modificar seu conteúdo originário, algumas delas com o nítido intuito de enfraquecer sua finalidade. Nas palavras de Garcia e Alves (2014, p. 307):

A previsão normativa [...] efetivamente existe. No entanto, a chama da impunidade ainda está acesa, já que frequentes e vigorosas as tentativas de deformar a Lei n. 8.429/1992 e inviabilizar a sua efetivação, isto sem olvidar uma grande parcimônia na aplicação das sanções cominadas ao ímprobo.

Dentre as tentativas de arrefecer o propósito substancial da norma, mencionadas pelos autores, destacam-se as investidas frustradas em transportar o foro por prerrogativa de função de determinados agentes públicos, privativo da esfera criminal e altamente criticado, para a esfera civil.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade do artigo 84, § 2º, do Código de Processo Penal, que previa expressamente o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, no julgamento do ADI nº 2797. O Superior Tribunal de Justiça, em sucessivos julgados, pronunciou-se da mesma maneira, no sentido de afastar o foro privilegiado das ações de improbidade. Tal entendimento também é comungado por Moraes (2018), ao defender que a existência de foro por prerrogativa de função na esfera civil somente contribuiria para o enfraquecimento do combate à improbidade administrativa no Brasil, tornando a luta contra a corrupção cada vez mais inoperante. A partir desta análise, não se pode negligenciar que o próprio autor reconhece a insuficiência do combate à corrupção unicamente pela via legislativa.

Modificação significativa e bastante recente foi o advento da possibilidade de celebrar acordo de não persecução cível nas ações de improbidade administrativa, segundo demonstra a atual redação do § 1º do artigo 17 da norma. Tal alteração foi instituída pelo projeto do Governo Federal reconhecido como “Pacote Anticrime”. Até o ano de 2019, a LIA era severamente categórica ao vedar de modo expresso, no mesmo dispositivo, a possibilidade de firmar qualquer espécie de transação nas ações de que tratam a lei. Entende-se que esta proibição, embora rígida, mostra-se mais coerente com o princípio da indisponibilidade do interesse público e até mesmo com o propósito originário da norma, já que a previsão de penalidades severas, como o próprio ressarcimento do dano – pretensão imprescritível – e a suspensão dos direitos políticos não são compatíveis com a flexibilidade que caracteriza a essência do acordo.

Aliás, não é possível proceder à conclusão diversa de que, sendo um mecanismo deveras rigoroso, não deve ser a primeira fonte de reprimenda para os ilícitos cometidos no exercício da função pública. É necessária a demonstração de má-fé por parte do agente público, na ideia de desonestidade e imoralidade qualificada. Por vezes, nem mesmo com estes elementos presentes o manejo da lei será viabilizado, tendo em vista a exigência de dolo por parte do agente em determinadas condutas.

Ademais, a respeito da possibilidade de responsabilização de agente público por ato de improbidade administrativa culposo, mostra-se cabível uma reflexão crítica no seguinte sentido: parte-se, inicialmente, da compreensão de que a demonstração de má-fé e de desonestidade por parte do agente público configura condição para aplicação das penalidades descritas na norma, já que esta não almeja punir a inaptidão. Nessa lógica, a configuração de má-fé culposa se torna deveras controversa – para não dizer incoerente – vale dizer, com raros ou nenhum precedente exemplificativo de agente público que tenha

agido, no exercício da função pública, concomitantemente, com a presença de má-fé, mas com a ausência de intenção de lesar patrimônio público. Entende-se que a ideia de má-fé que reveste a improbidade está muito mais atrelada à existência de dolo por parte do agente público, e não de simples negligência, imprudência ou imperícia.

O Poder Legiferante também não se quedou inerte ao alocar na LIA os prazos prescricionais das ações destinadas a levar a efeitos as sanções descritas na norma. O mesmo não ocorreu com relação à ação de ressarcimento integral do dano ao erário, por ato de improbidade administrativa doloso¹, medida imposta pelo artigo 5º da Lei nº 8.429/1992, que não restou incluída neste rol, permanecendo, até o presente momento, como pretensão imprescritível, após longo debate na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Mas, em que pese o fenômeno e seus desdobramentos negativos subsistam, a Lei de Improbidade Administrativa é considerada um instrumento de controle do ilícito dotado de grande relevância, apesar de ser fortemente criticada, notadamente em razão do caráter aberto e, por vezes, abstrato ao descrever as diversas formas de cometimento de atos ímprobos. Nesse prisma, Garcia e Alves (2014, p. 310) não deixam de reconhecer que, apesar de conter aspectos falhos e,

ainda que seja reconhecidamente insuficiente para dissipar a improbidade, verdadeira chaga social, já são visíveis as alterações comportamentais por ela implementadas no meio social, em especial junto aos agentes públicos. Essa eficácia transformadora, ainda que muitas vezes desacompanhada de uma efetividade jurídica, não lhe pode ser negada.

É possível contrapor o argumento da falta de efetividade jurídica ora citada porque, em verdade, não se trata de um problema peculiar deste diploma legal. Cuida-se, contudo, de um reflexo bastante comum dos variados mecanismos nos quais o objetivo é o estabelecimento de penalidades para o cometimento de atos ilícitos, sejam eles cíveis ou penais, revelando, a partir disso, um caráter simbólico.

Com efeito, o que se pode concluir é que a Lei nº 8.429/1992 foi criada com o escopo de regulamentar o artigo 37, § 4º da Constituição Federal, uma vez que tal dispositivo não era dotado de autoexecutoriedade (TOURINHO, 2014). Mas, por óbvio, a controvérsia em torno do combate à corrupção é muito mais complexa, de modo que emergem questionamentos sobre as verdadeiras razões pelas quais a norma não se afigura suficiente para dissipar a improbidade, não obstante suas inovações tenham sido pensadas a partir deste propósito.

Os obstáculos remanescentes ao combate à improbidade sobressaem-se às inovações legislativas da LIA. O certo é que a denominada “cultura da improbidade” e seus desdobramentos negativos subsistem, o que é notório, não só a partir das notícias veiculadas pela mídia, como também pelas próprias alterações que a Lei nº. 8.429/1992

¹ No dia 08 de agosto de 2018, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 852475, decidiu que as ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de ato doloso de improbidade administrativa são imprescritíveis.

experimentou desde a sua entrada em vigor. Em contrapartida, a controvérsia parece ir além da atuação do Poder Legislativo, o que permite compreender que o fenômeno da improbidade administrativa também subsiste por questões que envolvem a carência de fiscalização e, especialmente, a falta de uma atuação coordenada dos demais Poderes Públicos, aludindo novamente para a origem do problema.

Nesse sentido, destaca-se que, embora necessários ao controle da corrupção, tais inovações legislativas não são suficientes, se implementadas de forma isolada. O tema da improbidade não deve ser analisado e tampouco deve ser elaborada uma política de Estado visando ao controle da corrupção, sem que haja a ampliação do debate para as questões institucionais. Com efeito, são várias as instituições – dentre as quais se destacam o Ministério Público, os Tribunais de Contas e os órgãos de controle interno de cada Poder – que, legalmente instrumentalizadas e fortes, desempenham ativamente suas atribuições. No entanto, com relação à prevenção, à investigação e à punição destes atos, é necessário promover a construção de mecanismos de coordenação, de modo que sejam observados resultados mais eficientes na luta contra a improbidade. Nesse seguimento, são vários os obstáculos que inviabilizam esta coordenação na prática, mas com um viés mais explícito, destacam-se as tradições institucionais estabelecidas no Brasil e até mesmo a rivalidade entre instituições, que deveriam agir conjuntamente (OLIVIERI, 2011).

Sem a ampliação do debate para as questões institucionais, deveras profundas, que embaraçam o combate à corrupção no serviço público, é visível que a atuação apartada por parte do Poder Legislativo se revelará inócua. Por outro lado, a atuação conjunta das instituições e dos órgãos de controle fortalecerá o enfrentamento do problema e concederá maior eficácia aos instrumentos normativos já existentes, não se revelando necessárias contínuas alterações legislativas, tampouco a edição de outras normas com o mesmo fim.

Com efeito, não é intuito deste estudo questionar a existência de disposições repressivas na LIA, tampouco a necessidade de existência da norma, que desempenha papel fundamental no combate à improbidade. Entretanto, sem a adoção de políticas públicas bem articuladas e decorrentes da ação integrada dos Poderes e das instituições responsáveis pelo controle interno e externo da Administração, os escândalos de corrupção não serão reduzidos, estabelecendo-se uma legítima barreira generalizada ao controle dos atos de improbidade administrativa no país, de forma que as inovações trazidas pela Lei nº 8.429/1992 não serão suficientemente capazes de conter o problema.

Portanto, é possível concluir que, embora relevante, a manifestação do direito administrativo sancionador por meio da edição de instrumentos legislativos, com o escopo de controlar os atos de improbidade administrativa, não tem o condão, por si só, de combater a corrupção no serviço público. Para além de uma atuação do Poder Legiferante, por meio das inovações da LIA, o controle da improbidade demanda um conjunto coordenado de ações por parte dos Poderes Públicos. Somente através do alargamento do debate, com a adoção destas medidas, é que a luta contra a corrupção deixará de se revelar inoperante

no Brasil.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho buscou apresentar, inicialmente, um panorama geral acerca da improbidade administrativa no Brasil, definindo-a como um fenômeno que, em oposição aos variados instrumentos legislativos de combate à corrupção que passaram a compor o aparato normativo sancionador, permanece alastrado por diversos setores no âmbito da Administração Pública. Assim, além de compreender que o fenômeno da improbidade é caracterizado pela desonestidade e pela imoralidade qualificada, concluiu-se que o conceito alude ao estudo do direito público, uma vez que envolve um julgamento de censura ético-normativa e não puramente um juízo moral.

Ademais, evidenciou-se que tal distinção entre os comportamentos que configuram verdadeiro ato ímprobo e aqueles que importam somente à vida privada do agente público mostrou-se necessária a fim de que fossem editados os mecanismos legais de controle do desvio de conduta. Dessa maneira, buscou-se identificar a origem da improbidade administrativa, concluindo-se que o fenômeno tem suas raízes entranhadas na colonização, período em que a ideia de coisa pública era completamente dissociada do que estabelece o princípio da supremacia do interesse público primário sobre os interesses patrimoniais, o que gerou a expansão da ineficiência.

A partir disso, realizou-se um breve estudo sobre a resposta legislativa, que visou à proteção contra o fenômeno, a partir da previsão constitucional que sobreveio no conteúdo da Carta Magna de 1988, o que possibilitou o tratamento específico concedido ao tema pela Lei de Improbidade Administrativa, objeto central deste estudo. Depreendeu-se que a LIA trouxe ao microsistema de combate à improbidade alterações normativas substanciais, sendo algumas delas dotadas de rigor excessivo e de um caráter aberto. Outros dispositivos revelam até mesmo certa incongruência, a exemplo da possibilidade de responsabilização de agentes públicos desonestos a título culposos.

No entanto, deve ser destacado que, atualmente, o problema subsiste por razões que já não podem mais ter como única atribuição as raízes na colonização, vez que a falta de fiscalização das instituições com competência para tal também se revela um entrave ao controle da corrupção no serviço público. Ademais, a ausência de atuação integrada por parte dos órgãos de controle interno e externo e até mesmo a rivalidade entre as instituições são apenas alguns exemplos de um problema multifacetário, não devidamente enfrentado até o presente momento.

Destarte, esta pesquisa buscou realizar um breve estudo crítico sobre as alterações provenientes da LIA, identificando-se, para tanto, as especificidades que circundam o ilícito, bem como a sua origem no país. Ao final, depreendeu-se que, muito embora seja um instrumento normativo dotado de grande relevância, existem outros obstáculos a

serem superados no controle da corrupção no Brasil, que vai além da atuação do Poder Legislativo. Desse modo, o combate à improbidade de forma efetiva pressupõe a adoção de ações coordenadas por parte dos Poderes e, especialmente, dos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 852475**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenc2EACMS%2E+ADJ2+852475%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nsu9za8>. Acesso em: 20 abr. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

HEINEN, Juliano. **Interesse público: premissas teórico-dogmáticas e proposta de fixação de cânones interpretativos**. Salvador: JusPodivm, 2018.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Alexandre de. A necessidade de ajuizamento ou de prosseguimento de ação civil de improbidade administrativa para fins de ressarcimento ao erário público, mesmo nos casos de prescrição das demais sanções previstas na Lei 8.429/1992. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVIERI, Cecília. Combate à corrupção e controle interno. In: THEMOTEO, Reinaldo José (Coord.). **Ética pública e controle da corrupção**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **Discricionariedade administrativa: ação de improbidade & controle principiológico**. Curitiba: Juruá, 2004.

CAPÍTULO 14

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E O CASO DA MEDIDA PROVISÓRIA 579/2012 (CONCESSÕES NO SETOR ELÉTRICO)

Data de aceite: 01/05/2021

Data da submissão: 27/01/2021

Douglas Toci Dias

Faculdade de Ciências Humanas e Sociais –
UNESP
Franca/SP (vínculo universidade)
<http://lattes.cnpq.br/0393392618576464>

José Carlos de Oliveira

Faculdade de Ciências Humanas e Sociais –
UNESP
Franca/SP (vínculo universidade)
<http://lattes.cnpq.br/5913053162159963>

RESUMO: Frente à mudança da atuação estatal para uma função mais fiscalizadora, estudar o fenômeno da regulação e seus dispositivos e elementos se torna cada vez mais fundamental. Nesse sentido, o recorte sobre o tema abordado no presente trabalho refere-se à Análise de Impacto Regulatório (ou AIR). É um mecanismo que visa, basicamente, fornecer uma metodologia mais completa e abrangente, de forma que possa haver regulações mais eficientes e com menos impactos negativos. Ainda, na segunda parte do trabalho, realiza-se o estudo de caso da Medida Provisória 579/2012, um exemplo de regulação com impactos enormes através de toda a sociedade no segmento de energia elétrica. Com esse estudo, busca-se observar os aspectos específicos desse ato regulatório, buscando o que foi insatisfatório e o que pode melhorar numa regulação futura.

PALAVRAS - CHAVE: Regulação. Eficiência Regulatória. Análise de Impacto Regulatório (AIR). Concessões no Setor Elétrico. Medida Provisória 579/2012.

REGULATORY IMPACT ASSESSMENT AND THE CASE STUDY OF THE PRESIDENTIAL DECREE 579/2012 (CONCESSIONS IN THE ELECTRICAL SECTOR)

ABSTRACT: In the light of the change of perspective from the State, to a more supervisor way of acting, studying the phenomenon of regulation and its devices and elements becomes increasingly fundamental. In that sense, this work focus on the “regulatory impact assessment” (RIA). It is a mechanism that provides a more complex and embracing method so there are better and more efficient regulations. Furthermore, on the second part of this paper, there will be a study on the case of the Presidential Decree 579/2012, which is an example of regulation that created negative impacts along the society, through the electrical sector. Therefore, the study seeks noticing the specific aspects of this regulatory act, searching for what was unsatisfactory and what should change in future regulation.

KEYWORDS: Regulation. Better Regulation. Regulatory Impact Assessment (RIA). Social Impacts. Concessions on the Electrical Sector. Presidential Decree 579/2012.

1 | INTRODUÇÃO

Nota-se a importância do presente estudo pela quantidade de atos regulatórios que acontecem ao longo do cotidiano e pelos impactos que esses podem gerar se não forem feitos com a devida cautela e metodologia. No caso em questão, até os dias de hoje sofre-se a repercussão dos eventos trazidos pelo ato regulatório estudado.

Na pesquisa, mais precisamente, existem dois recortes de objetivos: **(a)** o impacto das medidas regulatórias e a metodologia para maximizar a eficiência destas; **(b)** e o impacto específico da regulação trazida pela Medida Provisória 579/2012, que diz respeito a concessões no setor de energia elétrica do país.

Destarte, primeiramente, o estudo visa analisar a chamada Análise de Impacto Regulatório (AIR), detalhando seus aspectos como metodologia, requisitos, aplicabilidade e mais, buscando responder a pergunta “É possível aperfeiçoar a regulação, e se sim, como?”. Por fim, busca-se uma introspecção, um aprofundamento especificamente relacionado à Medida Provisória 579/2012, através dos impactos negativos nas concessionárias, tentando responder as perguntas: “Poderia ter havido uma melhor regulação? De que maneira? E o que levar de lição para o futuro?”.

2 | DESENVOLVIMENTO

2.1 AIR – Análise de Impacto Regulatório

2.1.1 AIR: aperfeiçoando a regulação

Adentrando no cerne temático da pesquisa teórica e servindo de base para o posterior estudo de caso no setor elétrico, a AIR, ou Análise de Impacto Regulatório, é uma ferramenta para dar sentido e vida a um melhor contexto regulatório, visando diminuir riscos e ajudar na tomada de decisão por parte das agências bem como de qualquer outra fonte de poder regulatório.

Seu conceito, apesar de variar de pesquisador para pesquisador, tende a seguir a mesma linha e contemplar o mesmo conjunto semântico, envolvendo o ajustamento de políticas sociais com econômicas, melhora no processo decisório, controle de riscos, metodologia de estudos, medição da eficiência do Estado regulador e um desenvolvimento geral de serviços para a população destinada.

Nas palavras de Patrícia Valente (PESSÔA VALENTE, 2010, p. 8), a Análise de Impacto Regulatório ou a Avaliação de Impacto Regulatório (AIR):

“é um procedimento ordenado de tomada de decisão no âmbito da atividade regulatória estatal, baseada no uso sistemático de análises sobre os possíveis efeitos de uma dada decisão”.

Lucia Helena Salgado e Eduardo Borges (SALGADO; BORGES, 2010, p. 7), utilizando a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD), definem como “a ferramenta política sistemática utilizada para examinar e medir os benefícios, os custos e os efeitos prováveis de uma regulação nova ou já existente”. Ampliando o raciocínio sobre a ferramenta,

“é um instrumento de aperfeiçoamento da eficácia e da eficiência da atividade regulatória, que auxilia o regulador a focar nos ditames legais desta. É parte de um processo de fortalecimento da governança regulatória, podendo ser visto como um conjunto de recomendações de procedimentos a serem adotados para melhor informar o processo de tomada de decisão em regulação”.

Ainda, nesse panorama inicial e conceitual da AIR, Meneguim e Bijos, em seu texto de discussão para estudos no Senado Federal, trazem uma boa abordagem sobre o assunto:

“Essa ferramenta é um instrumento de tomada de decisão que ajuda os formuladores de políticas públicas a desenhar as ações governamentais com base em critérios sólidos, fundamentados em evidências concretas (evidence-based), voltadas para o atingimento de seus objetivos”. (MENEQUIN; BIJOS, 2016, p. 3)

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) é uma instituição muito relevante para o estudo de políticas regulatórias. Ao longo do estudo produzido, definem e listam como elementos fundamentais de uma qualidade regulatória os seguintes (OECD, 2015, p. 23):

- Servem um definido propósito político e o atingem efetivamente;
- São simples de compreender e acessíveis a todos;
- Possuem bases legais e empíricas;
- São consistentes e harmonizam com outras regulações;
- Produzem benefícios que justificam os custos, considerando a distribuição de efeitos nas áreas econômica, ambiental e social;
- São implementadas de maneira justa, transparente e proporcional;
- Minimizam os custos e os impactos no mercado;
- Promovem inovações através de incentivos comerciais e abordagens baseadas em metas a serem cumpridas;
- São compatíveis o máximo possível com princípios nacionais e internacionais de concorrência, negociações e facilitação de investimentos.

Diante do exposto, os princípios de uma qualidade regulatória são sempre respeitados na AIR, inobstante, como cada há variações sobre a aplicação da mesma

propriamente dita, não havendo uma forma estritamente definida. Isso se evidencia pelas diferentes sistemáticas abordadas por Estados Unidos e Inglaterra, por exemplo, que serão especificadas adiante. Entretanto, em termos gerais, a AIR costuma trabalhar com custo-benefício, análises parciais e testes de limiar.

Uma das versões de AIR possíveis, como sugerida pela OECD, é tipicamente, dividida da seguinte forma: título da proposta; objetivo e efeito esperado da política regulatória; avaliação do problema político; consideração das opções alternativas; avaliação de todos os impactos distributivos; resultados da consulta pública; estratégias de compliance; e processos para monitoramento e avaliação (SALGADO; BORGES, 2010, p. 7). Mas como se verá a seguir, há variações, sendo essa divisão apenas uma base teórica.

Nesse sentido, Patrícia Valente (PESSÔA VALENTE, 2010, p. 34), incitando a visão europeia sobre o assunto trazida por Claudio Radaelli, diz que, sendo um pré-requisito administrativo para a produção de uma decisão regulatória, as etapas são: definição do problema, identificação das falhas de mercado, análise do status quo, definição de possíveis alternativas de ação, escolha dos critérios de análise, ampla consulta aos atores envolvidos, estudos sobre cada uma das alternativas e suas consequências para os atores afetados, e a recomendação para adoção de uma medida.

É notório o fato de que recentemente cada vez mais países estão adotando, ao menos em algum nível, a sistemática da AIR. Pelos dados da OECD (OECD, 2015, p. 26), mais de 30 jurisdições já implementam uma sólida base regulatória. Como exemplo e experiência do método, utilizar-se-ão como breve análise Estados Unidos e Inglaterra.

A AIR nos Estados Unidos segue um caminho metodológico bem elaborado. Após a elaboração de uma política regulatória, passa-se para a aprovação do OMB (Office of Management and Budget). Em seguida, elabora-se a proposta regulatória levando em conta as orientações do OMB e possíveis impactos subsequentes, e, se a proposta for consistente com a política administrativa, há o registro da notificação de proposta e encaminhamento à consulta pública (30 a 90 dias). Com isso, incluem-se as contribuições da consulta pública na elaboração final, encaminhada ao OMB. Por fim, se a regulação final estiver em conformidade com o *Paperwork Reduction Act*¹, ela é publicada no registro oficial. (SALGADO; HOLPERIN, 2010, p. 3).

Já no Reino Unido, as análises de impacto, muito mais frequentes, são obrigatórias sempre que: *i*) houver alteração nos custos incidentes do negócio; *ii*) os custos públicos forem maiores que 5 milhões de libras; *iii*) houver redistribuições de recursos, e *iv*) envolver Reino Unido e a União Europeia. No entanto a metodologia de avaliação é mais enxuta. Há o desenvolvimento das propostas, as opções são levadas à consulta pública e com isso se formula a proposta final. Após a implementação, há uma constante revisão (SALGADO; HOLPERIN, 2010, p. 4).

Reiterando o que fora dito anteriormente, não há um procedimento fixo para a

¹ Ato para a diminuição de papelada (burocracia escrita) para a maximização da eficiência

aplicação da AIR, o que é corroborado pelas diversas formas que se exterioriza nas várias jurisdições. Assim sendo, poderá existir mais etapas dependendo da situação fática e do assunto. No entanto, é quase certo que haverá (PESSÔA VALENTE, 2010, p. 54):

- Processo de tomada de decisão da medida regulatória
- - *Definição do problema e dos objetivos*: i) Definição do problema; ii) Criação de linha do tempo com previsão de uma não intervenção; iii) Definição dos objetivos.
- - *Seleção das opções e levantamento de dados*: i) Consulta e participação dos possíveis afetados a fim de validar conclusões das fases anteriores; ii) Seleção das diferentes opções a serem consideradas; iii) Escolha do método para avaliar tais opções; iv) Mapear os dados para a mensuração dos benefícios e custos das opções.
- - *Análise e consulta da minuta dos documentos de AIR e da decisão regulatória a ser adotada*: i) Análise e comparação das opções de acordo com o método escolhido; ii) Consulta pública das minutas de medidas regulatórias e do relatório de AIR para validação do resultado com os interessados; iii) Ajustar o relatório de AIR e a sugestão da medida regulatória a ser adotada ao agente regulador responsável pela decisão.
- Implementação e Monitoramento
- - Implementação e monitoramento da regulação, e, conseqüente, levantamento de informação para os agentes que realizaram a avaliação e para o tomador de decisão.

Com isso, no tocante do processo de tomada de decisão, só resta realizar uma pequena análise nos principais métodos específicos para a avaliação das opções regulatórias. Aqui se verá as análises de: Custo-benefício, Custo-efetividade e Testes de Limiar.

Primeiramente abordada, na análise de custo-benefício, como explicam Salgado e Borges (SALGADO; BORGES, 2010, p. 11), devem ser incluídos e explicitados, sendo monetizados ou não, todos os impactos significativos da regulação, independentemente de serem quantificáveis os custos e benefícios associados, trazendo o princípio de transparência e governança. É muito importante que haja proporcionalidade e bom senso para não levar em consideração só o que se pode mensurar, mas também outros valores.

Quanto à análise de custo-efetividade, esta é mais efetiva enquanto ainda não há um profundo entendimento e compreensão da análise do custo-benefício, o que faz analisar a efetividade ser a alternativa mais adequada. Diferentemente da ACB, a ferramenta não se aplica para determinar quais metas devem ser atingidas, mas, uma vez determinadas, é consistente em comparar quais meios são menos custosos para atingi-las (SALGADO; BORGES, 2010, p. 15). Um exemplo, como apontam Meneguim e Bijos (MENEQUIM; BIJOS,

2016, p. 8), “é a avaliação de programas de criação de empregos, em que o indicador seria a quantidade de postos de trabalho por unidade monetária alocada no programa”.

Os testes de limiar são associados a um procedimento mais simples de avaliação de impactos, no sentido de que se forem utilizados, o procedimento todo deve seguir o mesmo critério para atribuir legitimidade. “Testes de limiar podem ser utilizados de modo a dispensar a análise ou reduzir a extensão desta [AIR], para casos em que a regulação gera impactos relativamente pequenos, ou quando não há alternativa política apropriada à regulação” (SALGADO; BORGES, 2010, p. 16). Nesse caso, a AIR está basicamente dispensada.

2.1.2 Contabilidade regulatória no processo de análises e formação de tarifas no setor elétrico e sua relação com a AIR

Um elemento fundamental que está presente nos métodos analíticos de desempenho e formulação das regulações é a contabilidade regulatória. Esta área das Ciências Contábeis cuida de providenciar base matemática e controle dos dados necessários para uma regulação mais efetiva. No âmbito do setor elétrico, o aspecto mais importante no papel da contabilidade regulatória tange a formação e análises das tarifas cobradas pelas concessionárias (o que também é o ponto central das maiorias das regulações no setor). Nesse sentido, agrega-se mais ainda pelo fato do estudo de caso a ser realizado mais adiante versar sobre tarifas maiores encadeadas por uma má regulação no setor econômico, sendo vital entender uma pouco mais sobre o processo por trás.

A contabilidade regulatória é um instrumento que “qualifica o trabalho dos reguladores, permitindo, especialmente, o uso dos indicadores econômico-financeiros para subsidiar a sua tomada de decisão na busca da garantia da continuidade, regularidade, eficiência, segurança, atualidade e generalidade dos serviços prestados pelas concessionárias do serviço público” (AGERGS, 1999, p. 78).

Outrossim, adentrando o outro aspecto fundamental do tema, é necessário entender a estrutura, formação e revisão das tarifas com as quais trabalham as concessionárias dos serviços públicos.

A existência das tarifas encontra-se vinculada aos contratos de concessão, que, segundo Diógenes Gasparini (GASPARINI, 2011, p. 420) “é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere, sob condições, a execução e exploração de certo serviço público que lhe é privativo a um particular que para isso manifeste interesse e que será remunerado adequadamente mediante a cobrança, dos usuários, de tarifa previamente por ela aprovada”.

Talles Vianna Brugni e cols (BRUGNI, 2012, p. 12) afirmam que, a metodologia da formação das tarifas segue duas etapas: a definição da chamada receita requerida de distribuição (ou RRD) e conseqüentemente o estabelecimento da tarifa em si, baseada na RRD. A receita requerida de distribuição seria a “receita compatível com a cobertura de

custos operacionais eficientes e com um retorno adequado para o capital prudentemente investido (Parcela A [custos não gerenciáveis, que não dependem da concessionária] + Parcela B [custos gerenciáveis]). A equação da RRD é a seguinte: $RRD = \sum_{i=0}^n R Ri$, ou seja, a somatória de todos os fatores como compra de energia, transporte, encargos setoriais e distribuição.

Nesse sentido, A definição das tarifas finais “é realizada através da razão entre a RRD e o mercado faturado pela distribuidora. Este mercado é composto pelo montante de energia elétrica (em kW) faturado pela concessionária de distribuição no ano antecedente ao reajuste tarifário em processamento” (BRUGNI, 2012, p. 12). Ou seja, a equação da tarifa é: $Tarifa = \frac{RRD}{MERCADO}$.

Por fim nesse tópico, existe a chamada revisão tarifária, que consiste no aumento ou diminuição nos valores da tarifa de acordo com alteração nos fatores dos cálculos. A revisão tem como principal objetivo “garantir a cobrança de uma tarifa que seja justa tanto para o consumidor quanto para os investidores, de modo a estimular o aumento da eficiência e da qualidade dos serviços prestados pelas concessionárias” (MONTEIRO, 2014, p. 39). Assim, existe a revisão anual e a periódica. A anual visa corrigir os custos gerenciáveis (da própria concessionária), enquanto a periódica (a cada 4 ou 5 anos) busca o reequilíbrio do contrato de concessão (MONTEIRO, 2014, p. 39).

2.2 Estudo de caso: Medida Provisória 579/2012

2.2.1 *Análise do panorama, contexto das concessionárias através da MP 579/2012*

Adentrando a segunda grande parte dessa pesquisa, como mencionado anteriormente, realizar-se-á o estudo de caso de uma medida/ato regulatório que impactou diretamente nas operações e ações das empresas concessionárias. Trata-se da regulação trazida pela Medida Provisória 579 de 2012, e embora não tenha sido uma regulação propriamente feita pelas instituições regulatórias estudadas anteriormente, foi formulada pelo MME e ainda possuiu as bases de interferência no setor e gerou diversos impactos.

Inicialmente, com relação ao contexto da época da edição da medida regulatória, tem-se o objetivo principal da Medida Provisória, e conseqüentemente o Decreto 7.805, de 14 de setembro do mesmo ano, reduzir o custo da energia elétrica (o custo da tarifa cobrada pelas concessionárias) em 20,2% para os consumidores finais, buscando a continuidade, eficiência, e a modicidade tarifária na prestação dos serviços, e um impulso para o desenvolvimento do país, especialmente para as indústrias.

No conteúdo da MP, que posteriormente foi convertida na Lei 12.783 de 2013, houve, de forma geral, a tentativa de redução de encargos setoriais, a reflexão nos custos operacionais das concessionárias e a redução da Receita Anual Permitida (RAP) das mesmas. Nesse sentido, haveria três medidas principais para alcançar os objetivos

(COSTELLINI; HOLLANDA, 2014, p. 2):

- A desoneração de alguns dos encargos setoriais;
- O aporte de R\$ 3,3 bilhões anuais pela União à Conta do Desenvolvimento Energético (CDE)
- A antecipação da prorrogação das concessões de geração, transmissão e distribuição anteriores à Lei nº 8.987, de 1995, que venceriam a partir de 2015;

Primeiramente, quanto a questão dos encargos setoriais, a Lei 12.783 para qual a MP foi convertida, do art. 17 ao 24, trabalha com a redução/fim do recolhimento de 3 encargos: a Reserva Global de Reversão (RGR), a Conta de Consumo de Combustível (CCC) e a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE).

Nesse diapasão, relacionando com a segunda medida principal trazida pelo instrumento legislativo regulatório, previu-se um aporte de R\$ 3,3 bilhões do Tesouro para a conta da CDE, em 2013, e de R\$ 3,6 bilhões, em 2014. Assim, a previsão de impacto tarifário da proposta dos encargos era a seguinte (COSTELLINI; HOLLANDA, 2014, p. 3):

Nível de Tensão	Efeito dos Encargos
A1	-10,80%
A2	-9,30%
A3	-6,90%
A3a	-7,40%
A4	-6,80%
As	-6,80%
BT	-5,40%
Efeito Médio	-7%

Tabela 1. Efeitos da Redução dos Encargos nos Setores Elétricos

Outra grande medida trazida com esse intuito da redução tarifária refere-se a antecipação da prorrogação das concessões de geração, transmissão e distribuição que venceriam a partir de 2015. Esse talvez tenha sido o ponto principal para a análise mais aprofundada dos impactos gerado pela medida regulatória nas empresas e mercado do setor energético.

A medida teria efeito imediato para as concessões vincendas até 2017 o que significava 34% da energia contratada. Como aponta Michele Vieira (VIEIRA, 2015, p. 21) e segundo o MME, a transmissão de energia tinha 9 contratos vencendo até 2015, o que totalizava 65% do sistema nacional. No quesito de geração, 123 concessões venceriam ao final de 2017, totalizando 25,5 mil megawatts de potência fiscalizada. E na distribuição, 44 contratos venceriam entre 2015 e 2017, representando 24 milhões de unidades

consumidoras.

Nesse sentido, no contexto das concessionárias, grande parte dos ativos já haviam se amortizados, mas também depreciados contabilmente, e os que não estivessem, seriam indenizados, “de forma que a receita final do concessionário não contemplaria os custos de capital (depreciação e remuneração de ativos)” (COSTELLINI; HOLLANDA, 2014, p. 3). Seria dessa diferença nos valores dos ativos que haveria a possibilidade de redução nos valores das tarifas. Para as concessionárias, como forma de compensação haveria a renovação da concessão pelo prazo de 30 anos.

Fabio Fachini (FACHINI, 2015, p. 36) detalha bem a lógica por trás dessa ideia para a redução do valor das tarifas:

“Ao se aproximar do término do contrato de concessão, presume-se que os investimentos do concessionário já foram amortizados. De acordo com Bressan et. al. (2015), o cálculo das receitas e tarifas é fixado de forma a garantir a amortização do investimento inicial, sendo que a manutenção do antigo concessionário reflete a ampliação da margem de lucro”.

Com a noção do dever de indenização por investimentos não amortizados, complementa:

“O valor da indenização é calculado pela metodologia de Valor Novo de Reposição (VNR), essa metodologia, segundo a Empresa de Pesquisa Energética (EPE) (2012), refere-se ao cálculo do valor de um ativo (no caso, o bem reversível vinculado à uma concessão vincenda) se fosse construído a preços atuais, tendo por base as características do Projeto Básico de cada empreendimento”.

Além disso e de outros requisitos mais específicos para cada tipo de segmento de energia, a remuneração deveria ser através de tarifa calculada pela ANEEL, alocação de cotas de garantia física de energia e submissão aos padrões de qualidades fixados também pela ANEEL.

Dessa forma, a renovação a preço mais baixo possuía a seguinte (COSTELLINI; HOLLANDA, 2014, p. 4) previsão de impacto tarifário da proposta para a renovação das concessões:

Nível de Tensão	Efeitos dos Encargos
A1	-17,20%
A2	-15,50%
A3	-14,50%
A3a	-12,60%
A4	-12,60%
As	-12,80%
BT	-10,80%
Efeito Médio	-13,20%

Tabela 2. Efeitos da Renovação das Concessões nos Setores Elétricos

Assim, somando-se o efeito médio da antecipação das concessões com a redução de encargos setoriais, ter-se-ia os 20,2% prometidos.

2.2.2 Impactos nas empresas concessionárias e nos consumidores

Primeiramente, deveria haver uma aderência por parte das concessionárias. As que possuíam contrato vencendo até 2017 deveriam demonstrar sua concordância até outubro de 2012. Pelo apontado por Costellini e Hollanda (COSTELLINI; HOLLANDA, 2014, p. 4), “diante dos números expostos pelo Governo - muito abaixo do esperado pelas empresas – parte das concessionárias de geração não aderiu à proposta do governo, e a adesão na geração ficou em torno de 60% do volume inicialmente previsto pelo governo.” Complementando, “cerca de 10 mil MW de energia ficou fora da renovação e não entrou no regime de cotas proposto”.

A razão da não adesão por parte das concessionárias pode ser apresentado pelo pouco tempo para análise da situação, pela falta de transparência de todo o processo por parte do governo e por incertezas nas regras para indenização dos ativos não depreciados. Nesse sentido, para buscar uma explicação melhor, utiliza-se a abordagem da contabilidade regulatória estudada previamente.

Sobre a falta de transparência, Diogo Faria (FARIA, 2015, p. 6) explica que apesar de referenciarem os relatórios de cálculo do VNR de cada empreendimento, “tais relatórios jamais foram disponibilizados às concessionárias”. Ainda, complementa mencionando o fato do processo como um todo não ter passado por Audiência Pública e os resultados da pesquisa preliminar não puderam ter sido contestados.

Sobre os ativos não amortizados, o mesmo diz que houve uma confusão entre depreciação (um mecanismo contábil referente ao desgaste/perda de valor de um ativo com o tempo) e amortização (conceito econômico de extinção de dívidas). por aquele ativo. “Funciona como um financiamento bancário pelo sistema de amortização constante (SAC), no qual a “amortização” seria exatamente igual à depreciação contábil, que é subtraída

do valor “remunerável” da Base de Remuneração”. No entanto, o fato de a concessão ser de 30 anos e a metodologia de reposição dos valores ser injusta (não cobre a maior sofisticação dos processos), uma parte das concessionárias não aderiu.

Como efeito dessa não aderência, como apontam Costellini e Hollanda (COSTELLINI; HOLLANDA, 2014, p. 4), houve duas grandes consequências: a subcontratação de energia elétrica e a não integralidade da redução tarifária.

Em relação à subcontratação, “as distribuidoras – que estavam sobrecontratadas para o ano de 2013 quando da edição da medida – ficaram subcontratadas em um curto espaço de tempo”. Ou seja, ao passo que a energia das geradoras, que não renovaram suas concessões, deixou de existir, as distribuidoras precisaram recorrer ao mercado livre de curto prazo, comprando a energia que iriam distribuir. Isso, somado ao período de baixa quantidade de chuvas, elevou o custo da operação (Custo Marginal de Operação, ou CMO), e afetou seriamente o fluxo de caixa e o PLD (Preço de Liquidação de Diferenças) dessas empresas.

Em relação à redução das tarifas, “como parte dessa redução de tarifas viria da redução do custo da energia para as distribuidoras, a não adesão de algumas geradoras faria com que o impacto final fosse de 16,7% - e não os 20,2% prometidos inicialmente.” Dessa forma o governo precisou gastar R\$ 5,1 bilhões a título de compensação para chegar ao valor prometido. Assim, dentre outras medidas do governo, instaurou-se a metodologia das bandeiras tarifárias para amenizar os valores.

Com o exposto, é possível analisar consequências específicas para duas perspectivas: a do consumidor e a das concessionárias. O consumidor relaciona-se principalmente com o preço das tarifas, enquanto as concessionárias com os valores das ações e retornos.

No tocante dos consumidores, o preço da tarifa teve uma variação significativa, conforme se verifica no gráfico (FACHINI, 2015, p. 50), baseado nos dados do Banco Central, abaixo:

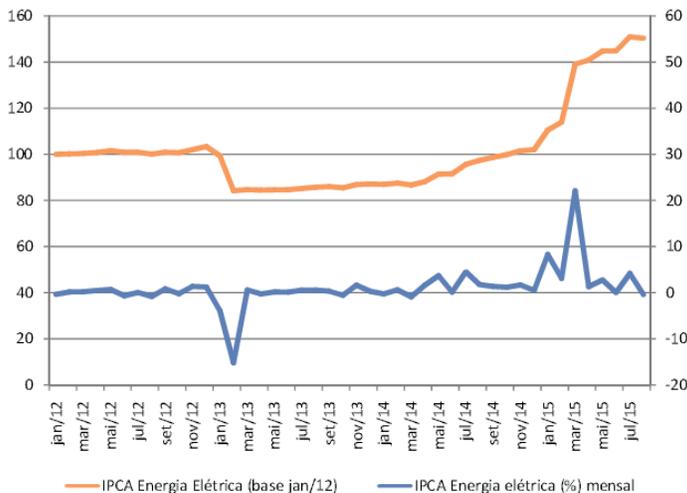


Gráfico 1. Índice de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA Energia Elétrica

Nesse sentido, Fábio Fachini (FACHINI, 2015, p. 50) analisa:

“Tomando o valor da energia de janeiro de 2012 como base, observa-se uma redução de aproximadamente 15% em fevereiro de 2013 após os reajustes tarifários gerais de todas as distribuidoras de 24 de janeiro. Desse período até dezembro de 2014, quando encerrou-se a ajuda financeira pela CONTA-ACR e a época eleitoral, o preço da energia elétrica variou positivamente em 21%”.

E complementa:

“Após isso, iniciou-se o período conhecido como “realismo tarifário”, onde permitiu-se reajustes do preço de energia para os consumidores de modo com que coincidissem com os custos de geração existentes. Nesse ínterim, somando-se as bandeiras tarifárias, até agosto de 2015, o IPCA energia elétrica aumentou quase 50%”.

Destarte, conclui Daniel de Oliveira (OLIVEIRA, 2014, p. 158) que houve uma redução estrutural no custo da energia elétrica no país. No entanto, como o mesmo também ressalta, grandes volumes de capital a serem pagos por parte de consumidores e agentes setoriais, a forte pressão tarifária e a falta de chuvas fizeram com que a situação no setor ficasse extremamente delicada, prejudicando-o em demasia no pensamento a longo prazo, o que pode ser observado pelo aumento da tarifa de energia mais recentemente.

Quanto à perspectiva das concessionárias, o custo de toda operação aumentou significativamente, conforme se observa no gráfico (OLIVEIRA, 2014, 138) do PLD após a MP579:

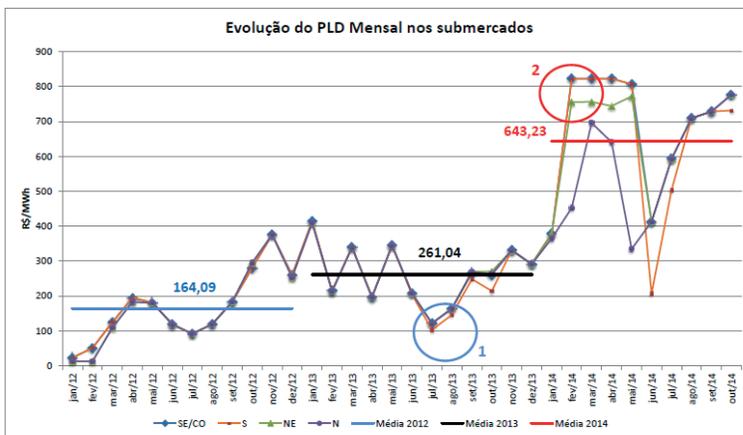


Gráfico 2. Evolução do PLD no Setor Elétrico

Como medida para a mitigação da situação dessas empresas, o governo, dentre outras, adotou medidas como a adoção do sistema de bandeiras tarifárias, o aporte de R\$ 4 bilhões pelo Tesouro na CDE e o financiamento de mercado através da CCEE, que irá a bancos públicos e privados para conseguir empréstimos de até R\$ 8 bilhões a juros de mercado (COSTELLINI; HOLLANDA, 2014, p. 10). Nesse sentido, apesar de haver uma melhora da situação momentaneamente, ao longo prazo essas empresas ainda pagam o preço até hoje.

Em relação ao aspecto da situação das empresas no mercado de capitais, Assunção, Takamatsu e Bressan (ASSUNÇÃO, 2015, p. 50) analisam os impactos da MP579 no retorno das ações das Companhias de energia elétrica. Com base na Metodologia de Eventos utilizada, “verificou-se uma reação média negativa frente ao anúncio da Medida”. De forma geral, embora tenha se retomado à normalidade após poucos dias, “houve uma queda expressiva nos preços e retorno das ações nos dois dias posteriores ao anúncio”. O gráfico (ASSUNÇÃO, 2015, p. 49) a seguir dos retornos anormais acumulativos médios demonstra esse fenômeno:

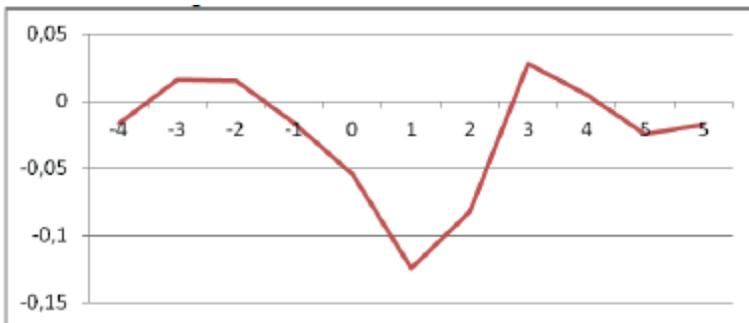


Gráfico 3. Variação no Retorno Médio das Ações no Setor Elétrico

3 | CONCLUSÃO

A MP 579/2012, apesar de alguns pontos positivos, de forma geral, foi prejudicial para o setor elétrico do país, fazendo com que haja impactos sentidos, tanto pelas concessionárias quanto para os consumidores até hoje. A ideia de se trabalhar na redução das tarifas através da renovação das concessões é digna. Inobstante, como aponta Diogo Faria (FARIA, 2015, p. 13), “o problema concentrou-se na má execução da meta, por conta principalmente da falta de diálogo com os agentes”, em conjunto com a falta de projeção sobre o cenário real do setor elétrico: acreditou-se que o efeito seria um, mas na prática foi outro muito diferente.

Aqui entra a o ponto chave dessa pesquisa, a Análise de Impacto Regulatório. A AIR, através de sua metodologia sistematizada traz maior inter-relacionamentos entre os agentes regulatórios e os regulados, levando em consideração uma extensa projeção dos cenários pós-regulação, justamente o que se pecou na MP 579. Nesse sentido, apesar de estudos para a diminuição das tarifas e cálculos na remuneração dos ativos, se houvesse a implementação de um mecanismo regulatório mais robusto e sistemático, poder-se-ia ter minimizado em muito os fatores que falharam no evento estudado. Destarte, pode-se apontar algumas lições aprendidas com o caso estudado para regulações similares futuras.

Primeiramente, quanto ao próprio ato em que se houve a regulação, uma Medida Provisória, depois convertida em Lei, percebe-se que talvez não tenha sido a melhor opção. Uma boa regulação requer um tempo de estudos e análise grande, e no caso, as próprias concessionárias precisavam decidir, em um curto espaço de tempo de poucos dias, o destino das operações da empresa pelos próximos 30 anos, aceitando ou não a renovação da concessão. Embora a agilidade fosse uma premissa base do processo, dever-se-ia deixar um espaço maior para análise da regulação pelas concessionárias.

Além disso, dever-se-ia realizar uma projeção em maior escala sobre as possibilidades de renovação, ou seja, formular a pergunta e os estudos contingenciais para caso não houvesse a adesão esperada. Com a utilização da AIR, isso poderia ter sido

otimizado.

Por fim, somando-se a isso tudo, através de um viés mais técnico, (FARIA, 2015, p. 13), sobre o setor e as operações, deveria: *i*) haver um cálculo justo dos valores a indenizar (investimentos ainda não amortizados); *ii*) não repassar ao operador riscos que não podem ser gerenciados por ele; *iii*) haver uma metodologia razoável para a cobertura integral dos custos operacionais; *iv*) haver um mecanismo de incentivo à eficiência operacional dos novos operadores.

É importante que haja a devida preocupação com a eficiência das regulações nesse setor, pois se trata de um recurso (energia elétrica) essencial para toda a população e pode haver impactos enormes para a sociedade, como no caso aqui estudado.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Thais Nery; TAKAMATSU, Renata Turola; BRESSAN, Valéria Gama Fully. **Os Impactos da Medida Provisória 579 nos Retornos das Ações de Companhias de Energia Elétrica**. Revista de Gestão, Finanças e Contabilidade, ISSN 2238-5320, UNEB, Salvador, v. 5, n. 2, p. 38-53, jan./abr., 2015.

BRUGNI, T. V.; RODRIGUES, A.; CRUZ, C. F.; SZUSTER, N. **IFRIC 12, ICPC 01 e Contabilidade Regulatória: Influências na Formação de Tarifas do Setor de Energia Elétrica**. Sociedade, Contabilidade e Gestão, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, jul/dez 2012.

COSTELLINI, C.; HOLLANDA, L. Setor Elétrico: da MP 579 ao pacote financeiro. Informativo de energia, 2014. **FGV Energia**.

FACHINI, Fábio. **Crise no Setor Elétrico Brasileiro Após Medida Provisória nº 579**. 2015. 69 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.

FARIA, Diogo Mac Cord de. **MP 579: Lições Aprendidas e Propostas para o Futuro**. XVIII Seminário de Planejamento Econômico-Financeiro do Setor Elétrico – SEPEF Fundação COGE – Outubro de 2015.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. – 16. ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEGUIN, F. B.; BIJOS, P. R. S. **Avaliação de Impacto Regulatório – como melhorar a qualidade das normas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, março/ 2016 (Texto para Discussão nº 193). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos.

MONTEIRO, José Augusto de Medeiros. **A influência da implementação das normas internacionais de contabilidade e da contabilidade regulatória sobre o sistema de contabilidade gerencial das companhias de energia elétrica brasileiras** - Recife: O Autor, 2014

OECD Publishing. **OECD Regulatory Policy Outlook 2015**. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-regulatory-policy-outlook-2015_9789264238770-en#page1

OLIVEIRA, Daniel Garcia de. **Análise do Impacto Regulatório da Medida Provisória 579 de 2012 no Mercado de Energia Elétrica Nacional e na Competitividade das Fontes Alternativas de Energia**. 2014. Dissertação de Mestrado (Engenharia de Energia). Universidade Federal de Itajubá, 2014.

PESSÔA VALENTE, Patrícia Rodrigues. **Avaliação de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

REVISTA AGERGS. **Marco regulatório** - Porto Alegre: AGERGS, 1999.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de impacto regulatório: Uma abordagem exploratória**, Texto para Discussão, No. 1463, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Brasília.

SALGADO, L. H.; HOLPERIN, M. M. **Análise de impacto: ferramenta de aperfeiçoamento da regulação**. Radar. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2010.

VIEIRA, Michele Roque. **O impacto da Medida Provisória 579**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Gestão Pública). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2015.

*Artigo Resultante de Pesquisa Financiada pelo CNPQ (PIBIC Reitoria)

PUBLICIDADE NAS ARBITRAGENS COM O PODER PÚBLICO

Data de aceite: 01/05/2021

Data de submissão: 03/02/2021

Igor Matheus Alves da Cunha

São Paulo - SP

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

<http://lattes.cnpq.br/5836379191934800>

RESUMO: A arbitragem com a Administração Pública é permeada por diversas problemáticas, sendo a publicidade a maior controvérsia. Não se pode perder de vista que se trata de um imperativo constitucional aos entes públicos, mas que os particulares, por sua vez, não são obrigados a esta exposição muitas vezes injusta. Consequentemente, os meios de controle exigem a transparência da legitimar os procedimentos, o que na prática encontra-se resistência. Portanto, defende-se a publicidade mitigada, devendo-se divulgar apenas os documentos mais importantes.

PALAVRAS - CHAVE: arbitragem; Administração Pública; publicidade; publicidade mitigada.

PUBLICITY IN ARBITRATION INVOLVING THE STATE GOVERNEMENT

ABSTRACT: Arbitration involving the Public Administration is permeated by several issues, with disclose being the biggest controversy. One cannot lose sight of the fact that it is a constitutional imperative for public entities,

but the private individuals, in their turn, are not obliged to this unfair exposure. Consequently, accountability requires transparency to legitimize these procedures, which in practice is met with resistance. Therefore, mitigated disclosure is advocated, and only the most important documents should be disclosed.

KEYWORDS: arbitration; Public Administration; disclose; mitigated disclosure.

1 | INTRODUÇÃO

O presente estudo debruça-se acerca da arbitragem com os entes da Administração Pública, com enfoque no Princípio da Publicidade. Destaca-se que a presente pesquisa se baseou exaustivamente na doutrina brasileira e nas normas disponíveis para consulta sobre o tema.

A priori, cabem algumas considerações a respeito do tema em tela. A arbitragem, de acordo com Carlos Alberto Carmona, “é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial”.¹ Dentre as diversas características deste procedimento, destacam-se: celeridade, *expertise* do julgador, irrecorribilidade, informalidade e confidencialidade.

É justamente esta última qualidade que

1. CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1993.

se investiga neste trabalho. Embora não seja obrigatório o sigilo, não é visto *com bons olhos* a divulgação dos procedimentos, de maneira a, potencialmente, enfraquecer o instituto da arbitragem. Tem-se isso, porque diversas companhias recorrem a este método justamente para salvaguardar informações delicadas.

Contudo, impor a confidencialidade à Administração Pública nos *processos arbitrais* é extremamente problemático e inconstitucional, conforme se demonstrará.

2 | A PUBLICIDADE COMO UM PRINCÍPIO

O artigo 37 da Constituição Federal estampa o Princípio da Publicidade, aplicável a todos os Poderes, em todos os níveis de governo. Como regra geral, os atos praticados pelos agentes administrativos não devem ser sigilosos. Di Pietro² demonstra que:

“O inciso XIII estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

Nesse sentido, disserta Hely Meirelles³ que:

“A publicidade, como princípio da administração pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes.”

O Princípio da Publicidade dispõe que a administração pública tem a obrigação de atender ao interesse público, bem como exercer suas funções com mais clareza e transparência. No que diz respeito a esse, verifica-se que ele desempenha, basicamente, duas funções: a primeira objetiva dar conhecimento do ato administrativo ao público em geral, sendo a publicidade necessária para que o ato administrativo seja oponível às partes e a terceiros; a segunda, como meio de transparência da Administração Pública, de modo a permitir o controle social dos atos administrativos.

Por conseguinte, a publicidade se dá não apenas sob o aspecto da divulgação oficial de seus atos, mas também propicia a toda população o conhecimento da conduta interna de seus agentes. Assim, não possui apenas como finalidade tornar o conhecimento público, mas também o tornar claro e compreensível à população.

Trata-se, portanto, de uma garantia de imparcialidade e transparência das atividades jurisdicionais, servindo como importantíssima ferramenta fiscalizatória a serviço do povo, pois permite que, além das partes, toda a sociedade tome ciência das decisões procedentes do judiciário, através da permissão de acesso à população às audiências.

É na mesma direção que os Professores Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel

² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996.

Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra defendem que “o princípio da publicidade do processo constitui uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição”.⁴

Nesse sentido, há uma íntima relação entre os princípios da publicidade e da motivação das decisões judiciais, na medida em que a publicidade torna efetiva a participação no controle das decisões judiciais. A publicidade dada aos atos judiciais tem a capacidade de garantir aos cidadãos a correta aplicação da legislação, a fim de que se torne transparentes os atos processuais praticados pelo magistrado durante a persecução civil ou penal. Logo, o princípio da publicidade irradia-se noutros princípios constitucionais, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.⁵

De tão importante para a ordem social, este princípio *constitucional-processual* foi inserido pela primeira vez na Constituição Federal de 1988, obrigando que os processos judiciais sejam públicos e de consulta pública, numa clara tentativa de desvencilhar-se dos tempos sombrios da ditadura militar que o país acabara de livrar-se. Neste sentido, o único limitador possível deste princípio é a própria lei. A Constituição, em seu art. 5º, inc. LX, estabelece que os atos processuais são públicos, salvo quando a lei restringir a sua publicidade: “LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;”.

Destarte, nota-se a grande relevância do Princípio da Publicidade para o Direito, seja na esfera Administrativa, seja na Processual.

3 | ACCOUNTABILITY VERTICAL

A *accountability* é a responsabilidade sujeita a prestação de contas e que, no âmbito da responsabilização política, demanda a construção de mecanismos institucionais por meio dos quais os governantes são constrangidos a responder, ininterruptamente, por seus atos ou omissões perante os governados. Nesse sentido, *accountability vertical* denota, em suma, os meios de controle público.

Carlos Alberto de Salles disserta que a arbitragem pode ser tida como uma ameaça aos “mecanismos de *accountability* aos quais deve democraticamente estar submetida toda ação do Poder Público”⁶ e ser respondida processualmente, ou seja, com um esquema processual adequado que garanta a “*responsividade*” dos agentes envolvidos.

Nesta toada, eventuais desvios de finalidade praticados pelos agentes públicos poderiam ser identificados de maneira mais eficiente e célere ao se respeitar o Princípio da Publicidade, de modo que tanto os meios de controle quanto a sociedade terão acesso aos autos do processo arbitral. Nesse sentido, a garantia da *responsividade* do agente público envolvido naquele procedimento arbitral é mais alta, o que, em tese, desestimularia atos

4 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. [S.l.: s.n.], 2011.

5 MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
6 SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. 2011. p. 83.

levianos.

No entanto, Carlos Alberto Carmona pondera que, a depender da interpretação da extensão dessa publicidade, pode haver limitações físicas e até indisposição de instituições em administrarem arbitragens com entes públicos, e afirma que deve-se chegar a um *meio-termo*, evitando “transformar os tribunais arbitrais em areópagos, abertos à curiosidade pública”.⁷

Outrossim, a regra de publicidade deve ser encarada não como ameaça à arbitragem, mas como um fator legitimador dessa. Conforme argumenta o ilustre Bruno Lopes Megna:

“Essa legitimação junto aos cidadãos é importante, afinal, são a eles que se presta a accountability; são eles os “sócios” do Estado. Assim como os membros de uma sociedade empresária têm interesse em saber como anda sua administração particular, os membros da sociedade civil também têm interesse em saber como anda a administração pública. Ambos têm o direito de se informar sobre a administração de suas coisas, mas também têm o dever de que exercer esse direito de modo que não tumultue o exercício da própria administração”.⁸

Em todo caso, em tese, a própria relação entre a Administração e o contratante é regida pelo Princípio da Publicidade. Assim, descabe à arbitragem ser utilizada como meio de diminuir a publicidade natural da própria relação material. Ora, se, por exemplo, tratava-se de contrato que desde a licitação até os seus últimos aditamentos tiveram os atos todos divulgados no “Portal da Transparência”, é irrazoável não continuar com tais atos devido à instauração do processo arbitral, haja vista que nem mesmo o judicial o faria.

Cabe ainda um adendo de que não se trata de encarar a arbitragem como um meio que aumenta a corrupção e, por isso, necessitaria de rígido controle estatal. A premissa não é esta, já que a arbitragem é apenas um método de resolução de conflitos e, nas palavras do eminente Professor Marcelo José Magalhães Bonizzi, “a arbitragem não é, necessariamente, mais insegura que o processo judicial”.⁹ De tal forma que a devida adequação do meio de solução de conflitos abrange o discernimento de todas as formas jurisdicionais, inclusive a judicial.

A arbitragem, pois, é apenas uma nova área de atuação da Administração Pública, não podendo ser vinculada como um fator de facilitação de desvios de finalidade administrativa.

Assim, tendo em vista os meios de controle público, defende-se que haja, de certa forma, publicidade no processo arbitral em que a Administração Pública atue para que seja possível (e menos penosa) a fiscalização.

7 CARMONA, Carlos Alberto. **Primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública**. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 51, ano XII, p. 7-21. Porto Alegre. 2016.

8 MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e administração pública: processo arbitral devido e adequado ao regime administrativo**. São Paulo, 2017.

9 BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Arbitragem e estado: ensaio sobre o litígio adequado**. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 45, p. 455-174. São Paulo: RT, 2015. p. 158.

4 | PUBLICIDADE MITIGADA

Conforme demonstrado acima, faz-se necessário respeitar o dever de publicidade do Ente Público. A preocupação com a *accountability* já é mundial e a tendência é se espalhar cada vez mais.

O que se defende é a publicização mitigada do processo arbitral, compreendendo apenas a existência do processo e algumas de suas peças, e não da integralidade dos autos. A divulgação deve estar na indicação das partes, causa de pedir, pedido, desenvolvimento e conclusão da arbitragem, não em seu formalismo. Por isso, tal modalidade de publicidade é chamada de mitigada.

Ora, a defesa aqui feita é no sentido de que o Princípio da Publicidade a que o ente público está indiscutivelmente vinculado não seja empecilho nem motivo de receio do particular em negociar. Do mesmo modo, parece desarrazoado que o procedimento tramite em sigilo, dificultando inclusive a prestação de contas e de informações. É preciso chegar a um equilíbrio: publicidade mitigada.

Mitigada, porque não se argumenta pela publicidade irrestrita da arbitragem, expondo exagerada e desnecessariamente as partes privadas. Mas sim pois, como argumentara Carmona, almeja-se um “meio-termo”, que respeite a *accountability vertical* e proteja-se a parte privada da injusta exposição.

O intermediário aqui defendido é o limiar de cumprimento à publicidade, que dará legitimação ao procedimento e respaldo das partes à confidencialidade. Isto é, as informações a serem divulgadas devem ser aquelas que consigam evidenciar a situação fática, a origem do litígio, a argumentação das partes, a comprovação de que a arbitragem é de direito e legal, e o quanto o processo arbitral custará aos cofres públicos, preservando-se os eventuais segredos industriais e *dados delicados* do particular.

Ressalta-se que a necessidade externa de divulgação não interfere no trâmite interno da arbitragem. Ora, os atos processuais da arbitragem não terão seus efeitos condicionados à publicação, bastando, como de costume, a cientificação dos atos pelas partes envolvidas.

Assim, tem-se que, a fim de seja cumprido o dever de informar, deve-se tornar público as partes e o objeto, bem como os principais atos da arbitragem, notadamente a convenção arbitral (contrato inicial ou compromisso arbitral), o termo arbitral (ou congêneres), as alegações iniciais e a íntegra da *sentença arbitral* (e das decisões intermediárias também – Ordens Processuais), em que já constará o relatório do desenrolar da arbitragem. Acrescente-se também a divulgação das despesas que o erário teve com o processo arbitral, tais como honorários de árbitros, verbas de sucumbência, custas da câmara arbitral e despesas periciais.

O contrato inicialmente firmado entre o ente público e o particular – embora se possa presumir que já é público – deverá ganhar destaque na divulgação arbitral, se nele

estiver contida a cláusula compromissória. Se a última não estiver, dever-se-á publicizar o compromisso arbitral. Em outras palavras, é imprescindível que a convenção arbitral seja destacada, pois é ela que demonstra a legalidade, em um primeiro momento, da arbitragem. Sem a mesma, poder-se-ia questionar a validade do procedimento de modo até mesmo a inviabilizá-lo (com razão!), devendo, pois, ser publicizada.

O termo arbitral é importante para se confirmar que a arbitragem foi constituída nos termos da lei: para se comprovar (i) que é de direito e em português; (ii) a previsão de publicidade; (iii) quem são os árbitros e sua idoneidade; (iv) a adequação da escolha da câmara para a resolução do litígio (seja em questões de valores, seja em questões técnicas – eventual exigência credenciamento); (v) a coerência do valor em disputa; e (vi) a arbitrabilidade do objeto da lide. É com o termo arbitral que se demonstrará a legalidade das premissas daquele procedimento e, por conseguinte, sua possibilidade de prosseguimento.

As alegações iniciais das partes são deveras importantes para os meios de controle e para a sociedade, tendo em vista que o contexto fático da lide é muito bem delimitado nelas e o valor do procedimento é evidenciado (novamente). É muito importante clarear o objeto do litígio, porque é necessário saber o que realmente *está em jogo* e suas consequências materiais, isto é, como o resultado desta arbitragem pode interferir na vida da população, seja pelo encarecimento ou atraso da obra, seja por necessárias alterações procedimentais estipuladas no contrato inicial. Enfim, é necessário que a sociedade e o governo tenham isto de maneira clara.

Outro ponto importante na publicização das iniciais é justamente a evidência de que a matéria discutível é arbitrável, ou seja, que se trata de um conflito envolvendo direito patrimonial disponível. Embora conste no termo arbitral o objeto, é recomendável este preciosismo para que não parem dúvidas das questões discutidas, sendo uma defesa preliminar à (antiga) jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Claro que eventuais segredos industriais e afins podem ser ocultados mediante requerimento do particular e decisão do Tribunal.

Ademais, ressalta-se ainda que as provas produzidas (*ut puta* documentais, testemunhais, periciais) não são necessárias e extrapolam o objetivo aqui perquirido. Da mesma forma, se algum dos documentos aqui indicados contiver informações sensíveis ao particular, este deve requerer ao Tribunal Arbitral que sejam ocultadas pelo ente público ao publicizar. Não se defende, de forma alguma, ataques aos segredos industriais, por exemplo, devendo serem preservados.

É imperativo se destacar que quaisquer documentos que remetam aos valores integrantes do custo total da arbitragem (honorários dos árbitros, verbas de sucumbência, despesas instrutórias, custas das câmaras etc.) devem ser públicos, assim como os comprovantes de pagamento. Trata-se de uma exigência legítima para se aferir *in concreto* o quanto o procedimento custou à Administração Público e para que não parem dúvidas quanto à destinação do dinheiro.

Por fim, a *sentença arbitral* também deve ser de conhecimento geral. Por essa entendem-se o relatório da arbitragem (em que se contém a síntese do que ocorreu no procedimento), a ementa de julgamento, as fundamentações e o dispositivo. É de suma importância sua divulgação para que se saiba o resultado final do procedimento, tanto suas consequências no contrato originário e na vida da população, quanto seu resultado financeiro para o ente público.

Destarte, nota-se a importância da publicidade mitigada, seja para a Administração Pública, seja para os particulares. A publicidade mitigada seria o equilíbrio entre o Princípio da Publicidade e o Direito à Privacidade do terceiro, sendo extremamente recomendável a divulgação das peças principais.

5 | OBRIGAÇÃO DA PUBLICIDADE

Com a assertiva de quais peças do processo arbitral devem ser disponibilizadas, é preciso discutir sobre quem recai esta obrigação. De início, o caráter contratualista da arbitragem é essencial.

Nesta relação, é o ente público que possui o dever-legal de respeitar o Princípio da Publicidade. Assim sendo, não cabe ao particular (salvo disposição contratual em contrário) tornar público um contrato por ele firmado. A Administração Pública, por sua vez, não possui esta escolha, devendo publicizar as demais peças (*supra*, n. 4).

De maneira similar, o contrato existente entre o terceiro e o ente público, *ut puta* os provenientes de processos licitatórios, são publicizados pela Administração Pública, pois é ela quem possui o dever-legal perante a sociedade.

Assim, é pacífico que, quanto à relação entre as partes, cabe à Administração Pública publicar o procedimento, divulgando no seu respectivo sítio eletrônico a existência da arbitragem e as peças processuais pertinentes.

Quanto à instituição que administrará o procedimento, a situação é um pouco mais complexa. Não se nega o caráter contratualista existente entre a câmara e o ente público. Mas, diante da função administrativa desenvolvida por essa no procedimento, é possível arguir que ela possua deveres neste aspecto.

Ora, a câmara foi contratada para cuidar das questões burocráticas do processo arbitral, organizando-o e garantindo o seu devido prosseguimento, exercendo quase que a função de um *cartório judicial*. Assim sendo, é possível que as partes acordem que cabe à instituição promover a publicidade do procedimento.

Ademais, funcionando como *cartório*, a câmara possui o dever de prestar informações gerais sobre o procedimento ao ser requisitada, tais como número de procedimento, as partes e a data de requerimento. É de se notar que tais dados são, a rigor, públicos, e que não há prejuízo para o regular prosseguimento do feito a prestação de informações. A instituição foi contratada pela Administração Pública para prestar serviços de apoio à

aplicação de *outra* jurisdição.

Assim, *vê-se com bons olhos* a disponibilização nos *sites* das câmaras destas informações dos procedimentos arbitrais em que entes públicos figurem como parte.

6 I ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Parte-se para a análise prática do debate: como a legislação nacional tem tratado o tema. Primeiramente, é imprescindível explorar a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996, alterada pela Lei 13.129/2015).

A Lei 9.307 ficou inerte quanto aos principais aspectos aqui discutidos, respeitando o princípio da confidencialidade para a arbitragem no geral. A alteração promovida pela Lei 13.129/15 é notória ao debate, principalmente pela nova redação do art. 2º, vez que instituiu que a arbitragem envolvendo a administração “*respeitará o princípio da publicidade*”. No entanto, não indicou com precisão a quem cabe tal função nem o quanto será publicizado.

Segundamente, cabe destacar também a Lei Estadual n. 19.477/2011 de Minas Gerais. Nesta há pontos interessantes, tais como o fato de ser a primeira lei estadual sobre a arbitragem e constar nos arts. 6 e 11 para os fins de publicidade. Em seu art. 6, instituiu-se que as arbitragens envolvendo o *Estado de Minas Gerais* apenas serão admitidas se instauradas “mediante processo público”. Já em seu art. 11, explicita-se que já no edital de licitação e no contrato público estará publicizada a previsão das despesas com arbitragem, o que é evidentemente um grande avanço e marco quanto ao dever de informar tendo-se em conta a data em que foi redigida.

Tem-se ainda a Lei Estadual n. 4.007/2017 de Rondônia indicando, em seu art. 6º, que as arbitragens envolvendo o *Estado* serão instauradas “mediante processo público” e respeitarão o “princípio da publicidade”. E em seu art. 11, similarmente à Lei Mineira, instituiu-se que no edital de licitação de obra e no contrato público constará “a fixação dos honorários do árbitro ou dos árbitros”, também mostrando um aceno em respeito ao dever de informar, embora insuficiente.

No Rio de Janeiro, há o Decreto n. 46.245/2018, que regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades e pode ser tido como um modelo. Neste o Capítulo VI normatiza a publicidade de tais processos e institui o supra dissertado, isto é, a publicidade mitigada, determinando que os atos serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo, de segredo de justiça e de segredo industrial. Regulamenta ainda que tais atos restringem-se às petições, aos laudos periciais e às decisões, e que a audiência arbitral respeitará o princípio da privacidade.

Dispõe também sobre a quem cabe a obrigação de divulgar, determinando que Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do processo arbitral mediante eventual requerimento. Trata-se, pois, de uma norma completa.

Quanto ao Estado de São Paulo, tem-se o Decreto n. 64.356/2019, que “*dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte*”. Na Seção IV regulamenta-se especificamente a publicidade e determina-se coerentemente que os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça. Outrossim, em seu §1º, explicita-se que os referidos documentos referem-se às petições, laudos periciais, termo de arbitragem (ou instrumento congênere) e decisões dos árbitros. Dispõe também que caberá à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo disponibilizar os atos do procedimento arbitral na *internet* e que as audiências poderão ser reservadas.

Quanto ao Estado de Goiás, a Lei Complementar n. 144/2018 é extremamente vaga. A única menção efetiva à publicidade é feita em seu art. 33 ao dispor que os termos e as sentenças arbitrais serão publicados no sítio eletrônico oficial da Procuradoria-Geral do Estado.

Cabe destaque negativo, contudo, ao Estado do Pará. A Lei Complementar n. 121/2019 criou a câmara de negociação, conciliação, mediação e arbitragem da administração pública estadual. Contudo, não estabelece as premissas de como seriam publicizadas tais arbitragens ou medidas para com a Administração Pública estadual, apenas definindo (equivocada e genericamente) no art. 2º, §2º que as propostas e documentos apresentadas pelas partes serão confidenciais, “ressalvado o disposto nas legislações processual e de acesso à informação”.

Quanto aos demais estados da federação, a única menção à possibilidade de arbitragem com entes da administração se faz por meio da “Lei de PPP”, tais como a Lei Estadual n. 3.363/2008 (Amazonas), Lei Estadual n. 9.290/2004 (Bahia) e Lei Estadual n. 5.494/2005 (Piauí). São indicações também vagas a respeito do tema.

No âmbito federal, há o Decreto n. 10.025/2019, que regulamenta a arbitragem para solucionar litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transportes. No inc. IV do art. 3º, institui-se que as informações sobre o processo arbitral serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas. Ademais, dispõe-se no §1º do mesmo artigo que, salvo se houver convenção entre as partes, caberá à câmara arbitral fornecer o acesso às informações.

Ressalta-se a Resolução n. 5.845/2019 da Agência Nacional de Transportes Terrestres, que dispõe sobre as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da ANTT. No art. 22 é definido que o requerimento de instauração da arbitragem, a resposta ao requerimento, as defesas, a réplica, a tréplica (e qualquer manifestação apresentada sobre o mérito), as provas e as decisões do tribunal serão públicos e de livre acesso no sítio eletrônico da ANTT.

Dessa maneira, é sintomático que as legislações supramencionadas, de maneira quase uníssona, determinam a publicidade de trechos do processo arbitral. Embora não

haja consenso a respeito dos documentos abarcados, ordenam a defendida *publicidade mitigada* cada uma a seu modo.

Portanto, nota-se que o defendido ao longo desta pesquisa encontra respaldo nas normas atuais a respeito do tema e evidencia-se uma tendência: a aplicação da *publicidade mitigada* para legitimar as arbitragens com a Administração Pública.

7 I CÂMARAS ARBITRAIS E ÓRGÃOS DE CONTROLE

Posto como o legislador tem normatizado, faz-se necessário aprofundar a questão na prática, ou seja, observar como as câmaras de arbitragem e os órgãos estatais têm lidado com as arbitragens com a administração pública.

Quanto às primeiras, destaca-se a Câmara de Comércio Brasil-Canadá do Centro de Arbitragem e Mediação (“CAM-CCBC”) que, em atenção ao Princípio da Publicidade, possui uma resolução administrativa própria (RA n. 15/2016) para os procedimentos com a Administração Pública. Nesta é determinado que (i) as partes disporão sobre quais documentos e informações poderão ser divulgados e o meio a ser adotado; e (ii) CAM-CCBC, embora não forneça os documentos a terceiros, poderá informá-los sobre a existência do procedimento, a data de requerimento e o nome das partes.

Ademais, a câmara fornece em seu sítio eletrônico¹⁰ informações (nome das partes e data do requerimento) sobre os procedimentos arbitrais em que são partes antes da administração pública direta. Embora se reconheça a louvável iniciativa, ressalta-se que não há informações disponíveis a respeito das arbitragens em que os entes da indireta são partes. Ora, também é de interesse coletivo - e muito - ter informações a respeito, por exemplo, das estatais, seja como cidadão, seja como investidor.

A Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil (“CAMARB”) dispõe, no art. 12 do seu Regulamento de Arbitragem, que divulgará em seu *site* a existência do procedimento arbitral, assim como as partes e a data da solicitação. Determina ainda que a instituição não fornecerá documentos ou outras informações a terceiros, devendo as partes, na forma da lei, tal publicização. Disciplina ainda que a CAMARB está autorizada nestes casos, salvo manifestação expressa das partes em sentido contrário, a divulgar a sentença.

A CAMARB cumpre com rigor as determinações de seu regulamento. Em consulta ao seu sítio eletrônico¹¹, a câmara informa que já “*administrou 18 procedimentos arbitrais envolvendo partes sujeitas ao regime de Direito Público*” e, posteriormente, torna pública a relação de todas as arbitragens por ela administração a partir de 09/2017, discriminando o número cadastral, data de solicitação, requerente, requerida e *status*. Pode-se assegurar, pois, que o método escolhido pela CAMARB é primoroso.

¹⁰ Disponível em <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/arbitragem-com-adm/>>. Acesso em 07.04.2020.

¹¹ Disponível em <<http://camarb.com.br/arbitragem/arbitragens-com-a-administracao-publica/>>. Acesso em 07.04.2020.

Já quanto à Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP (“CIESP/FIESP”), instituiu-se, pela Resolução n. 3/2018, que (i) em tais procedimentos, a obrigação é da Administração Pública de promover a publicidade; e (ii) a pedido das partes e mediante autorização do tribunal arbitral, a Secretaria da Câmara transmitirá informações (data de requerimento, nome das partes e número do procedimento) no sítio eletrônico.

Analisado a forma como as principais câmaras lidam com a situação, cabe destacar a forma como a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo tem atuado. Enfatizar-se-á a PGE do Estado paulista, pois, conforme demonstrado supra, a mesma possui o dever legal de cumprir com a publicidade (Decreto estadual n. 64.356/2019).

A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo criou um sítio eletrônico específico para tratar das questões que envolvem a arbitragem: Portal de Arbitragem¹². Neste *site*, é possível consultar quais câmaras já realizaram o cadastro perante o governo paulista¹³. Além disso, é disponibilizado (inclusive para *download*) as *peças*¹⁴, o número de requerimento, as partes e qual a instituição que o administra, sendo publicizados todos os procedimentos arbitrais em que o Estado de São Paulo e suas autarquias sejam partes, demonstrando a devida adequação quanto ao Decreto estadual 64.356/2019 e aos princípios basilares da Administração Pública.

Merece destaque o tratamento que a Advocacia-Geral da União (AGU) deu ao Procedimento Arbitral n. 78/2016 (*Caso Libra*). AAGU disponibilizou em seu sítio eletrônico¹⁵ o processo arbitral na íntegra. Embora não tenha criado um canal próprio de informações acerca das arbitragens envolvendo a União – a publicação se deu na forma de uma “notícia” no *site* –, é um *precedente* muito significativo para os procedimentos arbitrais com entes públicos quanto à publicidade.

Os instrumentos desenvolvidos são extremamente interessantes e de extrema importância para o *accountability*, pois a população inteira possui acesso, inclusive os Tribunais de Contas. Assim sendo, quaisquer desvios de conduta podem ser facilmente averiguados e, eventualmente, penalizados, o que torna a arbitragem com a Administração Pública mais segura, confiável e legítima.

Segura para os árbitros, procuradores do Estado e governantes porque não precisam temer repúdios externos, pois o procedimento inteiro está disponibilizado. Se as atitudes deles foram adequadas, não há motivo, a contrário do que acontecia em tempos passados com o Tribunal de Contas da União. E mais segura também para o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que poderá acessar os procedimentos e *passar um pente-fino* em

12 Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/default.asp?TKU=&IDProc=6&#-team>. Acesso em 18.04.2020.

13 No momento em que se realizou a pesquisa, apenas 5 câmaras haviam feito realizado o cadastramento: AMCHAM, CAM-CCBC, CAMARB, CIESP/FIESP e ICC. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/Arquivos/Camaras.pdf>. Acesso em 03.05.2020.

14 As peças publicizadas são: requerimento de arbitragem, resposta a esse, petições, ordens processuais, decisões, laudos periciais.

15 Disponível em <https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/643200>. Acesso em 06.05.2020.

busca de irregularidades, o que claramente facilita o cumprimento do seu dever e corrobora o combate a comportamentos levianos.

Mais confiável para a sociedade e investidores, pois esses poderão monitorar os desenrolares do procedimento, de modo a não haver dúvidas das decisões e, por conseguinte, do *status quo* do ente. Ademais, é mais confiável para a população na medida em que está tramitando *às claras*, ou seja, não será de uma hora para outra que ela ficará ciente da existência da arbitragem e, supervenientemente, da decisão (des)favorável, evitando-se eventuais questionamentos sobre essa.

E isto recai na legitimação do procedimento arbitral. Ao tornar o procedimento arbitral público, respeita-se um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, conforme demonstrado *supra*. Os meios de controle externo e a população podendo averiguar e policiar as condutas dos agentes públicos transmitem legitimidade ao procedimento arbitral, sendo aceito por eles e facilitando, inclusive, o cumprimento da decisão do Tribunal.

Dessa forma, compreende-se a função crucial do respeito ao Princípio da Publicidade nestes casos: facilitar a *accountability* e legitimar o processo arbitral. Os Tribunais de Contas poderão de maneira mais fácil e eficiente averiguar os procedimentos e, conseqüentemente, criar-se-á menores dificuldades em sua realização.

Entes públicos não podem agir às sombras. É preciso que haja fiscalização, seja pelo próprio poder público, seja pela sociedade, pois o pacto social atual, a Constituição, determina que assim seja. De modo similar, os terceiros que firmam contratos com a Administração Pública estão cientes disso e aqui as Câmaras arbitrais estão também inseridas.

8 | CONCLUSÃO

A arbitragem com a Administração Pública é regulada por princípios constitucionais inafastáveis. Dentre eles, o da Publicidade está sob destaque: é indiscutível que a mudança de pensamento dos órgãos de controle e da maior aceitação deste relacionamento se deu em decorrência da evolução da implementação da publicidade nos procedimentos em questão.

Ora, Administração Pública não pode agir nas sombras e os meios de controle também não permitirão que isso aconteça. Em contrapartida, há terceiros que não querem se expor abusivamente nos procedimentos arbitrais, o que também é legítimo.

Diante dessa problemática, propôs o presente trabalho o estudo sobre a aplicabilidade da publicidade mitigada. Nas palavras do ilustre Professor Carlos Alberto Carmona, seria um *meio-termo* adequado que equilibraria a responsabilidade do ente público com a proteção à privacidade do particular. Essa se basearia nos documentos essenciais à lide, de forma a evidenciar, em suma, as partes, o contexto fático e o valor envolvido.

Tal publicização é de extrema importância, já que permite aos órgãos de controle

maior fiscalização quanto às contas apresentadas e aos serviços prestados, de modo a clarear para a sociedade o verdadeiro impacto socioeconômico que aquele procedimento pode ocasionar.

Consequentemente, mudar-se-ia o comportamento dos *meios de controle externos* que, ao invés de continuarem impugnando as arbitragens e reprimendo-as, passariam a legitimá-las, o que em um Estado Democrático de Direito é imprescindível.

A Publicidade exerce então uma função primordial de segurança aos envolvidos. O particular tem a tranquilidade de que a *decisão do Tribunal* será respeitada pela Administração Pública e aceita pelo Tribunal de Contas, por exemplo. O agente público que assina o termo de arbitragem terá o respaldo necessário de que não está cometendo nenhuma ilicitude em fazê-lo. E a sociedade civil terá a segurança de saber a quantia da verba pública que está em debate e as possíveis consequências práticas para ela, tais como atraso nas obras, alterações de cronogramas, entre outras.

Acrescente-se ainda que é nítida a responsabilidade do ente público por efetivar a publicização dos documentos, não podendo se omitir de cumprir um dever constitucional. Ressalta-se ainda que é recomendável que a câmara de arbitragem, atuando como *cartório do litígio*, preste informações básicas, *ut puta* partes e data de requerimento.

E nota-se, por fim, que os legisladores têm se preocupado com esta questão e concluído conforme o aqui exposto. Eles determinam, em suma, que a Administração Pública deve dar publicidade às arbitragens em que está envolvida, disponibilizando por meio de canais próprios os documentos essenciais. Ora, a consonância com a publicidade mitigada é imensa, evidenciando claramente sua aplicação prática.

De maneira similar, perceptível a atitude de algumas câmaras arbitrais que, embora não possuam o dever legal de fornecer em seus sítios eletrônicos os dados principais das arbitragens, assim o fazem.

Destarte, trata-se de um grande avanço à arbitragem brasileira e ao *accountability vertical*, de tal modo que, quanto maior for a legitimação dessa, maior será a segurança jurídica e institucional para a sociedade civil como um todo.

REFERÊNCIAS

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Arbitragem e estado: ensaio sobre o litígio adequado**. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 45, p. 455-174. São Paulo: RT, 2015. p. 158.

CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. **Primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública**. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 51, ano XII, p. 7-21. Porto Alegre. 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. [S.l.: s.n.], 2011.

MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e administração pública: processo arbitral devido e adequado ao regime administrativo**. São Paulo. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. **Curso de Direito Constitucional**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. 2011.

CAPÍTULO 16

A AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DIANTE DA (IN)SEGURANÇA NO CIBERESPAÇO: UM DESAFIO

Data de aceite: 01/05/2021

Data de submissão: 05/02/2021

Larissa Rocha de Paula Pessoa

Mestranda em Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico na Universidade Federal do Ceará - UFC; Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR, Fortaleza-Ceará
<http://lattes.cnpq.br/9403218319740395>

Mariana Caroline Pereira Félix

Mestranda em Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico na Universidade Federal do Ceará – UFC; Pós-graduada em Direito e Processo Tributário pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR, Fortaleza-CE
<http://lattes.cnpq.br/1978068151238788>

RESUMO: Com a contínua expansão das tecnologias da informação na Sociedade em Rede observa-se um aumento do uso da Internet por usuários, que constantemente estão gerando dados online. Atualmente esses dados movimentam a economia, pautada na tecnologia e na informação. O conhecimento está diretamente ligado ao poder econômico. Em busca de assegurar direitos como a proteção de dados, o direito à intimidade e à privacidade, surge a necessidade da elaboração de normas a fim de regulamentar esse espaço digital. A presente pesquisa versa sobre a Autoridade Nacional de Proteção de dados nesse cenário digital e dos riscos que emanam dessas relações

online. A metodologia utilizada foi um estudo descritivo-analítico, com abordagem qualitativa, visando corroborar com o estabelecimento de uma melhor e mais segura política de proteção de dados através das funções conferidas à ANPD. Assim, diante disso, conclui-se que a insegurança advinda da vida digital consiste no problema central do ciberespaço, sendo um desafio para ser totalmente solucionado, devido a dificuldade de controle dos dados e anonimato na rede mundial de computadores. Entretanto, a criação da ANPD é um passo rumo à uma maior promoção de segurança nas relações digitais, aumentando a fiscalização do tratamento com dados e aplicando a LGPD.

PALAVRAS - CHAVE: Ciberespaço. Proteção de Dados. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Privacidade.

THE NATIONAL DATA PROTECTION AUTHORITY BEFORE (IN) SECURITY IN CYBER SPACE: A CHALLENGE

ABSTRACT: With the continuous expansion of information technologies in the Network Society, there is an increase in the use of the Internet by users, who are constantly generating data online. These data currently drive the economy, based on technology and information. Knowledge is directly linked to economic power. In search of ensuring rights such as data protection, the right to intimacy and privacy, there is a need to develop standards in order to regulate this digital space. This research deals with the National Data Protection Authority in this digital scenario and the risks that emanate from these online

relationships. The methodology used was a descriptive-analytical study, with a qualitative approach, aiming to corroborate the establishment of a better and safer data protection policy through the functions conferred to the ANPD. Thus, in view of this, it is concluded that the insecurity arising from digital life is the central problem of cyberspace, being a challenge to be completely solved, due to the difficulty of controlling data and anonymity on the world wide web. However, the creation of ANPD is a step towards greater security promotion in digital relationships, increasing the inspection of data processing and applying the LGPD.

KEYWORDS: Cyberspace. Data Protection. National Data Protection Authority. Privacy.

1 | INTRODUÇÃO

Os avanços das tecnologias de comunicação e informação contribuíram com as mudanças nas relações sociais pessoais, nas empresas e no Estado, desenvolvendo uma sociedade em rede ou sociedade da informação, imersa no ciberespaço.

A questão da insegurança no compartilhamento de dados pessoais por meio da Internet vem tomando proporções cada vez maiores. Simples interações online já dispõem da mais variada gama de informações sobre quem está acessando, expondo o consumidor, ou o contribuinte, ou usuários de mídias sociais, criando um grande banco de dados pessoais.

Nesse cenário, informação também é poder, uma vez que já surgiram vários casos de exposição de documentos, fotos, compra de dados privados, falsificação de cartões de crédito, em grandes esquemas de fraudes. Para isso, em busca de uma alternativa para extenuar o problema da insegurança no ciberespaço, deve-se destacar a importância da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, criada no Brasil pela Lei no 13.853/19.

A ANPD é responsável por implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD no território nacional, buscando sua efetiva aplicação na proteção de dados. É uma medida que busca conferir maior segurança à sociedade em rede. Por meio de sua competência normativa, fiscalizadora, deliberativa e sancionatória, a ANPD fomentará um embasamento mais seguro para a coleta de dados.

Ocorre que a Autoridade deveria ser implementada conforme no art.65, I, mas não foi até 2020. O ideal seria que quando a LGPD entrar plenamente em vigor, é essencial que o órgão responsável por sua aplicação e fiscalização já esteja operante. Além disso, faz-se necessário que ANPD possua, de fato, a autonomia técnica e decisória assegurada no art. 55-B da referida lei. Sendo um órgão da Administração Pública Federal, integrante da Presidência da República, sua autonomia e independência são indispensáveis na garantia do livre exercício e desempenho de suas funções.

A pesquisa se caracteriza, quanto à metodologia, como um estudo descritivo-analítico, com abordagem qualitativa, visando corroborar com o estabelecimento de uma melhor e mais segura política de proteção de dados através das funções conferidas à ANPD. Objetiva-se chamar atenção para a importância de se regulamentar e efetivar uma

política de proteção de dados em harmonia com o ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto aos objetivos específicos, analisar-se-á os desafios da implementação da ANPD, bem como sua função em auxiliar no cumprimento da normatização estabelecida. No tratamento do problema, observa-se pela implementação prática do exposto na lei, visando conferir maior segurança à população, no sentido de impor limites ao manuseio de dados, bem como compartilhamento e armazenamento, e ampliar a fiscalização e a proteção dos dados através da ANPD.

Por fim, conclui-se que o problema central do ciberespaço, da insegurança advinda da vida digital, será um desafio para ser totalmente solucionado, uma vez que a dificuldade de controle da distribuição de dados e do anonimato se destacam diante da busca por regulamentação. Entretanto, a criação prática da ANPD será um passo rumo à uma maior segurança nas relações digitais, aumentando a fiscalização do tratamento com dados e aplicando a LGPD¹.

2 I SOCIEDADE EM REDE: CIBERESPAÇO E SEUS RISCOS

Houve uma mudança de paradigma com a criação e difusão da Internet pela sociedade. O progresso da sociedade passa a ser traduzido na capacidade de transmitir informações. As balizas de tempo e espaço na era informacional têm sua amplitude restringida e a simultaneidade é cada vez mais oportunizada. O direito à informação toma proporções nunca antes vistas, difundindo o acesso ao conhecimento por toda a humanidade.

A Internet, para Dimaggio (2001, p. 307), é compreendida como “[...] the electronic network of network that links people and information through computers and other digital devices allowing person-to-person communication and information retrieval”. Trata-se de uma rede que interliga computadores em uma escala global, interconectando inúmeros equipamentos e pessoas no mundo todo.

Castells (2020, p.62) explica que “As redes interativas de computadores estão crescendo exponencialmente, criando novas formas e canais de comunicação, moldando a vida e, ao mesmo tempo, sendo moldadas por ela”. Essa nova sociedade em rede é esculpida com a força que tais canais online de comunicação possuem, especialmente os programas de interação social.

Assim, o espaço virtual é essencialmente um espaço social, formado como uma rede aberta em que todos podem ter acesso, de caráter interativo, em que os usuários geram dados e dispõem de informações pessoais formando relações digitais na rede. Segundo Castells (2005, p.17) uma sociedade em rede que consiste numa “[...] estrutura baseada

¹ O presente capítulo foi desenvolvido a partir do manuscrito (resumo) que fora apresentado e publicado no Encontro de Direito & Novas Tecnologias: os desafios a partir das novas relações (1 : 2020 : Paraná, PR). Anais [recurso eletrônico] / Encontro de Direito & Novas Tecnologias: os desafios a partir das novas relações, 08 de junho de 2020. – Paraná: PUCPR, 2018.

em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microelectrónica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado”.

É possível realizar diversas atividades online por meio dos provedores de acesso, em que a World Wide Web é a tecnologia por meio da qual é possível acessar páginas da internet contidas em sites, por meio de um navegador, e gerar todas essas conexões digitais. Schiller (2001, p.17) explica que “[...] uma rede é um conjunto de computadores ligados entre si a nível físico e a nível lógico. A Internet rompe com as práticas estabelecidas em ambos estes níveis”.

Corroborando com essa ideia, Lévy (2011, p.21) “Quando uma pessoa, uma coletividade, um ato, uma informação se virtualizam, eles se tornam ‘não-presentes’, se desterritorializam”, ou seja, cria-se o que se entende por mundo virtual ou então ciberespaço.

Ainda conforme, Lévy (2011, p.63) “[...] o ciberespaço é por excelência o meio em que os atos podem ser registrados e transformados em dados exploráveis”. Para além de problemas como o acesso e democratização da informação, seja pública ou privada, a inclusão digital, dentre outros, existe um fenômeno de massificação do uso da internet.

Segundo Recuero (2009, p.16), a comunicação em rede “[...] mais do que permitir indivíduos comunicarem-se, amplificou a capacidade de conexão, permitindo que redes fossem criadas e expressas nesses espaços: as redes sociais mediadas pelo computador”.

A informação, principalmente as informações pessoais, tem um valor econômico cada vez maior na Sociedade em Rede, assumindo um papel basilar nesse sistema. Diante disso, alguns riscos estão diretamente ligados ao contexto de um espaço virtual, uma vez que não se tem absoluto controle sobre as informações e dados ali dispostos, bem como problemas de identificação dos atores em rede.

Os riscos que podem afluir dessa coleta de dados em troca de bens ou serviços do ciberespaço correlacionam-se com o uso econômico, social ou ainda político dessas informações. O conhecimento tornou-se de extrema relevância para as sociedades contemporâneas.

A propagação de notícias falsas, sem identificar a origem de tais informações, a apropriação de identidade de outras pessoas ou ainda de ideias, dentre outras, são alguns dos possíveis crimes cometidos na sociedade da informática. Fraudes e agressões aos direitos da personalidade se tornam cada vez mais comuns pela via digital. Há ainda o problema relacionado aos menores de idade e a indevida exposição online. São inúmeras questões que permeiam os riscos inerentes ao contato digital.

Um ponto central nessa questão é o poder, ou a falta de poder, de identificação, posto que, para tornar alguém responsável, é imprescindível a identidade daquele. Assim, esse processo de identificação dos envolvidos e o grau de responsabilidade atribuído a cada um é passo primordial rumo à uma maior segurança nesse espaço público digital.

É certo que os programas de software não possuem vontade própria, e ao possibilitarem essa interação social, haverão necessariamente pessoas tomando decisões por trás deles. A proteção de dados vem nesse sentido, de atribuir responsabilidades aos envolvidos que possuem acesso a tais dados, uma vez essas informações não são de livre disposição.

Com isso, observa-se que o espaço virtual não é alheio às normas estatais, de modo que é um ambiente público que demanda regulação estatal, em que os usuários devem seguir as regras impostas. Esse regramento normativo não é concernente apenas àqueles que acessam a Internet, mas também àqueles que trabalham com a manutenção da funcionalidade da rede e fornecem serviços digitais.

Mais do que apenas os limites da Internet, o ciberespaço compreende um cenário virtual muito mais abrangente do que essa visão reducionista. É uma conjuntura que se estende à arena pública de deliberação. Sua regulamentação normativa pressupõe uma preservação dos valores democráticos e a promoção de um ideal de bem-estar.

3 I PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO CIBERESPAÇO

A sobrevivência está diretamente ligada aos mecanismos de proteção, e para tanto o ser humano dispõe de complexos sistemas para se resguardar, seja fisicamente, seja em um mundo digital. Novas ameaças pressupõe novos instrumentos de defesa. Diante disso, os problemas da sociedade em rede demandaram a necessidade de criar um instituto que resguarde os direitos da personalidade postos em cheque no ciberespaço, especialmente o direito à intimidade e à privacidade.

Observa-se que a natureza etérea das transmissões e a alta mobilidade da rede são fatores que dificultam sua proteção. Os dados digitais se tornaram uma nova mercadoria, uma força motriz na geração de novas riquezas. As pessoas e o potencial de consumo inerente em cada uma são o novo objetivo. Desse modo, em virtude dessa proeminência e dos benefícios que deles podem decorrer na Era da Informação, o novo epicentro do que se entende por bem-estar sociais se torna a proteção de dados e a privacidade.

Dados são privados possuem um alto valor no mercado. Eles pertencem às pessoas que os geram, sendo imprescindível que se tenha uma proteção de fotos, senhas, acessos às informações pessoais por meio de aplicativos e algoritmos, das informações dispostas nas redes sociais como um todo, e fatos da vida privada em geral.

Assim, a ponderação entre a evolução tecnológica, as mudanças sociais dela decorrente no ciberespaço, e o direito é essencial para a compreensão da sociedade da informação. No Brasil, a Lei nº 12.965/14 estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet (BRASIL, 2014), mas é a Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que se tornou um marco fundamental para a governança no ciberespaço, de modo que tais instrumentos jurídicos visam tutelar maior

segurança jurídica e inviolabilidade de dados pessoais.

Isso porque a LGPD teve forte influência do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, aliás, esta legislação europeia apresenta grande relevância internacionalmente.

No Brasil, a referida legislação de proteção de dados pessoais encontra-se vigente, ou seja, os princípios, os direitos, as obrigações e as demais disposições previstas na LGPD estão em vigor desde 18 de setembro de 2020, excetuando as sanções que só poderão ser aplicadas a partir de agosto de 2021.

Desse modo, é importante destacar que dado pessoal, para fins do art.5º da LGPD, é a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2018), já o dado pessoal sensível refere-se a “[...]origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico” de uma pessoa natural (BRASIL, 2018).

Observa-se que para o tratamento de dados pessoais a LGPD impõe alguns princípios, em seu art.6º, dentre os quais pode-se mencionar o princípio da finalidade, em que os dados devem ser utilizados com o propósito legítimo a que se destinam e informado ao seu titular, o princípio da adequação que exige a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, o princípio da transparência que preconiza que sejam passadas informações claras, precisas e facilmente acessíveis aos titulares dos dados, o princípio da segurança que estabelece a “utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão”, o princípio da responsabilização que determina a demonstração da adoção de medidas eficazes e a comprovação do cumprimento das normas de proteção de dados pessoais, e outros princípios previstos na Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018).

Assim, a lei tutela os dados pessoais, disciplina o tratamento de dados pode ser realizado, o consentimento do titular e a responsabilidade dos envolvidos. Nesse aspecto, com a finalidade de resguardar os direitos dos titulares dos dados, fiscalizar e implementar a LGPD, bem como promover a proteção de dados pessoais, o legislador optou por designar essas e outras responsabilidades para Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

É sobre a função e desafio da Autoridade Nacional de Proteção de Dados que o tópico seguinte irá tratar.

4 | O PAPEL DA ANPD E A BUSCA POR IMPLEMENTAÇÃO

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados é um órgão integrante da administração pública, criado pela Lei nº 13.853/2019, que alterou a Lei Geral de Proteção de Dados, possui um papel relevante no tocante a proteção de dados, visto que é responsável por

zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD em todo o território brasileiro. Para isso, a ANPD apresenta uma estrutura composta de Conselho Diretor, com 5 Diretores, Conselho Nacional e outros órgãos previstos no art. 55-C da Lei nº 13.853/2019 (BRASIL, 2019).

Quanto a natureza da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, é preciso apresentar o alerta feito por Doneda (2019, p.323-324) sobre as alterações introduzidas na Lei Geral de Proteção de Dados:

A LGPD, com modificações introduzidas pela Lei 13.853/2019, apresenta disposições específicas em relação à natureza da ANPD, motivadas pelo atribulado processo de elaboração dos textos que serviram como base para a LGPD e das características do seu *iter* legislativo, conforme mencionado. Seu artigo 55-A, em seus parágrafos 1º e 2º, atesta uma natureza “transitória” para a ANPD e estabelece uma espécie de “gatilho” ao estabelecer que se procederá, em até 2 anos da entrada em vigor da sua estrutura regimental, a uma avaliação acerca da sua possível conversão em uma “entidade da administração pública federal e indireta, submetida a regime autárquico e especial e vinculada à Presidência da República”.

O ideal seria que a Autoridade Nacional já estivesse consolidada antes da entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, para amenizar problemas e até mesmo facilitar por meio de regulamentos a implementação e adequação aos parâmetros de tratamento de dados nos termos da LGPD.

Ocorre que, a busca por implementação da LGPD se tornou uma necessidade urgente para setores privados e públicos que ainda não se adequaram, principalmente, após a entrada em vigor no dia 18 de setembro de 2020, ressaltando-se as sanções que entram em vigor a partir de agosto de 2021, conforme o art.20 da Lei nº 14.010/2020 (BRASIL, 2020).

Deve-se destacar que o arranjo estrutural da Autoridade Nacional de Proteção de Dados foi estabelecido pelo Decreto nº 10.474/2020 (BRASIL, 2020), que trata da estrutura regimental, bem como do quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções de confiança da Autoridade Nacional.

Nesse cenário, embora as sanções só possam ser aplicadas a partir de agosto de 2021, existem várias medidas a serem definidas e implementadas, em observância das competências da ANPD estabelecidas no art. 55-J da Lei nº 13.853/19, que foram detalhadas no decreto 10.474/20, como por exemplo a elaboração de diretrizes para a política nacional de proteção de dados pessoais.

A Autoridade Nacional é responsável por editar normas, regulamentos, orientações e procedimentos simplificados, inclusive de prazos, no que se refere a proteção de dados pessoais. Além disso, a ANPD possui a importante função de conscientizar a sociedade sobre as normas, políticas públicas e direitos referentes a proteção de dados pessoais e sobre medidas de segurança, desenvolver estudos relacionados as práticas nacionais e

internacionais a respeito do tema, entre outros.

Como foi mencionado anteriormente, a Autoridade Nacional possui várias competências e não se limita a função de fiscalizar o cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados, vai muito além disso, trata-se de incentivar o desenvolvimento da cultura de proteção de dados dentro das empresas e do setor público, e tornar o cidadão consciente da importância dos seus dados e quanto a forma do uso e tratamento deles.

Dessa forma, é preciso que a ANPD possua autonomia para o livre exercício de suas funções, possibilitando uma atuação técnica, ética, responsável e, sobretudo, em conformidade com as competências previstas em lei, em prol da proteção dos dados pessoais.

Atualmente, foi publicada a Portaria nº 11/2021, tornando pública a agenda regulatória para biênio 2021-2022 da Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Os projetos de regulamentação foram divididos em 3 fases, a serem desenvolvidas dentro do prazo de 2 anos, conforme o art.2º:

Art. 2º Os Projetos de Regulamentação recebem as seguintes classificações de priorização nesta Agenda Regulatória:

Fase 1 - iniciativas da agenda regulatória cujo início do processo regulatório acontecerá em até 1 ano;

Fase 2 - iniciativas da agenda regulatória cujo início do processo regulatório acontecerá em até 1 ano e 6 meses;

Fase 3 - iniciativas da agenda regulatória cujo início do processo regulatório acontecerá em até 2 anos (BRASIL, 2021).

Ressalta-se que a fase 1, apresenta como foco da regulamentação o regimento interno da ANPD; o planejamento estratégico da ANPD; a regulamentação diferenciada para microempresas e pequenas empresas; a regulamentação das sanções administrativas, infrações e metodologia de cálculo; a regulamentação da forma e prazo para comunicação de incidentes; bem como, a regulamentação do relatório de impacto à proteção de dados pessoais (BRASIL, 2021).

Em relação a fase 2, pode-se destacar a regulamentação sobre as definições, atribuições e dispensa do encarregado (ou DPO) e a regulamentação da transferência internacional de dados pessoais (BRASIL, 2021).

Por fim, a fase 3 do projeto de regulamentação, priorizará a os direitos dos titulares de dados pessoais e a regulamentação das hipóteses legais de tratamento de dados pessoais (BRASIL, 2021).

Portanto, não é uma tarefa fácil estabelecer um regime de proteção de dados pessoais. Desse modo, diante da divulgação da agenda regulatória da Autoridade Nacional,

tem-se que esse e os próximos anos serão desafiadores, pois existe muito a ser feito para que a LGPD seja cumprida e o titular dos dados tenha seus direitos garantidos.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do ciberespaço em que existe um irrefreável fluxo de comunicação gerado pelas interações constantes entre os usuários da Internet, que alimentam diariamente a corrente informacional, tem-se que os dados gerados estão diretamente ligados com o direito à privacidade e à vida íntima, suscitando uma urgente necessidade de proteção dos mesmos.

Em uma sociedade pautada na informatização e globalização, é possível identificar uma mudança constante no que diz respeito as possibilidades de regulamentação do ciberespaço e as formas de governança, especialmente no que se trata da abrangência dos instrumentos normativos que sejam capazes de assegurar uma proteção jurídica concreta ao direito à inviolabilidade de dados e à privacidade.

Observa-se que os parâmetros tradicionais de proteção dos dados pessoais e dos direitos de privacidade demandam uma revisão e atualização de seus preceitos para que possam vigorar de modo mais efetivo e com maior grau de eficiência. É preciso uma regulamentação mais pontual e direcionada às empresas e desenvolvedores no intuito de garantir esse status mínimo de segurança.

A Lei Geral de Proteção de Dados veio nesse sentido, de uma busca pela normatização do tratamento de dados pessoais para resguardar o titular dos dados, especialmente, no ciberespaço. Já a ANPD foi criada visando uma maior fiscalização e proteção dos dados dispostos nesse espaço virtual em conformidade com a LGPD, e com isso busca amenizar os problemas decorrentes e tolher ações prejudiciais e danosas, mas é certo que não se chegará a uma solução em definitivo, pois envolve questões que perpassam a questão legal e se arraigam em questões socioeconômicas muito mais profundas.

A Autoridade Nacional possui um papel de grande relevância para haja respeito e cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados, embora seja ilusório imaginar que a ANPD irá solucionar os problemas existentes no ciberespaço, por outra perspectiva, possível buscar amenizar os danos ocasionados e orientar as formas de condução dos incidentes, visto que é responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados em todo o Brasil.

Além disso, o art. 55-J Lei nº 13.853/19 (BRASIL, 2019), dispõe várias competências para a ANPD, dentre as quais pode-se destacar a elaboração de regulamentações e diretrizes sobre a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. Atualmente, tem-se um cenário de expectativas sobre atuação e normativas da Autoridade Nacional, em virtude da Portaria nº 11/2021, que tornou pública a agenda regulatória para biênio 2021-2022 da Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Portanto, a insegurança advinda da vida digital consiste no problema central do ciberespaço, sendo um desafio para ser totalmente solucionado, devido a dificuldade de controle dos dados e anonimato na rede mundial de computadores. Entretanto, a criação da ANPD é um passo rumo à uma maior promoção de segurança nas relações digitais, aumentando a fiscalização do tratamento com dados e aplicando a LGPD. Quanto ao papel da ANPD, cabe aos juristas, acadêmicos, setores interessados e a própria sociedade brasileira acompanhar a desenvoltura e andamento da agenda regulatória da ANPD e das demais funções estabelecidas em lei.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.853/2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm. Acesso em: 01. jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 01. jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965/2014 (Lei do Marco Civil da Internet)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em: 02. Fev. 2021

BRASIL. **Lei nº 14.010/2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htmAcesso em: 02. Fev. 2021

BRASIL. **Decreto nº 10.474/2020**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.474-de-26-de-agosto-de-2020-274389226> Acesso em: 02. Fev. 2021

BRASIL. **Portaria Nº 11, De 27 De Janeiro De 2021**. Torna pública a agenda regulatória para o biênio 2021-2022. <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-11-de-27-de-janeiro-de-2021-301143313> Acesso em: 03. Fev. 2021

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo(Orgs.). **A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política; Conferência**. Belém: Imprensa Nacional, 2005.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 21. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

DIMAGGIO, Paul et al. Social Implications of the Internet. In: **Annual Review of Sociology**, vol. 27, 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2678624>. Acesso em: 05 jan. 2021.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

RECUERO, Raquel. **Redes Sociais na Internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009.

SCHILLER, Dan. **A Globalização e as Novas Tecnologias**. Lisboa: Editorial Presença, 2001.

CAPÍTULO 17

JUSTIÇA E PODER DOS ARGUMENTOS

Data de aceite: 01/05/2021

Data de submissão: 17/02/2021

William Esteban Grisales Cardona

Docente investigador de la Corporación
Universitaria Americana, Facultad de
Humanidades y Ciencias Sociales
Medellín - Colombia
<http://orcid.org/0000-0002-3697-8882>

Luis Fernando Garcés Giraldo

Vicerrector de Investigación, sede Medellín,
Corporación Universitaria Americana.
Medellín – Colombia
<http://orcid.org/0000-0003-3286-8704>

Conrado de Jesús Giraldo Zuluaga

Coordinador Doctorado en Filosofía,
Universidad Pontificia Bolivariana.
Medellín – Colombia
<http://orcid.org/0000-0003-1885-9158>

Este capítulo es resultado de la tesis titulada Modelo argumentativo para una interpretación homogénea de la justicia desde los principios de corrección y razonabilidad desde la filosofía jurídica de Robert Alexy, que corresponde al doctorado en Filosofía que se adelanta en la Universidad Pontificia Bolivariana.

RESUMO: Este capítulo apresenta uma possível resposta à pergunta: Como o poder dos argumentos se transforma em decisões justas? Para isso, levanta-se a relação entre a justiça e o poder dos argumentos, e como o juiz é convencido por este último da veracidade de

alguns fatos. Para isso, mostra-se como o Juiz para a construção de seu conhecimento factual deve partir dos elementos probatórios que contribuem para o respectivo processo. Foucault, apresenta esse exercício probatório como a indagação necessária na construção da verdade. A referida investigação levará o juiz a descobrir a verdade e a partir daí estruturar a decisão judicial com a qual se pretende convencer o público de que é justa e adequada ao conhecimento construído no processo. O poder consistirá na possibilidade de impor uma sanção contra um determinado comportamento. Mas, a construção dessa verdade depende da força ou poder do argumento (discurso) e do grau de convicção que é gerado na audiência. A verdade é uma construção que resulta do peso do argumento, e quando essa verdade é encontrada, abre-se o caminho para a justiça, o que está acima é o resultado que se pretende mostrar ao longo deste capítulo.

PALAVRAS - CHAVE: Investigação, conhecimento, Teste, saber, Justiça, argumento.

JUSTICE AND THE POWER OF ARGUMENTS

ABSTRAC: This chapter presents a possible answer to the question: How does the power of arguments become fair decisions? For this, the relationship between justice and the power of arguments is raised, and how the judge is convinced through the latter of the veracity of some concrete facts. For this, it is shown how the Judge for the construction of the factual knowledge of him must start from the evidentiary elements that are contributed to the respective

process. Foucault, presents this probative exercise as the necessary inquiry in the construction of the truth. Said investigation will lead the judge to discover the truth and from there structure the judicial decision with which it is intended to convince the audience that it is fair and adequate to the knowledge built through the process. The power will consist of the possibility of imposing a sanction against a given behavior. But, the construction of that truth depends on the force or power of the argument (speech) and the degree of conviction that is generated in the audience. The truth is a construction that results from the weight of the argument, and when that truth is found, it opens the way to justice, the above is the result that is intended to be shown throughout this chapter.

KEYWORDS: Inquiry, knowledge, Evidence, know, Justice, argument.

RESUMEN: Este capítulo presenta una posible respuesta a la pregunta ¿Cómo el poder de los argumentos se convierte en decisiones justas?, para ello se plantea la relación entre la justicia y el poder de los argumentos, y cómo a través de estos últimos se convence al juez de la veracidad de unos hechos concretos. Para ello se muestra como el Juez para la construcción de su conocimiento factico debe partir de los elementos probatorios que se aportan al respectivo proceso. Foucault, presenta este ejercicio probatorio como la indagación necesaria en la construcción de la verdad. Dicha indagación llevará al juez al descubrimiento de la verdad y partir de allí estructurar la decisión judicial con la que se pretende convencer al auditorio que esta es justa y adecuada al conocimiento construido a través del proceso. El poder consistirá en la posibilidad de imponer una sanción frente a un comportamiento dado. Pero, la construcción de esa verdad depende de la fuerza o poder del argumento (discurso) y el grado de convicción que se genere en el auditorio. La verdad es una construcción que resulta del peso del argumento, y al encontrarse esa verdad se abre paso a la justicia, lo anterior es el resultado que se pretende mostrar a lo largo de este capítulo.

PALABRAS CLAVES: Indagación, conocimiento, Prueba, saber, Justicia, argumento.

1 | INTRODUCCION

El presente capítulo es el resultado de la tesis realizada en el doctorado de Filosofía titulada: “Modelo argumentativo para una interpretación homogénea de la justicia desde los principios de corrección y razonabilidad desde la filosofía jurídica de Robert Alexy”, con la cual se pretende abordar el tema de la justicia y la fuerza de los argumentos, tomando algunos puntos de la filosofía de Michel Foucault y de Robert Alexy. Para esto se partió de la pregunta: ¿Cómo el poder de los argumentos se convierte en decisiones justas? Para el desarrollo de esta pregunta se abordaron conceptos como el poder, el discurso, el argumento, la indagación, la verdad y finalmente la justicia.

Preguntas como: ¿Quién define lo justo?, ¿norma es igual a justicia?, ¿La interpretación de la norma implica justicia? harán parte del escrito. Ello es necesario para definir en forma clara y correcta con el argumento y la fuerza que este tiene si afecta la imagen que se va construyendo por parte del juez sobre el hecho concreto en estudio. En la parte final de este escrito se mostrarán dos ejemplos de procesos judiciales históricos,

donde se ve el poder que tiene el argumento a la hora de la decisión judicial, como un ejercicio del poder político del Estado y el desarrollo de la justicia.

2 | EL PODER Y CONOCIMIENTO

En este acápite se busca responder al poder como herramienta del Estado, herramienta que bajo la óptica de la función jurisdiccional busca solucionar los conflictos que se presentan entre los diferentes miembros de la sociedad. Pero además debe plantearse la política desde su versión filosófica, en el sentido de comprender el lenguaje político, y una de esas palabras que se deben analizar es “Poder”. Poder que puede ser entendido desde el concepto mismo de Soberanía, la cual implica el reconocimiento de una fuerza coactiva por parte del estado mismo, pero acá el poder al que se quiere hacer referencia es el que está inmerso en cada una de las palabras que integran un discurso, pero, que, además, esta soportado en ese *imperium* que tienen las decisiones judiciales.

De acuerdo a la estructura propia del Estado, es la rama judicial lo que vela por la solución de las controversias que se susciten entre los particulares. Esa potestad deviene de lo señalado en la carta Política colombiana, la cual en el artículo 3, señala que la soberanía reside en el pueblo, pero se hace necesario que una porción de dicha soberanía le sea entregada al Estado para así poder cumplir con los fines propios y reconocidos en la misma Constitución.

Como se anotó en el párrafo anterior, una de ellas, la cual es necesaria para el mantenimiento mismo de la estructura de poder político: la Judicial, ampliando un poco lo mencionado, esta se encargará de velar por el cumplimiento del orden jurídico, es decir, velar por las relaciones que se dan entre los particulares en las distintas relaciones que se generan en la sociedad, las cuales pueden ser de carácter público o privado (asuntos penales o civiles).

Partiendo de lo expresado por Foucault, bajo el derecho penal se aprecia el verdadero poder del Estado, el cual tiene la capacidad de someter a prisión al delincuente como una medida de corrección, lugar donde se encontrará en permanente vigilancia. En este postulado el poder se convierte en una herramienta del Estado para mantener la paz social, permitiendo a su vez la estabilidad propia que requiere el Estado y sus instituciones.

Pero también el poder ayuda a la realización de la justicia, entendida esta como una parte integrante de las ramas del poder judicial. De allí la pregunta: ¿Qué debe entenderse por justicia como función?:

Exclusivamente correspondiente al Estado es también la formación y mantenimiento del orden jurídico. Esta actividad ha sido también propia del Estado, pero sólo le ha correspondido de un modo exclusivo después de una larga evolución histórica; porque las épocas primitivas había dentro del Estado una gran economía en la función judicial para la familia, para la tribu, para las razas. Originariamente, en derecho penal no era propio del Estado,

sino que tardó mucho en ser, y además, continuó siendo el derecho de la propia defensa una institución jurídica reconocida. (Jellinek, G, 2000)

La justicia como función está enmarcada en las ramas del poder público, pero no es exclusiva de la jurisdiccional, sino que de manera excepcional las otras ramas del poder público también pueden desarrollarla como función, como actividad propia del Estado en aras de mantener el orden social y cumplir, como ya se anotó con los fines de este.

Pero la aplicación de la ley, como cumplimiento de las propuestas de un estado social de derecho y como desarrollo de la democracia, siguiendo a Bobbio puede decirse, que:

Derechos humanos, democracia y paz son tres elementos necesarios del mismo movimiento histórico: sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos. Con otras palabras, la democracia es la sociedad de los ciudadanos, y los súbditos se convierten en ciudadanos cuando se les reconocen algunos derechos fundamentales; habrá una paz estable, una paz que no tenga la guerra como alternativa, sólo cuando seamos ciudadanos no solamente de este o aquel Estado, sino del mundo.” (Bobbio, 2009)

El determinar el poder de un argumento debe contemplar los diferentes elementos que permiten afirmar la existencia de un Estado social de derecho, como lo son los derechos humanos y la paz. Los derechos humanos son la esencia de la construcción jurídica y argumentativa que propone Bobbio décadas anteriores en su construcción de una teoría de la política.

Regresando a la justicia como función ¿Cómo es posible determinar si una determinada aplicación de una norma sobre un sujeto, obedece a la justicia (justo)?, o ¿sí la misma aplicación está transgrediendo lo que la norma quiere manifestar? ¿De qué forma llega el juez a determinar que efectivamente se ha violentado una norma por un sujeto? Es aquí donde el texto “*la verdad y las formas jurídicas*” del profesor Foucault adquiere un papel importante dentro de este escrito. En el desarrollo de su segunda conferencia se proponen dos conceptos importantes: indagación y conocimiento. En este primer aparte abordaremos el segundo.

El ejercicio que se exige por parte de la justicia como función se encuentra en cabeza de un representante del estado, denominado Juez, el cual en su tarea de definir el derecho requiere transitar por diferentes estadios del conocimiento, recorrido que hace en compañía de los argumentos presentados por los intervinientes en el proceso, las partes y demás sujetos procesales.

Es importante anotar que hablar sobre grados de conocimiento, implica hacer un recorrido sobre los distintos estadios que se deben recorrer para la adquisición del conocimiento. Esos estadios del conocimiento son recorridos por la generalidad de la gente, y también deben ser recorridos por el juez desde el inicio mismo del proceso judicial

hasta el momento de proferir una sentencia, como se anotó anteriormente. Estos grados del conocimiento también suele denominárseles grados de conocimiento de la verdad y son: El error (un juicio falso); la ignorancia (ausencia de todo conocimiento de la verdad que se quiere conocer); la credibilidad (es un conocimiento alternativo que encierra por igual el sí y el no); la probabilidad (es un estado subjetivo que ve los motivos convergentes y los divergentes, todos dignos de ser tenidos en cuenta); el convencimiento o convicción (es un estado objetivo posterior a la certeza).

Debe tenerse en cuenta que hablar de pensamiento verdadero es diferente del pensamiento correcto, para esclarecer esta diferencia se debe iniciar comprendiendo, desde el método estructuralista, en el cual la función del sujeto (hombre) consiste en la aprehensión de la realidad como objeto, a partir de esta relación se suscita en el hombre una estructura de la realidad para explicarse a sí mismo.

La relación que se da entre el hombre y la realidad es de carácter subjetivo, pero cuando la realidad como imagen adquiere una validez universal, una validez dentro del auditorio (el auditorio particular propuesto por Perelman) adquiere objetividad. También, pensándolo desde el campo de las ciencias jurídicas, cuando el argumento expresado por el sujeto es aceptado por la comunidad como un criterio de verdad esta imagen adquiere objetividad.

Cuando se percibe la realidad, el conocimiento se da o se presenta como una transferencia de las propiedades de esa realidad (circunstancias fácticas), esto es, cuando se presentan unos hechos y estos son probados, al juez se le presenta una imagen de la realidad que consiste en la transferencia que, de las pruebas y los hechos, presentándose una determinación del sujeto (juez) por el objeto (circunstancias fácticas y pruebas). Para el juez y conforme lo dicho anteriormente, la objetividad de sus conclusiones depende de los rasgos o propiedades que contenga de la realidad (hechos y pruebas). En palabras de Hessen "...esta imagen es objetiva en cuanto lleva en si los rasgos del objeto" (Hessen. J, 2007), digamos de la realidad.

Una de los aspectos importantes en esta relación entre realidad y sujeto (juez) es la receptividad y la forma espontánea en que se recibe la imagen de la realidad, esta última debe ser compatible con los hechos concretos como tal. Desde el ámbito jurídico procesal la compatibilidad debe darse entre la conclusión que obtiene el juez y los hechos probados dentro del proceso, esto se denomina principio de congruencia, es la coherencia entre lo solicitado y lo concedido por el juez, la concordancia entre los hechos (realidad hechos) y la imagen de la realidad (hechos probados).

Para la formación del conocimiento, refiriéndonos al concepto de lo real, conocimiento real, es el que nos es dado por la experiencia bien sea externa o interna o lo que se infiere de ella. El juez al formar su conocimiento, como se mostrará en el acápite siguiente toma las pruebas (indagación), es decir de lo que ha percibido, lo que ha aprendido por sus sentidos y por el paso del tiempo.

Del ejercicio del sujeto con el objeto y su resultado la imagen del objeto, es la verdad, o por lo menos alcanzar la certeza de que es verdadero. Bajo el pensamiento del profesor Hessen no existen criterios de verdad, es solo una presunta existencia. La verdad es una sola no es procedente hablar de aproximaciones a ella o criterios de verdad, sin embargo, en el ámbito jurídico procesal se habla del concepto de verdad procesal, la cual puede ser entendida como el resultado de la valoración probatoria y su relación con los hechos materia de debate.

Partiendo de la Teoría del conocimiento, el conocimiento falso no es conocimiento, de ahí que una imagen errada de la realidad no puede conducir al conocimiento. Desde el campo jurídico se admite la posibilidad de estarse en la certeza y tener un error, esto es producir una sentencia convencido erróneamente en los hechos propuestos por una de las partes.

Desde las corrientes escépticas se habla de la probabilidad del conocimiento. El concepto de probabilidad supone el de verdad, lo probable es lo que se acerca a lo verdadero. Dista este concepto del anunciado atrás, donde este es una equivalencia entre lo negativo y lo positivo, más para esta corriente es aquello cercano a la verdad porque la verdad absoluta no existe.

La verdad debe ser universal, pero en el caso del derecho podrá recurrirse a lo planteado por las corrientes relativistas o subjetivas, en las cuales la verdad es relativa o limitada. Esto lleva a construir otra premisa, como extraer de los hechos el contenido de verdad donde el sujeto frente al objeto constituye una imagen subjetiva, pero de la cual sale una certeza de que es verdad. Pero relativizar la verdad es destruir la verdad. Procederá, entonces hablar de certeza, entendida como la creencia de poseer la verdad, lo cual da entrada a aceptar como una falsa de verdad la conclusión basada en un error:

El sujeto que juzga la verdad de una proposición está en la siguiente situación: Por un lado, una proposición que anticipa o anuncia un evento: "Hay hombres con nariz chata". Por otro lado, un mundo constituido por eventos, alguno de los cuales puede ser aquel anunciado en la proposición. Tenemos entonces que quien juzga examina la realidad, y frente a ésta decide si la proposición propuesta es Verdad o no. ¿Cómo ocurre esta etapa de verificación? Pues sencillamente porque el juez, colocado frente al mundo de eventos lleva a cabo una actividad de experimentación y así logra emitir una proposición que o coincide con la primera o la contradice. Esta segunda proposición salida directamente de una experimentación con la realidad a la cual la proposición inicial plantea una pregunta ¿"Sócrates tiene una nariz chata"? viene a incidir sobre la verdad o falsedad de la propuesta inicialmente. En última instancia, por consiguiente, lo que se comparan son dos proposiciones de origen diferente: Una que anticipa un evento; otra que se toma directamente de la realidad sobre la cual se lleva a cabo una experimentación. La lógica es importante porque nos establece la relación de verdad o falsedad que puede existir entre una y otra proposición, de acuerdo a principios puramente formales. (Laserna. M, sf).

3 I SOBRE LA INDAGACIÓN

La indagación, es necesaria para el descubrimiento de la verdad, para acceder al conocimiento dentro de un marco judicial, tal como lo sostiene Foucault, esta tuvo un nacimiento en las tragedias griegas, en el examen de conciencia, en la penitencia, en lo religioso. Retomando el texto homérico citado por Foucault, el juramento, el jurar en nombre de Dios o dioses implica el reconocimiento de un poder superior, presentándose temor en quien debía hacer el juramento. El temor a un castigo superior. Durante mucho tiempo el juramento fue aplicado en los procesos judiciales, la parte o el testigo juraba sobre la Biblia que lo que manifestaría es la verdad sobre los hechos que le constaban (de los que tenía conocimiento). El temor que siente el individuo, se supone, lo lleva a decir la verdad. Foucault señala: “He aquí una manera singular de producir la verdad, de establecer la verdad jurídica, no se pasa por el testigo sino por una especie de juego, prueba, por una suerte de desafío lanzado por un adversario al otro” (Foucault. M, 1978)

El establecer el juramento como el camino inicial para llegar a la verdad, no puede permitir dejar por fuera a la penitencia, la cual generaba también una vida enmarcada en la verdad. La persona que consideraba que estaba por fuera de las reglas religiosas podría solicitar estar en penitencia y de esta manera retomar el buen camino, luego de la expiación de la o las culpas.

El juramento se convirtió en una pieza esencial para llevar al sujeto a decir la verdad, como se manifestó anteriormente, será una forma de producir la verdad. Puede manifestarse que en esta situación la palabra no tiene un papel relevante, basta la invocación un ser superior para saber si hay o no verdad. La presión del juramento conduce a que una de las partes se abstenga de ello y decida confesar la comisión de un determinado hecho:

Esta vieja y bastante arcaica práctica de la prueba de la verdad en la que esta no se establece judicialmente por medio de una comprobación, un testigo, una indagación o una inquisición, sino por juego de prueba (Foucault, M, 1978).

Un segundo momento en la indagación se encuentra con la aparición del testigo. Persona que narra lo sucedido conforme lo que él vivió o escucho, es a través de éste que se transmite el conocimiento al juez sobre unos hechos concretos. El testimonio se convierte en una forma humana de llegar a la verdad. Foucault, señala: “puede decirse, pues, que toda la obra (Edipo Rey) es una manera de desplazar la enunciación de la verdad de un discurso profético y prescriptivo de otro retrospectivo: ya no es más profecía, es un testimonio”. (Foucault. M, 1978)

Pero la obtención del conocimiento no basta con un solo testimonio, se requiere la confluencia de varios sobre una circunstancia fáctica. Deben ser varios. Foucault la denomina la obtención de la verdad por mitades, yo lo llamaría la obtención de la verdad por partes. Acá la palabra tiene un papel importante, el discurso y su coherencia interna y externa son valorados por el juez. Estos testimonios son interpretados no sólo por el

juez, sino también por los abogados de las partes, estos (los abogados) a través de sus argumentos llevan a formar una convicción en el juez. Si bien es cierto que el juez toma una imagen de la realidad a través de los testimonios, los argumentos y el poder de ellos llevan a confirmar esa imagen de la realidad que el juez se creó en forma inicial, argumentos que son presentados por los abogados de las partes.

Lo que se busca en un proceso judicial es la coincidencia de unos hechos con la imagen de la realidad de los hechos que el juez se forme. De esto cabe afirmar, no se busca la coherencia exacta con la realidad sino la verdad que se origine en el proceso mismo, como se decía anteriormente, una verdad procesal.

Atrás se enuncio el concepto 'argumento', es decir, el medio por el cual se busca refutar lo que un adversario (la contraparte) ha manifestado. Pero a la vez lo que se pretende es convencer a un auditorio bien sea éste universal o singular, que en el caso del proceso judicial es un auditorio singular, dada la posibilidad de determinar quiénes son sus integrantes.

No todo argumento genera persuasión, para ello es necesario que tenga la fuerza necesaria (poder) para estimular en otros su aceptación. Entre los factores a tener presente se encuentra el nombre, posición y calidad del orador. Esta es una circunstancia de poder. Entre más reconocido sea el orador mayor influjo tiene su dicho dentro del auditorio.

Llevando esto a lo señalado por Foucault, no tendrá el mismo valor el testimonio de un esclavo al de un señor (aunque en el caso colombiano esto es bastante extraño). Entre más reconocido es el orador mayor poder tiene su argumentación.

Otro aspecto a tener en cuenta es el cumplimiento de las reglas del discurso. "A partir del discurso mismo, de su aparición y de su regularidad, ir hacia sus condiciones externas de posibilidad, hacia lo que dan motivo a la serie de aleatoria de esos acontecimientos y que fija los límites." (Foucault. M, 1978)

En el argumento jurídico (discurso) el orador no puede dejar paso al azar (a la duda), su tarea es tomar la atención del auditorio para que acepten como verdadero su dicho (tesis). Si no se logra la aceptación del auditorio su argumento será una opinión falsa, la cual será desechada por el auditorio mismo sin que esta pueda generar conocimiento.

El argumento de mayor poder saldrá avante, y a partir de allí se construye una teoría de poder que se ve reflejada en la decisión que toma el juez. Como bien lo sostiene Foucault, el proceso judicial es una forma de poder que busca la protección de la sociedad misma. De una estructura de poder. El resultado positivo de ello es lo que se ha denominado en la actualidad: justicia.

Tomando en este punto, como orientación para este acápite, las ideas de la profesora Marina Gascón Abellán (2004), se puede decir, que dentro de los modelos probabilísticos de valoración se hallan: los métodos o instrumentos matemáticos y los modelos de confirmación, estos últimos se basan en la lógica.

El modelo matemático estadístico, adquirió gran importancia, de manera especial

en los Estados Unidos, donde se incluyen criterios cuantitativos de valoración de la prueba, lo anterior dados los avances científicos y técnicos en el análisis de los objetos materia de prueba.

Con el modelo matemático, busca dársele objetividad a la valoración probatoria o análisis crítico de las pruebas, dado que las reglas estadísticas llevan a resultados no objetables con argumentos sin fundamento matemático. Trabajar con fundamento en las reglas estadísticas permite determinar la frecuencia de repeticiones que se pueden presentar en un determinado hecho. Del comportamiento de un actor se puede concluir que su comportamiento se repetirá.

Dentro de este modelo es importante determinar las variables aplicables al caso, las cuales saldrán de la narración fáctica plasmada en la demanda, en la denuncia, en la contestación o en las oportunidades jurídicas procesales establecidas para ello. Lo anterior quiere decir: cuantas veces se puede repetir o se puede dar el comportamiento X.

Un segundo modelo denominado modelo probabilístico inductivo, en el cual la probabilidad es una hipótesis la cual para ser corroborada debe tener una relación directa con las pruebas y los hechos. La profesora Marina Gascón A manifiesta: “La probabilidad de una hipótesis se apoya en una conexión lógica con las pruebas a través de reglas (causales) generales, y mide el grado de apoyo (inductivo) que las pruebas proporcionan a las hipótesis”. (Gascón. M, 2007)

La hipótesis bajo este modelo probabilístico, debe ser demostrable, esto es, a través de los distintos medios de prueba (indagaciones) debe encontrarse la confirmación de los hechos, y estos hechos deben tener una relación directa con la hipótesis formulada en la demanda, denuncia, etc (E → H). “Decir que una hipótesis es probable significa, pues, que es demostrable, que puede probarse, es decir, que es posible fundar la hipótesis mediante inferencias a partir de las pruebas disponibles; y con la palabra probabilidad evaluamos la corrección (...) de una regla de prueba.” (Gascón. M, 2007)

Las hipótesis permiten ingresar a los procesos judiciales elementos facticos y probatorios de los cuales el juez en forma posterior sacara sus conclusiones. Estas conclusiones son particulares sobre una situación particular que luego se vinculan al contenido normativo:

La racionalización de la valoración de la prueba a través del concepto de grado de confirmación se inserta en un proceso hipotético-deductivo (inductivo) de adquisición de conocimiento que se desarrolla a través de las sucesivas confirmaciones de las hipótesis y de su sometimiento a refutación. La aceptabilidad de las hipótesis está en función de su grado de confirmación, a la luz del material probatorio disponible, y de su resistencia a las contrapruebas o no-refutación. Más exactamente, una hipótesis puede aceptarse si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y éstas la hacen probable (la confirman); o mejor, más probable que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos (Gascón. M, 2007).

Cualquiera de los caminos de que siga, en aras de obtener la verdad, debe estar sometido a reglas, las cuales permitirán identificar la forma en la cual se puede dar aplicación a un punto de derecho. El mismo Foucault manifiesta: “la cosa esta clara, entonces: necesitamos regir íntegramente nuestra vida mediante un código permanente y riguroso de conducta” (Foucault. M, 2014). La vida, el derecho es reglado, y la forma de obtener la verdad está sometida a una serie de normas (reglas) que sin su cumplimiento la obtención de la verdad no podría tener ningún tipo de valoración jurídica.

4 | DE LA JUSTICIA JUDICIAL

Como se anunció anteriormente, la justicia es una virtud, es algo requerido dentro de un ideal de Estado, para ello es importante reconocerla como un discurso de poder que proviene del Estado mismo, de sus jueces, pero también como un argumento de poder proveniente de los mismos ciudadanos. Determinar que es justo corresponde al juez una vez valore la fuerza del argumento presentado y la misma fuerza argumentativa que del juez hará aceptable esa posición de justicia por parte del auditorio.

En los textos seleccionados, también se utiliza la confesión como una forma de llegar a la verdad, confesión que busca vincular al sujeto con su dicho, lo cual lleva a su vez a que esta adquiera una nueva calidad dentro del proceso, como por ejemplo hereje, asesino.

Se observa también, la prueba testimonial, prueba que también está sometida al juramento. El testimonio es un medio idóneo para la construcción de la verdad, partiendo del supuesto de la verdad del testigo frente a los hechos, es decir, el conocimiento directo que puede tener de los hechos. Ese conocimiento de los hechos más el juramento no pueden dar cabida a mentiras o errores en sus dichos.

Desde lo establecido en la jurisprudencia colombiana el testimonio es tomado:

El testimonio en sentido amplio, es toda declaración de ciencia o conocimiento que sobre hechos que interesan al proceso se realiza por una persona. Así entendido, conforme a la doctrina universal en materia probatoria esta prueba personal, incluye entre sus especies: la confesión y el testimonio de terceros. Nuestra legislación, siempre ha establecido diferencias entre las dos, pues mientras la confesión implica la aceptación de hechos por quien es parte en el proceso y de la cual se derivan consecuencias jurídicas desfavorables, el testimonio en sentido estricto, es la declaración de un tercero sobre hechos de los cuales tiene conocimiento y cuya fijación se requiere en el proceso.

Los testimonios deben tener la virtud de mostrar la verdad de los hechos que se pretenden descubrir dentro del proceso, es decir, debe existir una relación directa entre el dicho del testigo y el hecho, solo de esa forma las palabras enunciadas por el testigo tendrán el poder para convencer, sino existe ello el testimonio no cambiara nada en el juicio que elabore el juez al momento de tomar la decisión.

Como primer ejemplo corresponde el texto “el queso y los gusanos”. Narra este libro la situación de un Molinero, Menocchio, el cual realiza lecturas y realiza comentarios que van más allá de lo permitido, hecho que molesto a los superiores abriéndole un proceso por todas aquellas cosas dichas, llevando lo a la condena:

Empezó denunciando la opresión que ejercían los ricos sobre los pobres mediante el uso, en los tribunales, de una lengua incomprensible como el latín: ‘Yo soy de la opinión que hablar en latín es un desacato a los pobres, ya que en los litigios los hombres pobres no entienden lo que se dice y se hallan aplastados, y si quieren decir dos palabras tiene que tener un abogado.

El proceso se inició con una denuncia secreta, con la participación de testigos que manifestaban cosas que no conocían o cambiaban su versión. En los dos procesos, incluso el mismo protagonista modificaba en algo su dicho. Conforme al texto Menocchio leyó el Corán sacando este sus propias conclusiones las cuales fueron expuestas a sus vecinos y a los jueces, razón por la cual fue condenado por herejía.

Este proceso fue un ejercicio de poder, en el cual se castiga a aquel que fuese más allá del saber permitido para una sociedad. Puede decirse que el saber es poder, de allí que controlar el saber es controlar también el poder. En este libro se muestra a una cultura de clase subordinada a un poder (religión), culturas condenadas al silencio. Un proceso donde no importaba la forma de llegar a la verdad, lo importante era el mantenimiento de un status quo.

La justicia se refleja en el mantenimiento de un discurso de defensa de una estructura religiosa, o si se quiere se saber.

En este libro se presenta es una reacción a la imprenta y a la reforma. En otras palabras, a la publicación del conocimiento lo que puede generar el rompimiento de las estructuras de poder existentes. Los argumentos utilizados son de poder, no buscan hallar una verdad, sino castigar a quien se atrevió a conocer. La indagación es sólo un pañuelo para ocultar la realidad o intención del juzgador.

De igual forma que en el libro “yo Pierre Riviere”¹, se narra una historia sobre un crimen acaecido en el año de 1835 en Francia, donde un joven asesina a su madre, hermano y hermano. Ese crimen obedeció al maltrato que sufría su padre por causa de su madre.

Este es un proceso penal donde la verdad es construida por medio de la indagación, es decir con la práctica de pruebas como lo fueron los testimonios, los documentos y las mismas memorias que escribió Pierre mientras estaba en la cárcel. Es por ello que anteriormente se manifestó la verdad por partes, esta no se llega solo por mitades, sino de acuerdo al número de pruebas que se alleguen y generen un conocimiento verdadero al juez: “Ya que la ley de su existencia y de su coherencia no es ni la de una obra, ni la de un texto, su estudio debe permitir mantener apartados los viejos métodos académicos del

1 FOUCAULT, Michel (2001). Yo, Pierre Riviere, habiendo degollado a mi madre, a mi hermana y a mi hermano. Barcelona: TusQuets.

análisis textual y todas las nociones que se derivan del prestigio monótono y escolar de la escritura”.

La interpretación que se hace es conforme a la norma escrita en el estatuto penal de la época, tomado como criterio para llegar a la verdad lo que transmite la indagación. El discurso utilizado por los jueces corresponde al restablecimiento de la tranquilidad ciudadana. Los hechos cometidos generaron zozobra en la comunidad y es obligación del Estado hacerla cesar, contando con un mecanismo adecuado la prisión. La prisión se convierte en una forma de manifestación del poder enmarcado en la legalidad.

CONCLUSIONES

De acuerdo a lo planteado al inicio de este texto, en el cual se mostró la relación entre la justicia y el poder de los argumentos, puede concluirse que la argumentación es la base para determinar si la decisión es justa; y será justa cuando a través de la argumentación se llegue a la verdad. Si de los métodos utilizados anteriormente, se llega a la verdad, el argumento que la reproduzca será verdadero y tendrá el poder de convencer a un auditorio. Pero ha de entenderse por verdad aquella que nace de los distintos medios de prueba utilizados, como, por ejemplo, la confesión, el testimonio. Dichos medios hablados buscan corroborar lo hechos a través de argumentos coherentes con la realidad fáctica percibida por cada uno de los hablantes.

Los argumentos para tener el poder de convencer deben cumplir con una serie de condiciones o requisitos, entre ellos la pertenencia y conducencia sobre los hechos que se debaten en el proceso de carácter judicial. Además de lo anterior, siempre deben ser coherentes los dichos que se producen en esos medios de prueba para generar en el juez la verdad necesaria para emitir la decisión de condena.

El poder en los argumentos es una premisa necesaria para la construcción de verdad.

REFERENCIAS

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-782 de 2005.

FOUCAULT, Michel (1999). **El orden del discurso**. Barcelona: TusQuest, 1999

FOUCAULT, Michel (2001). **Yo, Pierre Riviere, habiendo degollado a mi madre, a mi hermana y a mi hermano**. Barcelona: TusQuets, 2001

FOUCAULT, Michel. **La verdad y las formas jurídicas**. Barcelona: Gedisa, 1978.

FOUCAULT, Michel. **Obrar mal, decir la verdad**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.

GASCON ABELLAN, Marina (2004). **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba.** Madrid: Marcial Pons, 2004.

GINZBURG, Carlo (2009). **El queso y los gusanos. El cosmos según un molinero del siglo XVI.** Barcelona: Península, 2009

HESEN, Juan. **Teoría del conocimiento.** México: Porrúa, 2007

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado.** México: Fondo de Cultura, 2000

LASERNA, Mario. **La teoría de la verdad en Kant.** Págs. 21-35. Tomado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/22392/1/18994-62027-1-PB.pdf>.

CAPÍTULO 18

RELATOS EXTENSIONISTA NO PROJETO ESCREVENDO E REESCREVENDO A NOSSA HISTÓRIA (PERNOH): PARA ALÉM DO ACESSO À JUSTIÇA

Data de aceite: 01/05/2021

Data de submissão: 04/02/2021

Sandoval Alves da Silva

Universidade Federal do Pará
Belém/Pa

<https://orcid.org/0000-0002-1795-2281>
<http://lattes.cnpq.br/2744878887909140>

Camille de Azevedo Alves

Universidade Federal do Pará
Belém/Pa

<https://orcid.org/0000-0002-2879-088X>
<http://lattes.cnpq.br/3381321326552718>

João Renato Rodrigues Siqueira

Universidade Federal do Pará
Belém/Pa

<https://orcid.org/0000-0002-5411-7322>
<http://lattes.cnpq.br/0696701101651511>

RESUMO: Este estudo objetiva apresentar as atividades de extensão desenvolvidas em um dos polos do Projeto “Escrevendo e Reescrevendo a Nossa História” (Pernoh), localizado no bairro do Una em Belém (PA). O Projeto é abordado em uma perspectiva expansionista do acesso à justiça, que ultrapassa a ideia de acesso à jurisdição, relatando-se experiências extensionistas obtidas na realização do projeto. Adotou-se o método de abordagem dedutivo e, como método de procedimento monográfico, a revisão da literatura. Verificou-se que, de acordo com a perspectiva adotada, o acesso ao Judiciário é apenas uma das modalidades de acesso à

justiça. Conclui-se que o acesso à justiça refere-se, também, à ordem jurídica justa, ao acesso à cidadania e ao acesso à participação democrática enquanto mecanismos que oferecem melhores oportunidades ao cidadão.

PALAVRAS - CHAVE: Extensão universitária; Projeto “Escrevendo e Reescrevendo a Nossa História”; Pernoh. Capacitação; Acesso à justiça

EXTENSION REPORTS IN THE “ESCREVENDO E REESCREVENDO NOSSA HISTÓRIA” PROJECT: BEYOND ACCESS TO JUSTICE

ABSTRACT: The current paper aims to present the university extension activities developed in one of the poles of the “Projeto Escrevendo e Reescrevendo a Nossa História” (Pernoh), in the Una Section of Belém, the capital city of Pará, Brazil. The Project is approached from an expansionist perspective of access to justice, which goes beyond the idea of access to jurisdiction. It is carried out by reporting extensionist actions that take place as the project is developed. The deductive method was adopted to carry out the study and the review of literature to report it. According to the adopted perspective herein, access to the Judiciary is only one of the modalities of access to justice. As a conclusion, access to justice also refers to fair legal order, access to citizenship and access to democratic participation as tools that provide better opportunities to all citizens.

KEYWORDS: University extension; “Escrevendo e Reescrevendo Nossa História” Project; Pernoh; Access to justice

1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto da participação no Projeto de Extensão vinculado à Pró-Reitoria de Extensão da Universidade Federal do Pará (UFPA) intitulado “Capacitação de Acesso à Justiça no Projeto Escrevendo e Reescrevendo a Nossa História (Pernoh)”, cujo objetivo é permitir que pessoas em situação de vulnerabilidade e egressos do sistema penitenciário e da socioeducação tenham acesso à justiça. Mensalmente, os alunos vinculados ao projeto ofertam vários cursos de capacitação sobre diversos temas, como acesso aos juizados especiais e acesso à educação superior, com posterior atendimento e encaminhamento às instituições que atendem gratuitamente o beneficiário, se for o caso.

O Pernoh tem por objetivo construir um diálogo interdisciplinar e interinstitucional a respeito da inclusão social e da qualificação profissional de pessoas em situação de vulnerabilidade, de egressos do sistema penitenciário e dos que cumprem medidas socioeducativas. Assim, questiona-se como a capacitação para o acesso à justiça, sob uma perspectiva expansionista¹, seguida de atendimento e, se necessário, de encaminhamento dos assistidos, pode garantir-lhes melhores oportunidades?

Dessa forma, a hipótese do presente trabalho é que o acesso à justiça não se resume ao acesso ao Judiciário, mas sob uma perspectiva expansionista - isto é, ampla e em dinâmica expansão - abarca o acesso a toda forma de cidadania que vise conferir ao cidadão mais capacidade de compreender o mundo em que vive para poder transformá-lo e praticar atos considerados adaptados a uma ordem jurídica justa, demonstrando que os sujeitos envolvidos em um conflito, um problema ou uma insatisfação social (CPIS) podem chegar a uma aplicação justa do direito, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

Como metodologia de abordagem, utilizou-se o método dedutivo, uma vez que se partiu de uma generalização – o acesso à justiça é um conceito amplo – para se chegar a premissas menores – por exemplo, o acesso à justiça não se resume ao acesso ao Judiciário – e finalmente se concluir que o acesso à justiça refere-se ao acesso à ordem jurídica justa. Como método de procedimento, utilizou-se o método monográfico, buscando-se analisar os assistidos do Projeto “Escrevendo e Reescrevendo a Nossa História”, situado no bairro do Una em Belém (PA), e fazendo-se um levantamento e uma revisão bibliográfica acerca do tema.

O presente trabalho divide-se nas seguintes seções: a primeira apresenta o Projeto de Extensão e o local onde ele foi executado; na segunda, faz-se uma exposição da perspectiva extensionista sobre o acesso à justiça; finalmente, na terceira, são relatadas as duas experiências obtidas na execução do projeto.

¹ Utiliza-se o termo “expansionista” por compreender que o conceito de acesso à justiça está em constante expansão e não possui um conceito unívoco.

21 CAPACITAÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA NO PERNOH

O Projeto² “Escrevendo e Reescrevendo a Nossa História” (Pernoh) é uma iniciativa de mais de 15 (quinze) instituições que, conjuntamente, buscam levar o acesso à justiça por meio do diálogo entre instituições do primeiro (Estado), do segundo (mercado) e do terceiro (organizações não governamentais (ONG)) setor. O trabalho possui reconhecimento multifacetado, sendo conduzido por procuradores do Ministério Público do Trabalho (MPT) e desenvolvido com o apoio, por exemplo, do Tribunal de Justiça do Pará (TJPA), da Superintendência do Sistema Penitenciário do Estado do Pará (Susipe), da Agência Adventista de Desenvolvimento e Recursos Assistenciais (Adra), da Fundação Carlos Gomes (FCG) e de muitos outros órgãos.

O Pernoh foi tombado como procedimento de promoção de política pública (Promo), no MPT, sob o n.º PA-PROMO 000592.2017.08.000/0, por meio do 13.º Ofício da Procuradoria Regional do Trabalho da 8.ª Região (PRT/8). O público-alvo do projeto divide-se em três subgrupos: a) adolescentes, jovens e adultos em situação de vulnerabilidade social, com ações voltadas à inclusão social; b) adolescentes e jovens egressos e em cumprimento de medida socioeducativa; c) adultos egressos e em cumprimento de medidas no sistema prisional, ambos com ações destinadas à ressocialização (SILVA, 2019).

O projeto surgiu da constatação de que seria possível contribuir positivamente para o futuro dos jovens egressos, garantindo-lhes melhor qualificação profissional e, sempre que possível, encaminhamento ao mercado do trabalho e/ou auxílio técnico para abertura do próprio empreendimento, na tentativa de resgatar as vidas desses adolescentes e de seus familiares.

Dessa maneira, o projeto visa retirar os participantes do mercado ilícito de trabalho – aquele que é composto por atividades que são realizadas continuamente como meio de sustento ou renda, mas constituem ilícito penal –, para (re)inseri-los no mercado lícito de trabalho – aquelas atividades laborativas permitidas pela ordem jurídica com a finalidade de atender as necessidades e os desejos humanos, as quais, portanto, não constituem ilícito penal.

O Pernoh busca oferecer oportunidades de socialização aos adolescentes, jovens, adultos e suas respectivas famílias que se encontram em situação de vulnerabilidade, especialmente aos jovens e adultos entrantes no mercado ilícito de trabalho, bem como realiza um completo processo de ressocialização do atendimento socioeducativo e prisional no Estado do Pará, permitindo a profissionalização dos egressos e internos cumprindo medidas socioeducativas em meio fechado, dos socioeducandos que cumprem medida em

² Os idealizadores e coordenadores do Pernoh questionam-se se trata de um programa ou de um projeto, pois um projeto representa um esforço único de um grupo, ao passo que o programa é um complexo de projetos formando um conjunto de atuações, em que os projetos complementam e auxiliam o programa a atingir os objetivos gerais. Ademais, os projetos possuem, em média, curta duração, enquanto os programas tendem a ser mais duradouros (PAIVA, 2014). Pelo exposto, observamos que o Pernoh é um programa, apesar da palavra “projeto” em seu nome, pois constitui-se de diferentes projetos que almejam alcançar a longo prazo os objetivos comuns traçados.

meio aberto, dos egressos e internos das medidas prisionais em meio fechado ou aberto, e suas respectivas famílias, que se encontram em situação de vulnerabilidade social (SILVA, 2019).

Assim, o nome do projeto busca explicitar os seus objetivos sociais. A palavra “escrevendo” representa a prevenção, ou seja, evitar o ingresso no mercado ilícito de trabalho por meio de ofertas e da busca ativa do público-alvo em bairros de área vermelha, oferecendo oportunidades no mercado lícito de trabalho por meio de cursos profissionalizantes, palestras e oficinas. A palavra “reescrevendo” representa a possibilidade que os participantes advindos do sistema carcerário e da socioeducação têm de reescrever uma nova história, agora voltada para o mercado lícito de trabalho. Já o termo “nossa história” traduz o fundamento de uma sociedade solidária, interdependente e corresponsável pelos atos de causas e consequências coletivas, de forma a estimular a atuação responsável, cooperada e integrada de cada membro da sociedade na vida do outro (SILVA, 2019).

Nesse sentido, o projeto é direcionado também aos adultos em situação de risco social ou em situação de vulnerabilidade social, inclusive os idosos, tendo em vista a integração das famílias dos participantes. Prioritariamente, o objetivo do projeto é alcançar o público que não chegou ao registro formal da criminalidade, em qualquer faixa etária, atuando no plano preventivo, a partir do oferecimento de alternativas de formação técnica, artística e cultural, para orientar jovens e adultos que ainda não passaram pelo registro público da “criminalidade” – ou melhor, do mercado ilícito do trabalho – ao mercado lícito de trabalho (SILVA, 2019).

A metodologia de admissão abrange a pesquisa dos boletins de ocorrência (BO) fracassados (ocorrências que só ficaram no registro) na Delegacia da Infância e Juventude e nas seccionais e delegacias de Polícia Civil. Conta-se ainda com a indicação de líderes de bairros para mapear os possíveis entrantes no mercado ilícito de trabalho, fazendo-se uma posterior busca ativa por meio de profissionais de assistência social, serviço social, psicologia e outros. Concomitantemente, faz-se uma seleção nos bairros dos interessados para motivar a participação no programa com o objetivo de promover a integração social (SILVA, 2019).

Portanto, o projeto propicia o fornecimento de cursos e treinamentos técnicos e profissionais, musicalidade, modalidades esportivas, cursos de empreendedorismo etc. Somado a isso, o projeto também fornece apoio familiar e comunitário aos beneficiários, que são as crianças, os jovens e os adultos selecionados, bem como apoio aos familiares de dependentes químicos e presidiários, além de outras medidas de integração e de apoio à estrutura familiar e social. As atividades de extensão ocorreram no polo localizado no bairro do Una³ (SILVA, 2019).

³ As atividades educativas e profissionalizantes são desenvolvidas, prioritariamente, em quatro instituições: ADRA, Instituto Universidade Popular (Unipop), Centro de Estudos e Memória da Juventude Amazônica (Cemja) e FCG. Os polos são: a) Perno do Una (Belém, PA); b) Perno de Jacundá (PA); c) Perno de Castanhal (PA); d) Perno da Pratinha

Nesse polo, as atividades são focadas na realização de cursos de capacitação, palestras motivacionais e instrutivas, e atividades culturais e desportivas: inclusão digital, cursos de formação e qualificação profissional, como artesanato, manicure e pedicure, cabeleireiro, corte e costura, bordados, gastronomia, eletricitista, pedreiro, encanador, jardinagem, gesseiro, pintor, instalação e manutenção de ar-condicionado, além de musicalização e instrumentos, esporte e lazer (SILVA, 2019).

O projeto de extensão ali desenvolvido buscava capacitar os beneficiários do Perno para discutir diversos temas relacionados ao acesso à justiça, visando dar-lhes ciência de seus direitos e apresentar-lhes os mecanismos necessários para garanti-los. Além da qualificação profissional, os participantes tiveram palestras sobre acesso à justiça. De forma dinâmica e acessível, aprenderam sobre seus direitos e as formas de garanti-los. Nas palestras, sempre se incentivam o emprego de métodos autocompositivos e a resolução autônoma de problemas, por meio de informações que disseminem a ideia de conscientização e cidadania a fim de que as pessoas possam exercer livremente sua autonomia de agência (poder de agir) e de crítica (poder de refletir sobre os destinos da comunidade em que vive)⁴.

Após as palestras, os alunos do programa receberam atendimento jurídico individualizado, tirando suas dúvidas quanto aos mais diversos assuntos do direito. Quando os beneficiários não podem ser atendidos apenas por meio da extensão, são encaminhados a outras instituições, como, por exemplo, os núcleos de prática jurídica da UFPA e outras instituições de ensino superior, a Defensoria Pública, entre outras. Assim sendo, o presente Projeto de Extensão permite levar o atendimento, antes restrito aos Núcleos de Prática Jurídica, distantes geograficamente e muitas vezes desconhecidos, diretamente às comunidades mais necessitadas.

Dentre os temas das palestras ofertadas, destacam-se: acesso à justiça e ensino superior; acesso à justiça e justiça restaurativa; acesso à justiça e violência doméstica; acesso à justiça e crimes virtuais; acesso à justiça e formas de aquisição da propriedade; acesso à justiça e acesso à saúde; acesso à justiça e direitos trabalhistas e previdenciários; acesso à justiça e Estatuto da Criança e do Adolescente; acesso à justiça e direito do consumidor; acesso à justiça e acesso ao juizado especial cível; acesso à justiça e direito de família.

(Belém, PA); e) Unipop do Barreiro (Belém, PA); f) Cemja da Vila da Barca (Belém, PA); g) Igreja do Perpétuo Socorro (Belém, PA); h) Associação Paraense das Pessoas com Deficiência (APPD) em São Brás (Belém, PA); i) Centro de Estudos e Defesa do Negro do Pará (Cedenpa) na Cremação (Belém, PA).

⁴ Aqui se faz referência aos conceitos de autonomia de agência e de autonomia crítica desenvolvidos por Doyal e Gough (1994, p. 89-90, p. 238). A autonomia de agência manifesta-se quando as pessoas expressam sua autonomia a partir da sua capacidade de formular objetivos e estratégias consistentes, que acreditam ser de seu interesse e que tentam colocar em prática nas atividades em que se engajam. Para os autores, existem três variáveis-chave que afetam os níveis de autonomia individual: a) o nível de compreensão que uma pessoa tem sobre si mesma, sua cultura e o que se espera dela como indivíduo dentro daquela cultura; b) a capacidade psicológica que a pessoa tem de formular opções para si mesma; c) as oportunidades objetivas que lhe permitem agir. A autonomia crítica, por sua vez, implica a capacidade de comparar regras culturais, refletir sobre as regras da própria cultura, trabalhar com os outros para modificá-las e mudar para outra cultura, se tudo o mais falhar.

Após a apresentação do Projeto – descrição de suas atividades profissionalizantes socializadoras e ressocializadoras, de seu público-alvo, de sua metodologia de escolha dos participantes e das atividades desenvolvidas pelo projeto de extensão da UFPA – passa-se a discutir a perspectiva expansionista de acesso à justiça adotado no projeto de extensão.

3 I ACESSO À JUSTIÇA PARA ALÉM DO ACESSO AO JUDICIÁRIO

Os debates sobre o acesso à justiça têm ganhado cada vez mais espaço nas reflexões epistemológicas que vão desde a Filosofia Jurídica até a Teoria Geral do Processo. No nível conceitual, firma-se um conceito mais amplo de acesso à justiça, o qual a defesa dos direitos humanos insere-se no direito de acesso à ordem jurídica justa⁵ ou a uma justiça participativa (DIAS, 2014). Dessa forma, defende-se que o acesso à justiça não se resume ao acesso ao Judiciário, que é apenas um dos mecanismos de garantir o acesso à ordem jurídica justa.

O acesso à justiça, no direito brasileiro, advém do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, art. 5.º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, o qual dispõe que nenhuma lei pode fazer com que uma lesão ou ameaça a direitos deixe de ser apreciada por parte do Poder Judiciário. Assim sendo, todos podem recorrer à justiça. Todavia, faz-se necessário salientar que o acesso à justiça não se restringe ao Judiciário, pois diversas instituições podem vir em auxílio do jurisdicionado (SADEK, 2014, p. 57).

Em cada palestra ministrada no Perno, sedimentava-se que o acesso à justiça não poderia ser visto única e exclusivamente como o acesso ao Poder Judiciário, como se fossem sinônimos. Na verdade, o acesso ao Judiciário é uma modalidade de acesso à justiça. Debatia-se, também, que a judicialização dos litígios poderia ser uma das causas que levaram o Poder Judiciário a entrar em crise, pois muitas causas foram ajuizadas sem que o Judiciário tivesse estrutura suficiente para comportar tal quantidade de demandas.

Esse episódio evidencia a cultura demandista de guerra “espartana”⁶ do nosso ensino jurídico, que prioriza o processo em detrimento dos demais meios de resolução, de administração e de transformação de conflitos⁷ por meio de uma dialógica autocompositiva “ateniense”⁸. Consequentemente, essa cultura demandista é perpetuada pelos interpretadores do direito que estão no dia a dia dos tribunais.

5 Silva (2017, p. 1085) salienta que “de nada adianta garantir materialmente um direito se processualmente não se garante o acesso à ordem jurídica justa”.

6 De forma lúdica, utiliza-se o termo “espartana” para designar a cultura demandista de ajuizamento em massa, fazendo-se alusão aos guerreiros espartanos que, historicamente, são retratados como soldados que vivem o combate e preparam-se para ele desde a tenra idade.

7 Compreende-se que nem todos os conflitos, problemas e insatisfações sociais (CPIS) são solucionáveis, alguns conseguem ser apenas administráveis enquanto perduram e outros podem ser transformados, isto é, pode-se estimular que as mudanças sejam construtivas a partir do conflito.

8 De forma igualmente lúdica, faz-se uso do termo “ateniense”, para fazer uma contraposição histórica ao termo “espartana”, referindo-se às formas dialógicas autocompositivas, aludindo-se à representação da ágora, em que se exercia a participação dos cidadãos atenienses nos rumos da comunidade e na solução e administração de conflito.

Diante do exposto, faz-se necessário criar mecanismos que visem romper essa cultura processualista demandista⁹, voltando às nossas origens da autocomposição resolutive, sem, entretanto, diminuir a importância do Judiciário. Com efeito, não existe uma melhor opção em abstrato, existe(m) o(s) melhor(es) método(s) para aquele caso em concreto. Logo, não cabe falar em métodos complementares ou alternativos¹⁰ de resolução, administração ou transformação de conflitos, uma vez que todas essas classificações passam a ideia de que a jurisdição pública é a principal, enquanto as demais seriam secundárias, acessórias ou subsidiárias.

O projeto de extensão aqui examinado é um mecanismo que tenta romper com a cultura processualista demandista. Por duas razões: a) mostra aos participantes, estudantes de Direito, que o método autocompositivo é, em certos casos, uma opção primária e viável para responder à demora do Judiciário¹¹ e à insatisfação causada pela longevidade dos processos ou pelo serviço prestado por seus servidores, criando a cultura da responsabilidade pelos próprios atos e problemas; b) expõe aos assistidos do projeto que eles podem e, em certos casos, devem buscar os meios autocompositivos para solucionar, administrar ou transformar seus conflitos, problemas ou insatisfações sociais, evitando os desgastes causados pelo processo judicial, bem como criando a noção de corresponsabilidade para com a manutenção dos acordos firmados.

O cerne do acesso à justiça não é possibilitar que todos possam ir ao tribunal, mas que a justiça seja realizada no contexto em que se inserem as pessoas. No processo democrático, o acesso à justiça desempenha relevante papel ao habilitar o cidadão a tutelar seus interesses e possibilitar à sociedade a autocomposição pacífica de conflitos (TARTUCE, 2015, p. 77-78).

Quanto aos óbices ao acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 15-27) apontam: a) dificuldade de acesso em razão dos custos ou das condições pessoais das partes; b) dificuldade de proteção de certos interesses, tanto por sua conotação difusa

⁹ Silva, Leal e Jesus (2020) observam que, “quanto maior a desigualdade entre os sujeitos, maior será a interferência estatal para garantir a proteção da autonomia real dos envolvidos no conflito”, problema ou insatisfação social. Ademais, os autores chamam a atenção para o fato de que “nem sempre a via jurisdicional revela-se necessária para a satisfação das necessidades humanas e o acesso à justiça”.

¹⁰ No que se refere à expressão “meios alternativos” ou às palavras “complementar” e “alternativo”, registra-se a controvérsia doutrinária e a possível impropriedade técnica, por valorizar apenas a via jurisdicional. Do mesmo modo, a palavra “adequado” pode implicar igualmente atecnia, prestigiando a via autocompositiva, em detrimento da jurisdicional. Assim, quando se utiliza “alternativa”, entende-se que se está supervalorizando o Judiciário; por outro lado, quando se opta por “adequado”, está-se subvalorizando-o. Portanto, no presente artigo, não se faz opção por esses termos, pois compreende-se que tais meios são igualmente hábeis na promoção do acesso à justiça.

¹¹ Salienta-se que, embora haja uma preocupação com a demora do Judiciário, e essa preocupação tenha dado azo à primeira onda renovatória do acesso à justiça, que busca garantir a duração razoável do processo, princípio presente na CRFB/88 e no Código de Processo Civil (CPC) de 2015, não se pode afirmar que a celeridade é sempre positiva, posto que a razoabilidade da duração do processo não significa necessariamente efetividade, nem que os métodos autocompositivos são uma alternativa à demora do Judiciário por serem mais céleres. O paradigma atual, que será mais adiante exposto, é a busca de uma justiça material, para além do acesso ao Judiciário, é a preocupação com o resultado útil do processo. Além disso, a título de exemplo, metodologias como os círculos de construção de paz, classificadas como autocompositivas, exigem bem mais tempo e esforços dos envolvidos. Logo, não se pode afirmar categoricamente que os meios autocompositivos são necessariamente mais céleres.

na sociedade quanto por sua dimensão diminuta se considerada individualmente, a ponto de desestimular a atuação dos lesados; c) preocupante inter-relacionamento entre as barreiras existentes como fator que dificultava a adoção de medidas isoladas para sanar os problemas.

A primeira onda renovatória de universalização do acesso focou a necessidade de propiciar acesso aos marcados pela vulnerabilidade econômica. Já a segunda buscou reformar os sistemas jurídicos para dotá-los de meios atinentes à representação jurídica dos interesses “difusos”, atuando especialmente sobre conceitos processuais clássicos para adaptá-los à adequada concepção de processo coletivo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 75-90).

A terceira onda preconiza uma concepção mais ampla de acesso à justiça, com a inclusão da advocacia, e uma especial atenção ao conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas nas sociedades (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 75-90). Esta onda renovatória voltou-se para o valor da justiça, isto é, a justiça da decisão, em especial a justiça social, dispensando o apego exagerado às formas e atentando à efetivação dos direitos individuais e coletivos (SILVA, 2017, p. 1088).

É argumento usual entre os processualistas que o movimento mundial de acesso à justiça foi sumarizado em ondas, estudo desenvolvido por Cappelletti e Garth. Após a concretização dos esforços visando a universalização da jurisdição, a prioridade atual aparenta ser a de dar soluções efetivas aos litígios, não bastando, para tanto, apenas possibilitar o acesso à justiça jurisdicional. Então, é necessário que a solução, a administração ou a transformação do conflito, do problema ou das insatisfações sociais sejam efetivas e obtidas em prazo razoável.

Portanto, faz-se necessário que haja mecanismos eficientes de resolução de controvérsias para além da jurisdição. Assim sendo, mais do que a solução (a administração ou a transformação do conflito, do problema ou das insatisfações sociais), é preciso buscar meios pacificadores, superando a mentalidade individualista que marca muitos aspectos do processo civil, para pensarmos mais no bem-estar da sociedade (ZANFERDINI, 2012, p. 240-241).

A mudança de mentalidade deve partir, em especial, das faculdades que formam interpretadores do direito. Estas precisam quebrar o dogma (procedimentos “espartanos”) da cultura demandista, o qual afasta os meios (“atenienses”) autocompositivos de solução, administração e transformação de controvérsias ou os estigmatiza enquanto meios de solução quantitativa e não qualitativa. Tais métodos harmonizam-se com a democracia participativa e com a valorização da cidadania; por isso podem e devem ser difundidos nas faculdades, nos projetos de extensão e na comunidade. O incentivo à utilização desses meios e sua disponibilização a todas as camadas da sociedade contribuem para o fortalecimento da participação do cidadão, que fundamenta a democracia, uma vez que

os indivíduos passam a ter atuação decisiva na resolução de seus conflitos (ZANFERDINI, 2012, p. 247-250).

A adoção de técnicas diferenciadas para lidar com os conflitos exige uma modificação da visão do intérprete do direito, do jurisdicionado e do administrador da justiça. A cultura da sentença instalou-se, preconizando um modelo de solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses pelo Estado-Juiz, substituindo a vontade dos sujeitos envolvidos. Cumpre substituir, paulatinamente, a cultura da sentença (substitutiva) pela cultura da pacificação autônoma (originária). A formação romanística (imperialista) induz a aceitar tão somente o magistrado investido nas funções jurisdicionais como autoridade apta a definir as situações jurídicas, o que acarreta certa perplexidade quando é proposta a adesão às demais formas de solução (administração e transformação) de conflitos (TARTUCE, 2015, p. 93-94).

Ademais, as faculdades não costumam dedicar espaço aos meios autocompositivos, de forma que os estudantes de Direito têm sua mente voltada ao paradigma contencioso, como pode ser observado desde a confecção da grade curricular, que tem como primeira disciplina o processo, sua teoria geral e como lidar com o conflito. Revela-se, portanto, essencial a mudança desse panorama, com a inserção, nas faculdades de Direito, de ampliadas oportunidades para o estudo da autocomposição, até mesmo para culminar em modificações legislativas futuras.

Os meios autocompositivos são pouco utilizados por pelo menos quatro razões: a) arraigada tendência de solução adjudicada pelo juiz; b) preconceito quanto aos meios alternativos, ou melhor, os multiportas; c) falsa concepção de que conciliar é menos nobre do que sentenciar; d) crença de que, para a avaliação de merecimento pelos membros do Tribunal, serão consideradas as boas sentenças proferidas (TARTUCE, 2015, p. 97).

Assim, existem diversos obstáculos à ampla adoção do modelo autocompositivo de abordagem de conflitos, dentre os quais se destacam: a) a formação acadêmica de profissionais do direito, que não contempla tal sistemática; b) a falta de informação sobre a disponibilidade de meios autocompositivos; c) o receio da perda de poder e de autoridade por parte das instituições tradicionais de distribuição de justiça (TARTUCE, 2015, p. 92).

Esses obstáculos dificultam a disseminação dos meios autocompositivos e obscurecem as vantagens de tais meios, dentre as quais se destacam: a) o alívio para o abarrotamento do Judiciário, bem como a tendência a diminuir os custos e a demora dos casos; b) o incentivo ao envolvimento da comunidade (na solução, administração ou transformação do conflito, problema ou insatisfação social); c) o fornecimento de resoluções mais efetivas das disputas; e) a promoção da justiça, do bem-estar e da solidariedade social (SERPA, 1999, p. 83).

Diante do exposto, o objeto do projeto de extensão na comunidade do Una é levar informações e atendimento jurídico àquela comunidade, demonstrando sempre que o acesso à justiça não significa que a solução, a administração ou a transformação da

controvérsia devem vir necessariamente e unicamente por meio de uma sentença. Assim, elucida-se que o acesso à justiça está ligado ao resultado da solução do conflito, no intuito de possibilitar o acesso à ordem jurídica justa, efetivando a promoção da justiça. Portanto, nem todo acesso à justiça passa pelo acesso à jurisdição, uma vez que ambas as formas podem coexistir (SILVA, 2006, p. 559).

Com a delimitação do conceito de acesso à justiça enquanto acesso à cidadania, à participação ativa na resolução, administração ou transformação de conflitos, problemas e insatisfações sociais e à ordem jurídica justa, apresentar-se-ão o relato de duas palestras e atendimentos ofertados no projeto.

4 | RELATO DO EXTENSIONISTA

Salienta-se que, ao iniciar as palestras, sempre se questiona sobre o que é justiça e as formas de ter acesso a ela, quebrando-se o paradigma do Judiciário como principal via de acesso à justiça, defendendo-se os métodos autocompositivos e a resolução autônoma de problemas. Quando se indaga “quem faz justiça”, os ouvintes respondem que é o juiz, o policial, o delegado. A partir desse questionamento, busca-se divulgar a ideia de que todos fazemos justiça, não apenas algumas classes.

Na primeira capacitação ou palestra, buscou-se, mostrar o acesso à justiça por meio do Judiciário, mais especificamente, por meio dos Juizados Especiais Cíveis estaduais. Todavia, sempre se reforçou que aquele é apenas uma das diversas maneiras de se ter acesso à justiça, de se obter uma participação cidadã na resolução, administração ou transformação do conflito, do problema ou da insatisfação social.

Na segunda, abordou-se, de modo mais profundo, a perspectiva expansionista do acesso à justiça, demonstrando-se que a educação, inclusive a promovida pelo ensino superior, constitui um dos meios de se obter o acesso à cidadania, à participação ativa no local onde se vive e às diversas oportunidades de modificar, aprimorar e ressignificar sua vida e a sua comunidade, conforme os relatos que passamos a apresentar.

4.1 Acesso à justiça por meio do Judiciário: Juizados Especiais Cíveis

No dia 9 de maio de 2019, no polo do Perno no bairro do Una em Belém (PA), houve uma palestra sobre o acesso à justiça por meio dos Juizados Especiais Cíveis. Na oportunidade, após perguntar o que seria justiça, explicou-se que o acesso à justiça é um direito assegurado na CRFB/1988. Em seguida, enumeraram-se diversas formas de resolução de conflitos, como, por exemplo, as ouvidorias, as centrais de atendimento ao cliente e o Judiciário. Foi esclarecido que este é tão somente uma das formas de acesso à justiça; antes de “bater à sua porta”, devemos buscar meios mais céleres e, muitas vezes, mais eficazes e menos traumáticos.

Acerca do processo civil, tentou-se construir uma explicação completa, porém

didática, para que todos entendessem, fazendo-se uso de imagens ilustrando o autor da ação “batendo à porta do Poder Judiciário” quando os demais meios foram ineficientes. Após esse momento de descontração, abordou-se o que seriam os juizados especiais cíveis, que surgiram com a CRFB/1988, por meio do art. 98, I, para garantir o acesso à justiça dando maior rapidez à tramitação de processos com menor complexidade, como batidas de carro, produto entregue com defeito ou não entregue, nome inscrito no SPC ou SERASA, serviço não prestado ou mal executado, em que o valor da causa não ultrapasse o teto de quarenta salários-mínimos.

Nos juizados, para possibilitar o acesso à justiça, predomina a simplicidade e a oralidade do procedimento, inclusive autorizando as partes, em causas de até vinte salários-mínimos, a ingressarem no Poder Judiciário desacompanhadas de advogado e a formularem seu pedido oralmente ou por escrito diretamente na Central de Atermação. Após essa explicação, enumeraram-se as formas de acesso ao juizado especial no Estado do Pará.

Ato contínuo, elucidou-se acerca dos documentos necessários para o ingresso de uma ação, bem como o procedimento dos juizados especiais, explicando-se sobre as audiências e as consequências de uma ausência injustificada, os acordos e suas homologações, a sentença e seu cumprimento e as custas processuais. Além disso, enfatizou-se que a litigância de má-fé é terminantemente proibida no Judiciário, podendo acarretar graves sanções contra o autor.

Ao término da palestra, realizou-se o atendimento dos ouvintes. Para tanto, foi levada uma folha com os endereços e telefones da Central de Atermação e Distribuição das Varas dos Juizados Especiais Cíveis de Belém, dos Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito de Belém e Ananindeua e da Defensoria Pública, com um espaço para a especificação dos documentos necessários para ingressar com a demanda e ter seu direito assegurado.

Na ocasião, foram atendidas 6 (seis) pessoas, com diferentes demandas. Alguns exemplos: uma senhora ganhou um terreno na época em que era cuidadora de uma idosa e gostaria de regularizá-lo; uma mulher foi demitida sem aviso prévio, apesar de ter direito a ele; uma mulher estava recebendo ameaças do atual companheiro. Todas as pessoas foram ouvidas, receberam o folheto especificando os melhores locais para ir e ter a sua demanda atendida e orientações sobre como proceder, quais documentos levar e o que pleitear em juízo.

4.2 Acesso à justiça e acesso ao ensino superior

No dia 2 de julho de 2019, no polo do Perno no bairro do Una em Belém (PA), os participantes do projeto assistiram a uma palestra sobre acesso à justiça e acesso ao ensino superior. Na oportunidade, foram apresentadas as formas de ingresso no ensino superior público, o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), e no privado, bem como

os programas de financiamento estudantil, como o Programa Universidade para Todos (Prouni) e o Programa de Financiamento Estudantil (Fies). Apresentou-se, ainda, o sistema de cotas nas universidades públicas, em especial o das universidades federais e estaduais do Pará, e os cursinhos pré-vestibular gratuitos, em especial os localizados em Belém (PA) e em Ananindeua (PA).

Na ocasião, diversos ouvintes contaram sua história de vida ou de conhecidos seus, demonstrando a superação de obstáculos e a conquista de novas oportunidades por meio do acesso à educação superior, a exemplo de uma senhora que, com orgulho, informou a todos que sua filha de dezesseis anos havia passado no vestibular para cursar Fisioterapia na UFPA.

Outra experiência constatada em virtude dos cursos, atendimentos e encaminhamentos realizados no Perno diz respeito à concessão de bolsas em universidades particulares para os beneficiários que conseguiram lograr êxito nos exames admissionais das universidades, como foi o caso de A. J. D. de P., que obteve bolsa para cursar Direito na Universidade da Amazônia, e de D. C. R., que obteve bolsa para cursar Ciência da Computação no Centro Universitário do Pará.

Dessa forma, pode-se observar que a educação é essencial ao desenvolvimento humano e que o acesso a ela é um pré-requisito universal do aprimoramento da autonomia individual (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 270), de forma que a sua ausência gera, por exemplo, o analfabetismo, a miséria e a exclusão de cidadania, que são classificados como sérios prejuízos para a vida digna e cidadã.

A aprendizagem desempenha um papel duplo no aumento da autonomia dos indivíduos: *a priori*, fornece as habilidades linguísticas e práticas, bem como o conhecimento apropriado para permitir que os indivíduos participem com sucesso da sua cultura; *a posteriori*, liberta-os dos limites de suas culturas e fornece-lhes os meios conceituais para avaliá-las à luz do conhecimento sobre as outras práticas culturais (DOYAL; GOUGH, 1994, p. 239).

A educação é direito fundamental, previsto na CRFB/1988 em seus artigos 6.º, 205 e seguintes, e é pressuposto básico na formação do Estado Social e Democrático de Direito. O ensino superior forma opiniões, é agente de transformação política e realiza a inclusão da cidadania. Por meio da educação, o cidadão assume a plenitude de sua dignidade, construindo plena cidadania e acesso à justiça (SILVA, 2010).

Um direito social, como a educação superior, insere-se em um direito humano de acesso à justiça e ao trabalho, pois permite a inserção e a reinserção no mercado de trabalho de pessoas em situação de vulnerabilidade, de egressos do sistema penitenciário e da socioeducação, além de lhes permitir uma maior participação cidadã (SILVA, 2019), visto que o ensino superior fornece conhecimento sobre a realidade em que se vive e forma pessoas para o mercado lícito de trabalho.

Dessa forma, a educação ministrada no ensino superior forma opiniões e garante

oportunidades, sendo, assim, um mecanismo de transformação e de inclusão de cidadania. Essa perspectiva corrobora a hipótese de que o acesso à justiça não se resume ao acesso ao Poder Judiciário, visto que há muitas instituições não judiciais, como as universidades, que permitem o acesso à justiça por meio de diálogo constitucional com as instituições estatais, empresas e ONGs (SILVA, 2016).

A palestra sobre acesso ao ensino superior como forma de acesso à justiça mostrou que a justiça é feita não apenas por juízes, mas por todos os cidadãos e que é possível alcançá-la por meio do conhecimento e do acesso à cidadania, o que permite o conhecimento sobre a realidade em que se vive e a formação das pessoas para o mercado lícito de trabalho. Assim sendo, o acesso à justiça é uma das formas de transformar a sociedade, estando associado ao bem comum, entendido como um conjunto de condições que permite aos indivíduos atingir por si objetivos razoáveis de realização humana (SILVA, 2016, p. 67). Portanto, o acesso à justiça por meio do Judiciário constitui uma entre várias formas de obter e de fazer justiça e de lutar por ela.

5 | CONCLUSÃO

O trabalho desenvolvido no Pernoh objetiva permitir o acesso à justiça aos assistidos pelo projeto por meio de ações que visam garantir a cidadania e a dignidade do público-alvo. Abordando diversos temas relacionados ao acesso à justiça, o Pernoh faz os beneficiários tomarem ciência de seus direitos e apresenta-lhes os mecanismos necessários para garanti-los. Após as palestras, os participantes recebem atendimento jurídico individualizado, tirando suas dúvidas quanto aos mais diversos direitos. Além disso, os beneficiários são encaminhados a diversas instituições que lhes garantem o acesso à justiça.

O Pernoh pauta-se pelo princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, art. 5.º, XXXV, da CRFB/88. Inere-se da leitura do dispositivo constitucional que todos podem recorrer à justiça quando tiverem um direito ameaçado ou lesado. Entretanto, é de extrema necessidade salientar que o acesso à justiça não se restringe ao Judiciário, mas envolve diversas instituições na busca de auxiliar o jurisdicionado. A adoção de técnicas diferenciadas para a solução, a administração e a transformação de conflitos exige uma reforma estrutural da visão do profissional do direito, do jurisdicionado e do administrador da justiça. A cultura demandista necessita dar espaço, sem deixar de existir, à cultura da autocomposição.

Com base nessa mudança de paradigma, o Pernoh oferta diversas palestras, como as proferidas nos dias 9 de maio de 2019 e 2 de julho de 2019, respectivamente sobre acesso à justiça por meio dos Juizados Especiais Cíveis e sobre acesso à justiça e acesso ao ensino superior.

Retoma-se a pergunta-problema que norteou o projeto de extensão e este estudo:

como a capacitação para o acesso à justiça, sob uma perspectiva expansionista, seguida de atendimento e, se necessário, de encaminhamento dos assistidos pelo projeto, pode garantir-lhes melhores oportunidades? É possível afirmar que, ao adotar-se uma visão expansionista de acesso à justiça, também se alarga o horizonte com base na real dimensão do problema e dos atores nele envolvidos, tendo em vista sua solução, sua administração ou sua transformação.

Portanto, conclui-se que o acesso à justiça não significa apenas acesso ao Judiciário. Acesso à justiça implica acesso à cidadania, acesso à participação democrática nos rumos da sua própria vida em comunidade. Logo, tal visão expansionista e realista permite que o cidadão conheça todas as modalidades de resolução, de administração e de transformação de seu conflito, problema ou insatisfação social, garantindo-lhe melhores oportunidades de viver em sociedade, visto que saber lidar com as adversidades da vida favorece a convivência em comunidade.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

DIAS, Renato Duro. Acesso à justiça e educação jurídica: uma percepção imagética do direito. **Repositório Institucional da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, 2014. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/1/5425>. Acesso em: 2 nov. 2019.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **Teoría de las necesidades humanas**. Barcelona: Icaria, 1994.

PAIVA, Luiz de. A diferença entre programas e projetos. **Instituto Jetro**, 2014. Disponível em: <http://www.institutojetro.com/artigos/estrategia-e-planejamento/a-diferenca-entre-programas-e-projetos>. Acesso em: 19 abr. 2020.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, p. 55-66, 2014.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, Adriana Barbosa da. O acesso à justiça realizado pelo ensino superior. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano XXIII, n. 74, mar. 2010.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. A mediação como instrumento de acesso à justiça. **Repertório de Jurisprudência IOB**, São Paulo, p. 556-560, 2006.

SILVA, Sandoval Alves. **Capacitação de acesso à justiça no Projeto Escrevendo e Reescrevendo a Nossa História (PERNOH)**. Projeto de extensão apresentado à Pró-Reitoria de Extensão da Universidade Federal do Pará. Belém: UFPA, 2019.

SILVA, Sandoval Alves da. O (in)acesso à justiça social com a demolidora Reforma Trabalhista. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). **A Reforma Trabalhista e seus impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 1, p. 1075-1103.

SILVA, Sandoval Alves. **O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, Sandoval Alves da; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; JESUS, Thiago Vasconcellos. **Responsabilidade pública ou diálogo deliberativo**: a cooperação como proteção do acesso à justiça, do contraditório e dos direitos fundamentais na solução dos conflitos. 2020. No prelo.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 2, p. 237-253, maio/ago. 2012.

SOBRE O ORGANIZADOR

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista ad hoc de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Ações Afirmativas 5, 6, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 73, 75, 77

C

Conhecimento 2, 5, 4, 47, 48, 74, 94, 142, 152, 153, 196, 201, 209, 211, 212, 218, 220, 244, 245

Constituição 5, 4, 7, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 39, 41, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 62, 63, 64, 67, 68, 75, 88, 91, 96, 104, 144, 152, 159, 161, 162, 168, 169, 171, 172, 175, 196, 197, 206, 209, 238

Cotas 5, 6, 42, 43, 67, 68, 72, 73, 74, 75, 187, 188, 244

Criminalização 5, 7, 91, 100, 101, 103, 104, 127, 132, 146, 147, 148, 154, 162, 164, 168, 171

Criminologia 5, 7, 91, 92, 94, 98, 99, 102, 103, 104, 105

D

Democracia 5, 1, 14, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 28, 29, 30, 39, 40, 47, 60, 72, 138, 152, 153, 154, 158, 161, 162, 223, 240

Direito 2, 5, 1, 2, 14, 15, 20, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 39, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 64, 65, 67, 72, 73, 75, 76, 77, 78, 84, 85, 86, 87, 88, 91, 93, 94, 95, 99, 100, 101, 102, 104, 105, 106, 108, 120, 121, 127, 129, 130, 137, 138, 140, 141, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 154, 156, 157, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 169, 172, 173, 176, 177, 178, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 204, 206, 207, 208, 209, 211, 213, 217, 218, 234, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 248

Direitos Humanos 5, 6, 1, 46, 55, 62, 63, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 87, 88, 89, 238, 247, 248

E

Empatia 2, 5

Experiência 2, 5, 2, 15, 16, 27, 48, 70, 84, 182, 244

F

Fake News 5, 7, 146, 147, 148, 150, 156, 162, 163, 165

G

Grupos Criminais 7, 127, 128, 129, 130, 137

H

Humanização 5, 7, 140, 143, 144

I

Improbidade Administrativa 5, 7, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178

Inclusão 44, 45, 48, 74, 75, 76, 86, 92, 118, 123, 172, 212, 234, 235, 237, 240, 244, 245

J

Justiça 5, 8, 31, 43, 44, 45, 49, 71, 73, 74, 79, 80, 82, 84, 87, 88, 90, 94, 97, 103, 105, 117, 122, 130, 131, 134, 138, 140, 145, 174, 202, 203, 220, 233, 234, 235, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247

L

Liberdade Religiosa 5, 6, 43, 50, 51, 52, 55, 59, 60, 61, 62, 63, 64

O

Organização Criminosa 110, 118, 119, 121, 123, 124, 125

P

Pena 25, 53, 63, 92, 94, 95, 100, 105, 132, 133, 140, 141, 145, 152, 155, 156, 158, 160, 162, 163, 196

Poder 5, 7, 8, 3, 8, 9, 10, 11, 14, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 43, 44, 46, 47, 48, 58, 59, 62, 64, 71, 73, 75, 77, 80, 87, 94, 96, 98, 104, 112, 113, 131, 133, 142, 148, 149, 160, 168, 170, 171, 173, 175, 176, 178, 180, 192, 195, 197, 200, 206, 209, 210, 212, 220, 221, 222, 223, 226, 227, 229, 230, 231, 234, 237, 238, 241, 243, 245

Poder Público 7, 59, 80, 142, 173, 195, 197, 206, 223

Princípios 5, 2, 3, 4, 6, 8, 13, 15, 25, 31, 43, 45, 46, 64, 67, 68, 69, 71, 72, 76, 95, 99, 100, 101, 102, 106, 107, 108, 120, 141, 142, 143, 144, 159, 161, 162, 164, 170, 172, 173, 178, 181, 197, 205, 206, 213, 214

Proteção de Dados 5, 8, 209, 213, 214, 215, 216, 217, 218

R

Regulação 5, 53, 141, 173, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 192, 194, 213

Relato 5, 242

S

Situação de Rua 5, 6, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 128

T

Transexuais 6, 67, 68, 70, 71, 72, 73, 76, 77

Travestis 6, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 76, 77

Conhecimento, Experiência e Empatia:

A Envoltura do Direito

-  www.atenaeditora.com.br
-  contato@atenaeditora.com.br
-  [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
-  www.facebook.com/atenaeditora.com.br

Conhecimento, Experiência e Empatia:

A Envoltura do Direito

-  www.arenaeditora.com.br
-  contato@arenaeditora.com.br
-  [@arenaeditora](https://www.instagram.com/arenaeditora)
-  www.facebook.com/arenaeditora.com.br