

CIÊNCIAS JURÍDICAS e DIREITO



Abordagens e Estudos

Jader Silveira (Org.)


Editora
REALCONHECER

1
2023

CIÊNCIAS JURÍDICAS e DIREITO



Abordagens e Estudos

Jader Silveira (Org.)


Editora
REALCONHECER

1
2023

© 2023 – Editora Real Conhecer

editora.realconhecer.com.br

realconhecer@gmail.com

Organizadores

Jader Luís da Silveira

Resiane Paula da Silveira

Editor Chefe: Jader Luís da Silveira

Editoração e Arte: Resiane Paula da Silveira

Capa: Freepik/Real Conhecer

Revisão: Respectiveos autores dos artigos

Conselho Editorial

Ma. Tatiany Michelle Gonçalves da Silva, Secretaria de Estado do Distrito Federal, SEE-DF

Ma. Jaciara Pinheiro de Souza, Universidade do Estado da Bahia, UNEB

Dra. Náyra de Oliveira Frederico Pinto, Universidade Federal do Ceará, UFC

Ma. Emile Ivana Fernandes Santos Costa, Universidade do Estado da Bahia, UNEB

Me. Rudvan Cicotti Alves de Jesus, Universidade Federal de Sergipe, UFS

Me. Heder Junior dos Santos, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP

Ma. Dayane Cristina Guarnieri, Universidade Estadual de Londrina, UEL

Me. Dirceu Manoel de Almeida Junior, Universidade de Brasília, UnB

Ma. Cinara Rejane Viana Oliveira, Universidade do Estado da Bahia, UNEB

Esp. Jader Luís da Silveira, Grupo MultiAtual Educacional

Esp. Resiane Paula da Silveira, Secretaria Municipal de Educação de Formiga, SMEF

Sr. Victor Matheus Marinho Dutra, Universidade do Estado do Pará, UEPA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S5871 Silveira, Jader Luís da
Ciências Jurídicas e Direito: Abordagens e Estudos - Volume 1 /
Jader Luís da Silveira (organizador). – Formiga (MG): Editora Real
Conhecer, 2023. 181 p. : il.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-84525-59-7
DOI: 10.5281/zenodo.7726621

1. Ciências Jurídicas. 2. Direito. 3. Jurisprudência. 4. Justiça. 5.
Constituição. I. Silveira, Jader Luís da. II. Título.

CDD: 346.012
CDU: 347.96

Os artigos, seus conteúdos, textos e contextos que participam da presente obra apresentam responsabilidade de seus autores.

Downloads podem ser feitos com créditos aos autores. São proibidas as modificações e os fins comerciais.

Proibido plágio e todas as formas de cópias.

Editora Real Conhecer
CNPJ: 35.335.163/0001-00
Telefone: +55 (37) 99855-6001
editora.realconhecer.com.br
realconhecer@gmail.com
Formiga - MG
Catálogo Geral: <https://editoras.grupomultiatual.com.br/>

Acesse a obra originalmente publicada em:
<https://editora.realconhecer.com.br/2023/03/direito-1.html>



AUTORES

**AMANDA BARROS MELO
ANA CAROLINE NUNES DOS SANTOS GUIMARÃES
ANTONIO DE PAULA PEDROSA
BRUNA DE SILLOS
FLAVIANE DA SILVA ASSOMPÇÃO
FRANCISCO JANIELSON NEGREIROS DE MORAES
JULIANA CANDIDO FILIPIN
LETÍCIA PEREIRA DE ALVARENGA TAVARES
LUCIANA GASPAR MELQUÍADES DUARTE
LUDMILA DE AZEVEDO FOGAÇA
MICHELE DA SILVA ALVES
NÁDIA DE JESUS QUARESMA RODRIGUES
NAYARA TOSCANO DE BRITO PEREIRA
PERLLA DE ALMEIDA BARBOSA PEREIRA
REGINA MARIA DE SOUZA
RUBENS BEÇAK
VANESSA SANTOS DO CANTO
YANDRA SOFIA TRINDADE SANTOS
YURAN QUINTÃO CASTRO**

APRESENTAÇÃO

O Direito contribui para fortalecer o entendimento dos valores morais da sociedade, por que é por meio dele, que esses valores morais são detalhados e positivados. O Direito tem influência educativa, moldando as opiniões e as condutas individuais (A Função Social do Direito, por Ana Gláucia Lobato Siqueira Campos Gomes).

Já a Justiça, em todo o mundo, reflete a necessidade dos povos em dar fim aos conflitos de interesses. Por este motivo, se faz de extrema necessidade a criação de normas, regras e meios que possibilitem a concretização dessa Justiça. Oferecer o acesso à Justiça no âmbito das relações não pode ser simplesmente a disponibilidade do Poder Judiciário, mais que isso, é fundamental disponibilizar meios, formas e condições para que se efetive o acesso a ela em todas as suas formas, possibilitar que o titular do Direito tenha o seu bem jurídico, que foi lesado ou ameaçado, satisfeito, inobstante qualquer condição que possa vir a ser um entrave à essa efetivação, como bem ensina Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 15-29).

O objeto da Ciência Jurídica é o conhecimento do Direito. O jurista desenvolve o seu estudo em torno do conhecimento do Direito (Maria Helena Diniz, A ciência jurídica. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2). A Ciência Jurídica torna o Direito viável, como um fenômeno social, a Ciência Jurídica também tem a sua função social.

A Ciência Jurídica para Maria Helena Diniz exerce funções relevantes não apenas para o estudo do Direito, como também para a aplicação jurídica. Torna o direito viável como elemento de controle do comportamento humano. Permite flexibilidade interpretativa das normas e propicia adequação das normas no momento de sua aplicação. A Ciência do Direito procura auxiliar os aplicadores do Direito procurando enunciar logicamente respostas aptas a solucionar os problemas jurídicos sem causar perturbação social.

A obra apresenta trabalhos com a Temática Ciências Jurídicas e Direito: Abordagens e Estudos, a interação do indivíduo com a sociedade, seus direitos e deveres, bem como nos traz reflexões para pesquisadores, estudantes e a própria comunidade, pensando em diferentes formas de transformar e melhorar a nação.

SUMÁRIO

Capítulo 1 “OLHOS QUE CONDENAM” À LUZ DA NECROPOLÍTICA NO BRASIL: DEIXAR MORRER OU APRISIONAR CORPOS? <i>Ludmila de Azevedo Fogaça; Yandra Sofia Trindade Santos</i>	9
Capítulo 2 A EDUCAÇÃO PATRIMONIAL ANTIRRACISTA NO ENSINO SUPERIOR E O DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS <i>Vanessa Santos do Canto</i>	34
Capítulo 3 APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA EM ESQUEMAS DE PIRÂMIDES FINANCEIRAS <i>Juliana Candido Filipin; Regina Maria de Souza</i>	54
Capítulo 4 A PROTEÇÃO INTERAMERICANA DO DIREITO À SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA <i>Letícia Pereira de Alvarenga Tavares</i>	66
Capítulo 5 AS IMPLICAÇÕES DA INTERNET PARA A PARTICIPAÇÃO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA <i>Rubens Beçak; Bruna de Sillos</i>	88
Capítulo 6 A POSTURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA À LUZ DA TEORIA CONSEQUENCIALISTA <i>Luciana Gaspar Melquíades Duarte; Yuran Quintão Castro</i>	103
Capítulo 7 DIREITOS SOCIAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO: COMO FORMA DE AMPARO A POPULAÇÃO <i>Amanda Barros Melo; Nádia de Jesus Quaresma Rodrigues; Perlla de Almeida Barbosa Pereira</i>	112
Capítulo 8 OS GOLPES VIRTUAIS NA PANDEMIA DA COVID-19 E O DIREITO FUNDAMENTAL A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL <i>Ana Caroline Nunes dos Santos Guimarães; Antonio de Paula Pedrosa; Flaviane da Silva Assompção</i>	136
Capítulo 9 A SERENDIPIDADE: (IN)APLICÁVEL NOS PROCESSOS PENAIIS QUANDO LOGRADA POR INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS MACULADA DE ABUSO DE AUTORIDADE <i>Francisco Janielson Negreiros de Moraes; Nayara Toscano de Brito Pereira</i>	148

Capítulo 10 POLÍCIA JUDICIÁRIA MODELOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL E NO MUNDO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A EFETIVIDADE REAL <i>Michele da Silva Alves</i>	165
--	------------

AUTORES	177
----------------	------------

Capítulo 1
**“OLHOS QUE CONDENAM” À LUZ DA NECROPOLÍTICA
NO BRASIL: DEIXAR MORRER OU APRISIONAR
CORPOS?**

Ludmila de Azevedo Fogaça
Yandra Sofia Trindade Santos

“OLHOS QUE CONDENAM” À LUZ DA NECROPOLÍTICA NO BRASIL: DEIXAR MORRER OU APRISIONAR CORPOS?

Ludmila de Azevedo Fogaça

Graduanda em direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Brumado, BA, Brasil.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3069658471584396>. Email:

*ludmila.academico@gmail.com. Integrante do Laboratório de Pesquisa em Filosofia,
Direito e Audiovisual (LAPEFIDA/CNPq), associado à Rede de Direito e Literatura.*

Yandra Sofia Trindade Santos

Graduanda em direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Brumado, BA, Brasil.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6051826951926826>. Email: santos.yst@gmail.com.

*Integrante do Laboratório de Pesquisa em Filosofia, Direito e Audiovisual
(LAPEFIDA/CNPq), associado à Rede de Direito e Literatura.*

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar a obra fílmica “Olhos que Condenam” (2019) no tocante ao aprisionamento de corpos negros, haja vista a mitigação dos direitos fundamentais a esse segmento social. Nessa acepção, aborda-se a conceitualização da necropolítica, teorizada pelo filósofo Achille Mbembe, no que tange à criminalização de corpos racializados e a violência institucional programada. Nesse sentido, relaciona-se a narrativa retratada na minissérie às formas de “deixar morrer” consumadas pelo Estado brasileiro. Isto é, busca-se correlacionar adulterações arbitrárias em processos penais abordados na obra ao sistema penitenciário brasileiro que, tal qual o enredo, por vezes, viola a integridade física e moral de indivíduos acerca de questões raciais. Ademais, esta pesquisa é fruto do relato de experiência realizado durante as atividades do Laboratório de Pesquisa em Filosofia, Direito e Audiovisual (LAPEFIDA) na Universidade do Estado da Bahia, campus XX - Brumado. Trata-se de um estudo qualitativo e bibliográfico, de caráter indutivo, exploratório e explicativo, na medida em que correlaciona as reflexões do cinema com conceitos filosóficos. Por isso, fez-se uso de tais autores basilares: Foucault (2020), Mbembe (2018) e Cirino do Santos (2020). Dessarte, pretende-se promover uma análise interseccional em torno do sistema carcerário brasileiro à luz de uma estrutura social racista.

Palavras-chave: Racismo estrutural. Olhos que Condenam. Necropolítica. Sistema carcerário. Direitos Humanos.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the *"When They See Us"* (2019) miniseries regarding the imprisonment of black bodies, given the mitigation of fundamental rights to this social segment. This article addresses the conceptualization of necropolitics, theorized by the philosopher Achille Mbembe, regarding the criminalization of racialized bodies and programmed institutional violence. In this sense, the narrative the miniseries portrays is related with forms of "letting die" consummated by the Brazilian State. That is, we seek to correlate arbitrary tampering in criminal proceedings addressed in the work to the Brazilian prison system that, like the plot, sometimes violates the physical and moral integrity of individuals over racial issues. This research is the result of an experience report carried out during activities of the Laboratório de Pesquisa em Filosofia, Direito e Audiovisual (LAPEFIDA) in Universidade do Estado da Bahia, campus XX - Brumado. This is qualitative and bibliographical study, of inductive, exploratory and explanatory nature, insofar as it correlates the reflections of cinema with philosophical concepts. Therefore, it was made use of such authors: Foucault (2020), Mbembe (2018), and Cirino dos Santos (2020). Thus, it is intended to promote an intersectional analysis around the Brazilian prison system in the light of a racist social structure.

Keywords: Structural racism. When They See Us. Necropolitics. Prison system. Human rights.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em uma análise que correlaciona uma pesquisa bibliográfica à obra cinematográfica "Olhos que Condenam" (2019), intitulada originalmente como *"When They See Us"*. A minissérie de quatro episódios (296 minutos) foi dirigida por Ava DuVernay, produzida pela Tribeca Productions e Harpo Films, bem como distribuída pela plataforma de streaming Netflix. Em síntese, a obra estadunidense, estreada no Brasil em 2019, é baseada no caso verídico dos "Cinco do Central Park" e expõe a trajetória de cinco garotos negros, pobres e moradores de regiões periféricas acusados de crimes sexuais contra a corredora Trisha Meili; os jovens, de 14 a 16 anos de idade, enfrentam um julgamento a partir de falsas acusações e provas forjadas.

Destarte, dentre os quatro episódios, dá-se enfoque no primeiro, no segundo e no quarto episódio, os quais expõem o contexto dos fatos, retratam a sentença atribuída a cada jovem, e, por fim, compartilham a vivência de Korey Wise, respectivamente. Outrossim, esta pesquisa é resultado de um relato de experiência realizado durante as atividades do Laboratório de Pesquisa em Filosofia, Direito e Audiovisual (LAPEFIDA) na Universidade do Estado da Bahia, campus XX - Brumado. Trata-se de um estudo qualitativo e bibliográfico, de caráter dedutivo, exploratório e explicativo, na medida em

que correlaciona as reflexões do cinema com conceitos filosóficos. Por isso, fez-se uso de tais autores basilares: Foucault (2020), Mbembe (2018) e Cirino do Santos (2020).

Em suma, por ser uma análise cinematográfica, o objetivo deste artigo é esmiuçar o regime de visualidade, ou seja, explorar a política visual adotada para representar o mundo visível presente na trama. Nesse aspecto, a priori, busca-se identificar os elementos que compõem a construção imagética-discursiva e, por fim, pô-los em evidência numa discussão sobre os fatos narrados em um parâmetro com a realidade brasileira. Nessa perspectiva, tem-se “Olhos que Condenam” (2019) como uma ferramenta de denúncia para o que está posto socialmente à comunidade negra: a marginalização social, a mitigação de direitos, o racismo e a necropolítica.

A princípio, explora-se obras foucaultianas, no que concerne às categorias do poder disciplinar e do biopoder, com intuito de compreender o processo de docilização dos corpos efetuado pelo Estado e sua política de controle, ou não, dos processos biológicos. Desta feita, utiliza-se estes conceitos para investigar a lógica lucrativa presente nos espaços de poder, bem como sua relação com a subordinação de segmentos da sociedade à estrutura socioeconômica capitalista. Em consonância a isso, analisa-se a prática do poder disciplinar e do biopoder como fundamento para a conceitualização de necropolítica, categoria teorizada pelo filósofo Achille Mbembe. Para o autor, a segregação racial e a política de morte atuam como arcabouço para a lógica estruturante da domesticação de corpos e do controle da espécie.

Nessa acepção, verifica-se a estrutura estatal e os seus instrumentos de poder como mecanismo de criminalização de corpos racializados, o qual perfaz-se através da violência institucional reproduzida contra segmentos sociais historicamente marginalizados, a fim de mantê-los em posições secundárias. Nesse aspecto, ao analisar o processo de exploração e subjugação de corpos negros na sociedade brasileira, observa-se a manutenção da ideologia racista através de dispositivos de dominação e violência incrustados na configuração social hodierna. Haja vista as falhas dos processos penais jurídicos e do sistema penitenciário, correlaciona-se a obra cinematográfica analisada à lógica lucrativa das prisões e as violações penais para com a comunidade negra, bem como a perpetuação da ideologia racista através destes meios. Em síntese, analisa-se a problemática por meio da violação dos princípios penais e da legislação constitucional brasileira, bem como, aborda-se os tratados internacionais, a fim de contextualizar a arbitrariedade retratada na obra fílmica com a realidade do Direito brasileiro.

BIOPODER E NECROPOLÍTICA: DEIXAR VIVER OU FAZER MORRER?

O filósofo francês Michel Foucault, em suas obras História da sexualidade I (1988) e Em Defesa da Sociedade (1999), aborda o exercício do poder através das categorias de biopoder e poder disciplinar, enquanto que, na obra Vigiar e Punir (2020), o autor dissecou, a partir de uma análise genealógica, sobre como se desenvolveu a construção do poder disciplinar e do sistema penal europeu. De acordo com a teoria foucaultiana, deve-se entender o exercício de poder na história, para, enfim, compreender suas ramificações supracitadas. Sobretudo na Idade Medieval, tem-se o período marcado por um governo monárquico, no qual o soberano centralizava em si o poder e todas as decisões políticas. Nesta seara, caberia ao detentor do poder proteger seu reinado de possíveis ameaças externas e internas e, simultaneamente, controlar o direito à vida dos seus súditos, a qual, a partir de então, é determinada como propriedade. Em suma, o monarca poderia “deixar viver” ou “fazer morrer”, ou seja, retirar, ou não, a vida de quem descumprisse sua lei, como também permitir a morte de seus súditos em nome da defesa do reino. Assim,

[...] o poder se exercia essencialmente como instância de confisco, mecanismo de subtração, direito de se apropriar de uma parte das riquezas: extorsão de produtos, de bens, de serviços, de trabalho e de sangue imposta aos súditos. O poder era, antes de tudo, nesse tipo de sociedade, direito de apreensão das coisas, do tempo, dos corpos e, finalmente, da vida; culminava com o privilégio de se apoderar da vida para suprimi-la. (FOUCAULT, 1988, p. 128).

Em contrapartida, no que concerne este período, a lógica estruturante dos mecanismos de poder, a partir da época clássica no ocidente, transformou o “confisco” de bens em uma peça de controle dentre as demais. Ou seja, tal lógica não girava a engrenagem do poder, visto que a principal função deste era o controle, a vigilância e a “[...] organização das forças que lhe são submetidas: um poder destinado a produzir forças, a fazê-las crescer e a ordená-las mais do que a barrá-las, dobrá-las ou destruí-las.” (FOUCAULT, 1988, p. 128). Nesse sentido, no que sucedeu do início do século XVII até a metade do XVIII, o direito de morte se ressignifica como aparelho de controle que se apoia em gerar a vida e prolongá-la, ou não. Vê-se, aqui, duas funções do poder propostas por Foucault (1988): corpo-máquina e corpo-espécie. Ora,

O primeiro a ser formado, [...] centrou-se no corpo como máquina: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração

em sistemas de controle eficazes e econômicos — tudo isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as disciplinas: anátomo-política do corpo humano. O segundo [...] centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: [...] os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controles reguladores: uma bio-política da população. (FOUCAULT, 1988, p. 131).

A primeira concepção conceitualizada diz respeito ao poder disciplinar dos corpos, o qual tem como função social controlá-los para fazê-los seguirem as normas e leis impostas socialmente e, assim, dominar suas forças e torná-las úteis à proposta neoliberal (FOUCAULT, 1988, p. 132). Em tese, a segunda ideia corresponde ao biopoder, isto é, a lógica criada pelo Estado para regular os processos biológicos do corpo e oferecer o que o mercado e o Estado desejam. No primeiro, tem-se o exercício do poder destinado a um indivíduo, uma vez que, ao não cumprir o que está posto, o indivíduo é submetido à lógica do sistema penal da sociedade em que vive. Já o segundo atinge o coletivo, visto que toda a espécie será submetida ao que for decidido pelo Estado. Nota-se, por exemplo, que propostas estatais que visam o aumento do controle de natalidade, ou sua diminuição, referem-se ao exercício da biopolítica, pois o Estado deseja prolongar, ou reduzir, a vida dos seus cidadãos, para que, enfim, possa exercer sua outra função do poder: controle e domínio das forças do indivíduo - o poder disciplinar. A partir disso, percebe-se a relação de codependência dessas categorias de poder para seu funcionamento.

Em suma, verifica-se que um dos aparelhos de dominação e segregação do Estado se dá a partir da divisão de raças, uma vez que se busca a ordem e o controle sobre os componentes da sociedade; quem não se enquadra ao perfil do dominante, não faz parte da unidade do corpo social que deve ser protegido pelo Estado. Surge, então, na obra “Em defesa da sociedade” (1999), a conceitualização de racismo por Foucault, o qual se torna um engrenamento fundamental para o exercício do poder estatal. Nessa perspectiva, cabe ao Estado lutar para perpetuar a proliferação de uma raça considerada “ideal” e “civilizada” e, através disso, surgem os conflitos em torno da eugenia, os quais se manifestam a partir de um ódio ao diferente, isto é, repulsa às raças que divergem do que está posto como referência, o que culmina na criminalização destes determinados segmentos sociais. Para Santos,

Michel Foucault trata da raça como uma política de Estado, pois o biopoder tende a controlar o corpo transformando em corpos dóceis e

úteis. Aqueles que não se transformam e apresentam essas características são os indesejáveis, mas também temos os que são vistos como perigosos para o sistema. E por fim, aqueles que não são desejáveis como ocorreu na Alemanha durante o Estado nazista. Os não desejáveis foram perseguidos, torturados e grande parte exterminados (SANTOS, 2021, p. 223).

Nessa mesma perspectiva, Mbembe (2018), em sua obra “Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte”, afirma que “na economia do biopoder, a função do racismo é regular a distribuição da morte e tornar possíveis as funções assassinas do Estado.” (MBEMBE, 2018, p. 18). Neste enquadramento, questiona-se o conceito deturpado de soberania a partir do biopoder, pois o Estado procura velar a tentativa de transformar o poder estatal em um aparelho responsável pela manutenção dos antagonismos sociais e, conseqüente a isso, pela racialização dos corpos. Para Mbembe (2018, p. 18), “Segundo Foucault, ‘essa é a condição para aceitabilidade do fazer morrer’.”¹.

Destarte, Foucault (1999) complementa sua tese afirmando que o biopoder resultaria da capacidade que o Estado tem de “matar ou deixar morrer” quem está sob seu domínio. Ao trazer tal fato para a lógica do Estado Moderno, o autor postula que o Estado Nazista foi a experiência mais complexa da biopolítica por compelir três características: ser um Estado racista, assassino e suicidário. Em suma, este Estado “é visto como aquele que abriu caminho para uma tremenda consolidação do direito de matar, que culminou no projeto de ‘solução final’.” (MBEMBE, 2018, p. 19). Para Mbembe (2018), o maior marco histórico de extrapolação biológica do conceito de inimigo não foi concebido nesse período, tal como Foucault postulou, mas sim, na escravidão em que os corpos explorados perderam completamente sua humanidade e identidade, ao passo que se transformaram em mercadoria dos seus senhores, isto é, “a vida do escravo, em muitos aspectos, é uma forma de morte-em-vida.” (MBEMBE, 2018, p. 29).

Isto posto, o homem branco, no período da escravidão, acostumou-se tanto com a ideia da população negra como sua subordinada que não a considerava enquanto “humana”, mas sim, animais a serem dominados com uso extremo da violência. Desta feita, a ação do colonizador se fez a fim de justificar a violência exercida e, desse modo, não criar nenhum sentimento de sensibilidade para com a realidade vivenciada por este povo tido como subalterno. Nesse ponto de vista, a racialização dos corpos negros agiu

¹ A obra “Defesa da Sociedade”, do autor Michel Foucault, é referenciada na citação em questão, em seu texto original.

como forma de legitimar uma segregação biológica que visava expulsá-los da humanidade; ou seja, levá-los à morte social. De acordo com Mbembe, a soberania do Estado foi estruturada como aparato para institucionalizar a violência, para que, desta forma, pudesse confrontar determinada população de forma desigual. Ou seja, segundo o autor, a guerra contra o colonizado não era vista como legítima, e sim, como adestramento, ou, até mesmo, apagamento da população dominada.

Por esse viés, a parcela da sociedade que, a priori, pertencia ao grupo social colonizado, viu-se permanentemente num estado de exclusão e secundarização. Isto é, o Estado mantém a imagem animalésca e selvagem sobre um segmento da sociedade que precisa ser enclausurado abaixo da cultura do dominador. Em síntese, para manter a hegemonia e a subjugação do colonizado, cria-se a figura do inimigo da nação, ora, aquele que precisa ser contido. Após a criminalização das práticas de escravidão, produz-se um mecanismo estrutural capaz de docilizar e impedir estes corpos negros de serem protagonistas de um poder estatal. Assim,

O imaginário em torno do negro criminoso representado nas novelas e nos meios de comunicação não poderia se sustentar sem um sistema de justiça seletivo, sem a criminalização da pobreza e sem a chamada “guerra às drogas”, que, na realidade, é uma guerra contra os pobres e, particularmente contra as populações negras. Não seria exagero dizer que o sistema de justiça é um dos mecanismos mais eficientes na criação e reprodução da raça e de seus múltiplos significados. Ademais, a própria indiferença teórica sobre a desigualdade social nos campos políticos e econômicos é fundamental para constituir um imaginário racista, pois, assim, sem críticas ou questionamentos, a discriminação racial ocorrida nas relações concretas aparecerá à consciência como algo absolutamente “normal” e corriqueiro (ALMEIDA, 2021, pp. 66-67).

Ademais, a violência justificada, de alguma forma, por um poder que escolhe um culpado, aparenta ser aceitável e passível quando aplicada de forma velada, na qual não há exatamente uma tortura direta e visível. Nesse sentido, a partir da escolha de um inimigo comum, aplica-se uma forma de suplício e sofrimento como uma resposta plausível e ilibada ao estereótipo do vilão que ataca o bem jurídico, sobre o qual a violência não surpreende e, tampouco, compadece a sociedade. Isso se estende ainda mais quando cria-se o ideário de que sempre se deve ter medo de algo e, a partir disso, a política do medo, citada por Žižek (2014, p. 50), torna a opressão ao outro como forma de proteger a si mesmo. Ora, cria-se a imagem do agressor, do indivíduo violento e propenso a desestabilizar a paz social. Em suma, percebe-se que, ao sucumbir parte da sociedade a

partir da criminalização de sua cultura e raça de forma enrustida, é mais “humanamente razoável” controlá-los e torná-los inimigos do que escravizá-los ou violentá-los diretamente; criam-se justificativas para argumentar a morte e o aprisionamento de grupos sociais tidos como selvagens.

Mais radicalmente, o horror experimentado sob a visão da morte se transforma em satisfação quando ela ocorre com o outro. É a morte do outro, sua presença física como um cadáver, que faz o sobrevivente se sentir único. E cada inimigo morto faz aumentar o sentimento de segurança do sobrevivente (CANETTI, 1995 apud MBEMBE, 2018, p. 62).

Nesse sentido, a morte é materializada como meio de aniquilar o “mal” e estabelecer o controle político, “Por isso, “a raça é, do ponto de vista político, não o começo da humanidade mas o seu fim [...], não o nascimento natural do homem mas a sua morte antinatural.” (ARENDDT, 2012 apud MBEMBE, 2018, p. 18). Em síntese, percebe-se o fato de que a guerra contra o inimigo comum do estado e sociedade se faz, a priori, através de uma violência unilateral, uma vez que o indivíduo com poderio, ao ser “civilizado” dentro do corpo social, dispõe de instrumentos de dominação minuciosamente construídos para subjugar o explorado.

Além dos mecanismos de segregação citados por Mbembe, como “subjugação do corpo, regulamentações médicas, darwinismo social, eugenia, teorias médico-legais sobre hereditariedade, degeneração e raça.” (MBEMBE, 2018, p. 32), houve também a incriminação arbitrária de pessoas negras, ao transformá-las em criminosos em potencial. Para Silvio de Almeida, em “Racismo Estrutural” (2021), a engrenagem dessa opressão é fruto de um produto do imaginário social criado pela ideologia, “a ideologia é, antes de tudo, uma prática (...). O racismo é uma ideologia.” (ALMEIDA, 2021, pp. 66-67) e molda o inconsciente, visto que legitima práticas sociais concretas que são reforçadas a todo momento pelos meios de comunicação, pela indústria cultural e pelo sistema educacional.

Dentre os muitos mitos criados no inconsciente social, destacam-se: o mito da “democracia racial” e o mito da “inferioridade africana”. Em um, tem-se o preceito de que há uma harmonia entre as raças durante a convivência no cotidiano, o qual permitiria a todos as mesmas oportunidades e espaços vividos, sem haver nenhum conflito, seja ele de cunho ideológico, cultural, político ou religioso. Já o segundo, diz respeito à ideia implementada com a ciência racista do século XVIII, a qual hierarquizava raças entre superiores e inferiores, criando-se, assim, uma escala de civilizado e desenvolvido. Além dessas invenções que buscavam justificar a dominação sobre os corpos negros, Abdias

Nascimento (2016, pp. 63-64) ressalta o mito da igreja católica de humanização dos povos negros nos períodos de colonização, bem como a ideia do colonizador como agente benevolente, o qual estaria civilizando o que era considerado como selvagem e ameaçador. Nesse aspecto, no topo, tinha-se o europeu e, na base, associados a animais irracionais, a população negra. Esta última deveria ser grata aos seus opressores por aniquilar suas identidades e humanidade, e por ofertar violências em prol desse “adestramento comportamental”.

Percebe-se que, para a comunidade negra, restou a “morte em vida”; sua cultura não é vista como aceitável pelo social, na medida em que o padrão proposto pela mídia é a cultura do homem branco. Por outro lado, seu corpo-máquina é alvo das mais generalizadas violências e, quando não é morto pela omissão do Estado de “deixar morrer”, ele é aprisionado para “deixá-lo viver” e, assim, cumprir a função de mão de obra dominada e explorada dentro das lógicas das prisões no sistema econômico capitalista. Portanto, a partir do cenário político e econômico vigente, os corpos negros servem apenas para fornecer lucro e, do contrário, são descartados sem qualquer comoção no imaginário social, visto que a ideologia reforça a ideia da comunidade negra como inferior e indigna do processo de humanização.

PRISÕES BRASILEIRAS: “DEIXAR VIVER” E A LÓGICA DO LUCRO

Com a ordem estruturante da sociedade hodierna, questiona-se o “deixar viver”, isto é: quando lhe restam a vida, os corpos negros vivem ou adentram em outra lógica de controle dos seus corpos-máquina? De acordo com Juarez Cirino dos Santos (2020), ao seguir a teoria foucaultiana, a prisão é um dos aparatos responsáveis pela docilização e disciplinarização de indivíduos dentro do sistema capitalista. Segundo o autor, o Estado consegue praticar seu exercício de poder a partir da “retribuição equivalente” (SANTOS, 2020, p. 467) de determinado crime cometido ao enclausurar o infrator por um intervalo específico de tempo, o qual equivale à punição imposta. Dentro da estrutura do encarceramento, há, portanto, mecanismos de transformação do sujeito punido de forma que este, ao mesmo tempo, possa contribuir para a lógica capitalista vigente; ora, o indivíduo exerce atividades lucrativas para o Estado sob total vigilância e obediência.

Segundo Foucault, em “Vigiar e Punir” (2020), a execução pública foi, gradativamente, se extinguindo após severas retaliações, haja vista que o ordenamento

jurídico deveria seguir o raciocínio de que “o essencial é procurar corrigir, reeducar e curar” (FOUCAULT, 2020, p. 15), ao ocasionar, desta forma, no domínio indireto sobre os corpos. Ou seja, inclina-se ao investimento em políticas que visem atingir o corpo, sem ao menos tocá-lo. A partir disso, a disciplina se configura como “[...] técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício” (FOUCAULT, 2020, p. 167). Nesse sentido, a prisão serviria como método disciplinar de transformar o indivíduo transgressor à mão-de-obra ideal ao sistema econômico capitalista. Portanto,

O corpo se encontra aí em posição de instrumento ou de intermediário: qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento, pelo trabalho obrigatório visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem. Segundo essa penalidade, o corpo é colocado num sistema de coação e privação, de obrigações e interdições. O sofrimento físico, e a dor do corpo não são os elementos constitutivos da pena. O castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis à economia de direitos suspensos. Se a justiça tiver ainda de manipular e tocar o corpo dos justicados, tal se fará à distância, propriamente, segundo regras rígidas e visando um objetivo bem mais elevado (FOUCAULT, 2020, p. 16).

Consoante a isso, Cirino dos Santos (2020) apresenta os recursos para um bom adestramento, são eles: a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame. A vigilância hierárquica, segundo o autor, se faz no mecanismo capaz de incrustar no imaginário social a ideia de quem deve se submeter aos meios de coerção; nesse sentido, divide-se os indivíduos em dois polos: quem aplica a pena e, do outro lado, o sujeito que deve se submeter à regra. A sanção normalizadora, de forma concreta, se revela como um aparelho do sistema penal responsável por difundir as regras e as punições a serem aplicadas diante do seu descumprimento. Já o exame, por fim, institucionaliza a ação do poder diretamente à manutenção das normas impostas na sociedade a partir de uma avaliação de quem deve, ou não, ser punido, para, por fim, aplicar a punição. Em síntese, para esta engrenagem funcionar, atrela-se o poder disciplinar à lógica do panoptismo, uma vez que, para manter o controle do coletivo, deve-se inserir a ideia da constante vigilância no imaginário de quem deve se submeter à norma, pois gerará a desnecessidade objetiva de averiguar os comportamentos na medida em que os indivíduos se submeteram a ela.

Embora o sistema penal busque disseminar as regras de conduta e aplicar as punições de forma igualitária e justa aos cidadãos, percebe-se determinada parcialidade

nos processos penais, a qual perfaz-se, muitas vezes, através da segregação social e racial engendrada na lógica estruturante da sociedade capitalista. Nesse sentido, o Direito Penal demonstra-se, em alguns casos, como um aparelho responsável pela coerção e repressão de um perfil, o qual se constitui pelos menos favorecidos economicamente e subalternizados historicamente. Segundo Cirino dos Santos (2020, pp. 463-464), a desigualdade do Direito Penal manifesta a seletividade com que as normas e punições são dispostas sobre a sociedade pela lógica capitalista no processo de criminalização; nesse sentido, o autor expõe dois níveis de criminalização que atingem determinados segmentos da sociedade, são estes:

a) ao nível da criminalização primária, [...] criminalização do comportamento típico das classes sociais subalternas (especialmente marginalizados sociais) e exclusão dos comportamentos socialmente danosos das classes hegemônicas da formação social. b) ao nível da criminalização secundária, [...] concentração da criminalização nos marginalizados sociais no subproletariado - com a posição precária no mercado de trabalho (de ocupação, subocupação e trabalho não qualificado) como variável interveniente - e imunização penal das elites de poder econômico e político. (SANTOS, 2020, pp. 463-464).

Quando se analisa a população carcerária brasileira, verifica-se um perfil em comum de grande parte dos detentos e detentas: o presidiário brasileiro é majoritariamente negro, pobre e periférico. Por este ângulo, no que concerne aos níveis de criminalização dispostas por Cirino dos Santos, o Direito Penal brasileiro age de forma desigual sobre a população afrodescendente do país, a qual se mantém de forma subalternizada desde o período da escravatura no Brasil. De acordo com a Síntese de Indicadores Sociais de 2021, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), verifica-se que, em 2020, a parcela da população brasileira de cor ou raça branca ganhava, em média, 73,3% mais do que a de cor ou raça preta ou parda; além disso, segundo a mesma pesquisa, as taxas de extrema pobreza e pobreza entre pretos e pardos eram mais que o dobro das observadas para brancos.

Para mais, a partir de dados do Levantamento Nacional fornecido pelo Sistema de Informações de Estatísticas sobre o Sistema Penitenciário Brasileiro (INFOPEN) e realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em dezembro de 2019, indivíduos pretos e pardos compunham mais de 65% da população carcerária brasileira. Além disso, segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), presentes no Atlas da Violência, em 2019, os negros (soma dos pretos e pardos da

classificação do IBGE) representaram 77% das vítimas de homicídios no Brasil. Em síntese, ao analisar o perfil da população negra como mais pobre, encarcerada e assassinada no Brasil, observa-se que estes estão na base das relações de desigualdade social no país. Nesse sentido, percebe-se que, ainda de acordo com a pesquisa do IPEA, a chance de um negro ser assassinado é “2,6 vezes superior àquela de uma pessoa não negra”, ou seja, em 2019, “a taxa de violência letal contra pessoas negras foi 162% maior que entre não negras”. Nota-se, então, que quando o Estado não fornece a morte destes corpos-máquina, ele não assegura políticas públicas com o intuito de reduzir os dados discutidos. Desta feita, resta o “deixar morrer” a este público marginalizado. Consoante a isso, tem-se

[...] o ideal de embranquecimento infundido de forma sutil à população afro-brasileira, por um lado; e de outra parte, o poder coativo nas mãos das classes dirigentes (brancas) manipulado como instrumento capaz de conceder ou negar ao descendente africano acesso e mobilidade às posições sociopolíticas e econômicas. (NASCIMENTO, 2016, p. 92).

Em síntese, observa-se que as penitenciárias surgem com o objetivo de promover a defesa da propriedade privada no sistema capitalista, ao passo que afasta as “massas de desocupados urbanos” para não se configurarem em delinquentes ou ladrões (SANTOS, 2020, p. 471). Tal raciocínio elaborado por Cirino dos Santos, em seu livro “Direito Penal, parte geral” (2020), revela a motivação que embasa os dados discutidos, visto que o Estado se inclina a criminalizar e estereotipar pessoas negras e pobres como propensas à violência e à transgressão, na medida em que também apresenta as prisões modernas com duas características: economia de custos e trabalho carcerário.

No capítulo 17, “Prisão e Controle Social”, o autor tece um revisionamento histórico dos modelos de prisões para expor sua tese, a qual independe do período. Logo, Santos (2020) discorre que a prisão visava o lucro com trabalhos forçados, introduz discussões atuais sobre a instituição penitenciária privada e promove reflexões acerca desta como o maior marco do capitalismo, o qual busca ter uma mão de obra abundante, obediente e barata. Ademais, a partir da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a qual “institui a Lei de Execução Penal”, o detento não é obrigado a realizar trabalho laboral dentro da penitenciária no Brasil, no entanto, para a redução ou abrandamento da pena, este terá que cumprir três dias semanais de trabalho no presídio. Nesse aspecto, percebe-se a condição de dependência do encarcerado ao oferecimento de mão-de-obra ao Estado enquanto condenado, visto que, apenas dessa forma, terá sua pena diminuída. Vê-se,

então, a parceria do Estado com empresas privadas, à medida que se difunde a ideologia da “ressocialização do preso”.

No imaginário social, tem-se que o inimigo da ordem e progresso brasileiros é a população negra, a qual não consegue se mover nas relações sociopolíticas e econômicas, bem como não possui representatividade dentro do poder político do país; deste modo, revela-se uma política escassa em relação às necessidades e resoluções acerca do racismo estrutural. Portanto, nessa conjuntura, cria-se, de forma aparente, uma guerra aos indivíduos tidos como “inimigos do Estado” e, para perpetuar a repressão contra essa população, há um discurso de combatê-los a fim de garantir “a lealdade do eleitorado” (SANTOS, 2020, p. 461) e reproduzir os projetos de leis repressivas com o apoio da elite branca brasileira e da grande massa social.

DA OBRA FICTÍCIA À REALIDADE: UMA INTRODUÇÃO A LÓGICA DE MORTE EM VIDA

“Olhos que Condenam” e o caso dos 5 do Central Park

Haja vista os mitos difundidos acerca da inferioridade da população negra, como aqueles supracitados referentes à obra “O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado” (2016) de Abdias Nascimento, observa-se outras tentativas do poder vigente de transformar este grupo social como inimigo da sociedade; dentre estas diversas maneiras, há o mecanismo de culpabilizar negros pela incidência de determinados crimes. Ao analisar os dados citados anteriormente, a população negra faz parte do grupo majoritário entre os encarcerados e pobres brasileiros e, nesse sentido, há, no senso comum, a ideia de que este perfil é propenso a cometer delitos e violências, seja por questões biológicas ou vingativas. É desse mito que, não só no Brasil, mas por uma perspectiva global, surge o estereótipo do homem negro como estuprador e um ser incapaz de seguir normas ou controlar vontades.

Os homens negros foram considerados estupradores, por exemplo, porque há um mito na sociedade que os remete a selvagens e, nessa afirmação incrustrada no senso comum, cria-se o mito do homem negro como estuprador em potencial, velando, até mesmo, crimes sexuais cometidos por homens brancos (DAVIS, 2016, p. 177). Para Angela Davis, “o mito do estuprador negro tem sido invocado sistematicamente sempre que as

recorrentes ondas de violência e terror contra a comunidade negra exigem justificativas convincentes” (DAVIS, 2016, pp. 177-178). A autora acrescenta que,

Imediatamente após a Guerra Civil, o espectro ameaçador do estuprador negro ainda não havia aparecido no cenário histórico. Mas os linchamentos, reservados durante a escravidão aos abolicionistas brancos, provavam ser uma arma política valiosa. Antes que os linchamentos pudessem ser consolidados como uma instituição popularmente aceita, entretanto, a barbaridade e o horror que representavam precisavam ser justificados de maneira convincente. Essas foram as circunstâncias que engendraram o mito do estuprador negro – pois a acusação de estupro acabou por se tornar a mais poderosa entre as várias tentativas de legitimar os linchamentos de pessoas negras. (DAVIS, 2016, p. 188).

É nessa perspectiva, que o seriado “*When They See Us*”, ou “Olhos que Condenam” (2019), surge como uma denúncia aos casos de prisões arbitrárias em torno do mito do estuprador negro e seu linchamento social nos Estados Unidos, tal como posto por Angela Davis (2016). A obra cinematográfica foi dirigida por Ava DuVernay, produzida pelas empresas Harpo Films e Tribeca Productions e distribuída pelo serviço de streaming Netflix. O enredo, baseado em fatos, conta a história de cinco crianças e adolescentes negros condenados à prisão injustamente sob acusação de estupro contra uma mulher branca, a corredora Trisha Meili. O crime ocorreu no Central Park e continha como prova resquícios de sêmen em uma peça de roupa, a qual não tinha compatibilidade com o DNA dos acusados. Durante o processo de julgamento, apresentou-se gravações de depoimentos contraditórios extraídos sob coação, agressão física e psicológica cometidos pelos investigadores contra os jovens.

Na noite do crime, diversos jovens negros estavam circulando em grupo pelo Central Park; faziam “arruaça”, como é denominado na série. A partir da denúncia de uma discussão dentro do parque, a polícia, ao ser acionada, solicita à equipe a abordagem a qualquer jovem negro que estava presente no local. De acordo com a trama, haveria em torno de 30 a 40 garotos negros, os quais a polícia já presumia estarem armados. Todo jovem negro que estava presente no parque, naquela noite, se tornava automaticamente um suspeito do crime de estupro e agressão contra a corredora, pois a autoridade alegava “bater com a descrição”. Durante a movimentação da polícia e dos jovens, uma cena marcante retrata a violência policial sobre um dos apreendidos, sem qualquer reação de resistência ou agressão por parte do garoto contra a autoridade.

Dentre os doze menores levados à delegacia, estavam Antron McCray (14 anos), Kevin Richardson (14 anos), Yusef Salaam (15 anos) e Raymond Santana (15 anos); todos como suspeitos pelo crime cometido contra Trisha Meili. A partir disso, diante da ação truculenta da polícia, os garotos eram tratados como culpados antes mesmo do interrogatório. Após descobrir que seu amigo Yusef Salaam estava detido, Korey Wise (16 anos) resolve ir à delegacia em auxílio ao colega, porém é surpreendido pelos investigadores que começaram a alegar sua culpa neste caso. Desta feita, Raymond, Yusef e Kevin foram interrogados sem a presença do responsável legal, isto é, além do tratamento agressivo da polícia, menores de idade estavam presos em salas diante dos investigadores com a ausência de possibilidade de ampla defesa e argumentação da família e/ou advogado.

Durante a investigação, ocorre uma discrepância de 45 minutos entre o momento em que ocorre o estupro e o horário no qual os garotos estavam próximos à localidade do crime. Nesse sentido, a equipe investigativa produziu provas forjadas a fim de esconder o fato de que o estupro ocorreu no mesmo horário em que as crianças estavam em outro lado do parque. Diante de diversas mentiras e indução por meio da agressão e pressão psicológica, os garotos mentem o testemunho diante da promessa de que poderiam, após isso, voltar para casa. A polícia ditava os fatos e eles apenas concordavam, sem conhecer uns aos outros e, tampouco, a vítima. Na trama, os garotos foram forçados a depor após 42 horas de interrogação e coação, sem comida, pausas para usar o banheiro e sem supervisão dos pais.

Em uma conversa com seu pai - ex-presidiário ameaçado pela polícia de perder o emprego, Bobby McCray -, Antron McCray escuta: “[...] quando a polícia quer uma coisa, fará qualquer coisa. [...] Dirão mentiras sobre nós. Nos prenderão. Nos matarão. Eu não vou deixar eles matarem meu filho.” (33min40seg, 2019, episódio 1). Logo em seguida, na sala de custódia, o jovem conhece os demais acusados e em um diálogo é indagado: “eles nos fizeram mentir, né?” - diz Yusef Salaam; “por que nos tratam assim?” - complementa Kevin Richardson (58min49seg, 2019, episódio 1).

Ademais, quando o caso foi levado a julgamento, repercutiu-se em toda a mídia local e nacional, visto que era o sexto caso de estupro sem resolução cometido com os mesmos padrões de violência. A polícia estava sendo vista como ineficiente no que diz respeito à sua função social de defesa do maior bem jurídico do cidadão, a vida. Enquanto isso, a acusação dos jovens dividia opiniões nos seguintes aspectos: a) culpados; b)

inocentes. Na primeira perspectiva, as crianças e adolescentes eram vistos como “animais irracionais” incapazes de controlar suas vontades e desejos. Neste cenário, aparece nos noticiários a figura de Donald Trump, um empresário notável da época, o qual se posicionava a favor da retaliação destes acusados: “Podem acreditar que odeio as pessoas que pegaram essa garota e a estupraram violentamente. [...] Reestabeçam a pena de morte.” (2min40seg, 2019, episódio 2). De acordo com a trama, Trump gastou em torno de US\$85.000 em um anúncio de acusação contra os garotos nas primeiras páginas de quatro jornais. Do outro lado, liderado pelo movimento negro, havia outra narrativa: a presunção de inocência dos garotos, a qual se fundamentava na ausência de provas e na incoerência da narrativa proposta pela acusação do caso.

Diante do exposto, nota-se, no decorrer da trama, a presença de cinco versões diferentes e incoerentes da mesma narrativa, nas quais um acusava o outro sem o conhecimento dos fatos, pois, na ausência de testemunhas, esta era a única prova considerada concreta no caso. Não havia arma e nem prova, e a polícia acrescenta: “[...] só precisamos que um desses merdinhas junte as peças”; o delegado complementa “Vamos adicionar umas coisinhas, tá legal? Um cara negro, alto e magro [...] Yusef Salaam. E o outro cara, Korey. [...] Korey Wise, ele é a peça que falta, faremos com que tudo se encaixe.” (49min25seg, 2019, episódio 1). Ademais, diante de todas as contradições dos relatos dos jovens, os investigadores tentam conduzir Korey Wise a um testemunho que se encaixasse perfeitamente nas brechas da argumentação acusatória. Nesse contexto, a polícia consegue a declaração de Wise após espancamento e ameaça, além de estabelecer a condição de que se o garoto dissesse o que pediam, ele poderia sair da delegacia. É importante ressaltar que Korey Wise não sabia escrever, o que leva, também, a polícia a redigir seu testemunho e colocá-lo como prova no julgamento.

Neste cenário, haja vista o sistema penal estadunidense, Korey Wise era o único jovem entre os acusados que tinha 16 anos, ou seja, o estudante já possuía maioridade para responder, na esfera penal, por crimes hediondos. Na trama, Wise não estava na lista de suspeitos e foi acusado como culpado quando foi à delegacia em companhia a Yusef Salaam. Percebe-se, a partir disso, que o único motivo pelo qual Wise foi detido, se deu justamente pela sua cor. A posteriori, a partir de provas forjadas, os garotos menores de idade são condenados e levados à reformatórios, enquanto Wise foi penalizado com a pena de 13 anos em regime fechado, em uma penitenciária para adultos. O jovem adulto enfrenta condições subumanas em um ambiente totalmente insalubre e negligenciado

pelo poder estatal, uma vez que diversos detentos possuíam livre arbítrio para praticar violências contra ele.

Após décadas sem ceder às condições das audiências de condicional, pois não admitia assumir, novamente, um crime que não cometeu, Korey Wise é surpreendido com a confissão de Matias Reyes, o qual era condenado por outros crimes de estupro ocorridos na mesma época que a do crime contra Trisha Meili. Branco, o verdadeiro e único culpado, no momento posterior à violência contra a corredora, andou coberto de sangue pelo Central Park, usando, também, o “Walkman” da vítima. Cabe lembrar que Meili, em momento algum, soube identificar o seu algoz por conta das sequelas causadas pelo ataque, nesse sentido, a polícia só buscou por homens negros, pois estes se encaixavam no estereótipo de homem selvagem e propenso a cometer tal crime.

Mitigação de direitos para a população negra à luz das leis brasileiras e do Direito Internacional

Ao analisar o contexto da narrativa e os fatos da realidade de um sistema penal ineficaz e tendencioso, percebe-se as consequências da arbitrariedade e da discriminação social e racial presentes no cotidiano de comunidades marginalizadas que lutam para sobreviver. Nesta seara, verifica-se que, muitas vezes, a população negra carcerária é vítima de uma estrutura de poder que a condiciona à morte social, haja vista a tentativa de impedir a mobilidade social e de manter a situação de vulnerabilidade do grupo. Em razão disso, o Estado utiliza as falhas do sistema penal como mecanismo capaz de operacionalizar a morte-em-vida de corpos negros. Ora, isso só se torna possível porque, dentro dos âmbitos judiciários de poder, existem componentes do sistema penal inclinados a culpabilizar e enclausurar a população negra sob qualquer justificativa, ainda que, muitas vezes, estas não sejam plausíveis ou legais.

Na medida em que se esmiúça o enredo de “Olhos que Condenam” (2019), correlaciona-se as questões retratadas ao Direito brasileiro e às formas consumadas pelo Estado de “deixar viver” ou “fazer morrer”, o que se consolida por meio da adulteração de processos penais e através de posicionamentos ideológicos nas decisões jurídicas. Nessa perspectiva, observa-se a mitigação de direitos fundamentais presentes tanto na legislação nacional, quanto nos tratados internacionais referentes aos Direitos Humanos. A priori, numa perspectiva de constituição material, tem-se como Lei Máxima todas as

normas de um Estado que dissertam sobre um conteúdo tipicamente constitucional, o qual tem por objetivo dissecar sobre a estrutura do Estado, sobre a sua forma de governo e sobre seus direitos fundamentais, estejam eles presentes, ou não, na Carta Magna deste Estado. Nesse sentido, compreende-se que todos os tratados assinados pelo Brasil seriam classificados como conteúdo de tipo constitucional, ou seja, a lei básica e reguladora das demais.

Na perspectiva do Direito Penal brasileiro, observa-se falhas notáveis no processo penal conduzido pelos investigadores do caso dos “cinco do Central Park”, retratado na obra fílmica analisada. Por este ângulo, no que tange o princípio da presunção de inocência (ou da não culpa), disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal brasileira, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Nesse aspecto, ao analisar a cena na qual os garotos são conduzidos para a delegacia e são forçados a assumir crimes não cometidos por eles, vê-se a violação deste princípio da presunção de inocência, visto que se utiliza de todos os mecanismos possíveis para incriminá-los com base, apenas, na convicção da polícia. Para além do exposto, observa-se, também, a violação deste princípio a partir da difusão da ideia de linchamento social e aplicação de pena de morte aos suspeitos. Estas acusações eram promovidas pelos veículos de informação da época, os quais os consideravam culpados.

Por outro lado, deve-se ressaltar que, segundo o princípio da legalidade, disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei” (BRASIL, 1988). Assim, de acordo com Cunha (2017, p. 88), “Trata-se de real limitação ao poder estatal de interferir na esfera de liberdades individuais [...]”. Verifica-se, então, que houve a violação deste princípio quando os jovens foram induzidos a fazer declarações falsas, apenas para obedecer às ordens da autoridade presente na investigação. Além disso, em determinada cena, a promotora responsável pelo caso, no momento do depoimento dos garotos, deixa claro que Korey Wise tem o direito de se manter em silêncio caso desejasse, no entanto, após severas agressões cometidas pela equipe de investigação, o jovem se sente coagido a narrar um enredo produzido pela polícia.

De acordo com o exposto na narrativa, os acusados do caso da corredora não possuíam a possibilidade de dispor de uma defesa qualificada e, até mesmo, do acompanhamento dos responsáveis - excepcionalmente àqueles que eram menores de

idade. Na ótica nacional, dentro dos trâmites jurídicos brasileiros, o acusado tem o direito de ampla defesa legitimado pela Carta Magna; nesse sentido, tem-se, em seu artigo 5º, inciso LV, que “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (BRASIL, 1988). Em sequência, ao analisar a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, a qual “Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”, verifica-se que, em seu artigo 110, “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.”, bem como, de acordo com o artigo 111,

São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias: I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente; II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa; III - defesa técnica por advogado; IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei; V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente; VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento. (BRASIL, 1990).

Para mais, observa-se que, neste processo, houve a violação do princípio basilar do Direito Penal brasileiro: o princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Cunha (2017, p. 108), “A ninguém pode ser imposta pena ofensiva à dignidade da pessoa humana, vedando-se reprimenda indigna, cruel, desumana ou degradante. Este mandamento guia o Estado na criação, aplicação e execução das leis penais.”. Isto é, desde o princípio da investigação, os jovens sofrem agressões verbais e físicas, bem como técnicas violentas de coerção para a confecção das provas forjadas. Além disso, após cenas da prisão de Korey Wise na penitenciária para adultos, experiencia-se trechos de extrema violência contra o condenado, sejam elas cometidas de forma particular ou ordenada pelas autoridades do presídio. Em síntese, Wise foi vítima de um sistema penal marcado pela corrupção e violência, o que viola diretamente os fundamentos essenciais que alicerçam o exercício do Direito.

Diante do exposto, no que concerne ao Direito Internacional, há tratados nos quais tanto o Brasil, quanto os Estados Unidos, são signatários. Dentre estes, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica -, positiva, em seu artigo 5º, inciso I, que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”, bem como, no inciso II, “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes”, ou seja,

“Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.” (CADH, 1969). Para além da esfera do direito à vida, o tratado discorre sobre as liberdades individuais, ao dissertar que “Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais”. De acordo com esse ordenamento, dispostos no artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o inciso II e III asseguram que “Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas” (CADH, 1969), e que “Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários” (CADH, 1969), respectivamente.

Para além do supracitado, apresenta-se mais um tratado internacional fundamental no que tange a violação de direitos humanos e a conceitualização de tortura, bem como o combate a estas mitigações de direitos. Tal tratado é conhecido como a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; este, foi promulgado no Brasil pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991, e adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1984, em sua XL Sessão, realizada em Nova York. Segundo o que foi disposto nesta convenção, o 1º artigo versa que

[...] o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza [...]. (BRASIL, 1991).

Isto posto, dada a complexidade do caso retratado em “Olhos que condenam”, nota-se que as violências narradas não se dirigiram apenas aos acusados sujeitados a tortura física ou psíquica, pois, na medida em que seus familiares, ou seus responsáveis legais, buscavam se impor perante as atrocidades da polícia, eram submetidos a uma lógica de tortura pelos representantes do Estado. A exemplo, a série retrata diversas chantagens aos responsáveis legais dos adolescentes, como a que ocorre ao pai do Raymond. Há uma declaração proferida pela autoridade presente de que o responsável deveria se apressar para assinar o testemunho forjado, sem ao menos lhe dar tempo para lê-lo; quando o pai questiona o fato de seu filho ter ficado mais de 18 horas na delegacia sem comer, o policial não lhe fornece nenhuma orientação, enquanto sugere um advogado - dando a entender que o caso já estava “perdido” e não valia seus esforços. Ainda em consonância a isto, há

cenas de ameaça, pressão e coerção contra familiares de Antron McCray e Kevin Richardson, a fim de que os pais ou responsáveis legais se silenciassem sobre as acusações.

Percebe-se, então, que, geralmente, as famílias são as vítimas secundárias submetidas às violências psicológicas do Estado por uma questão interseccional de raça e classe, a partir da qual os acusados não são vistos como sujeitos dignos de direitos. Desta feita, afeta-se não só a rotina dos acusados, como também sua honra, dignidade e suas relações interpessoais por tempo indeterminado e, em alguns casos, até perpetuamente. Ao retomar a lógica que submete a população negra à violência estatal dentro da conjuntura atual, nota-se que os corpos negros possuem duas funções sociais: atender a lógica do sistema capitalista e se sujeitar as ideologias e mitos criados pelo branco, a fim de permitir a impunibilidade deste. Nesta seara, enquanto a população negra está submetida cada vez mais a uma política rigorosa de aprisionamento ou a ausência de amparo estatal, o branco é privilegiado com o completo oposto.

Ao fim e ao cabo, observa-se a consonância do que é garantido nas convenções internacionais ao que está disposto nos princípios e direitos positivados na legislação constitucional e penal brasileira. Nesse sentido, o caso dos “cinco do Central Park” possui problemas estruturais análogos à situação do Direito brasileiro, pois a condição apresentada na obra cinematográfica e ocorrida, de fato, nos Estados Unidos, apresenta um processo penal totalmente infectado pelo viés racista e seletivo, ao ferir tanto os direitos fundamentais positivados pelos tratados internacionais e nacionais impostos, quanto aos princípios que buscam garantir a dignidade da pessoa humana numa perspectiva global. Ao observar os fundamentos que embasam o Direito de modo geral, tendo em vista os países signatários das convenções referentes aos Direitos Humanos, verifica-se a semelhança com que o sistema jurídico de cada país procura alicerçar seu sistema penal. No entanto, estes países também enfrentam os problemas estruturais dispostos em sua totalidade. É nessa perspectiva que se torna possível analisar o caso retratado em “Olhos que Condenam” (2019) à luz do Direito brasileiro e internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra “Olhos que Condenam” (2019), ao retratar o caso dos “Cinco do Central Park” - como ficou conhecido na época do fato -, aponta o sistema penal e seu pragmatismo

a partir de um critério racial. Isto posto, germinam-se duas funções conflitantes e controversas dentro dos próprios princípios que alicerçam o direito penal. A priori, a função basilar do direito penal, a qual é de conhecimento notório e fundamental, consiste em proteger o maior bem jurídico, a vida. Por outro lado, tendo em vista o fato de que essa função não atinge todo o corpo social, revela-se a outra faceta do sistema jurídico conhecida pela população negra, a qual se institucionaliza baseada na seletividade, no racismo e nos processos penais arbitrários.

Ao realizar uma analogia aos processos retratados na obra fílmica com a “legitimação” da mitigação de direitos fundamentais à população negra brasileira, o sistema penal viola os próprios preceitos, como também a Carta Magna e os tratados internacionais. Desta feita, nota-se a perpetuação da “morte-em-vida” consumada pelo Estado brasileiro, uma vez que existe uma biopolítica e um poder disciplinar estatal atrelado à ideologia racista. Nesta acepção, o Estado segue a lógica lucrativa do sistema capitalista, a qual busca adestrar os corpos-máquina para torná-los úteis e produtivos. Entretanto, para a perpetuação de uma biopolítica, faz-se uma segregação em raças pautadas em sua hierarquização, bem como no ódio e exploração a quem está condenado à base da estrutura social brasileira.

Nesse contexto, vê-se a população branca como dominadora e civilizada, ao passo que há a manutenção da perspectiva de um povo negro selvagem e animalizado. A partir disso, criam-se mecanismos sociopolíticos e econômicos capazes de transformar os corpos negros em alvos da necropolítica (fazer morrer), isto é, gera-se uma política de extermínio ao considerado “diferente”. Outrossim, aos que sobrevivem, resta serem utilizados pelo mercado apenas como mão-de-obra farta, barata, substituível e “descartável”, seja ao deixá-los morrer, seja no aprisionamento de seus corpos.

Dado o exposto, a película “Olhos que Condenam” (2019) é fundamental para compreender a violação de direitos humanos, os processos penais arbitrários, a necropolítica e o aprisionamento dos corpos negros. Neste aspecto, a obra consegue partir da realidade para a ficção e elucidar o espectador a respeito do racismo institucional e estrutural intrínseco ao contexto social contemporâneo. Para mais, a produção cinematográfica é símbolo de esperança e resistência a este ordenamento da sociedade, na medida em que se finaliza a trama com a apresentação da responsabilização do Estado perante seus erros processuais do direito penal.

Vê-se, porém, que mesmo que o Estado tente compensar os danos causados por meio de indenização ou políticas públicas paliativas, as quais buscam remediar as falhas do sistema penal, é necessário agir diretamente no cerne do racismo estrutural engendrado na sociedade. Ao fim e ao cabo, caberia ao Estado buscar combater a ideologia presente no inconsciente do imaginário social, através da total transformação de todas as esferas das relações de poder e saber, tais como o âmbito educacional, o ambiente de trabalho e as instituições estatais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural**. São Paulo: Jandaíra, 2021. 264p.

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

BRASIL. Decreto nº 40, de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. **Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 15 fev. 1991. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 1 fev. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Seção 1, p. 13563.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CADH). San José, Costa Rica. 22 de novembro de 1969. Ratificada pelo Brasil em 25 de agosto do ano de 1992. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 10 de jan. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral. Salvador: JusPODIVM, 2017. 592p.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. Tradução: Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2016. 244p.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: Período de Julho a Dezembro de 2019. Brasil. [recurso eletrônico]. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDliIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 7 jan. 2022.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**: Curso no Collège de France (1975-1976). Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 382p.

_____. **História da sexualidade**: A vontade de saber (Vol. 1). 13 ed. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque; J.A Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988. 152p.

_____. **Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. 42 ed. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2020. 302p.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. p. 203. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101892>>. Acesso em: 5 jan. 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Atlas da violência (2021)**. [recurso eletrônico]. Brasil. 2021. p. 108. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: biopoder, soberania, estado de exceção, política de morte. Tradução: Renata Santini. São Paulo: n-1 Edições, 2018. 71p.

NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro**: processo de um racismo mascarado. 3 ed. São Paulo: Perspectivas, 2016. 232p.

Olhos que condenam. Direção: Ava DuVernay. Estados Unidos: Netflix, 2019. Minissérie (4 ep.).

SANTOS, André Almeida. O biopoder e a necropolítica: o retrato da população negra na favela do Rio Janeiro em “Tropa de Elite”. **Revista Espaço Acadêmico**, n. 231, v.21, p. 217-229, nov.-dez. 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. 736p.

ZIZEK, Slavoj. **Violência** [recurso eletrônico]: seis reflexões laterais. Tradução: Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014. 220p.

Capítulo 2
A EDUCAÇÃO PATRIMONIAL ANTIRRACISTA NO
ENSINO SUPERIOR E O DIREITO: ALGUMAS
CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS
Vanessa Santos do Canto

A EDUCAÇÃO PATRIMONIAL ANTIRRACISTA NO ENSINO SUPERIOR E O DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

Vanessa Santos do Canto

Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio; mestre em Serviço Social pela PUC-Rio; mestranda em Direito Constitucional pelo PPGDC da UFF; Especialista em Patrimônio Cultural pelo CEFET-RJ; bacharel em Direito pela PUC-Rio. Pesquisadora do “Grupo Gênero, Democracia e Direito” (PUC-Rio); do “Núcleo de Estudos e Pesquisas de Gênero, Raça/Etnia e Geração” (NEPGREG-UFBA); do Grupo “Direito, Gênero, Raça e o Pensamento de Mulheres Negras no contexto da Diáspora Africana nas Américas: interlocução necessária para repensar as normas e o processo de elaboração normativa no Brasil” (PUC-Rio). Bolsista CAPES. Link para o Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9037921832017837>. E-mail: vanessadocanto@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho discute a possibilidade de articulação de uma educação patrimonial antirracista com um ensino decolonial do Direito. A educação antirracista é uma exigência colocada pela Lei n. 10.639/2003, que institui a obrigatoriedade de ensino de História e Cultura Africana e Afro-Brasileira, nos diferentes níveis e modalidades de ensino. Dessa maneira, em primeiro lugar, discute a educação patrimonial no ensino superior brasileiro enquanto espaço de ausências. Em seguida, apresenta o conceito de educação patrimonial antirracista enquanto mecanismo para problematizar a colonialidade do poder, do saber e do ser (QUIJANO, 2005). A pesquisa utiliza método dedutivo e revisão bibliográfica acerca dos temas discutidos e o referencial teórico é o pensamento decolonial.

Palavras-chave: Educação Patrimonial Antirracista; Ensino Superior; Direito; Decolonialidade; Lei n. 10.639/2003.

ABSTRACT

The present work discusses the possibility of articulating an anti-racist heritage education with a decolonial teaching of Law. Anti-racist education is a requirement posed by Law n. 10.639/2003, which establishes the obligation of teaching African and Afro-Brazilian History and Culture, at different levels and modalities of teaching. Thus, firstly, it discusses heritage education in Brazilian higher education as a space of absences. Then, it presents the concept of anti-racist heritage education as a mechanism to problematize the coloniality of power, knowledge and being (QUIJANO, 2005). The research uses a deductive method and a bibliographical review about the discussed themes and the theoretical reference is the decolonial thought.

Keywords: Anti-racist Heritage Education; University education; Right; Decoloniality; Law no. 10,639/2003.

Introdução

Os cursos de Direito no Brasil surgem no país logo após a Independência para formar juristas que pensassem as questões da jovem nação independente. Entretanto, as primeiras escolas de Direito de Olinda e São Paulo que são marcadas pelo elitismo, bacharelismo, positivismo jurídico, racismo e fortemente hierarquizadas são os modelos que foram se reproduzindo ao longo dos séculos.

Este resgate se faz necessário, porque o Brasil foi o último país das Américas a abolir o trabalho escravo de africanos e seus descendentes, bem como os proibiu de se matricularem nas escolas e faculdades brasileiras durante todo o período imperial. E, no período do pós-abolição estas restrições são reificadas por novas formas de discriminação racial que mantêm negras e negros com os piores índices de qualidade de vida no país² e, além disso, sofrerem com o genocídio da população negra jovem na contemporaneidade³.

Dessa maneira, em primeiro lugar, discute a educação patrimonial no ensino superior brasileiro enquanto espaço de ausências. Em seguida, apresenta o conceito de educação patrimonial antirracista enquanto mecanismo para problematizar a colonialidade do poder, do saber e do ser na sociedade brasileira (QUIJANO, 2005; MALDONADO-TORRES, 2020). Por fim, apresenta uma reflexão acerca da indagação se é necessário decolonizar o processo de ensino aprendizagem do Direito através da educação patrimonial antirracista. A pesquisa utiliza método dedutivo e revisão bibliográfica acerca dos temas discutidos.

1. A Educação Patrimonial no Brasil e o Ensino Superior: um espaço de ausências

É importante ressaltar que o ensino da educação patrimonial instituído pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) tem sido voltado para a

² Neste sentido, ver o estudo do IPEA (2004).

³ Durante o governo Lula foi criado plano Juventude Viva que está estava a cargo da SEPPIR. Após o governo Lula, o programa foi descontinuado. Para mais informações acerca deste plano ver: Brasil (2018). E, no atual governo de Jair Bolsonaro, Sete partidos políticos (PT, PSOL, PSB, PCdoB, Rede Sustentabilidade, PDT e PV), provocados pela Coalizão Negra por Direitos, ajuizaram no Supremo Tribunal Federal (STF) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 973, em que pedem que a Corte reconheça “o estado de coisas inconstitucional” caracterizado pela alta letalidade de pessoas negras, ocasionada pela violência do Estado, e pelo desmonte de políticas públicas voltadas à população negra do país. As legendas pedem a implantação de um Plano Nacional de Enfrentamento ao Racismo Institucional (ALMEIDA, 2019; WERNECK, 2013).

educação básica. No ensino superior a educação patrimonial a implementação ocorre através de editais de extensão, especificamente, através do Programa Proext e do mestrado profissional em Patrimônio Cultural ofertado pelo IPHAN, desde 2011.

Nesse sentido, falar em Educação Patrimonial Antirracista já é algo bastante inovador, considerando o quão colonizados, conservadores e racistas ainda são os debates sobre patrimônio cultural no país e, ainda mais inovador é pensar isso em termos de educação superior no campo do Direito. Ainda mais em um contexto de pandemia, em que as condições de pesquisa (que nunca foram fáceis) ficaram ainda mais complicadas.

O Programa Nacional de Extensão Universitária (Proext) - desenvolvido pelo Ministério da Educação (MEC) - foi criado para apoiar as instituições públicas de ensino superior no desenvolvimento de ações de extensão que contribuam para a implementação de políticas públicas com ênfase na inclusão social.

Por meio de editais anuais, o programa fomenta projetos onde estudantes e professores das instituições de ensino superior passem a atuar de maneira integrada às políticas sociais desenvolvidas pelo Estado, de forma a contribuir para o reforço da cidadania, e interagir de perto com o conjunto de experiências e saberes das comunidades nas quais as universidades estão inseridas.

Nessa perspectiva, desde 2009, o IPHAN mantém parceria com o MEC na elaboração anual do edital Proext e na avaliação de propostas da linha temática *Preservação do patrimônio cultural brasileiro*. Assim como o IPHAN, diversos ministérios, secretarias e autarquias têm sido instados pelo MEC a contribuir na elaboração do edital, aproximando as prioridades de suas políticas públicas à ação universitária. É importante ressaltar que no site do IPHAN, são disponibilizados os editais dos anos de 2009 a 2011, não contendo, no sítio eletrônico da instituição, notícias de avaliação do referido programa nos anos posteriores⁴.

A parceria entre o IPHAN e as universidades públicas, por meio das ações de extensão, é um caminho promissor para a promoção e a preservação do patrimônio cultural brasileiro, pois pretende estimular a participação e o envolvimento de outros agentes capazes de se associar à política de reconhecimento, promoção e proteção ao patrimônio. Dada a capacidade técnica e de inovação das instituições de ensino superior

⁴ Neste sentido, ver: <http://portal.IPHAN.gov.br/pagina/detalhes/584/> Contudo há notícias esparsas de que projetos foram selecionados até o ano de 2016, conforme: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://portal.IPHAN.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Edital%20proext.pdf>

públicas e comunitárias, a parceria entre o IPHAN e o MEC é considerada estratégica e potencialmente as políticas públicas de preservação do patrimônio cultural.

Apesar de a iniciativa ser louvável há descontinuidade do programa. Além disso, o ensino e a pesquisa são olvidados, enquanto componentes do tripé que compõe os processos de aprendizagem nas universidades. Além disso, os editais apenas permitiam a submissão de projetos por parte de universidades públicas e as IES particulares não poderiam submeter projetos voltados à educação patrimonial.

Diante destes fatos, ressaltamos que a atuação do IPHAN passa pela formulação de diretrizes, parâmetros, referenciais teóricos, metodologias para o tratamento do tema no âmbito da educação básica, mas também nos ensinamentos profissionalizante e superior, na execução em parcerias e ações diretas de formação e produção de conhecimento, tais como das oficinas escola, na parceria em programas de pós-graduação especializada (CECRE/UFBA, CECI/UFPE e CECOR/UFMG), e, ainda, no próprio programa de especialização do IPHAN (PEP), criado em 2004 e que a partir de 2011 foi transformado em Mestrado Profissional.

A forma como isso tudo está publicizado e disponibilizado no site do IPHAN talvez dificulte muito a compreensão do todo, mas é importante ter uma perspectiva mais ampla dessa atuação, porque ela guarda conflitos e disputas relacionadas à busca por uma educação patrimonial menos excludente e colonizada, mais preocupada com os sujeitos, suas práticas e valores, do que com os objetos e a conservação de sua materialidade.

Neste sentido, Siviero (2014), trata dos lugares e papéis da educação dentro do IPHAN: uma encruzilhada na preservação. E ainda o trabalho de Biondo (2016), que trata das Casas do Patrimônio, como espaços de interlocução e troca entre sociedade e estado em torno da temática do Patrimônio, e ainda, a publicação sobre o Programa de Especialização IPHAN/UNESCO, em que é feito um retrospecto das ações educativas no IPHAN. Há ainda os trabalhos de Cléo Pinto de Oliveira acerca da trajetória da educação patrimonial, que podem ser de grande valia para sua análise.

Neste sentido, a presente pesquisa investiga a educação patrimonial no ensino superior e indaga se é possível articular educação patrimonial na perspectiva de uma educação antirracista afrocentrada com um ensino de Direito na perspectiva decolonial. Isto porque, a educação antirracista é uma exigência colocada pela Lei n. 10.639/2003, que institui a obrigatoriedade de ensino de História e Cultura Africana e Afro-Brasileira, nos diferentes níveis e modalidades de ensino e a perspectiva decolonial busca romper

com o colonialismo, a colonialidade do ser, do saber e do poder (QUIJANO, 2005) e com o racismo/sexismo epistêmico nas universidades ocidentalizadas (GROSFUGUEL, 2016), que defendem uma epistemologia do Sul como forma de combater as matrizes fundantes do saber-poder ocidental que é, em grande parte, marcada pelo pacto colonial que foi estabelecido através da conquista das Américas a partir do século XV.

Assim, ressaltamos que as políticas de patrimônio no Brasil capitaneadas pelo IPHAN foram e em ainda seguem marcadas por práticas eurocentradas e colonialistas, refletindo-se, inclusive, nas ações educativas voltadas para o patrimônio cultural. Para compreender esse fenômeno, é necessário traçar rapidamente o contexto e os ideais dos protagonistas que conceberam e criaram o IPHAN. Contudo, ressaltamos que não é objeto da presente pesquisa esgotar o tema. A gênese das práticas preservacionistas já foi largamente abordada por outras pesquisadoras brasileiras (FONSECA, 2005; CHUVA, 2003; entre outros). Gostaríamos apenas de ressaltar o que demarca a gênese do modelo colonialista e eurocêntrico das práticas preservacionistas no Brasil (TOLENTINO, 2018).

Neste sentido, Fonseca (2005) ressalta que a preservação dos monumentos está relacionada à formação dos Estados-nação e surge nos últimos anos do século XVII, quando os Estados, na Europa, passam a assumir a proteção através do Direito de determinados bens aos quais são atribuídos a capacidade de simbolizarem a herança cultural das nações. Mas, alguns autores ressaltam que é o apego religioso aos bens simbólicos que incentivarão as primeiras ações de preservação do patrimônio, já no século XVI. Dessa forma:

[...] as noções modernas de monumento histórico, patrimônio e preservação começam a ser elaboradas a partir do momento em que surge a ideia de estudar e conservar um edifício pela razão de que é um testemunho da história ou considerado uma obra de arte. Cabia a determinados agentes a tarefa de seleção entre conservar ou destruir monumentos, legitimando processos de atribuição de valores segundo determinados critérios. Nesse processo, manifestam-se os conflitos de interesse em jogo na prática preservacionista de bens culturais em nome do interesse público (TOLENTINO, 2018, pág. 42).

A noção de monumento histórico e artístico no seu sentido moderno é que fez com que a noção de patrimônio se tornasse uma categoria socialmente definida, regulamentada e delimitada. Foi preciso que surgissem ameaças concretas de perda ligadas aos movimentos populares europeus como a Reforma e a Revolução Francesa,

“além da mística do culto à nação, para que a preservação dos monumentos se tornasse um tema de interesse público” (TOLENTINO, 2018, pág. 43).

No Brasil, a prática de preservação do patrimônio esteve ligada às tendências europeias de formação e consolidação do Estado-nação. Além disso, o desejo de pertencer à civilização ocidental e mitigar o processo histórico da escravidão e seus efeitos (GONZALEZ, 1983, MUNANGA, 2004) foi o que configurou o processo de invenção de um patrimônio nacional no país. Para tanto, profissionais e intelectuais como Lucio Costa, Rodrigo Melo Franco de Andrade, Carlos Drummond de Andrade, dentre outros, foram figuras ícones que imprimiram sua concepção de civilização e nação no projeto de criação do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – o SPHAN (hoje IPHAN), no ano de 1937.

Além disso, é importante ressaltar que o período conhecido como “fase heroica” da instituição voltada à proteção do patrimônio cultural brasileiro, presidida pelo jurista Rodrigo Melo Franco, que presidiu o SPHAN desde sua fase experimental, em 1936, até o ano de 1967, foi marcado pelo enaltecimento da cultura europeia e negação das contribuições de indígenas e de negras e negros para a constituição do legado cultural brasileiro.

A preocupação do enquadramento do patrimônio cultural brasileiro a “padrões universais” fez com que fosse valorizado o passado colonial de influência portuguesa com o tombamento dos remanescentes da arte colonial brasileira e da arquitetura católica, em detrimento de outras contribuições que pudessem macular a história da nação. O tombamento desses bens era justificado pela necessidade de construção de uma identidade nacional que necessitava proteger os bens móveis e imóveis da rápida urbanização do país. Além disso:

Fonseca (2005) acrescenta que os critérios adotados pelo SPHAN eram sustentados não tanto por estudos e pesquisas, mas pela autoridade dos agentes e da instituição que respondiam pelos tombamentos. O exercício dessa autoridade era considerado legítimo na medida em que cabia ao Estado, naquele momento, o papel de interprete e guardião dos valores culturais da nação (essa concepção estava atrelada ao papel assumido pelo Estado Novo, durante o governo de Getúlio Vargas). (TOLENTINO, 2018, pág. 44)

Portanto, seguir o modelo europeu de conceber o patrimônio e de criar museus esteve atrelado, no Brasil, à necessidade de formação e afirmação da identidade de uma

nação que se via como “jovem” e que precisava equiparar-se às demais nações europeias que eram referência de civilização.

A partir da década de 1980, entram em cena novas formas de valorizar o patrimônio cultural e de valorização de outros saberes. Entretanto, o IPHAN existiu combinando formas autoritárias que se perpetuaram ao longo dos anos nas práticas preservacionistas com o beneplácito do Estado, ao mesmo tempo em que conviveram com outras baseadas na horizontalidade e no respeito à diversidade cultural e aos saberes das comunidades e dos detentores dos bens culturais. “Essa realidade se repercutiu nas ações educativas voltadas para o patrimônio empreendidas pelo IPHAN ou no ‘(não) lugar’ (SIVIERO, 2015) da Educação Patrimonial dentro da instituição” (TOLENTINO, 2018, pág. 45). Neste sentido, ressaltamos, ainda que:

Esse “(não) lugar” da Educação Patrimonial em diferentes momentos da trajetória do IPHAN é bem delineado por Fernando Siviero (2015). No seu traçado, merecem destaque as visões de Rodrigo Melo Franco e de Aloísio Magalhães, bem como as iniciativas mais recentes de debate e institucionalização do campo da Educação Patrimonial dentro do IPHAN. Siviero demonstra que Rodrigo concebia a educação como difusão do conhecimento, estabelecendo “uma relação direta intrínseca e mecânica entre conhecer (educação) e preservar” (2015, p. 87), condizente com uma acepção de educação instrutivista e com uma lógica paternalista na relação entre o Estado e a sociedade (TOLENTINO, 2018, pág. 45).

Uma mudança de postura começa a se desenhar apenas entre o final dos anos 1970 e início dos anos 1980, quando Aloísio Magalhães esteve à frente do Centro Nacional de Referências Culturais (CNRC) e posteriormente da Fundação Nacional Pró -Memória. O CNRC, como o próprio nome diz, pautava-se na ideia de referências culturais e não de patrimônio nacional, cujos projetos se baseavam no fortalecimento dos conhecimentos e referências culturais locais, com a proximidade e participação dos grupos e comunidades, em contraponto à homogeneização cultural. Diferentemente da atuação do SPHAN até então, o foco do CNRC não eram os bens de pedra e cal. Seu interesse recaía às manifestações culturais vivas, inseridas nas práticas sociais contemporâneas.

Pode-se afirmar que, institucionalmente dentro do IPHAN, o lugar da Educação Patrimonial começa efetivamente a ser desenhado e a tomar corpo após a criação da Gerência de Educação Patrimonial e Projetos (hoje Coordenação de Educação Patrimonial - Ceduc), no ano de 2004, que tem suas diretrizes políticas sistematizadas na publicação

“Educação Patrimonial: históricos, conceitos e processos” (FLORENCIO et al, 2014), bem como na Portaria IPHAN nº 137, de 28/04/2016.

A partir da criação dessa Gerência, o IPHAN promoveu diferentes encontros para se debater conceitos, diretrizes e linhas programáticas para uma política nacional voltada para a Educação Patrimonial, a exemplo do I Encontro Nacional de Educação Patrimonial (2005), Oficina de Capacitação em Educação Patrimonial e Fomento a Projetos Culturais nas Casas do Patrimônio (2008), I Seminário de Avaliação e Planejamento das Casas do Patrimônio (2009) e o II Encontro Nacional de Educação Patrimonial (2011). Sendo assim:

Diante dessa trajetória e considerando o (não)lugar da Educação Patrimonial nas políticas de preservação do patrimônio cultural federal, que, em sua gênese (e ainda persistente na genética de sua espinha dorsal), pautam-se numa prática colonialista e eurocêntrica, questiona-se em que medida é possível a adoção e a assunção, como um projeto político-ideológico, de práticas decoloniais no trabalho com a preservação do patrimônio cultural?

E, nesse contexto, qual é o papel de uma Educação Patrimonial decolonial para romper com os processos colonialistas em relação ao patrimônio cultural no Brasil, o qual é marcado “por imagens de fortalezas militares, Casas de Câmara e Cadeia, igrejas católicas, fazendas e engenhos, denotando que os personagens da memória nacional são as elites políticas, militares, religiosas e econômicas?” (SCIFONI, 2012, p. 34) Por fim, cabe indagar se o IPHAN, hoje com um lugar institucionalizado em sua estrutura para a Educação Patrimonial, possibilita e estimula práticas educativas decoloniais para se atuar com o patrimônio cultural (TOLENTINO, 2018, pág. 47)

Diante deste contexto, a educação patrimonial é um importante método de abordagem dos direitos culturais de natureza material e imaterial. Previstos no texto constitucional de 1988, nos arts. 215 e 216, os direitos culturais são formas de compreender a formação social brasileira de diferentes maneiras, notadamente, o patrimônio cultural negro inserido na ideia de identidade nacional brasileira.

Aliado a este aspecto está o fato de que os profissionais do sistema de justiça operam com questões relativas à identidade nacional no manejo das questões jurídicas. E, como foi demonstrado anteriormente, a maior parte dos bacharéis em Direito que são aprovados na prova do OAB não representa racialmente a população brasileira. Disto

decorre um modo de “dizer” e “fazer” o Direito distorcido que não contempla as questões raciais e de gênero no Brasil.

Então, faz-se necessário refletir sobre a prática da educação patrimonial no Brasil contemporâneo e suas formas de valorizar o patrimônio cultural, notadamente, em um momento no qual novas identidades são afirmadas, lutas históricas por direitos ainda não são abordadas adequadamente e surge a necessidade de institucionalizar a educação das relações étnico-raciais ou uma educação antirracista, por força da Lei nº 10.639/2003.

No caso específico do Direito, que a presente pesquisa aborda, faz-se necessário problematizar e romper com o racismo e o sexismo (ALMEIDA, 2019; GONZALEZ, 1983; GROSGUÉL, 2016), o bacharelismo, o elitismo e o positivismo (MOREIRA, ALMEIDA, CORBO, 2022) para implementação de uma pedagogia politicamente engajada que seja uma transgressora (hooks, 2020), ao mesmo tempo, uma prática de liberdade (FREIRE, 2018).

Sendo assim, nossa proposta de Educação Patrimonial Antirracista busca problematizar a formação dos bacharéis em Direito, tanto no aspecto da elaboração do currículo, notadamente, os Projetos Pedagógicos de Curso (PPC's), quanto nas práticas de ensino-aprendizagem na área jurídica para propor uma pedagogia afrocentrada que valorize a experiência da população negra brasileira no processo de formação social e que seja decolonial no fazer acadêmico para romper com o racismo/sexismo epistêmicos (GROSGUÉL, 2016).

2. Educação Patrimonial Antirracista: um conceito contra o racismo e o sexismo

A educação antirracista possibilita uma educação patrimonial voltada à valorização, principalmente (mas não exclusivamente) da cultura e identidade negra. Além disso, o presente trabalho surge do fato de que as Diretrizes Curriculares Nacionais (DCN's) dos cursos de bacharelado em Direito no seu art. 2º, §4º dispõe que o PPC:

[...] deve prever ainda as formas de tratamento transversal dos conteúdos exigidos em diretrizes nacionais específicas, tais como as políticas de educação ambiental, de educação em direitos humanos, de educação para a terceira idade, de educação em políticas de gênero, *de educação das relações étnico-raciais e histórias e culturas afrobrasileira, africana e indígena*, entre outras. (grifamos)

Dessa forma, os PPC's devem ter disciplinas que sejam transversais aos currículos dos cursos de graduação em Direito. O art. 5º propõe uma abordagem interdisciplinar que proporcione ao estudante do curso de graduação em Direito um diálogo com outras áreas do conhecimento previsto no Eixo de Formação Geral.

Quanto à institucionalização do patrimônio cultural, o marco é a década de 1930, quando o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN) foi criado. Contudo, apenas na década de 1970, acontece a introdução da noção de “referência cultural” no campo do patrimônio cultural, e de modo pioneiro, vai sugerir novos critérios de atuação para além do tombamento.

A principal contribuição dessa perspectiva foi a ampliação do conceito de patrimônio cultural, que terminou consolidada na Constituição Federal de 1988, no art. 216, que dispõe que “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Assim, o patrimônio visto de forma dinâmica passou a abranger os bens culturais de natureza imaterial ou intangível.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nos art. 215 e 216 dispõe sobre o reconhecimento e a importância de serem preservados e valorizados os patrimônios materiais e imateriais dos diferentes povos que contribuíram e contribuem para a formação do estado brasileiro. Essa perspectiva aponta para a diversidade e o pluralismo valoriza as diferenças e está relacionada com a redefinição da ideia de nação e de identidade nacional.

Neste sentido, ressaltamos, ainda, os conceitos de cultura popular (ABREU, 2003), gênero (CARNEIRO, 2003; PEDRO, 2005) e direitos humanos (HERRERA FLORES, 2000, 2008, 2009) para repensar criticamente os parâmetros da produção de conhecimentos a partir do sul global para problematizar o pensamento eurocentrado que estabelece uma relação de saber-poder que inferioriza outros sujeitos e saberes não-brancos (PIRES, 2018, 2019).

Neste sentido, é importante ressaltar que nossa pesquisa adota uma perspectiva decolonial tal como apresentada pelo grupo Modernidade/Colonialidade formado por intelectuais, em sua maioria, latino-americanos, no final dos anos 1990, como uma crítica radical ao grupo dos estudos subalternos (BALLESTRIN, 2013). Além disso, busca

apresentar algumas ideias do pensamento de mulheres negras americanas (GONZALEZ, 1988b; PIRES, 2019).

Sendo assim, o grupo Modernidade/Colonialidade, busca problematizar com a colonialidade do poder, do saber e do ser, tal como proposto por Aníbal Quijano (2005). No nosso caso, a ideia é propor um conceito de educação patrimonial para o ensino superior que ultrapasse o colonialismo jurídico (PIRES, 2019) e que possa transgredir os processos de ensino aprendizagem nos cursos jurídicos brasileiros, baseando-nos nas lições de hooks (2020) e de Freire (2018).

Isto porque, a força política, econômica e militar do colonialismo e do capitalismo moderno foi o que possibilitou a supremacia de uma epistemologia ocidental, impondo-se sobre os povos e culturas não-ocidentais e não-cristãos, constituindo-se, assim, um epistemicídio relacionado aos saberes e conhecimentos de grupos sociais subalternos e oprimidos. E a legitimação dessa epistemologia somente foi possível por conta de um vasto aparato institucional – centros universitários, sistemas de peritos, pareceres técnicos – tornando difícil o diálogo com outros saberes (GROSFUGUEL, 2016).

A descolonização como requisito absoluto para o reconhecimento da diferença e da diversidade também é defendida por Nelson Maldonado-Torres (2009, 2020). Esse autor apresenta a tese do que denomina “esquecimento da colonialidade”, tanto por parte da filosofia ocidental como por parte da teoria social contemporânea.

Ao desenvolver a ideia da “diversalidade radical”, Maldonado-Torres (2009) faz uma crítica à postura reprodutora da colonialidade. A diversalidade radical segue um caminho antagonicamente diferente e rompe com a legitimação da busca de raízes europeias e norte-americanas nas ciências sociais e a respectiva formulação de um ponto de vista pretensamente universal, expondo e defendendo o potencial epistêmico das epistemologias não-europeias.

Citando Walter D. Mignolo, Maldonado-Torres (2009) explica que uma das formas eficazes de evitar questões atinentes ao papel da experiência colonial da modernidade é situar o seu surgimento no final do século XVIII. Mesmo grande parte dos estudos pós-coloniais acata a ideia da fixação espaço-temporal da modernidade entre o fim do século XVIII e início do século XIX, perdendo de vista os padrões de mais longo prazo da dominação e exploração colonial anterior a esse período.

Neste sentido, acreditamos com Ramon Grosfoguel (2016) que é preciso romper com o racismo/sexismo epistêmico que tem pautado as universidades ocidentalizadas

desde o século XVI. Isto significa que é preciso romper com a pretensão de universalidade do pensamento eurocêntrico pautado na filosofia cartesiana. Isto representa um desafio no contexto da educação que tem sido cada vez mais pautada pelos ditames de uma “educação bancária” (FREIRE, 2018), que tem sido pautada pelo mercado e imersa nos processos de globalização econômica e no neoliberalismo.

Neste contexto, a educação patrimonial nos cursos de graduação em Direito se mostra essencial. Discutir acerca dos direitos culturais desde a perspectiva da educação antirracista se mostra relevante para que os referidos cursos possam cumprir o que dispõe as suas DCN’s e ir além, formando profissionais comprometidos com os direitos humanos desde uma perspectiva crítica.

Isto significa que se faz necessário repensar o sujeito universal dos direitos humanos que é branco, homem, cristão heterossexual, proprietário e sem deficiências de qualquer natureza. Esta reflexão crítica se faz necessária porque os direitos humanos são frutos da modernidade Ocidental e, disto decorre que, os sujeitos subalternizados não gozam de proteção de seus direitos humanos fundamentais porque se encontram na zona do não-ser (FANON, 2008; PIRES, 2019).

Neste sentido, nosso conceito de educação patrimonial adota uma postura intercultural (FERRÃO-CANAU, 2020). Isto significa que a universalidade é um dado de chegada e não de partida pautada em uma racionalidade de resistência (HERRERA FLORES, 2000, 2009), principalmente dos sujeitos subalternizados que têm desenvolvido ações políticas importantes que, muitas vezes, ainda não são reconhecidas como legítimas (GOMES, 2017; PEREIRA, 2011, 2013).

Podemos exemplificar com a trajetória do movimento negro brasileiro que, desde o início do período do pós-abolição tem desenvolvido ações políticas que mobilizam distintas gramáticas e que pode ser considerado um movimento educador (GOMES, 2017), na defesa dos direitos da população negra que é numericamente majoritária no que se refere à população brasileira, mas minoria em termos políticos.

Então, a educação patrimonial se mostra relevante no ensino superior, notadamente, nos cursos de graduação em Direito, tendo em vista a historicidade que demarca o processo de formação e consolidação das escolas de Direito no país, conforme foi abordado por Neto (2011) e Nalesso (2021).

Assim, é importante ressaltar que as etapas da educação patrimonial adotada pelo IPHAN são: observação, registro, exploração e apropriação. Cada uma dessas etapas

oferece a possibilidade de construção de um conhecimento reflexivo e transformador no que se refere às práticas preservacionistas do patrimônio cultural brasileiro, notadamente o patrimônio cultural negro, desde que seja adotada uma prática pedagógica politicamente engajada, transgressora (Hooks, 2020) e libertária (FREIRE, 2018).

Dessa forma, esperamos propor um conceito de educação patrimonial pautada nos direitos culturais e na educação antirracista para os cursos de bacharelado em Direito que possa ser integrada aos PPC's, de acordo com as DCN's para os cursos de graduação em Direito, a fim de propagar a educação patrimonial nos referidos cursos de graduação e formar profissionais egressos comprometidos com os direitos culturais, em particular, e com os direitos humanos de maneira geral.

Ressaltamos, ainda, que nosso conceito de educação patrimonial está pautado na Lei 10.639/2003 que instituiu a obrigatoriedade de ensino de temas relativos à História Africana e Afro-brasileira, em autores decoloniais do grupo Modernidade/Colonialidade e de autoras negras brasileiras como Sueli Carneiro que busca enegrecer o feminismo e de Lélia Gonzalez que busca repensar os efeitos da linguagem na vida das mulheres negras brasileiras no contexto da diáspora através de conceitos como amefricanidade (GONZALEZ, 1988a), América Ladina (GONZALEZ, 1988b) e racismo por denegação (GONZALEZ, 1983). Além disso, está pautado em uma concepção ampliada de educação patrimonial fundamentada nos direitos culturais e nos direitos humanos em perspectiva crítica (GANDARA, 2013; HERRERA FLORES, 2000, 2008, 2009; HINKELAMMERT, 2016).

Dessa forma, nosso conceito de educação patrimonial antirracista para o ensino superior é definido por: Educação patrimonial antirracista é um processo de ensino-aprendizagem que busca romper com o racismo/sexismo epistêmico (GONZALEZ, 1983; GROSGOUEL, 2016) presente nas universidades ocidentalizadas, nas quais foram instituídas a colonialidade do poder, do saber (QUIJANO, 2005) e contribui para conformar a colonialidade do ser no Brasil (PIRES, 2019) que é pautado pelo racismo por denegação (GONZALEZ, 1983) e que busca implementar um processo de ensino-aprendizagem de educação em direitos humanos intercultural (FERRÃO-CANDAU, 2020; HERRERA FLORES, 2009) pautada em uma racionalidade de resistência contra a sociedade patriarcal, racista e capitalista (WERNECK, IRACI, 2015).

Assim, nosso conceito busca problematizar a colonialidade que ainda demarca os processos de ensino-aprendizagem dos cursos de Direito no Brasil para que possamos, enquanto educadoras e educadores implementar ações pedagógicas transgressoras

pautadas em perspectivas críticas acerca dos direitos humanos que questionem os “universais” que os fundamentam (GANDARA, 2013; HERRERA FLORES, 2000, 2008, 2009; HINKELAMMERT, 2016).

Considerações finais

Nosso conceito de educação patrimonial antirracista pretende discutir os processos de ensino-aprendizagem no Direito problematizando a colonialidade do saber, do poder e do ser através da superação do racismo/sexismo epistêmico por meio da promoção do conhecimento acerca do patrimônio cultural negro e dos direitos culturais do Brasil, notadamente o patrimônio cultural negro para fazer cumprir a Lei n. 10.639/2003.

Além disso, repensar o lugar do negro no Direito e no sistema de justiça surge como uma necessidade para se romper com a colonialidade (QUIJANO, 2005) e com o racismo estrutural (ALMEIDA, 2019) para que possamos propor novas práticas pedagógicas e buscar equidade processo de acesso e de conclusão dos cursos de ensino superior e, no nosso caso, nos cursos de bacharelado em Direito.

Isto porque quando temos profissionais do sistema de justiça comprometidos com a pauta política do movimento negro, é mais provável que parte da estrutura social já apresente uma mudança no que se refere ao acesso da população negra aos bens materiais e simbólicos. Porque a estrutura que pauta os acessos aos direitos humanos fundamentais passa a enxergar com outro olhar as demandas e lides da população negra.

Neste sentido, nossa análise é ancorada nas contribuições acerca do lugar do negro na sociedade brasileira proposta pela intelectual negra Lélia Gonzalez (1982) e sua luta contra o racismo e o sexismo (1983). Pois vimos que o racismo no Brasil ultrapassa a dimensão individual e se espalha pelas instituições (racismo institucional) e pelas estruturas da sociedade brasileira (racismo estrutural) enquanto forma de estabelecimento das relações sociais que acaba por subalternizar negras e negros, em diferentes espaços da sociedade (ALMEIDA, 2019).

Neste sentido, a realização da Assembleia Nacional Constituinte nos anos de 1987-8 foi importante para a participação de representantes do movimento negro que levaram a pauta da agenda política do movimento negro para a Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas Pessoas Deficientes e Minorias. As professoras Lélia Gonzalez e

Helena Theodoro, por exemplo, ressaltaram a importância da educação formal para a população negra (BRASIL, 1987).

Algumas demandas do movimento negro foram incorporadas ao texto constitucional promulgado no ano de 1988. Contudo, muito ainda tem de ser realizado para que o sistema de justiça expresse a participação equânime da população negra em seus quadros.

Referências bibliográficas

ABREU, Martha. Cultura popular: um conceito e várias histórias. In: ABREU, Martha e SOIHET, Rachel (orgs.). **Ensino de História: conceitos, temáticas e metodologia**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2003.

ALMEIDA, Sílvio. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro, 2019.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº11. Brasília, maio - agosto de 2013, pp. 89-117.

BERTULIO, Dora Lucia de Lima. **Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo**. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, UFSC, 1989.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1934.

BRASIL. **Atas da Assembleia Nacional Constituinte (1987-88)**. Subcomissão de Negros, Populações Indígenas, Pessoas Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Brasília: Imprensa Nacional, 1987.

BRASIL. Secretaria Nacional de Juventude. **Plano Juventude Viva: um levantamento histórico / Secretária Nacional de Juventude**. - Brasília: SNJ, 2018.

BRASIL. Resolução CNE/CES 5/2018. **Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências**, Brasília: Ministério da Educação, 2018.

BRITO, Jadir Anunciação de. O Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio na Construção do Campo de Estudos do Direito e Antirracismo no Brasil. In: NUNES, Diego (org.). **A cor da História e a História da Cor**. Florianópolis: Habitus, 2022, p.118-143.

CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. In: **Estud. av.**, São Paulo, v. 17, n. 49, Dec. 2003. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 Mar. 2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142003000300008>.

CHUVA, Márcia. Fundando a nação: a representação de um Brasil barroco, moderno e civilizado. **Topoi**, v. 4, n. 7, jul-dez, Rio de Janeiro: UFRJ, p. 313-333, 2003.

CNJ. **Pesquisa sobre negras e negros no Poder Judiciário**. Brasília: CNJ, 2021.

DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. **Tempo [online]**. 2007, vol.12, n.23, pp.100-122.

FANON, Frantz. 2008. **Pele negra, máscaras brancas**. Salvador: EDUFBA.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**. Volume 1. 5. ed. São Paulo: Globo, 2008.

FERRÃO-CANAU, Vera Maria. Fertilizando a construção de saberes e práticas na área da educação. In: ORTEGA-CAICEDO, Alicia; LANG, Miriam (orgs.). **Gritos, grietas y siembrad de nuestros territorios del Sur**: Catherine Walsh y el pensamiento crítico-decolonial em America Latina. Quito-Ecuador: Ediciones Abya Yala, 2020, p. 147-154.

FGV; CFOAB. **O Exame de Ordem em Números**. 4. ed. Brasília: CFOAB; Rio de Janeiro: FGV, 2020.

FONSECA, Maria Cecília Londres. **O patrimônio em processo**: trajetória da política federal de preservação no Brasil. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: UFRJ/MinC/IPHAN, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France: (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREIRE, Paulo. **A pedagogia do oprimido**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala**. São Paulo: Global, 2006.

GÁNDARA, Manuel. Derechos humanos y capitalismo: reflexiones en perspectiva socio-histórica. En: **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**. N° 10, Julio-Diciembre 2013.

GOMES, Nilma Lino. **O movimento negro educador**: saberes construídos nas lutas por emancipação. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2017.

GONZALEZ, Lélia. A categoria político-cultural de amefricanidade. **Tempo Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 92, n. 93, p. 69-82, (jan./jun.), 1988b, p. 69-82.

GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo afrolatinoamericano. **Revista Isis Internacional**, Santiago, v. 9, 1988a, p. 133-141.

GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. Silva, Luiz Antonio. Movimentos sociais urbanos minorias e outros estudos. **Ciências Sociais Hoje**, Brasília, ANPOCS, 1983, p. 223-244.

GONZALEZ, Lélia; HASENBALG, Carlos. **Lugar de negro**. Rio de Janeiro. Editora Marco Zero, 1982.

GROSGUÉL, Ramón. "Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global". **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 80, 2008, p. 115-147.

GROSGUÉL, Ramón. A estrutura do conhecimento nas universidades ocidentalizadas: racismo/sexismo epistêmico e os quatro genocídios/epistemicídios do longo século XVI*
* Versão modificada do artigo "The structure of knowledge in westernized universities: epistemic racism/sexism and the four genocides/epistemicides of the long 16th century", publicado no *Human Architecture: Journal of the Sociology of Self-Knowledge*, v. XI, issue 1, 2013, p. 73-90. Traduzido por Fernanda Miguens, Maurício Barros de Castro e Rafael Maieiro. Revisão: Joaze Bernardino-Costa. . **Sociedade e Estado** [online]. 2016, v. 31, n. 1 [Acessado 1 Setembro 2020] , pp. 25-49.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HERRERA FLORES, Joaquín. Os direitos humanos no contexto da globalização. In: **Lugar Comum**, 2008, n.º 25-26, p. 39-71.

HERRERA FLORES, J. Hacia una visión compleja de los Derechos Humanos. En **El vuelo de anteo**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000. pp. 19- 78.

HINKELAMMERT, Franz. Totalitarismo del Mercado. El mercado capitalista como ser supremo. Ciudad de Mexico, Akal, 2016. Capítulo IV, **El vaciamiento de los derechos humanos en la estrategia de globalización** – la perspectiva de una alternativa, p. 137-157.

IBGE. **IBGE divulga resultados de estudos sobre cor ou raça**. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?view=noticia&id=1&idnoticia=1933&busca=1&t=ibge-divulga-resultados-estudo-sobre-cor-raca>. Acesso em: 22/03/2012.

IPEA. **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. 4. ed. Brasília: IPEA, 2011.

hooks, bell. **Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

LUGONES, María. Colonialidade y genero. **Tabula Rasa**, Bogotá, Núm. 9, julio-diciembre, 2008, pp. 73-101.

MALDONADO-TORRES, Nelson. A Topologia do Ser e Geopolítica do Conhecimento: modernidade, império e colonialidade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina; CES, 2009, pp. 337-382.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Em la búsqueda de la madurez decolonial: una carta a Catherine Walsh. In: ORTEGA-CAICEDO, Alicia; LANG, Miriam (orgs.). **Gritos, grietas y siembrad de nuestros territórios del Sur**: Catherine Walsh y el pensamiento crítico-decolonial em America Latina. Quito-Ecuador: Ediciones Abya Yala, 2020, p. 189-208.

MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Lisboa: Antígona, 2014.

MOREIRA, Adilson José; ALMEIDA, Philippe Oliveira de; CORBO, Wallace. **Manual de Educação Jurídica Antirracista**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

MUNANGA, Kabengele. **Rediscutindo a mestiçagem no Brasil**: identidade nacional versus identidade negra. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

NALESSO, Thiago Fernando Cardoso. **Educação Jurídica Brasileira**: entre as Diretrizes Curriculares Nacionais e o Exame de Ordem. Tese de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021.

NETO, Francisco Raimundo Alves. **Diretrizes Curriculares Nacionais e o Currículo do Curso de Direito da UFAC**: compreensão da experiência vivenciada por docentes e discentes. Tese de Doutorado em Educação. Universidade Federal de Minas Gerais, 2011.

PEDRO, Joana Maria. Traduzindo o debate: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica. **História**, Franca, v. 24, n. 1, 2005.

PEREIRA, Amílcar Araújo. A Lei 10.639/2003 e o movimento negro: aspectos da luta pela "reavaliação do papel do negro na história do Brasil". **Cadernos de História**, Belo Horizonte, v. 12, n. 17, 2º sem. 2011, pp. 25-45.

PEREIRA, Amílcar Araújo. **O Mundo Negro**: Relações Raciais e a Constituição do Movimento Negro Contemporâneo no Brasil. Rio de Janeiro: Pallas, 2013.

PIRES, Thula. **Criminalização do racismo**: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros. Rio de Janeiro, 2013. 323p. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013.

PIRES, Thula. Direitos humanos e América Latina: Por uma crítica americana ao colonialismo jurídico. **LASA**, v. 50, n. 3, 2019, pp. 69-74.

PIRES, Thula. Racializando o debate sobre direitos humanos. Limites e possibilidades da criminalização do racismo no Brasil. **Sur**, 28, v. 15, 2018, p.65-75.

SILVA, Elza Maria Tavares. Ensino de direito no Brasil: perspectivas históricas gerais. **Psicol. Esc. Educ. (Impr.)**, Campinas, v. 4, n. 1, pp. 307-312, 2000.

STEPAN, Nancy Leys. **"A hora da eugenia"**: raça, gênero e nação na América Latina. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005.

TOLENTINO, Átila. Educação patrimonial decolonial: perspectivas e entraves nas práticas de patrimonialização federal. **Sillogés** – v.1, n.1, jan./jul. 2018, pp. 41-60.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais** – perspectivas latino-americanas. Tradução de Júlio César Casarin Barroso Silva. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 117-142.

WERNECK, Jurema; IRACI, Neuza. **A situação dos direitos humanos das mulheres negras: violências e violações**. Rio de Janeiro: Criola; São Paulo: Geledés, 2015.

Capítulo 3
APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA EM
ESQUEMAS DE PIRÂMIDES FINANCEIRAS

Juliana Candido Filipin
Regina Maria de Souza

APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA EM ESQUEMAS DE PIRÂMIDES FINANCEIRAS⁵

Juliana Candido Filipin

Discente do Curso de Direito, 2º semestre, e-mail: julianafilipin@hotmail.com, Centro Universitário de Santa Fé do Sul-SP.

Profa. Dra. Regina Maria de Souza

Docente do curso de Direito, e-mail: souzarm@hotmail.com, Centro Universitário de Santa Fé do Sul-SP.

RESUMO

O presente trabalho foi realizado com o objetivo de analisar e compreender os conceitos de Sistema de Pirâmide Financeira, Esquema Ponzi e a Teoria da Cegueira Deliberada, bem como discutir sobre a responsabilidade dos funcionários e prestadores de serviço pelo crime eventualmente cometido. O artigo é pautado nas áreas de Economia, Direito Penal e Direito Civil, sendo feita uma análise introdutória e geral do conceito de tais esquemas, analisando os efeitos que a queda da Pirâmide traz, além de desenvolver questões importantes dentro dos temas trazidos, como a responsabilidade das empresas criadas. Foi analisado o cenário atual econômico, onde o surgimento e avanço da tecnologia aumentou os casos de crimes financeiros, vez que os criminosos se aperfeiçoam e criam esquemas cada vez mais difíceis de identificar. Além do mais, estudou-se a teoria da cegueira deliberada e sua possível aplicação em crimes dessa ordem. O trabalho foi desenvolvido por meio de leitura de livros, jurisprudências, artigos científicos e pesquisas em sites e legislações, sempre com o intuito de compreender a temática e suas consequências.

Palavras-chave: Pirâmide Financeira. Esquema Ponzi. Cegueira Deliberada. Crimes Financeiros. Tecnologia.

ABSTRACT

The present work was carried out with the objective of analyzing and understanding the concepts of Financial Pyramid System, Ponzi Scheme and the Theory of Willful Blindness, as well as discussing the responsibility of employees and service providers for the crime eventually committed. The article is based on the areas of Economics, Criminal Law and Civil Law, and an introductory and general analysis of the concept of such schemes is made, analyzing the effects that the fall of the Pyramid brings, in addition to developing important questions within the themes brought up, such as responsibility of the companies created. The current economic scenario was analyzed, where the emergence

⁵ Trabalho de pesquisa apresentado ao XII SEMPEX do curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul.

and advancement of technology has increased cases of financial crimes, as criminals improve and create schemes that are increasingly difficult to identify. Furthermore, the theory of willful blindness and its possible application in crimes of this order were studied. The work was developed through reading books, jurisprudence, scientific articles and research on websites and legislation, always with the aim of understanding the theme and its consequences.

Keywords: Financial Pyramid. Ponzi Scheme. Willful Blindness. Financial Crime. Technology.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que na sociedade, em todas as épocas, os problemas sociais, econômicos, organizacionais, políticos, e até mesmo os fraudulentos, são objetos de preocupação do contexto acadêmico.

É indiscutível que o mundo vem se transformando de tempos em tempos, em inúmeros aspectos, bem como que toda essa mudança, dentro dos contextos econômicos, políticos e culturais, é propulsora ao que se denomina globalização.

Contudo, do mesmo modo que com a globalização o ritmo é acelerado diante de suas melhorias, há uma parcela significativa de desigualdade. Podemos incluir nesta parcela, por exemplo, o aperfeiçoamento da atividade criminosa.

Esse aperfeiçoamento se volta à novas modalidades de delinquência, que se baseiam em ferramentas tecnológicas. Tratam-se de formas especializadas de criminalidade, podendo-se citar os crimes contra o sistema financeiro nacional e o de “lavagem” de capitais ilícitos.

Tais delitos, em consequência de haver variadas formas de consumação, corroborado com extenso número de recursos envolvidos e as formas de ocultação das evidências, dificultam e geram desafios para a política criminal.

Juntamente à particularização de uma nova espécie de delito, também se revelou uma nova espécie de criminoso posto à margem da criminologia, mas não à margem da sociedade. Estes criminosos não são as figuras já apontadas; mas sim marginais que, apesar da nocividade de sua ação, estão, usualmente, fora do sentimento de repulsa social que paira contra os criminosos tradicionais.

O objetivo desta pesquisa se baseia em entender acerca do delito da cegueira deliberada, trazendo uma discussão acerca da responsabilidade dos funcionários e dos prestadores de serviço pelo crime eventualmente cometido em esquemas de pirâmide.

O trabalho foi desenvolvido utilizando-se a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, por meio de pesquisas em sites, doutrinas, artigos e legislações, analisando o entendimento e as consequências sobre a temática.

2 CONCEITO DE PIRÂMIDE FINANCEIRA

A Pirâmide Financeira é uma forma de prática do “Esquema Ponzi”, que surgiu em meados do século XX, através de Charles Ponzi. O precursor inseriu-se no mundo dos empréstimos, onde prometia juros de 50% em 45 dias, ou, então, juros de 100% em 90 dias, os quais eram pagos aos seus investidores mais antigos com o recurso que recebia dos novos. Entretanto, em 1920 o jornal “*Boston Post*” descobriu que poderiam existir mais de 160 milhões de cupons em circulação que supostamente cumpririam as promessas de Ponzi, mas somente 27 mil rodando. Com isso, o fato se espalhou e os clientes pediram seus dinheiros de volta, levando-o à prisão.

De acordo com Frankel (2012), um esquema Ponzi capta investidores da seguinte maneira: o autor do esquema oferece aos investidores a realização de investimentos com retornos extraordinários, acima do mercado, ao mesmo tempo que garante a segurança do capital inicial investido uma vez que se apresenta como sendo sem risco ou de baixo risco. Presume-se que os lucros derivam de algum negócio, produto, ou investimento financeiro.

Atualmente, nota-se que a existência de Pirâmide Financeira tem sido cada vez mais frequente. Embora seu formato seja ilegal, a mensagem comercial que é enviada é de que se trata de um investimento de “ganho fácil”, mas que denota um modelo previsivelmente insustentável, que depende, exclusivamente, de um número progressivo de indivíduos recrutados.

Ainda, conseguir distinguir o que é Pirâmide Financeira, não é fácil, em razão da sua estrutura apresentar a utilização de diversos artifícios que se disfarçam em meio às demais empresas. No entanto, sabe-se que tal modalidade é um empreendimento frágil visando lucro excessivo em um pequeno espaço de tempo, se baseando na alta rotatividade de dinheiro.

Pode-se dizer que é como se “vendessem dinheiro”, agregando a busca por novos investidores, haja vista que o sistema necessita de movimentações constantes de capital.

Estes investidores, ao fazerem parte do negócio, tentarão convencer terceiros, que também terão de investir capital, e assim a Pirâmide Financeira cresce economicamente.

Na verdade, o dinheiro que os novos investidores estão aplicando, é o “pagamento” dos que antecederam a sua entrada. Com isso, para que não desmorone, necessária se faz a entrada constante de novos integrantes para pagar os associados.

Com o intuito de se camuflar, o sistema tem evoluído, absorvendo características típicas de outros sistemas legítimos, por isso, estabelecer a diferença há anos atrás, era muito mais fácil, apesar da Pirâmide Financeira já ser, como já exposto, desde o início, um empreendimento ilegítimo.

Os rastros deixados por um sistema de pirâmide são vastos, poucos idealizadores que ganham dinheiro no início e podem ser responsabilizados pela transgressão penal, enquanto outros, como terceiros de boa-fé, acabam por perder muito dinheiro.

Como é o caso da empresa Telexfree, conhecida por promover a captação de divulgadores para a utilização de sistema de telefonia via internet, sem autorização por parte da Anatel. O esquema era baseado em um marketing multinível, onde os divulgadores poderiam promover a venda direta ou recrutar novos vendedores. Entretanto, em junho de 2013, o Ministério Público ajuizou uma Ação Civil Pública contra a empresa, denunciando a prática de crime de fraude da pirâmide financeira. A Justiça do Acre reconheceu a prática do delito e determinou a suspensão da atividade da Telexfree, além de congelar cerca de R\$ 700.000.000,00 e sequestrar imóveis e carros que pertenciam aos sócios do negócio, com o objetivo de garantir um eventual ressarcimento aos consumidores lesados. Posteriormente, foi proferida sentença condenatória, reconhecendo a fraude e orientando os consumidores a promoverem execução fiscal individual dos valores investidos. Hoje, mesmo após anos do ocorrido, muitos consumidores ainda não foram totalmente ressarcidos.

2.1 Pirâmide Financeira e Esquema de Ponzi

Esquema de Ponzi e Pirâmide Financeira são modelos comerciais não sustentáveis, que se diferenciam em relação ao modo em que operam.

No primeiro modelo, o incentivador é quem decide e controla o prosseguimento do esquema e seu sustento pode ser de forma direta ou indireta. No caso direto, os

consumidores podem interagir diretamente com o autor do negócio, já no caso indireto, não existe uma forma ou hierarquia a ser seguida ao certo.

Por outro lado, no segundo modelo, o autor não contém o domínio financeiro do negócio, vez que depende da entrada de novos participantes de forma hierarquizada, de modo a transmitir sustentação ao negócio.

Tais esquemas são conexos na maneira que prometem pagar aos seus integrantes altas taxas de retorno em cima do capital investido através entrada de recursos de novos colaboradores ao negócio.

Em um Esquema de Ponzi, a promessa de retorno procede de um único investimento em um negócio inexistente ou, podendo ainda, possuir uma baixa rentabilidade, tendo de ser complementado no momento do resgate pelo capital investido por novos entrantes. Pode-se dizer que, se não haver iniciativa do idealizador, o esquema começa a ruir quando os resgates dos valores investidos ultrapassam o capital de entrada.

Já na Pirâmide Financeira, a entrada dos investidores se dá com o pagamento de uma taxa de entrada, podendo haver, ainda, casos em que haja o pagamento de taxas de manutenção. Inobstante, o desenvolvimento do negócio e o retorno para o associado ocorre através da venda de produtos para novos indivíduos que também devem se integrar, sendo intitulado como pré-requisito para adquirir o produto. Desmorona-se o sistema quando não há mais o ingresso de novos indivíduos.

Pode-se perceber que, os dois modelos consistem na mesma prática, ou seja, empresas que com grandes reuniões e profissionais preparados, apresentam propostas econômicas irrecusáveis de curto prazo, de modo a enganar consumidores de boa-fé, especialmente os mais humildes, que passam a vida toda economizando.

3 CEGUEIRA DELIBERADA E SUA RELAÇÃO COM O ESQUEMA DE PIRÂMIDES

A teoria da cegueira deliberada baseia-se no pensamento de que o agente realiza uma determinada conduta criminosa e depois invoca sua inocência (forçada) a fim de que se exima da responsabilidade penal. De uma forma popular, nada mais é do que quando um indivíduo, que possui o conhecimento que participava de atividade ilícita, opta por fechar seus olhos à tal fato.

Segundo Gehr (2012), a referida teoria, também conhecida como “Teoria da Ignorância Deliberada”, tem origem no ocorrido do processo de Regina vs. Sleep, onde o

debate em questão era a revisão da condenação do ferrageiro Sleep, que inseriu parafusos de cobre em um navio de mercadorias, sendo que alguns estavam marcados como propriedade da Coroa Britânica, e, em razão disso, foi condenado por desvio de bens públicos.

Após recorrer do veredito final sob a alegação de que não tinha conhecimento que os objetos eram propriedade da Coroa, sua defesa foi aceita. Entretanto, o fato foi palco de debates das decisões das cortes inglesas que se sucederam, com as visões de equiparação entre o conhecimento propriamente dito do crime antecedente e a abstenção propositada de se informar sobre essa situação ilícita.

Em 1899, no julgamento de Spurr vs. United States, a corte americana reconheceu a teoria como "*willful blindness*", consolidando sua aplicação naquele país, como uma obrigação de saber do ilícito, e não mais uma equiparação do conhecimento como uma conduta conivente.

No Brasil, utiliza-se a teoria da cegueira deliberada equiparando ao instituto do dolo eventual, ou seja, quando o agente não quis o resultado, mas conhecia o risco. Logo, quando o indivíduo se abstém de sua ação, embora não tenha certeza do resultado, existia a probabilidade e o risco, caracterizando o dolo eventual, tendo o agente uma previsão de um possível resultado.

Assim, de forma sucinta, Mello e Hernandez (2017, p. 02) discorre:

A *willful blindness* tem sido utilizada pelos tribunais norte-americanos para admitir a imputação subjetiva no tipo penal de lavagem de capitais, notadamente nos casos em que o agente tinha consciência da elevada probabilidade de que os bens ou recursos envolvidos eram provenientes de infração antecedente e, ainda assim, agiu de modo indiferente a esse conhecimento.

Sua aplicação no sistema penal brasileiro passou a ser utilizada após o assalto ao Banco Central de Fortaleza, que resultou na condenação por lavagem de dinheiro os donos de uma concessionária de veículos que vendeu onze carros para os membros de uma quadrilha, sem saber que o dinheiro utilizado para o pagamento provinha de roubo.

Estima-se que no Brasil existem cerca de 400 esquemas de pirâmide financeira, com mais de 10 milhões de vítimas que perdem suas economias. Nesses casos, o que acontece é que várias pessoas são ludibriadas e levadas a acreditar em propostas tentadoras de retorno financeiro rápido e exorbitante, comumente fora do padrão de mercado.

4 A RESPONSABILIDADE PENAL EM RELAÇÃO AOS CRIMES COMETIDOS PELOS RESPONSÁVEIS DA PIRÂMIDE FINANCEIRA

Conforme já mencionado, o crime de pirâmide financeira caracteriza-se por meio de propostas de lucros fáceis, onde o processo de integração possui estrutura de retroalimentação e cada novo “cliente” alimenta sua manutenção.

Atrelado a isso, surge o debate sobre a responsabilidade dos integrantes do esquema criminoso. Dispõe o artigo 13 do Código Penal que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”.

Sendo assim, quem será responsabilizado é a pessoa que deu causa ao resultado do crime, ou seja, quem obteve vantagem ilícita em prejuízo de outro.

Nesses casos, a pessoa que pratica o crime por intervenção de outros é conhecida como “o homem de trás”, onde os agentes do topo utilizam empregados para seus atos ilícitos, tendo total consciência da atividade criminosa e podendo encerrá-la em qualquer momento.

A responsabilização pode ser civil ou penal, ou ainda ambas serem aplicadas. No caso da responsabilidade civil, temos a obrigação da indenização dos danos causados, que é imposta ao causador do dano, através da análise do risco, que se trata da responsabilidade civil objetiva. Importante fazer um adendo que a responsabilidade objetiva nada mais é que aquela advinda da prática de algum ato ilícito ou da violação do direito de terceiros, que, para ser comprovada, independe da comprovação de culpa ou dolo do agente causador do dano. Ou seja, é a culpa presumida. Na esfera civil, mesmo que haja uma absolvição penal por falta de provas, é possível propor ação de reparação contra o agente acusador do dano.

Já na esfera penal, normalmente é o administrador que acaba por adquirir uma acusação criminal somente por estar no topo do comando do esquema, pois, mesmo que não tenha cometido os ilícitos, pode ter se utilizado de outros, sob sua liderança.

Para garantir que o administrador societário seja responsabilizado, é necessário que a comprovação que o autor mediato possui alguma consciência das ações criminosas realizadas na organização empresarial. Em outros casos, é analisado a possibilidade de dolo eventual por parte de administrador de sociedade empresária que, movido pelo lucro, gera uma estrutura fraudulenta e criminosa de pirâmide financeira.

Apesar de ser um esquema proibido, a Pirâmide Financeira ainda não possui uma legislação específica que reprima sua prática, de modo que o Judiciário sofre dificuldade em responsabilizar os agentes. Em razão dessa falta, os responsáveis podem ser enquadrados como praticantes do crime previsto no artigo 171, do Código Penal, que dispõe: “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”. Nesse caso, teríamos uma pena de reclusão de um a cinco anos, além de multa.

Sua utilização pode também ser penalizada no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 1.521/51, que disciplina os crimes contra a economia popular. É o art. 2º, inciso IX, que dispõe sobre a criminalização dos esquemas de pirâmide: “IX - obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos.”.

Desse modo, o dispositivo consiste que aquele que tentar ou obter ganhos ilícitos, através de especulações ou meios fraudulentos, gerando prejuízos a diversas pessoas, será apenado com detenção de 6 meses a 2 anos e multa, uma vez que suas consequências podem envolver um grande montante de capital, atingindo muitos indivíduos e a própria economia. É importante ressaltar que todos os participantes da pirâmide podem ser responsabilizados, independentemente de seu nível hierárquico.

Entretanto, podemos dizer que ainda é uma norma muito branda e não cumpre a função de prevenção e intimidação para as fraudes desse tipo, vez que o sistema de Pirâmide Financeira cresce cada vez mais, constituindo muitas vítimas, que acabam perdendo tudo o que tem, necessitando, assim, de um projeto de lei e penas mais rigorosas.

5 CONCLUSÃO

Dessa forma, têm-se que com o advento das inovações tecnológicas, tudo no mundo foi também aprimorado. Nesse cenário, as formas de investir e negociar foram sendo repaginadas, assim como, conseqüentemente, os meios de fraudes.

Nesse cenário mais tecnológico, surge a Pirâmide Financeira, que nada mais é que um esquema comercial que pode existir ou não algum produto para venda, prometendo pagamentos altos a quem aderir e ainda inserir novos membros no negócio. Assim, os

novos integrantes pagam os lucros nos integrantes mais velhos, constituindo uma pirâmide hierárquica.

O sistema de pirâmide derivou-se do esquema Ponzi, que surgiu através de um italiano que aplicou golpes no continente americano. Entretanto, vimos que o esquema se difere da pirâmide, no momento em que a promessa de retorno do esquema procede de um único investimento em um negócio inexistente ou com baixa rentabilidade, e, nas pirâmides, um novo investidor alimenta outras.

Assim, surge o debate sobre a inserção da teoria da cegueira delimitada nos casos de crimes financeiros, vez que no ordenamento jurídico brasileiro, muito tem sido utilizada para equiparar ao dolo eventual na esfera penal. Com isso, os utilizadores do Direito, inserem a teoria em suas teses para defender quando o agente causador não quis o resultado, mas, de certa forma, sempre conhecia o risco, o que causa o conhecido dolo eventual.

Para finalizar o trabalho, foi abordado sobre a responsabilidade dos crimes de pirâmide financeira, mais precisamente, na esfera penal. Ainda não existe uma tipificação do Código Penal sobre o crime de Pirâmide, entretanto, sua falta é suprida com uma espécie geral de estelionato (art. 171, CP), ou ainda, no inciso IX, art. 2º, da Lei nº 1.521/51. Porém, é de conhecido que os crimes financeiros, principalmente os praticados por meio de tecnologias novas, vem crescendo de forme desenfreada, necessitando, quase que urgentemente, de novas legislações mais incisivas e rigorosas para a condenação precisa dos agentes cometedores das fraudes.

Em conclusão, foi possível apresentar que o crime de pirâmide financeira apresenta sérios riscos à sociedade e graves perturbações à ordem econômica, na maneira que muitas vítimas perdem toda sua economia de vida apostando em investimentos de alto risco, o que gera grande preocupação. É necessário estudos e formas de identificá-las, além de responsabilizar os envolvidos para que não haja mais tantas fraudes e ações criminosas.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Ione. **Fuja das pirâmides financeiras**. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Pelotas: IDEC, 2019.

ARAGÃO, Paulo de Tarso. **Afinal, o que é uma pirâmide financeira?** Recife: Líder, 2014. Disponível em: www.jornaloucospormarketing.com.br. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 de jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951.** Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11521.htm. Acesso em: 20 de jun. 2022.

CALLEGARI, André Luís, SCARIOT, Daniela. **O que é a teoria da cegueira deliberada? Equipara-se ao dolo eventual?** Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-28/callegari-scariot-teoria-cegueira-deliberada>. Acesso em: 10 jul. 2022.

CORRÊA, Fabrício da Mata. **Pirâmide financeira.** Espírito Santo: DOCTUM, 2014.

CRES, Fábio. **Esquema Ponzi: como tirar dinheiro dos incautos.** São Paulo: Armada Press, 2014.

FRANKEL, Tamar. **The Ponzi Scheme Puzzle: A History and Analysis of Con Artists and Victims.** 1ª ed. Oxford University Press, 2012.

GEHR, Amanda. **A aplicação da teoria da cegueira deliberada no direito penal brasileiro.** Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2012, Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31107/AMANDA%20GEHR.pdf?s=equen>. Acesso em: 18 jul. 2022.

JÚNIOR, Leonardo Tajaribe. **Responsabilidade criminal do administrador empresarial por pirâmide financeira.** DireitoNet, 2021. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/12373/Responsabilidade-criminal-do-administrador-empresarial-por-piramide-financeira>. Acesso em: 29 jun. 2022.

INFOMONEY, Equipe. **Esquema Ponzi: entenda a origem, o que é pirâmide financeira e relembre casos famosos.** InfoMoney, 2021. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/onde-investir/esquema-ponzi-entenda-o-que-e-piramide-financeira-e-relembre-casos-famosos/>. Acesso em: 20 de jul. 2022.

Pirâmide financeira: entenda o aspecto criminal e saiba identificar. Laurentiz, 2021. Disponível em: <https://laurentiz.com.br/piramide-financeira/>. Acesso em: 20 de jul de 2022.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque, HERNANDES, Camila Ribeiro. **O Delito de Lavagem de Capitais e a Teoria da Cegueira Deliberada: Compatibilidade no Direito Penal Brasileiro?** Conpedi Law Review, 2017. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3783/pdf>. Acesso em 10 jul. 2022.

SOARES, Jucelino Oliveira. **A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade aos crimes financeiros**. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/12/ARTIGO-6.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022

Capítulo 4
A PROTEÇÃO INTERAMERICANA DO DIREITO À SAÚDE
EM TEMPOS DE PANDEMIA
Letícia Pereira de Alvarenga Tavares

A PROTEÇÃO INTERAMERICANA DO DIREITO À SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA

Letícia Pereira de Alvarenga Tavares

Mestranda em Direito Constitucional pela UFF. Pós-graduada em Residência jurídica pela UFF. Graduada pela UFRJ. Advogada. Email: tavares-leticia@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo objetiva, em primeiro momento, fazer uma análise evolutiva da proteção do direito social à saúde em específico na jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para posteriormente adentrar no atual contexto mundial da pandemia e de extrema vulnerabilidade dos direitos humanos, adentrando no papel essencial desempenhado pela Corte Interamericana na garantia desses direitos, com enfoque especial ao direito à saúde. Serão analisadas as normas internacionais e recomendações da Corte, específicas para esse contexto pandêmico, bem como a resolução referente à vacinação.

Palavras-chave: Justiciabilidade, direito à saúde, Pandemia, Covid-19, Corte IDH.

ABSTRACT

This article aims, at first, to make an evolutionary analysis of the protection of the social right to health, specifically in the jurisprudence of the Inter-American Human Rights System, to later enter the current global context of the pandemic and of extreme vulnerability of human rights, entering the essential role played by the Inter-American Court in guaranteeing these rights, with a special focus on the right to health. The international norms and recommendations of the Court, specific to this pandemic context, will be analyzed, as will the resolution on vaccination.

Keywords: Justiciability, right to health, pandemic, covid-19, interamerican court of human rights.

INTRODUÇÃO

Este artigo trabalha o direito à saúde como direito humano e social na perspectiva evolutiva da legislação e jurisprudência interamericanas de proteção aos direitos humanos, bem como sob a análise da proteção desse direito em tempos de pandemia.

Os atuais cenários políticos e jurídicos vêm sofrendo diversas ressignificações após o aparecimento do novo vírus causador do COVID-19, que vem alarmando a população

mundial diante das frequentes desigualdades e abusos visualizados em um estado de calamidade, acerca da cobrança por efetivação dos direitos humanos.

O ordenamento jurídico brasileiro abarcou o direito à saúde como a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, afirmando-a como direito social de todos e dever do Estado a sua garantia, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção e recuperação, como o programa de vacinação, que deve ser visto em uma perspectiva global e de cooperação.

A proteção à saúde e à ordem econômica não estão garantidas, apenas, pela Carta Magna de 1988, como também no Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos. Dessa forma, trata-se de dever do Estado, de modo interno, mas também na esfera internacional, por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), conforme previsto pelo artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. É nessa perspectiva que o presente artigo se estrutura.

Frente à situação calamitosa presente, seja regional, seja global, o problema elementar em relação ao direito à saúde, em específico, está em sua proteção e efetivação. Nesse sentido, o objetivo deste artigo é estudar a proteção do direito humano e social à saúde na legislação interamericana e também na jurisprudência da região, estabelecer os contornos desse direito no contexto interamericano de proteção aos direitos humanos. O artigo recebe importância também por enfrentar a temática da justiciabilidade dos direitos sociais, notadamente do direito à saúde no âmbito da Corte Interamericana.

Em seguida abordados aspectos da Corte Interamericana de Direitos com relação aos países que ratificaram a Convenção e seu papel no enfrentamento da pandemia do COVID-19 e, por fim, serão analisadas as recomendações e resoluções emitidas por esta Corte, como as Resoluções nº01 e nº04 de 2020 e nº 01 de 2021, a fim de apontar as principais medidas necessárias para contenção dos impactos negativos da doença em nível global e para assegurar o respeito aos direitos humanos em tempos de crise sanitária.

Para essa tarefa, utiliza-se o método de abordagem dedutivo e o procedimento analítico, com a análise da legislação interamericana e das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos com relação ao direito humano e social à saúde. Quanto à técnica de pesquisa, emprega-se a bibliográfica com a consulta em jurisprudência, livros e periódicos.

1 Justiciabilidade do Direito à Saúde: Análise Evolutiva no Contexto Interamericano de Direitos Humanos.

O corpus juris do Sistema Interamericano é composto por diversos tratados, sendo que alguns deles constituem base de ordenamento jurídico, enquanto outros tratados complementam a proteção dos direitos humanos de modo específico.

Há alguns importantes tratados que tutelam a proteção aos direitos humanos no âmbito interamericano, quais sejam: a Carta da OEA; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem⁶; a Convenção Americana de Direitos Humanos⁷ (ou Pacto de São José da Costa Rica) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Ocorre que, embora os direitos civis e políticos estejam catalogados em um amplo rol na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), como direitos de segunda geração, encontram-se previstos em um único dispositivo do Pacto (artigo 26), sem qualquer especificidade e garantia de sua proteção pela norma. Em razão disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vinha, de forma reiterada, garantindo os DESC pela via indireta, isto é, através da vinculação com algum direito individual.

Observa-se que, no que tange ao avanço no âmbito normativo, a Assembleia Geral da Organização Dos Estados Americanos (OEA)⁸ adotou um Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos relativos aos direitos sociais, econômicos e culturais, o Protocolo de San Salvador. Este passou a vigorar em 1989 e, apenas após a sua edição, as possibilidades de exigibilidade em âmbito internacional, se estenderam tanto aos direitos civis, políticos e econômicos, como também aos sociais e culturais, visando ampliar a proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, é sob o artigo nº 10 do Protocolo de San Salvador que se encontra pela primeira vez em todo o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos a expressão relacionada ao direito à saúde. O referido Protocolo preocupou-se em elencar

⁶ Organização Dos Estados Americanos. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b_Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021

⁷ Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica, 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm> Acesso em: 28 ago 2021

⁸ Organização Das Nações Unidas. Carta da Organização das Nações Unidas, 1945. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/carta-das-nacoes-unidas>. Acesso em: 28 ago 2021.

atividades que auxiliassem na efetivação do direito à saúde, de forma a abranger necessidade básicas de saúde, como a infraestrutura sanitária, o atendimento primário à parcela mais pobre da população e a sua extensão à toda a sociedade, percorrendo medidas de saúde preventiva, como a imunização de doenças infecciosas e da educação da população sobre a importância da preservação da saúde, por tratar-se de um bem essencial à continuação da vida.

Apesar do avanço normativo, o protocolo de San Salvador não trouxe nenhuma novidade processual em relação a justiciabilidade desse direito, uma vez que não previu nenhum mecanismo de proteção judicial diversos do já existente na Convenção Americana.

Já no âmbito jurisprudencial do Sistema Interamericano, o direito à saúde, em 2018, pela primeira vez na história do Tribunal, através do caso *Poblete Vilches vs. Chile*⁹, reconheceu-se a justiciabilidade do direito à saúde de forma autônoma.

Porém, embora seja esse o entendimento majoritário do Tribunal no caso *Poblete Vilches vs. Chile*, houve voto divergente do juiz Sierra Porto, manifestando-se de forma reiterada contrariamente à possibilidade da justiciabilidade direta, ao considerar a Corte IDH incompetente para declarar a violação autônoma dos DESC. Conforme exposto¹⁰:

reitero que la justiciabilidad de los DESC, a través de una aplicación directa del artículo 26 de la Convención, presenta al menos dos grandes falencias: la primera, que el mencionado artículo 26 no contiene propiamente un catálogo de derechos, sino que remite a la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante, "la Carta de la OEA"), y que, a su vez, la Carta de la OEA tampoco contiene un catálogo de derechos.

Nesse contexto, em que não há uma unanimidade e entendimento consolidado acerca da possibilidade da garantia do direito à saúde de forma direta, perante à Corte IDH, surge a indagação acerca de qual seria então os parâmetros utilizados pela decisão da Corte IDH para justificar a justiciabilidade direta do direito à saúde.

A evolução jurisprudencial da Corte, com especial destaque em saúde para o caso *Poblete Vilches vs. Chile*, revela-se estratégica e essencial para a construção e consolidação da tese da justiciabilidade direta do direito à saúde no contexto do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

⁹ Caso *Poblete Vilches e outros Vs. Chile*. Sentença de 8 de março de 2018. São Jose da Costa Rica. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr> >. Acesso em: 30 ago 2021

¹⁰ Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf. Acesso em 2 set 2021

No âmbito internacional, é possível observar três diferentes estratégias de argumentos quanto à proteção dos direitos sociais, conforme Piovesan¹¹:

sendo elas: (a) dimensão positiva de direito à vida²¹; (b) utilização do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, especialmente para a proteção de grupos socialmente vulneráveis; (c) proteção indireta dos direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis e políticos.

Considerando Piovesan, quanto ao tema da proteção dos direitos à saúde na Corte Interamericana, observa-se que, a terceira estratégia de argumentos é aquela que mais vinha se subsume à questão; sendo que a garantia do direito social à saúde ocorria de forma indireta, notadamente, pela proteção dos direitos sociais por meio de direitos civis e políticos.

Já no caso *Albán Cornejo y otros vs. Equador*¹², a Corte decidiu frente à proteção ao direito à integridade pessoal, mencionando que não seria o direito à saúde, naquele momento, um direito imediatamente justiciável perante a Corte. O caso teve o Estado parte condenado por suposta negligência médica em um hospital particular, já que teria o dever de fiscalizar as instituições e condições médicas, fomentando, na prática, a proteção da saúde e da vida dos seus cidadãos. Dessa forma, ocorreu a proteção do direito à integridade física com o objetivo de garantir, na verdade, a saúde.

Vale mencionar o caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*¹³, em que o Estado brasileiro foi condenado por maus tratos em um hospital, que ocasionou a morte de um paciente em tratamento por saúde mental. O caso impactou diretamente em diversas políticas públicas que trouxeram avanços para o tratamento de pacientes na área da saúde mental, como o aperfeiçoamento das instituições de acolhimento, bem como um melhoramento dos profissionais da saúde no trato da relação com os pacientes.

Ocorre que esse foi o primeiro caso, no contexto interamericano, a apresentar a discussão referente às pessoas que sofrem com problemas psiquiátricos, apesar de ser através do direito à vida e à integridade pessoal. Dessa forma, a Corte IDH além de abordar a questão da autonomia das pessoas doentes, decidiu sobre obrigações do Estado em

¹¹ PIOVESAN, Flávia. "Direitos sociais: proteção no sistema internacional e regional interamericano" Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.5, p. 67-80, 2009

¹² Caso *Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador* (fundo, reparações e custas). Sentença de 22 de novembro de 2007. São José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr> Acesso em: 30 ago 2021

¹³ Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. São José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 30 ago 2021

matéria de saúde, pelo que se compreende que a saúde é um bem público cuja a proteção está indubitavelmente atrelada à atuação estatal.

Por fim, apresenta-se também o caso da comunidade indígena Yakye Axa vs. Paraguai¹⁴, em que a Corte, com fundamentação sobre direito à saúde e a outros direitos vinculados a esse, decidiu no sentido de conferir proteção ao direito de propriedade sobre as terras em que a comunidade vivia.

Nesse sentido, observa-se no exercício dessa análise evolutiva dos casos, que a Corte Interamericana comumente protegia o direito à saúde por meio de uma interpretação extensiva da Convenção Americana, com respaldo na indivisibilidade dos direitos humanos, isto é, em face de um direito civil ou político, que indiretamente repercutia na tutela do direito à saúde, e não como um direito autônomo.

Porém, com o Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile, em 2018, o direito à saúde, pelo artigo 26 da Convenção Americana, recebe pela primeira vez o seu reconhecimento como direito social autônomo. O caso consiste no falecimento do Sr. Vinicio Antonio Poblete Vilches, idoso, depois de duas entradas em um hospital público no Chile. Em sua decisão, a Corte declarou a responsabilidade internacional do Estado chileno por não garantir ao idoso um direito à saúde livre de discriminação, mediante serviços necessários básicos e urgentes, em atenção à situação especial de vulnerabilidade como pessoa idosa e pelos sofrimentos decorrentes da falta de atendimento do paciente. Ademais, ficou consignado que com vistas à assistência médica de urgência, os Estados devem garantir elementos como: qualidade, acessibilidade, disponibilidade e aceitabilidade.

Assim, em síntese, é notório o avanço na proteção desse direito, desde sua ocorrência pela via indireta dos direitos civis e políticos, para seu reconhecimento atual como direito autônomo, capaz de estabelecer obrigações específicas aos Estados partes, indicando a sua justiciabilidade pelo artigo 26 da Convenção Americana, o qual baseia o direito na concepção do desenvolvimento progressivo.

Cabe destacar que o pleito foi fundamentado primordialmente com base na decisão histórica proferida pela Corte IDH, no caso Lagos del Campo vs. Perú¹⁵, por ter sido a primeira a reconhecer a justiciabilidade direta dos DESC. Em que pese o Estado alegar a

¹⁴ Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). Sentença de 17 de junho de 2005. São José da Costa Rica. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 30 ago 2021

¹⁵ Caso Lagos del Campo vs Perú. Sentença de 31 de agosto de 2017. Peru. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Acesso em 30 de ago 2021

incompetência da Corte para reconhecer a violação do direito à saúde a partir da leitura do artigo 26, a Corte, finalmente, reiterou a sua competência em vista da interdependência existente entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Os fundamentos centrais da decisão que justificam a possibilidade da justiciabilidade direta centram-se, especificamente, nos seguintes pontos¹⁶:

- a) derivação direta da Carta da OEA, que, por exemplo, prevê como objetivo básico a “defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica”; b) previsão na Declaração Americana, notadamente em seu artigo 29.d; c) reforço da própria legislação interna do Estado, que prevê a garantia do direito à saúde; e d) corpus iuris internacional acerca do direito à saúde.

Pelo exposto, é notória a divergência existente com relação à matéria, bem como o papel imprescindível que a Corte IDH, desde o caso Lagos del Campo, julgado em 2017, vem progressivamente desempenhando na consolidação e ampliação dos direitos sociais e econômicos, como verdadeira guardiã. Atribui-se a ela também o árduo ofício de desenvolver um amadurecimento do corpus iuris interamericano, a fazer os Estados respeitarem não somente a Convenção Americana, mas todo o bloco jurídico e jurisprudência que compõe o Sistema Interamericano, inclusive em tempos de crise, evitando retrocessos.

2. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos em Tempos da Pandemia do Covid-19.

Não se pode esquecer de que o direito à saúde é o ponto de partida e de equilíbrio para todos os outros direitos civis, políticos e sociais, conforme observado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. É necessária a existência de uma proteção integral e de forma plena ao ser humano, para que todos os outros direitos sejam também exercidos. Sem o direito à saúde, não é possível ao indivíduo o exercício completo de sua cidadania.

Sendo assim, analisar a posição da CIDH avaliando suas resoluções e recomendações adotadas com a finalidade de garantir e preservar os direitos sociais e econômicos em tempos de pandemia estruturou-se como objetivo essencial.

¹⁶ idem

Inicialmente, cabe contextualizar como a doença causada pelo COVID-19, no fim do ano de 2019, desenvolveu-se e propagou-se mundialmente, desestruturando os sistemas de saúde. Ela foi identificada em Wuhan, na província de Hubei, República Popular da China, mas, imediatamente, a doença se propagou por outros países. Pouco tempo depois de seu alastre, a Organização Mundial da Saúde (OMS) classificou o surto como uma pandemia mundial, provocando diversas reações em todos os setores sociais. Após esse cenário pandêmico, o Direito começa a se mover diante dos interesses dos cidadãos, a fim de que fossem respeitadas e preservadas suas garantias fundamentais, em especial, para esse escrito, o direito à saúde.

Ocorre que, atualmente, de acordo com dados fornecidos pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), cerca de um milhão de pessoas morreram com o COVID-19, somente na América Latina. Este é um marco trágico para todos os habitantes da região, considerando que apenas 3% de nossas populações foram vacinadas.¹⁷

De acordo com dados disponíveis até junho de 2021 (OPAS), notificados pelos países e territórios das Américas, constata-se que “1.001.781 pessoas morreram com o vírus SARS-CoV-2 na América Latina” e, ainda, “quase 89% dessas mortes ocorreram em cinco países: Brasil (44,3%), México (22,1%), Colômbia (8,3%), Argentina (7,3) e Peru (6,7%); 3% de todas as mortes ocorreram na América Central e 1% no Caribe.” Conforme a fonte, no tocante à vacinação, “mais de 153,5 milhões de pessoas foram vacinadas nas Américas, mas apenas cerca de 21,6% delas estão na América Latina e Caribe”.¹⁸

Nota-se que a região é um epicentro do sofrimento causado pela COVID-19 e possui necessidade urgente de intervenção para a proteção da população. Ocorre que a pandemia gerou grande desafio em matéria de saúde pública de escala mundial, resultando em crises generalizadas, de âmbitos econômico, jurídico e político. Ela atingiu sobremaneira os diversos setores públicos dos variados países pelo mundo, com maior impacto naqueles mais pobres ou em subdesenvolvimento.

Fato é que, no Brasil, as dificuldades para a confrontação das sequelas remanescentes são ainda mais numerosas ao considerar a segregação social e demográfica, onde pessoas vivem em situações precárias de vulnerabilidade e de constante desrespeito aos direitos humanos. (BARRETO, 2020)

¹⁷ Disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/21-5-2021-america-latina-e-caribe-ultrapassam-um-milhao-mortes-por-covid-19>. Acesso: 15 set 2021

¹⁸ Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/geral-57535802>. Acesso: 15 set 2021

Ao considerar as dificuldades causadas pela Covid-19, o Sistema Interamericano não se ausentou da responsabilidade, tendo a CIDH formulado uma série de medidas necessárias à preservação dos direitos humanos e diminuição dos impactos sociais da pandemia, bem como de cobranças aos Estados para que cumpram com as obrigações internacionais, ainda que em momento de crise sanitária.

No que concerne ao papel da CIDH em relação à pandemia, em 2020, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Recomendação nº 62¹⁹, instruindo aos Tribunais e Magistrados quais medidas preventivas poderiam ser tomadas para evitar a disseminação da infecção pelo novo Coronavírus, no âmbito dos tribunais internos. Cabe registrar que estas medidas têm por objetivo proteger a saúde e a integridade dos cidadãos. No dia 14 de abril de 2020, a Corte em apreço publicou um comunicado intitulado “COVID-19 E DIREITOS HUMANOS”. Conforme a Presidente deste Tribunal, a declaração tem por objeto que “os Estados tenham presente e não esqueçam suas obrigações internacionais e a jurisprudência da Corte para assegurar a efetiva vigência e proteção dos direitos humanos na resposta e contenção pandemia”.

E, ainda, foi aprovada a Resolução nº 01/2020²⁰ “Pandemia e Direitos Humanos nas Américas”, cujo foco principal é instruir as ações dos Estados partes referente à crise causada pela Covid-19, zelando pelos direitos consagrados no sistema (CIDH, 2020). Ela possui definição de padrões e recomendações aos países que fazem parte da OEA, com a finalidade de garantir que as medidas de enfrentamento à pandemia sejam tomadas. Esta resolução foi muito importante, tendo em vista que demonstrou que o posicionamento CNJ foi acertado.

É importante registrar que o Procurador Geral da República e o Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público, Augusto Aras, e a Ministra da Mulher, Família e Direitos Humanos, Damara Alves, assinaram, no dia 28 de abril de 2020, um acordo de cooperação para combater possíveis violações de direitos humanos, especialmente, durante a pandemia do COVID-19. No termo foi determinado o encaminhamento de denúncias diretamente à CNMP²⁹, Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais.

Dentro desse contexto, a CIDH está em constante observação do Brasil, diante inúmeros relatos de violação de Direitos Humanos. Possivelmente, com a presente

¹⁹ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>. Acesso em 06 set 2021. Acesso em 04 set 2021

²⁰ Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em 06 set 2021

situação de pandemia, as denúncias aumentarão em casos de não cumprimento do disposto na Recomendação nº 62 do CNJ. Nesse sentido, destaca-se que, em semelhança ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, a Corte vem firmando posicionamento de jurisprudências impositivas no controle da CADH pelos magistrados nacionais dos países membros da OEA.

A Corte já explicitou em outros julgados que todos os tribunais dos estados signatários estão obrigados a cumprir a Convenção, bem como as decisões da Corte. Dessa forma, cumpre trazer o disposto em um parágrafo desta decisão²¹:

A Corte está ciente de que os juízes e os tribunais estão sujeitos ao império da lei e, portanto, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparelho do Estado, também estão sujeitos a ela, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e finalidade, que desde o início carecem de efeito jurídico. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas jurídicas nacionais aplicáveis aos casos concretos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não só o tratado, mas também a interpretação dada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.

Isso considerado, observa-se que todas as nações vinculadas são obrigadas a cumprir as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob pena de aplicação de penalidades previstas na Convenção supracitada. Obviamente que se faz necessário o controle de convencionalidade por cada Estado, no entanto, isso não exime-os de cumprir o que se encontra decidido e sedimentado por esta Corte Superior, salientando-se, pois, que suas decisões possuem caráter vinculante.

Nota-se que o mundo está vivendo em um momento de plena exceção. Como visto, inúmeras alterações e adaptações legislativas estão sendo realizadas com o intuito de abarcar situações advindas da pandemia. Quanto aos direitos humanos, também não foi diferente, conforme demonstrado. Todavia, possivelmente, a CIDH será acionada algumas vezes com denúncias de violação dos direitos fundamentais, oportunidade em que, julgá-las-á, obrigando aos Estados-membros o seu fiel cumprimento.²²

²¹ Disponível em <https://jus.com.br/artigos/77364/a-vinculacao-do-judiciario-brasileiro-a-opiniao-consultiva-n-24-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos>. Acesso 25 set 2021

²² Disponível em: <https://direitosvalemmais.org.br/2021/07/01/covid-19-violacoes-no-brasil-no-contexto-da-pandemia-serao-denunciadas-na-comissao-interamericana-de-direitos-humanos/>. Acesso em 17 de set de 2021

3 Considerações sobre a Resolução nº 01\2020 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Conforme exposto, a realidade da pandemia na América Latina não podia estar pior: a “região que concentra 8% da população mundial responde por quase um quarto de todas as mortes por covid-19 registradas até meados de 2021”.

E, no meio desse caos, o Brasil se destaca: prestes a se tornar o segundo local do mundo a ultrapassar as 500 mil mortes provocadas pelo Coronavírus, especialistas apontam que o país influencia direta e indiretamente o agravamento da situação nas nações vizinhas.(BBC, 2020)

É inegável constatar as sequelas causadas pela pandemia, em especial aos grupos em situação de vulnerabilidade. Por isso, surge a necessidade de atuação da CIDH em garantir os direitos humanos em uma realidade extrema. Conforme os artigos 41.b da Convenção Americana e 18.b do Estatuto da CIDH, elaborou-se a Resolução 01/2020, com orientações e medidas a serem obedecidas pelos Estados signatários com o fim de reduzir os impactos negativos.

Explica-se, a Resolução divide-se em três segmentos, a primeira é a introdução, onde é realizada uma contextualização histórica a respeito da realidade das Américas. A segunda parte é considerativa, que avalia sobre o direito à saúde, estados de exceção, garantias fundamentais, Estado de Direito, setores em situação de vulnerabilidade, cooperação internacional e intercâmbio de boas práticas.

Por fim, a parte resolutiva, determina aos Estados que: adotem as medidas fundamentais concretas para a proteção dos direitos à saúde, à vida e à integridade pessoal; que assegurem a efetividade dos direitos humanos, no sentido de que tomem as devidas diligências para enfrentar a pandemia e as suas consequências econômicas e sociais; que tenham como referência os tratados internacionais de direitos humanos, o dever de respeitar e garantir os direitos humanos, baseados nos princípios pro persona, de proporcionalidade, legalidade, necessidade e temporalidade com o propósito de garantir um Estado Democrático de Direito²³.(BOCA, 2021)

Com a pretensão de proteger as pessoas em estado de vulnerabilidade a Resolução 01/2020 no item 38 determina aos Governos dos Estados-membros que viabilizem

²³ Disponível em: <https://revista.ioles.com.br/boca/index.php/revista>. Acesso em 30 set 2021

planos e ações direcionadas a esses grupos, com o fim de minimizar os danos. A recomendação nº 39, almeja o fim dos estigmas negativos e rótulos discriminatórios que envolvem esses grupos (CIDH, 2020).

Dessa forma, a Resolução 01/2020 recomendou que “os Estados-Parte deem prioridade aos idosos durante a realização de testes e tratamentos, garantindo medicamentos e cuidados. Recomendou ainda que sejam adotadas ações com o fim de evitar a disseminação do vírus em asilos, hospitais e locais de privação de liberdade.” No que tange à violência contra idosos, a não houve omissão da Resolução, e determinou aos Estados a fiscalização e adoção de medidas que viabilizem a denúncia. Deve-se considerar que os idosos são mais dependentes de terceiros e tem fragilidades com a saúde e, por esse motivo, a Comissão propôs a utilização da tecnologia e comunicação remota como alternativas para amenização do sofrimento, devido ao contato familiar, ainda que distante, com os idosos que moram sozinhos ou vivem em asilos. (MORAES, 2020)

Quanto ao estado inconstitucional das coisas, tem-se nos presídios brasileiros, realidade desafiadora, acometida por ausência de estrutura financeira relacionada à omissão do Estado, superlotação e precariedade das condições, tornou-se ainda mais evidente esse cenário de esquecimento governamental e de significativo descaso com os direitos humanos. Portanto, a CIDH recomendou aos Estados-Membros, a obrigatoriedade na adoção de medidas que evitem aglomeração e que privilegiem os grupos de risco mencionados. Além disso, determinou-se que sejam asseguradas formas substitutas à pena privativa de liberdade, de regime carcerária, respeitando o princípio da proporcionalidade. Para tanto, a CIDH solicita ainda, que os Estados respeitem as condições básicas de sobrevivência saudável, dentre elas a higiene, saneamento, alimentação e as medidas de isolamento. (CARVALHO; SANTOS, 2020)

Além disso, a Recomendação nº 62²⁴ contribuiu com a previsão de ações necessárias para que a doença não se alastre nas penitenciárias, tais como “as recomendações de desencarceramento dos mais vulneráveis e acusados de crimes não violentos; de transferência para prisão domiciliar; de cumprimento de quarentena em locais adequados para aqueles com diagnóstico suspeito e recém chegados e da prática de visitas virtuais”.

²⁴Ibidem. <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>

No campo do gênero, a CIDH objetivou dar prioridade às mulheres e sugeriu medidas aos países signatários, quais sejam: “ofertar cargos de liderança no enfrentamento do Covid-19 às mulheres; fornecer serviços de saúde sexual e reprodutiva; fiscalizar e fortalecer os serviços de resposta à violência doméstica e sexual”, tendo em vista o aumento de casos durante a quarenta, e garantir atenção às mulheres que estão na linha de frente do combate à doença, concedendo meios de proteção à saúde mental e redução do encargo de dupla jornada de trabalho, profissional e doméstica.(CIDH, 2020)

Ao considerar a segmentação social brasileira e as estruturas hierárquicas de poder, a pandemia revelou ainda mais essa realidade brasileira, de injustiças e desigualdades desencadeadas pela abstenção do papel do Estado aos grupos indígenas, considerados grupos minoritários de extrema vulnerabilidade.

Nesse sentido, a CIDH preocupou-se em fornecer aos indígenas canais de comunicação e informação sobre a pandemia em seu idioma tradicional, que estimulem a proteção dos Direitos Humanos à população indígena, devido principalmente à situação gravosa que seria o contágio dela e, ainda, que Estados se abstenham em elaborar propostas legislativas que visem a extração de produtos em territórios próprios dessa população. (CIDH, 2020, p.15)

Quanto aos grupos vulneráveis, encontram-se ainda os refugiados, migrantes, vítimas do tráfico de pessoas, apátridas e pessoas segregadas em âmbito interno, grupos estes com grandes obstáculos a serem eliminados, os quais incluem o acesso à educação, saúde e moradia no novo país, além das discriminações xenófobas.

No tocante às crianças e adolescentes, a norma discorre sobre a proteção do direito à saúde dessa parcela da sociedade, principalmente para aqueles que não podem contar com bons tratos de suas famílias. E ainda, alerta para a necessidade de impedir a violência doméstica, tendo em vista que a paralisação das atividades presenciais e as restrições impostas pelo isolamento contribuíram para o aumento de violências em âmbito domésticos, com novos abusos, a partir da convivência, sem outra alternativa, por maior quantidade de tempo com o agressor.

Em seguida, a Resolução dispõe que se deve proteger o direito de regresso e a migração de retorno aos Estados de origem, por meio de ações de mútua cooperação, intercâmbio de informação e apoio logístico entre os Estados. Sugere ainda a não detenção migratória e a abstenção de medidas que dificultem o acesso à saúde e demais serviços.

(BOCA, 2020). Destaca que tal medida deve ser voluntária e deve ser feita com atenção aos protocolos sanitários, para evitar o risco de contágio. (CIDH, 2020, p. 16).

Já para a população LGBTQIA+, a CIDH propôs aos países integrantes da OEA, que promovessem política de inclusão social, independente de rótulos, isto é, dos travestis, transexuais e transgêneros que integram o ciclo da pobreza. A Resolução propõe a criação de protocolos, com o objetivo de facilitar o acesso à saúde e meios de denúncia para essas pessoas vítimas de violência e preconceito. Além disso, faz-se necessária a promoção de políticas de conscientização para o combate e prevenção da homofobia, com atenção especial ao âmbito hospitalar, para que todos tenham acesso igualitário à saúde, independente da sua orientação sexual.

Quanto ao racismo estrutural, com o aumento do isolamento social e conservadorismos radicais, intensificou-se a falta de conscientização acerca do tema e tornou-se mais notório o segregacionismo e discriminação no contexto da pandemia. Conforme a Resolução, a CIDH recomenda o não uso excessivo da força estatal em virtude de origem étnico-racial. Ela recomenda que deve ser prestado apoio econômico para aqueles que se encontram em estado de pobreza, instrui ainda os Estados a incluírem, de igual maneira, informações sobre origem étnico-racial, idade, gênero e deficiência nos dados de contaminados, hospitalizados e mortos pela doença.

Nesse sentido, é imprescindível que o Estado reveja seus meios de acesso a saúde pública, para que ela seja igualitária, solidária e universal, pois a falta de seriedade do poder estatal intensificou os problemas já existentes em uma crise, econômica e humanitária, devendo, portanto, fornecer aos afrodescendentes acesso integral a serviços de saúde.

Por fim, quanto às pessoas com deficiência, a pandemia intensifica as dificuldades enfrentadas por elas. Para tentar reduzi-las, a Resolução recomenda que os Estados assegurem às pessoas com deficiência prioridade na atenção médica e que participem do processo de elaboração de medidas para controlar a pandemia, bem como da adoção de estratégias que promovam o canal de comunicação. (CIDH, 2020, p. 18).²⁵

Assim, com a verificação dos dispositivos da Resolução nº 01/2020, com atenção voltada aos grupos vulneráveis, é possível compreender a importância dos esforços desempenhados por órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos que, em

²⁵<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12685/Anna%20Luiza%20de%20Araujo%20Souza.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em 12 set 2021

relação ao combate dos problemas causados pela pandemia da Covid-19, não poupou esforços e conseguiu implementar medidas na prática no âmbito interno dos países membros. Ora, por meio dessas Resoluções e outras recomendações normativas, guiou-se as ações dos Estados americanos, diante do estado de calamidade, para dar proteção especial aos direitos humanos.

4 Da especificidade acerca da vacinação contra o COVID-19 e a Resolução 01/2021

Conforme fontes especializadas, “ao menos 70% da população precisa ser vacinada para controlar a transmissão em todo o mundo”. A CIDH e sua REDESCA²⁶ observam com preocupação que, até o presente, unicamente 17 Estados do hemisfério contariam com planos concretos e informados de vacinação disponíveis através de canais oficiais, frente a um cenário global de escassez, incompetência, opacidade e dificuldades de negociação na compra de vacinas de empresas farmacêuticas privadas, que, além disso, não estão conseguindo satisfazer a demanda. A urgência da imunização é, todavia, mais patente levando-se em conta o surgimento de novas variações do vírus, inclusive potencialmente mais contagiosas.²⁷

Em tal contexto, resulta imprescindível que as políticas públicas e medidas relativas à vacinação estejam centradas na saúde pública e em um enfoque integral e interdependente de direitos humanos, em particular nos direitos à vida, à saúde e a se beneficiar do progresso científico, com base na melhor evidência científica disponível e atendendo aos princípios próprios do enfoque de direitos humanos, a saber: igualdade e não discriminação, participação social, acesso à justiça, acesso à informação e prestação de contas, tais como as perspectivas de gênero e interseccionalidade. A CIDH e sua REDESCA, por meio da Resolução nº 01 de 2021²⁸ “Vacinas contra a covid-19 no âmbito das obrigações interamericanas de direitos humanos” consideram que as vacinas contra o COVID-19 devem cumprir com os parâmetros de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade relativos ao direito à saúde. Particularmente, a acessibilidade a vacinas seguras e efetivas para prevenir o COVID-19 implica em obrigações e medidas concretas para os Estados.

²⁶ Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA)

²⁷ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direitos-humanos.pdf>. Acesso 30 set 2021

²⁸ Disponível em: oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/decisiones/resoluciones.asp. Acesso 20 set 2021

Entre as medidas previstas destacam-se a abstenção de tratamentos discriminatórios no acesso às vacinas baseados nas categorias proibidas nos instrumentos interamericanos, garantir acessibilidade econômica para todas as pessoas, o que implica que o acesso às vacinas seja de forma gratuita, ao menos para as pessoas de menor renda ou em situação de pobreza, assegurando que o poder aquisitivo não seja um fator que impeça ou privilegie sua imunização; assegurar que todas as pessoas sob sua jurisdição tenham acesso físico às vacinas, dispondo de medidas para fortalecer a infraestrutura necessária para a distribuição de vacinas em todo seu território, garantir o acesso a todas as informações relevantes sobre as vacinas para o exercício do consentimento informado.²⁹

Explica-se a CIDH e suas Relatorias Especiais observam que, no presente contexto de crise sanitária, os Estados têm uma responsabilidade acentuada quanto à aplicação dos parâmetros interamericanos sobre transparência, acesso à comunicação efetiva, informação pública e combate à corrupção, tanto em relação à informação sobre os mecanismos de aquisição, distribuição e aplicação da vacina, como aos recursos disponíveis e mobilizados para garantir o acesso às vacinas à sua população. Atenta-se que os Estados devem priorizar a inoculação das pessoas com maior risco de contágio e as que experimentam maior risco face à pandemia, enquanto se supera o contexto de escassez e limitações no acesso às vacinas. Os critérios e parâmetros que os Estados implementem devem levar em consideração os princípios do SAGE6 da OMS.

E, ainda, a Comissão e sua REDESCA chamam a assegurar que os regimes de propriedade intelectual não sejam um obstáculo ao acesso universal e equitativo às vacinas seguras e eficazes, conforme o disposto na Resolução 1/2020 sobre Pandemia e Direitos Humanos nas Américas e na Resolução 4/2020 sobre os direitos das pessoas com COVID-19. Em tal sentido, as decisões que se tomem devem apoiar o gozo dos direitos humanos, procurando que tais regimes jurídicos considerem as vacinas e outros medicamentos como bens públicos de saúde. Para tanto, resulta necessário que os Estados façam um uso mais enfático e decidido das cláusulas de flexibilidade ou exceção existentes em sistemas de proteção à propriedade intelectual, contrariando os efeitos negativos nos direitos humanos provocados pelos preços excessivos das vacinas ou pelo abuso no uso de patentes. No mesmo sentido, devem adotar medidas voltadas a prevenir

²⁹Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/87465/a-impossibilidade-de-vacinacao-compulsoria-contr-o-covid-19-as-luzes-das-normas-internacionais-de-direitos-humanos>. Acesso 01 out 2021

e a combater a especulação, o açambarcamento privado ou a indevida utilização de vacinas.

Por fim, a Comissão e sua REDESCA fazem um chamado aos Estados Membros da OEA a gerar estratégias e mecanismos que permitam reduzir as brechas no acesso às vacinas entre aqueles países que têm maior capacidade aquisitiva e os de menor renda, evitando o isolacionismo sanitário em função de fatores predominantemente econômicos ou financeiros, como nacionalismos e acumulação de vacinas por determinados Estados, com o conseqüente perigo para as pessoas e países mais pobres, como para o prolongamento da pandemia, das restrições necessárias para contê-la e o conseqüente sofrimento humano e impacto econômico.

Por isto, as ações regionais devem ser centradas na solidariedade internacional que garantam um intercâmbio constante de informações sobre desafios e boas práticas, como também de tecnologias sanitárias e conhecimentos sobre as vacinas e tratamentos frente ao COVID-19. Tais ações devem acompanhar os esforços de iniciativas globais já existentes, como são o Fundo de Acesso à Tecnologia (C-TAP), criado para o intercâmbio de conhecimento, ciência e tecnologia; ou o Acelerador do Acesso às ferramentas contra o COVID-19, posto em marcha para fornecer vacinas aos países com menor capacidade financeira ou institucional.

Tais espaços procuram favorecer a coordenação de esforços e a cooperação internacional em matéria de vacinas contra o COVID-19 com o apoio da OMS e, no continente americano, da Organização Panamericana da Saúde (OPS). Uma resposta regional americana efetiva e solidária, baseada nos direitos humanos e na saúde pública diante da pandemia, deve começar por evitar que as assimetrias econômicas entre os Estados do hemisfério privem os de menor renda de um acesso equitativo às vacinas.

Conclusão

Em síntese, Estados encontram-se sob obrigações internacionais de respeitar e garantir direitos humanos de indivíduos ao abrigo de sua jurisdição. Tais compromissos advêm de diversos tratados internacionais como, por exemplo o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ou o Pacto de San José da Costa Rica.

Portanto, seja pela aplicação da Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça ou pelo respeito à Resolução 01/2020 da Comissão Interamericana de Direitos

Humanos, medidas deverão ser adotadas pelos juízes para mitigar os danos eventualmente causados pelo coronavírus, sob pena, inclusive, de eventual responsabilidade do Brasil em função do desrespeito à tratados e normas internacionais.

É certamente árdua a implementação, a proteção e, por vezes, a garantia mínima de direitos em momentos extremos, ocorre que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos desempenhou papel central na contenção do avanço dos impactos negativo da pandemia, principalmente com a Resolução nº01\2020, que representa um marco na evolução do direito da saúde na América Latina.

Com o estudo dos dispositivos com relação aos grupos em situação de vulnerabilidade, tornou-se fácil a compreensão da necessidade de atuação da Corte Internacional para se estabelecer uma condição mais digna e humana, principalmente em tempos de estado de exceção, onde garantias individuais e coletivas encontram-se em constante ameaça. Trata-se de um papel árduo realizado pelos órgãos do Sistema Interamericano, devido à falta de interesse dos governos internos dos estados membros de sucumbir em prol dos mais necessitados e, insistem em não cumprir as decisões da Corte.

Nesse sentido, a CIDH não foi omissa, despendendo esforços para controlar as ações dos Estados Americanos diante da crise, ao visar a proteção dos direitos humanos. O presente artigo realizou a análise também do avanço da proteção ao direito à saúde na jurisprudência da Corte quanto à sua justiciabilidade direta e finalizou com as recomendações e resoluções feitas pela CIDH referentes às ações tomadas pelo Estado Brasileiro, no cenário específico da pandemia do COVID-19.

Foi alertado também, nesse contexto, sobre a realidade do grupo de pessoas mais vulneráveis e que, por isso, merece atenção especial, em observância à igualdade formal e material e dignidade da pessoa humana. Essas pessoas são os idosos, mulheres, pessoas em cárcere, indígenas; migrantes, refugiados, crianças e adolescentes; pessoas LGBTQIA+; pessoas afrodescendentes e pessoas com deficiência e outros.

Portanto, depreende-se que o Estado Brasileiro encontra-se ainda em processo inicial de enfrentamento da crise, tendo em vista a insuficiência de medidas necessárias a serem tomadas no sentido de recuperação da situação indigna de vida que se encontram os grupos vulneráveis atualmente. Em que pese ter tomado algumas medidas com a intenção de assegurar os direitos humanos dos grupos em situação de vulnerabilidade,

infere-se uma discrepância entre o regulamentado nas normas do Sistema Interamericano e as diligências implementadas pelo Brasil.

Por fim, destaca-se a necessidade de criação de um plano interno, de ação federal em combate à pandemia, não somente por meio de decisões do Judiciário e normas do Legislativo, mas principalmente de fiscalização das ações promovidas pelo Executivo, que englobe a realidade única e especial de cada grupo em situação de desvantagem e implemente as medidas de segurança que efetivem os direitos humanos de todos.

Referências

ARAUJO DE SOUZA, Anna Luiza . A justiciabilidade dos direitos sociais no sistema interamericano: desafios e perspectivas. 2014. 68 f. Trabalho de conclusão de curso – Escola de Direito FGV Rio. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12685/Anna%20Luiza%20de%20Araujo%20Souza.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 16 Ago. 2021.

BARRETO, Mauricio Lima et al. “O que é urgente e necessário para subsidiar as políticas de enfrentamento da pandemia de COVID-19 no Brasil?” SciELO Preprints[2020]. Disponível em: <<https://preprints.scielo.org>>. Acesso em: 28/08/2021

BOCA, Boletim de Conjuntura. Disponível em: www.ioles.com.br/boca. Acesso em: 30 set de 2021

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Sérgio Garófalo de; SANTOS, Andreia Beatriz Silva dos; SANTOS, Ivete Maria. “A pandemia no cárcere: intervenções no superisolamento”. Ciência & Saúde Coletiva, vol. 25, 2020.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica, 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em: 06 set 2021

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Cinco Pensionistas vs. Perú: sentencia de 28 de febrero de 2003 (fondo, reparaciones y costas). San José da Costa Rica, 2003. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf>. Acesso em: 10 set 2021

_____. Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). Sentença de 17 de junho de 2005. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 10 set 2021

_____. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador (fundo, reparações e custas). Sentença de 22 de novembro de 2007. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 10 set 2021

_____. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 28 set 2021

_____. Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile. Sentença de 8 de março de 2018. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 10 set 2021

_____. Voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto en el Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Sentencia de 8 de marzo de 2018. San Jose da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 25 set 2021

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San José: CHDI, 1969. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh>> Acesso em: 15 set 2021

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. La Paz: CHDI, 1979. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh>> Acesso em: 15 set 2021

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução N° 1/2020 - Pandemia e Direitos Humanos nas Américas [2020]. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh>> Acesso em: 15 set 2021

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos. COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales [2020]. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh>> Acesso em: 15 set 2021

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n° 62, de 17 de março de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao_26_16122009_22102012172011.pdf>. Acesso em: 20 de ago. 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Acordo de Cooperação, de 28 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2020/Abril/acordo_pres.pdf>. Acesso em: 20 de ago. 2021.

DAROIT, Ana Paula. O direito humano à saúde: uma análise das decisões da CIDH quanto as medidas impostas aos estados e a natureza do direito à saúde – direito social ou individual?. 2018. 181f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2018.
MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Ed. Método, 2014.

MORAES, Claudia Leite de et al. “Violência contra idosos durante a pandemia de Covid-19 no Brasil: contribuições para seu enfrentamento”. *Ciência & Saúde Coletiva*, vol. 25, 2020.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

Organização Das Nações Unidas. *Carta da Organização das Nações Unidas*, 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 20 set 2021

Organização Dos Estados Americanos. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>Acesso em: 30 set 2021

PIOVESAN, Flávia; FREITAS, Daniel Castanha de. O Pacto De San José Da Costa Rica E A Jurisprudência Interamericana Em Matéria De Direito À Saúde. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul - RS, v. 1, n. 54, p. 205-225, jan./abr.2018.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Cruel pedagogia do Vírus*. Coimbra: Edições Almedina, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Carlos Matheus Alves. “COVID-19 e necropolítica na conjuntura brasileira”. *Boletim de Conjuntura (BOCA)*, vol. 2, n. 6, 2020.

SIQUEIRA, Estela Cristina Vieira de et al. “A Pandemia de Covid-19, Direitos Humanos e Refúgio no Brasil”. *Cadernos de Pesquisa Direito Internacional sem Fronteiras*, vol. 2, n. 1, 2020.

Capítulo 5
**AS IMPLICAÇÕES DA INTERNET PARA A PARTICIPAÇÃO
E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**

Rubens Beçak
Bruna de Sillos

AS IMPLICAÇÕES DA INTERNET PARA A PARTICIPAÇÃO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Rubens Beçak

Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Associado da Universidade de São Paulo – FDRP/USP; prof.becak@usp.br; orcid.org/0000-0002-6769-2916.

Bruna de Sillos

Mestranda no Programa de Desenvolvimento no Estado de Direito, FDRP/USP, bruna.sillos@usp.br; orcid.org/0000-0003-1967-701.

RESUMO

As implicações da internet para a democracia já se configuram como importante campo de estudos que tem sido denominado de ciberdemocracia (ou e-democracia). Trata-se de uma discussão sobre os efeitos políticos das novas configurações sociais oriundas de uma sociedade baseada no conhecimento, na informação e comunicação. Esse artigo propõe discutir as possíveis implicações do advento da internet, e especial das redes sociais para fomentar maior participação dos cidadãos em decisões institucionais relacionadas a temas de interesse público e, desse modo, conferir maior legitimidade ao sistema democrático brasileiro. Em termos metodológicos, o presente trabalho tem uma abordagem qualitativa e utiliza-se como método a revisão da literatura referente ao modelo teórico-político democrático e à ciberdemocracia. Pode-se concluir que o advento da internet, em especial das redes sociais afetam diferente campos das relações humanas, entre eles o da democracia e do sistema político. Isso porque – se considerado os aspectos necessários para a democratização da internet - a e-democracia tem a potencialidade de diminuir os obstáculos e os custos da participação e aumentar o protagonismo da sociedade civil na construção da agenda pública, assegurando, assim, maior legitimidade ao processo decisório.

Palavras-chave: Participação popular; modelo democrático; internet.

ABSTRACT

As implicações da internet para a democracia já se configuram como importante campo de estudos que tem sido denominado de ciberdemocracia (ou e-democracia). Trata-se de uma discussão sobre os efeitos políticos das novas configurações sociais oriundas de uma sociedade baseada no conhecimento, na informação e comunicação. Esse artigo propõe discutir as possíveis implicações do advento da internet, e especial das redes sociais para fomentar maior participação dos cidadãos em decisões institucionais relacionadas a temas de interesse público e, desse modo, conferir maior legitimidade ao sistema democrático brasileiro. Em termos metodológicos, o presente trabalho tem uma

abordagem qualitativa e utiliza-se como método a revisão da literatura referente ao modelo teórico-político democrático e à ciberdemocracia. Pode-se concluir que o advento da internet, em especial das redes sociais afetam diferentes campos das relações humanas, entre eles o da democracia e do sistema político. Isso porque – se considerado os aspectos necessários para a democratização da internet - a e-democracia tem a potencialidade de diminuir os obstáculos e os custos da participação e aumentar o protagonismo da sociedade civil na construção da agenda pública, assegurando, assim, maior legitimidade ao processo decisório.

Keywords: Popular participation; democratic model; Internet.

1. INTRODUÇÃO

As implicações da internet para a democracia já se configuram como importante campo de estudos que tem sido denominado de ciberdemocracia (ou e-democracia). A e-democracia pressupõe o envolvimento da participação política por meio de ferramentas digitais e mídias. O que, por sua vez, pressupõe entender a experiência prática, as formas de usos (e efeitos dos usos) das mídias digitais que envolvem diferentes sujeitos, múltiplos interesses e contextos (MENDONÇA; PEREIRA, 2016). Trata-se de uma discussão sobre os efeitos políticos das novas configurações sociais oriundas de uma sociedade baseada no conhecimento, na informação e na comunicação.

Esse artigo propõe discutir as possíveis implicações do advento da internet, e especial das redes sociais para fomentar maior participação dos cidadãos em decisões institucionais relacionadas a temas de interesse público e, desse modo, conferir maior legitimidade ao sistema democrático brasileiro.

Em termos metodológicos, o presente trabalho tem uma abordagem qualitativa e utiliza-se como método a revisão da literatura referente ao modelo teórico-político democrático e à ciberdemocracia.

Distinguem-se, neste artigo, duas seções. Na primeira, pretende-se discorrer sobre o sistema democrático, historicamente construído, suas características, possibilidade e necessidades de otimização, e especialmente sobre a centralidade da participação popular como fonte importante de legitimidade das sociedades complexas e plurais. Na segunda, espera-se refletir sobre a importância do advento da tecnologia on-line, que possibilitou a criação das redes sociais e a participação política de cidadãos nas deliberações de temas de relevância social.

2. MODELO DEMOCRÁTICO: INFORMAÇÃO, PARTICIPAÇÃO E LEGITIMIDADE

A democracia, que constitui um fenômeno político relativamente recente, demonstra uma aparente prevalência histórica sobre as formas alternativas de governança. No plano internacional, a maioria dos Estados contemporâneos se autodenomina formalmente democrático, mesmo que materialmente estejam distantes desse modelo político. Como analisa Caggiano:

A democracia se revela - a cada dia com maior vigor - como um sistema político delicado e extremamente exigente. Impõe o respeito às instituições, o atendimento da lei e a confiança nos governantes. Esta, aliás, conforma um forte indicador do bom governo e atende à imposição de dupla mão de direção - trata-se da legítima confiança da parte dos integrantes da comunidade em relação a seus governantes, e destes em relação à sociedade, com a plena satisfação das perspectivas dos que os elegeram (CAGGIANO, 2014, p.17).

A referida exigência trazida pela autora relaciona-se à complexidade da democracia como sistema político, de modo que a soberania popular se manifestaria na legítima confiança em seus governantes em um sistema normativo regido por instituições e atendimento à Lei.

Na obra de Bonavides, a democracia é apresentada como “aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo do poder legítimo” (BONAVIDES, 1993, p.13). A presente definição parte da concepção de democracia consagrada por Lincoln, como sendo um governo do povo, pelo povo e para o povo (BONAVIDES, 2000, p. 267).

O autor opera com o conceito de “povo”, calcado principalmente na teoria de Friedrich Müller povo como conceito de combate, dando caráter ativo, como instância global de atribuição de legitimidade e destinatário das prestações estatais (BONAVIDES, 2001, p. 54). O autor busca afastar uma visão que denomina de demagógica, qual seja, uma noção na qual o povo não passa de um ícone, um mito, configurando um simples recurso de retórica utilizado para legitimar o exercício arbitrário do poder.

Ele considera o povo sob diferentes perspectivas: política, sociológica e jurídica. No conceito político, o autor conecta a noção de povo com a capacidade de participação

eleitoral e, assim, com o processo democrático. Quanto ao conceito sociológico, a noção de povo se aproxima à de nação, sendo “toda a comunidade do elemento humano, projetado historicamente no decurso de várias gerações e dotado de valores e aspirações comuns” (BONAVIDES, 2001, p.74). Quanto ao conceito jurídico, trata-se de um conjunto de indivíduos que pertencem ao Estado por uma relação de cidadania, de forma institucional e estável a um determinado ordenamento jurídico.

Assim, a noção de democracia de Bonavides se sustenta na noção de soberania popular, fonte de todo poder que legitima a autoridade e que se exerce nos limites consensuais do contrato social.

José Afonso da Silva fundamenta o princípio democrático em dois princípios fundamentais: a soberania popular, “segundo o qual o povo é a única fonte de poder, que se exprime pela regra de que todo poder emana do povo” e a “participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que esse seja a efetiva expressão da vontade popular”. Contudo, destaca que nos casos em que a participação é indireta há o princípio da representação, derivado do secundário e materializado por técnicas que se renovam ao longo dos tempos, merecendo destaque na contemporaneidade das técnicas eleitorais (SILVA, 2002, p. 05).

Paulo Bonavides aponta que no Estado moderno seria impossível a adoção da mesma técnica de conhecimento e captação da vontade dos cidadãos usada nas cidades-Estado Gregas:

Até mesmo a imaginação se perturba em supor o tumulto que seria congregar em praça pública toda a massa do eleitorado, todo o corpo de cidadãos, para fazer as leis, para administrar. Ademais, o homem da democracia direta, que foi a democracia grega, era integralmente político. O homem do Estado moderno é homem apenas acessoriamente político, ainda nas democracias mais aprimoradas, onde todo o sistema de garantias jurídicas e sociais fazem efetiva e válida a sua condição de “sujeito” e não apenas “objeto” da organização política (BONAVIDES, 2001, p. 273).

Beçak, em sua análise histórica, apresenta a democracia moderna, como Direito Público inspirada no instituto do Direito Civil, qual seja, o mandato, que passa a ser o mandato político. Ainda, o autor assevera esta ser a origem da democracia denominada, então, representativa. A estrutura mandatária sofreu alterações, porque, tradicionalmente, eram os mandantes que detinham o poder sobre as ações delegadas. Já

no mandato político passa a existir um tipo de instrumento de representação em que não necessariamente as vontades são vinculadas.

Ainda, nos casos de participação indireta há o princípio da representação derivado do princípio fundamental da democracia trazido por José Afonso da Silva: “participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que esta seja a efetiva expressão da vontade popular”, princípio da representação materializado em técnicas que se renovam ao longo dos tempos, prevalecendo, nas democracias contemporâneas, as técnicas eleitorais (SILVA, 2002).

Importante ressaltar que Nádia Urbinati apresenta uma análise em relação à democracia representativa, na qual aponta um conceito de *diarquia* da decisão e da opinião, ou seja, de instituições e procedimentos que criam e mantêm a esfera pluralista e aberta do ambiente de formação da opinião.

A referida autora considera a democracia como um governo por meio da opinião, e acredita que a forma representativa corporifica o sistema diárquico no qual a “decisão” – relativa aos procedimentos e instituições que regulam a elaboração das leis e, “opinião” relativa ao domínio extra institucional da formação do julgamento político influenciam-se mutuamente, cooperam entre si ou entram em conflito sem, contudo, fundir-se (URBINATI, 2014). Ao mesmo tempo, enquanto na soberania pré- democrática somente a decisão era um elemento para definir o poder soberano, na democracia, o processo de tomada de decisão tem uma inevitável relação com a opinião do povo.

A Autora traz a máxima de Alexis Tocqueville: “embora a democracia não nos dê certeza de excelentes ou boas decisões, ela nos dá certeza de que podemos reformular ou mudar todas as decisões, ela nos dá a certeza de que poderemos reformular ou mudar todas as decisões sem questionar ou revogar a ordem política; isto é sem perder a nossa liberdade.” (URBINATI, 2013, p. 06).

Nesse sentido, as decisões democráticas, justifica a autora, carecem de mudanças, por igual, meios democráticos, sejam diretas ou indiretas, cuja consequência pode implicar a redução do risco da desconfiguração democrática ou a subserviência a outros interesses que não a garantia de igualdade na liberdade política. Segundo Urbinati,

os Cidadãos formam suas opiniões e criticam quem detém o poder; sua expressão de ideias públicas e livremente é a condição para a elaboração e mudança de todas as decisões. Essa é uma forma e participação ou cidadania ativa na democracia representativa, embora não se converta diretamente em leis e não possa exercer autoridade. Os cidadãos assim

usam todos os meios de informação e comunicação disponíveis, de maneira a manifestar sua presença- algo que não é menos válido que os procedimentos e as instituições, apesar de carecer de poder de comando (URBINATI, 2013, p.06).

A dinâmica descrita implica que as opiniões políticas da população não sejam enfraquecidas ou silenciadas em nome da opinião competente de expertos, ou da opinião “imparcial” dos juízes, tampouco que a opinião da maioria se torne uma só, ou seja, a do soberano. Urbinati, alerta para o risco de que as opiniões da população se convertam em uma relação passiva ao que os “líberes colocam no palco”. Assim, a teoria apresentada pela autora de que a democracia representativa é um governo com base na “opinião” está ligada a uma ideia de fórum público, no qual se deve manter o Estado aberto a críticas: porque a Lei o exige, ou porque ela não pertença a ninguém. Essa situação se trata de uma decorrência da designação eleitoral que significa que o poder político perdeu qualquer possessão específica.

Para Urbinati, poder eleitoral é a garantia básica da democracia, a garantia substancial é dada pelas condições sob as quais os cidadãos adquirem informação e são expostos à pressão de formadores de opinião. As eleições são um meio para um fim, sendo um governo de opinião o que reage a opinião pública e que é responsável pela formação e de dar espaço a ela (SARTORI, 1987, p.86), sendo a ideia central de democracia como *diarquia*. Dessa forma, liberdade política, igualmente compõe-se de iguais oportunidades que os cidadãos têm de fazer parte da formação e expressão de opiniões políticas sobre as instituições representativas e a qualidade do fórum público de ideias³⁰.

A especificidade e a unicidade da democracia representativa têm por base os lançamentos das pedras de papel, por intermédio das cédulas, mas não encerra ali. Residem muito mais no movimento circular das opiniões existentes entre as instituições do Estado e a sociedade. Isso dá sentido à democracia como *diarquia* (URBINATI, 2013, p. 09).

Na teoria da *diarquia* do poder, os direitos iguais do cidadão na determinação da vontade política, devem caminhar juntos, com oportunidades de se informar e formar opinião, mas também expressar, dar voz a suas ideias de modo a atingir um estatuto público e de influência.

³⁰ Urbinati (2013) equipara ao direito a voto e com o direito de votar, um fórum de opiniões aberto é essencial ainda que não aprendemos a votar votando; ainda que um debate público aberto e robusto não garanta que tomemos decisões corretas e racionais; e ainda que a informação não se traduza em conhecimento.

Parte das críticas teóricas se concentram no modelo denominado democracia representativa, mas na esteira do processo histórico dos modelos democráticos, deve-se ponderar novamente que as críticas à democracia representativa e seus corolários, estão relacionadas à tendência de elitização do poder. Doravante, uma solução apontada para o seu aprofundamento concentra-se na afirmação de que o remédio para a ausência de democracia é mais democracia, ou, especificamente, mais participação (LONGHI, 2017, p.33).

Para Pateman, o ponto central da teoria da democracia participativa é o de que os indivíduos e suas instituições não podem ser considerados isoladamente. Entende a autora:

A existência de instituições representativas a nível nacional não basta para a democracia; pois o máximo de participação de todas as pessoas a socialização ou o treinamento social, precisa ocorrer em outras esferas, de modo que as atitudes e qualidades psicológicas necessárias possam se desenvolver. Esse desenvolvimento ocorre por meio do próprio processo de participação. A principal função da participação na teoria da democracia participativa é, portanto, educativa: educativa no mais amplo sentido da palavra, tanto no aspecto psicológico quanto no de aquisição de prática de habilidade e procedimentos democráticos. Por isso, não há nenhum problema especial quanto à estabilidade de um sistema participativo; ele se autossustenta por meio do impacto educativo do processo participativo (PATEMAN, 1992, p. 61).

Em suma, a participação, para autora, tem o potencial de desenvolver suas próprias qualidades que lhe são necessárias. Ou seja, quanto mais o indivíduo participa, mais bem capacitados eles se tornam para a realização da participação. Há, também, um efeito integrativo que corrobora a aceitação de decisões coletivas.

3. AS IMPLICAÇÕES DA INTERNET PARA O MODELO DEMOCRÁTICO

Em meados do século XIX, John Stuart Mill já preconizava que os meios de comunicação poderiam recriar um fórum imaterial de opiniões introduzindo assuntos

de interesse popular na arena pública. Tal condição geraria a avaliação constante de escritores e leitores sobre os políticos e sobre as instituições. Assim, os meios de comunicação poderiam recriar um tipo de proximidade nos diálogos nacionais, dos quais

gozavam as repúblicas antigas, uma vez que reuniam todos os cidadãos em uma assembleia interagindo diretamente (MILL, 1997).

Habermas, após um século, apresentou um entendimento e preocupação conexos ao assumir que o fórum público é essencial para a democracia, sob a condição de manter-se sempre “público”, pluralista e com autonomia em relação aos interesses privados de qualquer tipo. Ele também retrata o perfil aclamatório que caracteriza a esfera pública em uma democracia de massa:

A questão, nas democracias constitucionais, não parece ser mais a de simplesmente proteger os direitos básicos de votar e de competir em eleições. A questão parece pertencer mais ao domínio da formação da opinião, pois a questão não é a de “como proteger a liberdade de expressão do poder do Estado”, mas de como o fórum público de ideias pode ter êxito em permanecer em bem público (HABERMAS, 1991, p. 222).

Assim, tanto no contexto em que o principal meio de comunicação era o televisivo como no contexto atual em que há diversas formas de comunicação *online*, Urbinati entende que o que está em jogo não é a liberdade de expressão como direito individual, mas como direito político dos cidadãos, de forma que a concentração dos proprietários das mídias de concentração em massa pode influenciar nesse direito político. Um fórum livre e público é um sinal de liberdade política, sendo por si só um bem, uma vez que a possibilidade de contestar e controlar um regime atinge o ponto em que as opiniões de seus cidadãos não estão confinadas ao domínio de suas mentes ou não são consideradas como opinião privada.

O trabalho de Cintia Rosa de Lima (2015) - sobre os efeitos da internet sobre o ordenamento brasileiro - contextualiza que a internet surgiu no ambiente universitário norte-americano e, em virtude de seu potencial lucrativo, estendeu-se para outros nichos. Para a autora, a liberdade de pensamento e de criação era estrutural dessa ferramenta, que se firmaria com um ambiente democrático e econômico no qual todas as pessoas poderiam manifestar-se livremente, bem como compartilhar informações.

A criação da chamada *Web 2.0* viabilizou a comunicação interativa entre as pessoas em nível global. E as redes sociais, quando de sua criação, tinham como proposta facilitar a divulgação do conhecimento e da informação, de modo interativo e econômico. Com o tempo, as redes sociais se popularizaram, em pouco tempo, as pessoas, localizadas nos mais diversos lugares do mundo, passaram a descobrir essa ferramenta que viabilizava a interação e a construção de um conhecimento colaborativo (LIMA, 2015).

A internet alterou, profundamente, a forma como as pessoas se comunicam, interagem e compartilham informações. Entre as redes sócias que ganharam destaque, nesse processo, está o *Facebook*.

A rede social *Facebook* foi criada, em 2004, por um grupo de jovens universitários de Havard (Mark Zuckerberg, Dustin Moskovitz, Eduardo Saverin e Chris Hughes) que buscava um espaço no qual os estudantes da própria universidade pudessem se encontrar, compartilhar informações. Todavia, em poucos meses, a rede expandiu-se entre as universidades americanas, conectando jovens de mais de 800 instituições (AMANTE, 2014).

A sua popularidade cresceu e em menos de um ano já eram 1 milhão de utilizadores ativos. Em Dezembro de 2012, a rede social ultrapassou 1.060 milhões de utilizadores mensais ativos, sendo 680 milhões utilizadores que usam acesso móvel. Por dia, o número de utilizadores médios ativo, ronda os 618 milhões. Trata-se, portanto, de um fenómeno único que se configura como a maior rede social do mundo (FACEBOOK, 2012, apud AMANTE, 2014).

Conforme Bonavides (2002, p.26), as redes sociais já afetam diferentes campos das relações humanas, entre eles o da democracia e do sistema político. De acordo com o teórico, a e-democracia tem a potencialidade de “instaurar um sistema de democracia direta, consagrando a plenitude da legitimidade na expressão de nossa vontade política”.

Ainda, Rubens Beçak, aponta para a crise da representação política, afirmando que a maneira com que as instituições políticas foram desenhadas, houve o objetivo de “desalentar” a participação da cidadania dos assuntos públicos e não a promover (BEÇAK, 2014, p.70). Nesse sentido, afirma o autor que a via virtual e, especificamente a proporcionada pela internet e as redes sociais, proporcionam ganho de qualidade e aumento do espectro decisional democrático (BEÇAK, 2014).

O autor aponta que a crítica em relação ao modelo representativo é vasta na doutrina, e, em muitos casos, observa-se a necessidade de fixação de novos paradigmas na democracia, qual seja do incremento da participatividade como condição do seu efetivo permear pela sociedade. Contudo, o autor faz a ressalva de que não há como prescindir da democracia representativa (realizada pelos partidos políticos), pois, mesmo com todas as críticas, não se inventou sistema que a substituísse satisfatoriamente (BEÇAK, 2014, p. 84).

Ademais, os processos de tomada de decisão coletiva em uma comunidade política são observados somente quando as instituições estão arranjadas de modo a garantir que a definição dos interesses comuns resulte dos processos de deliberação coletiva.

Desse modo, o ciberespaço permite a participação das pessoas na discussão pública, mesmo que não participem sempre da articulação das opiniões, isso não as impede de participarem da avaliação dessas opiniões (SIEBENEICHER, 2010).

Além disso, a internet possibilita a constituição de um novo agrupamento social que tem como elementos fundantes o intercâmbio de informações e comunicações entre os usuários das redes sociais. Essas redes permitem, na visão dos autores, a vinculação de interesses e afinidades, criando-se, dessa forma, elos identitários e compartilhamento de perspectivas e interesses que podem favorecer os processos de discussão e deliberação pública (SIEBENEICHER, 2010).

Nesse contexto, a crescente apropriação social das mídias digitais e sua centralidade na vida cotidiana atual têm trazido importantes questões sobre internet, tecnologia e democracia. Segundo Beçak (2014), historicamente, as instituições políticas foram desenhadas com a finalidade de “desalentar” a participação dos cidadãos nos assuntos públicos. Nesse contexto, o autor afirma que a via virtual e, em especial a redes sociais podem proporcionar ganho de qualidade e aumento do espectro decisional democrático.

O funcionamento do sistema democrático, assim como a sua qualidade, exige o envolvimento público com as instituições e o acompanhamento dos cidadãos sobre o desempenho de governos e do poder público – sejam por meio da mídia, de partidos e de associações da sociedade civil.

De acordo com Ferreira (2012)³¹, a e-democracia pode potencializar o protagonismo da sociedade civil, por diminuir os obstáculos e os custos à participação, além de ampliar a transparência e a publicização. Segundo o autor:

ela desloca parte das arenas deliberativas para o mundo virtual, ou seja, um mundo que não exige presença física total, nem tampouco a rigidez espaço-temporal, que cria diferentes possibilidades de os indivíduos discutirem e debaterem não só face a face, mas também online, apresentando seus argumentos e contra-argumentos, se mobilizando em torno de questões de interesse coletivo, além de se informarem a respeito

³¹ FERREIRA, Dimas Enéas Soares. Participação e Deliberação: Análise do impacto dos usos das novas tecnologias digitais na dinâmica dos orçamentos participativos de Belo Horizonte e Recife. 300p. Tese (doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 2012.

das questões de ordem pública, seja através dos portais dos governos, seja trocando informações entre si, usando para tal as várias ferramentas interativas digitais que as NTICs propiciam (FERREIRA, 2012, p. 40).

O mundo digital pode permitir, assim, o surgimento de uma nova política, mais horizontal e interativa, ao criar inúmeras redes de ativismo político, ambiental, cultural, entre outras, que modificam os padrões socioculturais e as formas de engajamento político, impactando na formação de uma nova e renovada esfera pública, “mesclando arenas *offline* e *online*” (FERREIRA, 2012, p. 41).

As arenas públicas *online* devem possuir um arcabouço instrumental de ferramentas intercomunicativas e interativas, de forma a garantir a existência de trocas argumentativas, além de possibilitar a deliberação irrestrita – livre dos interesses do mercado e da política administrativa - de questões coletivas por parte de seus participantes.

Alguns aspectos precisam ser considerados acerca do potencial democratizante da internet. O primeiro aspecto é o acesso à internet por parte dos cidadãos. Embora seu acesso venha se expandindo nos últimos anos, mais de um terço (39%) dos domicílios brasileiros ainda não tem nenhuma forma de acesso à internet. O índice chega a 70% em domicílios das classes econômicas mais baixas, segundo a pesquisa TIC Domicílios 2017 (MELLO, 2018). Ademais, renda, educação, raça, etnia, idade, gênero, localização geográfica são aspectos que exercem papéis significativos para a exclusão digital, ou seja, para uma pessoa estar ou não *online*.

Embora, a internet permita um acesso mais rápido e eficiente à informação, possibilitando novas formas de intercâmbio dessas informações, o que por sua vez, possa significar a geração de cidadãos mais bem informados politicamente, ainda existem limitações nos processos de busca por informação na internet (SAMAPIO, 2010). A maioria das pessoas restringe-se a um pequeno índice de informações disponível, o que dificulta ainda mais o acesso, uso e navegação na *web* (FERREIRA, 2010). Os indivíduos, por sua vez, devem estar motivados para participar ativamente na construção de uma agenda pública que contemple questões e problemas coletivos. Ferreira (2001) pontua que mesmo os indivíduos que possuem conhecimento tecnológico e que se mantêm conectados e em rede, podem estar desinteressados sob o ponto de vista da deliberação pública.

Essas e outras questões devem ser levadas em consideração quando da análise das potencialidades e-democracia para a ampliação da participação política no contexto brasileiro.

4. CONCLUSÃO

A participação dos cidadãos é fundamental para qualquer modelo político que deseja uma democracia real e renovada. Isso porque, no modelo democrático é necessário que o cidadão participe do jogo político direta e indiretamente, influenciando a tomada de decisões.

Em uma democracia não se deve ignorar o que pensam e dizem os cidadãos quando se manifestam em sociedade (e, não apenas no papel formal de eleitores), por meio de sua opinião.

Na discussão contemporânea sobre legitimidade democrática destaca-se, desse modo, os procedimentos de institucionalização da formação da opinião e da vontade que indicam “quem participa e como fazê-lo” (LUBENOW, 2010, p. 232) e que devem garantir a participação política dos indivíduos, bem como o diálogo público amplo e aberto.

O presente trabalho mostrou que o advento da internet, em especial das redes sociais afetam diferente campos das relações humanas, entre eles o da democracia e do sistema político. Isso porque – se considerado os aspectos necessários para a democratização da internet - a e-democracia tem a potencialidade de diminuir os obstáculos e os custos da participação e aumentar o protagonismo da sociedade civil na construção da agenda pública, assegurando, assim, maior legitimidade ao processo decisório.

5. REFERÊNCIAS

AMANTE, Lúcia. Facebook e novas sociabilidades. In: Facebook e Educação: publicar, curtir, compartilhar. PORTO, Cristiana; SANTO, Edma (orgs). Campina Grande: EDUEPB, 2014, 445p.

BEÇAK, Rubens. Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONAVIDES, Paulo. A Constituição aberta. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Os poderes desarmados: à margem da Ciência Política, do Direito Constitucional e da História: Figuras do passado e do presente. São Paulo: Malheiros, p. 23-26, 2002.

CAGGIANO, Monica Herman constante na apresentação da obra BEÇAK, Rubens. Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIA, Cláudia Feres. O que há de radical na Teoria Democrática contemporânea: Análise do debate entre ativistas e deliberativos. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 25, n. 73, 2010.

FERREIRA, Dimas Enéas Soares. Participação e Deliberação: Análise do impacto dos usos das novas tecnologias digitais na dinâmica dos orçamentos participativos de Belo Horizonte e Recife. 300p. Tese (doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 2012.

HABERMAS, Jürgen. The structural transformation of the public sphere: an inquiry into a category of bourgeois society. Tradução de Thomas Burger e Frederick Lawrence. Cambridge/Massachusetts/Londres: The MIT Press, 1991.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). Revista da Faculdade de Direito (USP), v. 110, p. 155- 176, 2015.

LONGHI, João Victor Rozatti. Processo legislativo interativo: interatividade e participação por meio das tecnologias da informação e comunicação. Curitiba: Juruá, 2017.

LUBENOW, Jorge Adriano. Esfera Pública e Democracia Deliberativa em Habermas. *kriterion*, Belo Horizonte, nº 121, p. 227-258, 2010.

MELLO, Daniel. Mais de um terço dos domicílios brasileiros não tem acesso à internet. Agência Brasil, São Paulo, 2018.

MENDONÇA, Ricardo Frabrino; PEREIRA, Marcus Abílio. Dilemas na apropriação das TCIs pela ALMG: uma análise sobre a percepção dos gestores. In: Democracia Digital, Comunicação Política e Redes: Teoria e Prática. (Orgs) SILVA, Silvano Pereira; BRAGATTO, Rachel Callai; SAMPAIO, Rafael Cardoso. Rio de Janeiro: Folia Digital, 2016.

MILL, John Stuart. “Considerations on representative government”, in John M. Robson (org.), The collected works of John Stuart Mill. Vol. XIX: Essais on politics and society. Toronto, University of Toronto, University of Toronto Press, 1997.

PATEMAN, Carole Participação e teoria democrática. tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

SARTORI, Giovanni. Theory of democracy. Part one: the contemporary debate revisited. Chatman House. 1987.

SAMPAIO, Rafael Cardoso. Participação política e os potenciais democráticos da internet. Revista Debates. Porto Alegre, v.4, n.1, p. 29-53, 2010.

SIEBENEICHER, Flávio Beno. Razão Comunicativa e Técnicas de Comunicação e Informação em Rede. (Orgs) GOMEZ, Maria Nélide Gonzalez de; LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro. Informação e democracia: a reflexão contemporânea da ética e da política. Brasília, DF: IBICT, 2010.

SILVA, José Afonso da. O Sistema representativo e a democracia semi-direta. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A.(Coord). Sistema representativo y democracia semidirecta: memória del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Unam, 2002.

URBINATI, Nadia. Democracy Disfigured: opinion, truth, and the people, 2014.

URBINATI, Nadia. Crise e metamorfoses da democracia. Revista brasileira de Ciências Sociais, v. 28, n. 82. 2013, p. 5-16.

Capítulo 6
A POSTURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL
NO CONTEXTO DA PANDEMIA À LUZ DA TEORIA
CONSEQUENCIALISTA

Luciana Gaspar Melquíades Duarte
Yuran Quintão Castro

A POSTURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA À LUZ DA TEORIA CONSEQUENCIALISTA

Luciana Gaspar Melquíades Duarte

Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal de Juiz de Fora – e-mail:

lg.melquiades@uol.com.br

Yuran Quintão Castro

Doutorando em Direito pela PUC Minas. Advogado - e-mail: yuranqcastro@gmail.com

RESUMO

Desde o início da pandemia da Covid-19, os gestores públicos, representando as respectivas unidades federativas, adotaram medidas céleres para controlar o avanço da doença nos respectivos territórios jurisdicionados, pois o vírus causador possuía alta taxa de transmissibilidade. Ações eficazes, não farmacológicas, para se controlar o avanço do agente causador, envolviam o distanciamento e o isolamento social foram amplamente adotadas. Percebeu-se, contudo, que elas oportunizavam a colisão entre os direitos à livre iniciativa e à saúde, por restringir a plenitude do exercício de atividades comerciais, uma vez que, intrinsecamente, promovem aglomeração de pessoas. A legitimidade dessas iniciativas foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (princípio do federalismo). Considerando que esta análise em concreto apenas poderia ser efetuada mediante investigação empírica, elegeu-se, para estudo, a cidade de Juiz de Fora, entre os meses de fevereiro de 2020 a dezembro de 2021. A pesquisa foi amparada pela Teorias dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2001; 2002), tendo em vista a averiguação racional (argumentativa) e proporcional da implementação dos direitos fundamentais, diante de conflitos no caso concreto. Ainda, fez-se uso da teoria consequencialista (POSNER, 2010), a fim de avaliar se, nas iniciativas adotadas, preponderou-se o exame dos impactos econômicos, sociais e políticos dessas para a sociedade. Partiu-se do pressuposto de que os direitos inerentes ao exercício da atividade econômica estariam preponderando, em detrimento da adoção das medidas sanitárias de controle. Mediante o emprego da metodologia empírica de pesquisa, aliada a estratégias qualitativas em relação ao levantamento interdisciplinar bibliográfico e de inferência, a hipótese de pesquisa não se confirmou, pois a atuação da administração municipal de Juiz de Fora, proporcionalmente, considerou a primazia do direito à saúde, frente à livre iniciativa.

Palavras-chave: Pandemia. Administração Pública. Consequencialismo. Direitos Fundamentais.

1. INTRODUÇÃO

Os gestores públicos, diante da eclosão da pandemia de COVID-19, necessitaram adotar medidas céleres, mediante decretos³², com o escopo de atenuar as consequências sanitárias e sociais dela derivadas. O cenário desafiador da grande capacidade de disseminação do vírus, inclusive a partir de indivíduos assintomáticos; além da ausência de imunização prévia da população; da falta de alternativas profiláticas eficazes; da prevalência de condições de saúde como obesidade, cardiopatias e diabetes, bem como da vulnerabilidade de considerável parcela da população nacional, contribuindo para a desigualdade de acesso a testes, atendimento médico, equipamentos de proteção individual e condições de efetuar o isolamento social delimitou esse contexto (TAKENAMI; PALÁCIO; OLIVEIRA, 2021, p. 3).

Ressalta-se que as medidas contaram com o respaldo da Lei nº 13.979 (BRASIL, 2020), publicada no início da crise sanitária, que regulamentou estratégias de combate à disseminação do vírus causador da doença no território brasileiro. O isolamento social, segundo orientações das autoridades mundiais de saúde pública ligadas à Organização Mundial de Saúde e Organização Pan-Americana de Saúde (2020), foi uma das iniciativas mais indicadas para o controle do contágio pelo vírus.

Assim, os administradores locais necessitaram implementar ações de redução da mobilidade social, de acordo com a realidade epidemiológica de cada território jurisdicionado. Determinou-se, nesse sentido, o fechamento de estabelecimentos comerciais que não desenvolvessem atividades econômicas de cunho essencial, sendo essas consideradas como imprescindíveis para a sobrevivência dos indivíduos em sociedade.

É certo, porém, que, se, por um lado, tais medidas são capazes de amenizar a propagação da COVID-19, lado outro, implicam efeitos econômicos deletérios, uma vez que o fechamento, ainda que temporário, de estabelecimentos de comércio, diminui a geração de renda e impacta negativamente a economia de maneira sucessiva. As medidas restritivas geraram quedas consideráveis na receita dos estabelecimentos comerciais que

³² O Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal Federal, que possui a atribuição precípua de uniformizar a jurisprudência nacional acerca da interpretação da Constituição (BRASIL, 1988), considerou que não caberia apenas à União o papel de determinar as regras de combate à pandemia. Aos demais entes, no limite das respectivas jurisdições, foi permitida a adoção das iniciativas que fossem necessárias para a contenção do avanço da doença.

não estavam autorizados a funcionar ou que não conseguiram adaptar-se rapidamente ao sistema de vendas pela rede mundial de computadores (*e-commerce*) ou por *delivery*. Com isso, o conflito entre a higidez econômica e a preservação da saúde acentuou-se.

Verificou-se, portanto, uma colisão, na iniciativa do isolamento social, entre os princípios que veiculam a proteção dos direitos fundamentais³³ à saúde e à livre iniciativa³⁴.

A Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy (2001;2002) orienta pela solução da colisão entre direitos fundamentais, por meio da máxima da proporcionalidade. O autor a subdivide em três submáximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação orienta para a análise da aptidão da restrição a um princípio para promover o outro com ele colidente; a necessidade pressupõe o emprego do meio menos gravoso para a promoção desse princípio oposto; a proporcionalidade em sentido estrito, por fim, mensura se a efetivação do princípio prevalente supera a restrição a ser promovida sobre o princípio de menor peso, no caso concreto.

No caso em apreço, inferiu-se que, em virtude de sua imbricação com a vida derivada da potencialidade letal da COVID-19, o direito fundamental à saúde deveria prevalecer, uma vez que a viabilidade do desempenho de atividades econômicas pelo ser humano pressupõe que ele esteja vivo e saudável. O entendimento contraposto, que implica a preservação das atividades econômicas, por sua vez, alicerça-se na Teoria Consequencialista de Posner (2010). Para o autor (*apud* BINENBOJM, 2020, p. 57), a postura pragmática procura identificar os estados de coisas que seriam prognosticamente gerados em cada decisão possível, mas o critério para a definição da escolha mais adequada pode ou não incluir a maximização do bem-estar. Dessa forma, liga-se ao entendimento a respeito de que se trata de via para se aferir as consequências de certa questão para a sociedade. Desse modo, embasa-se a busca por dificultar derivações negativas de uma conduta, em detrimento da proteção do direito fundamental a ser restringido por ela.

³³ Segundo Sarlet (*apud* PINHEIRO; MOTTA; SOUZA, 2014, p. 630), os direitos fundamentais são indissociáveis em uma ordem jurídica, pois, como são reconhecidos institucionalmente pelo ordenamento, sendo, portanto, delimitados no espaço e tempo, representam o caráter básico e fundamentador do sistema jurídico (fundamentalidade). Diante disso, considera que há a indissociabilidade entre direitos fundamentais e a constituição.

³⁴ O recorte da análise recaiu sobre o direito à livre iniciativa para permitir a seleção de decretos editados pelo Município de Juiz de Fora, cujo escopo foi a contenção ao avanço do contágio pelo coronavírus, que regularam o desempenho de atividades comerciais no contexto da pandemia.

Pretendeu-se, então, analisar qual concepção teórica estaria conduzindo as decisões implementadas pelas chefias do executivo no país, tendo-se suposto, inicialmente, a prevalência do consequencialismo. Com o escopo de verificar a pertinência desta hipótese, adotou-se, como estratégia de pesquisa, o estudo de caso, em virtude de se constatar, a partir da grande diversidade de municípios integrantes da federação brasileira e do elevado número de decretos editados pela respectiva chefia do executivo, a viabilidade de estudo de um único município, sob pena de ausência de acurácia, que derivaria da inserção de mais cidades na amostra, frente à escassez do tempo disponível para a pesquisa.

A aferição da teoria prevalente tem a importância de permitir a identificação do grau de aderência, no país, a uma delas, o que seria indicativo da necessidade de observância da mesma doutrina em outras hipóteses de conflito entre direitos fundamentais, em respeito, como imperativo da democracia, à ética perfilhada pela respectiva comunidade política.

Elegeu-se, então, como município a ser pesquisado, o de Juiz de Fora, por ser ele a sede da universidade, cujo programa de pós-graduação *stricto sensu* a pesquisa se desenvolveu, e por se tratar de cidade de porte médio³⁵, cuja realidade pode ser aplicada, de acordo com as circunstâncias, a grandes metrópoles e a pequenas municipalidades que integram a federação brasileira.

Para o desenvolvimento da investigação, analisaram-se indutivamente os decretos editados no Município de Juiz de Fora, no curso da pandemia, entre os meses de fevereiro de 2020 e dezembro de 2021, em que o teor envolveu restrições ao desenvolvimento das atividades comerciais³⁶, para se averiguar se neles se privilegiou o direito à saúde ou se preponderou o direito à livre iniciativa. Em concomitância, buscaram-se os boletins epidemiológicos divulgados pela Secretaria Estadual de Saúde, contendo os casos e as mortes pela doença, no dia de publicação de cada decreto municipal. Verificou-se, porém, que não houve divulgação do referido boletim, com os mencionados dados, em todos os dias de publicação de cada decreto municipal examinados, tendo sido efetuada, nestes casos, a opção por analisar o Boletim Epidemiológico do dia anterior.

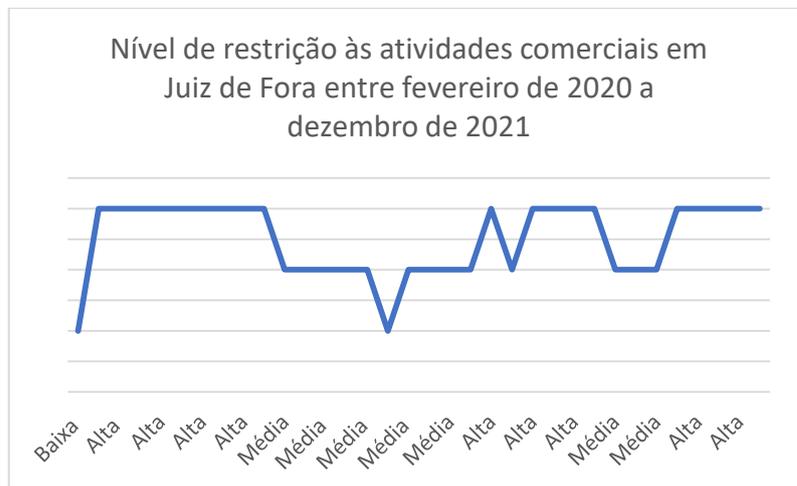
³⁵ O Município de Juiz de Fora possui a quarta maior população de Minas Gerais (CAROL DELGADO, 2022); além disso é considerada a principal cidade da região da Zona da Mata de Minas Gerais, já que é referência no desenvolvimento econômico e no setor de saúde da localidade.

³⁶ As atividades de compra e venda realizadas em estabelecimentos comerciais (lojistas) foram o enfoque do exame.

Para a averiguação do teor da restrição estabelecida pelo Município de Juiz de Fora, foram definidas três faixas de restrição: alta, média e baixa, determinadas com base no conteúdo do ato administrativo. A proposta de escalonamento da restrição promovida pelos decretos municipais possuiu como referência a possibilidade de graduação da restrição dos direitos fundamentais apresentada por Alexy (2008, p. 599) em diferentes graus, a saber: “leve”, “moderada” e “séria”. Ademais, tal proposta utilizou como critérios de classificação do decreto: o estímulo ao número de trabalhadores em circulação, o nível de aglomeração de pessoas inerente à atividade comercial, o nível de contágio próprio da atividade comercial, o quantitativo de cidadãos/clientes em circulação e a adaptabilidade do setor.

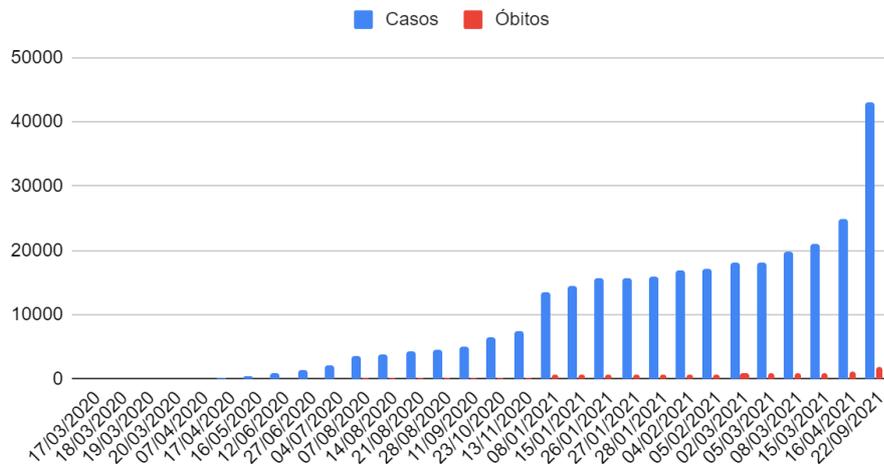
2. A POSTURA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Examinaram-se trinta e cinco decretos, em conjunto com a situação epidemiológica do Município. Desses atos administrativos, a partir dos critérios acima apresentados, vinte foram classificados como de alta restrição, treze como de média e dois como de baixa restrição. Os dados obtidos podem ser representados pelos seguintes gráficos:



Fonte: Elaboração própria

Evolução de casos e óbitos pela COVID-19 entre fevereiro de 2020 e setembro de 2021



Fonte: Elaboração própria

Diante dos dados colhidos no Município de Juiz de Fora, a hipótese de pesquisa não se confirmou. Verificou-se que o grau de restrição às atividades comerciais delimitadas na pesquisa manteve-se alto, quando houve o agravamento da crise sanitária. Ainda que se tenha aferido a flexibilização do exercício dessas em momento de elevado crescimento desses dados da doença, percebeu-se que essas ações não perduraram por longos períodos e foram seguidas do aumento da restrição. A administração municipal, frente à quantidade de casos e mortes pela doença, adotou postura que privilegiou o direito à saúde, diante do direito à livre iniciativa, tendo demonstrado maior aderência à Teoria dos Direitos Fundamentais, em detrimento da Teoria Consequencialista. A limitação à plenitude do desenvolvimento das atividades comerciais teve o objetivo de tutelar a saúde, sem atingir gravemente a natureza da livre iniciativa, pois esse também constitui a esfera individual dos cidadãos e, por isso, participa da construção da dignidade humana.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada apresenta a limitação própria das investigações conduzidas pela estratégia metodológica do estudo de caso, qual seja, a necessidade de cautela para a universalização dos dados. Essa, apenas poderá ser efetuada, caso se averigüe que os resultados derivados da análise da amostra em questão são coincidentes com a realidade inerente a outras municipalidades, o que necessita de apuração em pesquisas adicionais.

Esta investigação delineou os caminhos metodológicos a serem empreendidos e permite a relevante conclusão parcial de que, na experiência nacional, haveria a preponderância do direito à saúde, frente ao direito à livre iniciativa. Tal circunstância é fruto de uma maior identidade ética da comunidade política brasileira com a Teoria dos Direitos Fundamentais, em prejuízo às considerações da Teoria Consequencialista. Essa preponderância deve ser respeitada, também, diante da colisão entre outros direitos, que impliquem o mesmo confronto teórico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo Ordenador**. Belo Horizonte: Forum, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

CAROL DELGADO (Juiz de Fora). G1 Zona da Mata. **IBGE: Juiz de Fora segue com a 4ª maior população de MG; veja o desempenho das maiores cidades da Zona da Mata e Vertentes**. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/zona-da-mata/noticia/2021/08/27/ibge-juiz-de-fora-segue-com-a-4a-maior-populacao-de-mg-veja-o-desempenho-das-maiores-cidades-da-zona-da-mata-e-vertentes.ghtml>. Acesso em: 11 maio 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Organização Pan-Americana de Saúde (org.). **Distanciamento social, vigilância e sistemas de saúde mais fortes são chaves para controlar pandemia de COVID-19, afirma diretora da OPAS**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6188:distanciamento-social-vigilancia-e-sistemas-de-saude-mais-fortes-sao-chaves-para

controlar-pandemia-de-covid-19-afirma-diretora-da-opas&Itemid=812. Acesso em: 20 ago. 2021.

TAKENAMI, Iukary; PALÁCIO, Maria Augusta Vasconcelos; OLIVEIRA, Pablo Rafael Silveira. COVID-19 & Ciência: o valor do conhecimento em tempos de pandemia. **Research, Society And Development**, [S.L.], v. 10, n. 5, p. 1-11, 14 maio 2021. Research, Society and Development. <http://dx.doi.org/10.33448/rsd-v10i5.15120>.

PIMENTA, Alex de Araújo; MOTTA, Ana Paula Pinheiro; SOUZA, Jairo Salvador de. A Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais Através de Políticas Públicas e Orçamentos Públicos. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 07, nº. 02, p. 617-657, 2014.

POSNER, Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco B. M. Pinto Filho. RJ: Forense, 2010.

Capítulo 7

**DIREITOS SOCIAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO: COMO
FORMA DE AMPARO A POPULAÇÃO**

Amanda Barros Melo

Nádia de Jesus Quaresma Rodrigues

Perlla de Almeida Barbosa Pereira

DIREITOS SOCIAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO: COMO FORMA DE AMPARO A POPULAÇÃO

Amanda Barros Melo

*Mestre em Ciências da Religião (UEPA). Licenciada Plena em Ciências da Religião (UEPA).
Graduanda em Bacharelado em Direito (Unama). E-mail: amandabm1992@gmail.com*

Nádia de Jesus Quaresma Rodrigues

*Bacharel em Direito, FACI/WYDEN. Bacharel em Serviço Social UFPA, Servidora Pública
Federal (INSS) E-mail: nadia_quaresma@hotmail.com.*

Perlla de Almeida Barbosa Pereira

*Advogada. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho. Mestre em Direitos
Fundamentais(UNAMA). Bacharel em Direito (UNAMA). E-mail:
perlla@figueiraepereira.adv.br*

RESUMO

A presente pesquisa tem seu norteamo a partir da relação entre direito do trabalho e seguro social, enquanto direitos sociais de segunda dimensão, diretamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo de áreas autônomas, possuem uma interseção na relação de suas competências que desaguam no amparo aos direitos da população. O artigo partirá do lugar do empregado e a este equiparado ao segurado obrigatório do Regime Geral da Previdência Social. O problema em questão parte da busca para compreender o que compete exclusivamente a cada uma das áreas em questão. Compreender o contexto histórico, perceber quais as funções delegadas, entender como funciona a relação entre ambas, demonstrando como estas corroboram para a manutenção dos direitos fundamentais. O método escolhido é o indutivo, a pesquisa será realizada a partir de buscas bibliográficas. A pesquisa versa sobre o desejo de compreensão mais ampla das áreas, não se tem o objetivo de esgotar o objeto, mas de somar aos resultados já existentes as considerações feitas a partir de um texto que se utilizará da história para demonstrar os principais aspectos e mudanças sofridas em ambas as áreas.

Palavras-chaves: seguro social; empregado; direito do trabalho; *in dubio pro operário*.

ABSTRACT

This research is guided by the relationship between labor law and social security, while second-dimensional social rights, directly linked to the principle of human dignity, being from autonomous areas, have an intersection in the relationship of their competences that

flow in support of the rights of the population. The article will start from the employee's place and will be equated with the mandatory insured person of the General Social Security System. The problem in question starts from the quest to understand what is unique to each of the areas in question. Understand the historical context, understand which functions are delegated, understand how the relationship between them works, demonstrating how they support the maintenance of fundamental rights. The chosen method is the inductive one, the research will be carried out from bibliographic research. The research deals with the desire for a broader understanding of the areas, it is not intended to exhaust the object, but to add to the existing results the considerations made from a text that will use history to demonstrate the main aspects and changes. suffered in both areas.

Keywords: social security; employee; labor law; *in dubio pro operário*.

1 Introdução

O presente artigo tem seu norteamento a partir da relação entre as áreas autônomas do direito do trabalho e a estrutura da Previdência Social que é parte da tríade da Seguridade Social. Sendo estas, imprescindíveis para a manutenção da dignidade dos que delas necessitam e precisam. Direitos fundamentais, enquadrados como direitos sociais de segunda dimensão, expostos na CF/1988, categoricamente, estabelecendo em seus regramentos específicos às diretrizes e divisões de direitos e obrigações, dos particulares e sob o olhar do Estado. Neste sentido, Carvalho 2013, nos diz que:

A dignidade da pessoa humana está relacionada a possibilitar a vida participativa e em ambiente social, no sentido de atingir todos os ambientes em que se vive, pautado pela saída qualidade de vida em todos os aspectos, que só pode obter se o meio ambiente for saudável (CARVALHO 2013, p. 31).

A estrutura concebida pela Constituição Federal de 1988 nos apresenta uma série de diretrizes que servem para a manutenção dos direitos fundamentais, estes diluídos na proteção e políticas públicas como nos apresenta o art.6º do texto constitucional. É a partir disso que se estabeleceu linha histórica, com a finalidade de demonstrar a trajetória dos desígnios que orbitam o trabalho e a previdência social, estes como direitos sociais de segunda dimensão, com alto grau de complexidade, no que tange suas formas de acolhimento, estrutura e reformas.

A priori foi percebida a necessidade de expor as congruências e distanciamentos de ambas as áreas por meio disso podemos compreender como ocorre à evolução quanto aos direitos pleiteados e adquiridos pela classe trabalhadora do país. O recorte feito está

ligado à figura do empregado e segurado, duplamente amparado, pela CLT, jurisprudência trabalhistas e por todo o regramento previdenciário, sob a luz da Constituição Federal de 1988.

A pesquisa se propôs o desafio de fazer um breve histórico das principais movimentações sociais e jurídicas em relação ao que tange o direito trabalhista e previdenciário. O objetivo da pesquisa é além de apresentar o contexto histórico, compreender em partes os princípios base das áreas e a ligação destes com os direitos fundamentais, em relação à segurança jurídica que é basilar para a proteção do empregado/segurado, sendo este compreendido como parte vulnerável em relação a questões socio econômicas.

É necessário entender como a figura do empregado/segurado é compreendida em cada uma das codificações, etapa preciosa para perceber as interseções que existem entre direito do trabalho e previdência social. Sendo isto, o questionamento base da pesquisa, em relação à função, competência e usos dos regramentos em relação ao empregado/segurado. O amparo ao agente laborativo é duplo em relação ao regramento. Por conta disto, se utilizou como exemplo alguns benefícios previdenciários que tem relação direta com o período laboral, sendo estes o auxílio por incapacidade temporária e seus desdobramentos e a aposentadoria por incapacidade permanente, além disso, compreender como o regramento trabalhista cuida da parte relacionada a saúde e segurança do trabalhador.

O método utilizado é o indutivo e a base da pesquisa se debruça em pesquisa bibliográfica de textos relacionados a histórica e legal de ambos os institutos, marcando desta forma quase 100 anos das principais mudanças em ambas as áreas.

2 Direitos sociais de segunda dimensão e historicidade: surgimento da Previdência Social e direito do trabalho

O fator histórico cumpre seu papel quanto ao registro de grandes momentos vividos pela nação do país, no âmbito do direito isso surge com as modificações de regramento e mesmo a criação de mecanismos que amparem a população. Para o recorte

feito, utiliza-se o salto feito da Era do então presidente Arthur Bernardes³⁷ até a Era Vargas, indo do Brasil República ao Estado novo.

A constituição em vigor neste período era a de 1891, marcando o início da República do país. O ponto inicial é a partir do decreto legislativo nº 4.682/1923, mas conhecida como a Lei Eloy Chaves³⁸, que recebe o nome de seu autor. É com este primeiro momento que a base do que hoje em dia conhecemos como previdência social começou a se organizar, dentro das possibilidades da época. O período é marcado pela expansão ferroviária, onde uma grande massa realizava atividades laborais intensas e pesadas, a idade mínima para trabalho não existia, sendo comum encontrar crianças nesses espaços. Há registros de documentos que antecedem a lei supracitada, conforme foi exposto em manual que faz referência a mudanças da previdência Social (2010):

No ano de 1921, um decreto do Príncipe Regente Pedro de Alcântara tornou-se o primeiro texto legal que registrou o tema previdência Social no Brasil. Anteriormente, temos conhecimento apenas de um plano de proteção dos oficiais da Marinha (1793), que concedia pensão às viúvas e aos filhos dependentes (SOCIAL, 2010, p. 7).

A ideia de amparar parte específica da população é um norteamento para o que viria a existir quase dois séculos depois, após o final do período imperial e instauração da república.

Por conta da criação e promulgação deste decreto, foi estruturada uma Caixa de aposentadorias e Pensões (CAP), a priori exclusivamente para os trabalhadores ferroviários. “a proteção social o Brasil passou a contar com uma instituição que oferecia pensão, aposentadoria, assistência médica e auxílio farmacêutico” (SOCIAL, 2010, p. 7). A regra estabelecida no padrão era a tempo trabalhado e idade mínima:

1. 30 anos de atividade;
2. 50 anos de idade.

A ideia de haver contribuições só foi instaurada pelo decreto supracitado, no entanto como não havia regras trabalhistas, a CLT só surgiria 20 anos depois, as empresas sentem o impacto de realizar as adaptações para que fosse possível salvaguardar os empregados para um futuro de descanso das atividades e ainda assim a transformação disto em pensão, após óbito do beneficiário matriz. Não havia estrutura para fiscalizar se os repasses dos tributos para os CAP's eram de fato realizados. Entre os anos de 1923 e

³⁷ Seu mandato foi de 15 de novembro de 1922 – 15 de novembro de 1926.

³⁸ Deputado do Partido Republicano.

1927 as empresas de áreas distintas instituíram suas respectivas CAP's, apesar de a fiscalização praticamente inexistir, haja vista que não havia o Ministério da Previdência Social e do Trabalho.

A ausência de estrutura fiscalizadora comprometeu a base de criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões, mas a ideia de existir um amparo ao trabalhador, promulgado em lei, revela que as necessidades para a relação do empregador empregado e seus dependentes necessitavam de um olhar mais atento.

Em 1930, já na Era Vargas em seu primeiro momento, foram criados os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPS), entidades de caráter indireto que administravam as questões beneficiárias dos contribuintes, surgem como uma forma mais estruturada das Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPS), há uma aproximação maior do trabalhador, haja vista que cada instituto era responsável por determinadas formas de labor.

Os IAPS foram o início do que hoje em dia conhecemos como INSS. O primeiro IAP criado foi para os trabalhadores da classe marítima (IAPM) em 29 de junho de 1930, no mesmo ano surge o ministério do Trabalho indústria e comércio, sendo a instauração de um órgão ligado à administração pública direta que salvaguarda e administra as formas de governança relacionadas ao empregador e empregado, em 26 de novembro de 1930, possuindo como ministro Lindolfo Collor. Em 1934 (segunda republica) surge a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), unificando a forma de registro laboral, ao final desta década houve a criação do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), que em sua versão atual é regido pelo decreto nº 568 de 12 de junho de 1992.

O salto para o segundo governo de Getúlio Vargas possui muitas controvérsias, no entanto, houve a criação da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) em 1943, a partir disto estabelecendo todas as conceituais e diretrizes a serem seguidas na relação empregador e empregados. “a CLT também apresenta disposições pertinentes ao Direito Processual do Trabalho.” (GARCIA, 2022, p. 38). A estrutura trabalhista e previdenciária são contemporâneas, havendo registros longínquos de ambas as áreas, no entanto, vale ressaltar que há uma interseção muito pontual entre as áreas pares. De acordo com Social (2010):

Nos anos 30, a relação entre Estado e classe operária foi organizada, mediante a interligação de três sistemas: sindicato, justiça do trabalho e política previdenciária. A política adotada contribuiu para que a cobertura previdenciária aumentasse enormemente. Ao final da década

de 40, tínhamos dez vezes mais segurados do que em 1934. (Social, 2010, p. 8).

No que tange as relações de trabalho e emprego, segurados pelo sistema de previdência em constante modificação é necessário realizar a caminhada histórica, para compreender os principais saltos rumo ao reconhecimento das atividades laborais, eventuais riscos a saúde do trabalhador, amparo até após a morte com o estabelecimento das pensões, os registros unificados por meio da CTPS. Em 11 de dezembro de 1964, a lei nº 4.589 é promulgada pelo então Presidente da República H. Castelo Branco³⁹, desta forma se extingue a Comissão do Imposto Sindical, a Comissão Técnica de orientação Sindical e cria os órgãos no Ministério do Trabalho e Previdência Social. De acordo com seus artigos iniciais:

Art. 1º São extintas a Comissão do Imposto Sindical e a Comissão Técnica de Orientação Sindical e feitas, na estrutura administrativa do Ministério do Trabalho e Previdência Social e nas atribuições dos seus órgãos, as alterações constantes desta Lei.

Art. 2º São criados o Departamento Nacional de Emprego e Salário, o Conselho Superior do Trabalho Marítimo e as Delegacias Regionais do Trabalho do Distrito Federal e do Estado da Guanabara, e transforma da atual Divisão de Higiene e Segurança do Trabalho, em Departamento Nacional de Segurança e Higiene do Trabalho. (BRASIL, 1964).

As estruturas de fiscalização e manutenção das diretrizes de cada área ficam mais específicas, das inúmeras mudanças e sendo áreas pares, este é o momento no qual se unificam as competências. Sendo a década marcada por inúmeras questões políticas, assim como na década de 1930 com a instauração do Estado novo, há nova concentração de poder político no país, junto disso as políticas populistas seguem estabelecendo uma base para questões trabalhistas e previdenciárias. A lei supracitada, nos trás diretrizes a partir de modificações feitas e estabelece formas de manter a estrutura apresentada a nação, conforme faz prova o art. 18 do texto legal:

Art. 18. os vinte por cento do Imposto Sindical, que formam o "Fundo Social sindical", passarão a constituir uma conta especial denominada "Emprego e Salário" que será utilizada, no exercício de 1965, exclusivamente nas despesas de instalação e funcionamento dos órgãos criados ou transformados pela presente Lei, no pagamento do pessoal transferido dos seus cargos em comissão e funções gratificadas (BRASIL, 1964).

³⁹ 76º Presidente da República.

O contato do direito do trabalho e previdenciário com outras ciências, a atenção para a saúde dos trabalhadores, indo de questões que tratam do fim da jornada laboral (aposentadoria e pensão) a prevenção enquanto o trabalho é realizado, a exemplo disto à lei nº 5.161 de 21 de outubro de 1966 que fundamenta questões voltadas para a instituição da fundação Centro Nacional de Segurança, higiene e medicina do trabalho. Que em seu art. 1º expõem que:

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a instituir uma Fundação destinada à criação e manutenção de um Centro Nacional de Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho, que terá por objetivo principal e genérico a realização de estudos e pesquisas pertinentes aos problemas de segurança, Higiene e medicina do trabalho. (BRASIL, 1966, p. 1).

A estrutura criada a partir da soma de competências na década de 1964, junto disto houve movimentações no sentido de garantias básicas a assistência social e saúde, sendo estas atreladas ao que já existia em relação a previdência social, mas que inevitavelmente coadunava com o nicho trabalhista. A exemplo disto cito a organização da Legião Brasileira de Assistência Social (LBA), de 1942 e em 1977 surge o Sistema Nacional de Previdência Social e Assistência Social, isto somado as demandas comandadas pelo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS)⁴⁰ e Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS)⁴¹, Instituto de Administração Financeira da Previdência Social e Assistência Social, Central de Medicamentos (CEME), Empresa de Dados da Previdência Social (DATAPREV), fundação Nacional do Bem-estar do menor (FUNABEM), todos com a importante missão de gerir e organizar as questões voltadas para a previdência social que implicitamente segue com par das questões trabalhistas e ao direito a saúde e assistência social vigentes da época.

Em 13 de maio de 1992, foi feita a separação dos ministérios do trabalho e previdência a partir da lei nº 8.422. “Art. 1º - São criados o Ministério de Minas e Energia, o Ministério dos Transportes e das Comunicações, o Ministério da Previdência Social e o Ministério do Trabalho e da Administração (BRASIL, 1992).

A nova estrutura da previdência Social do país passa a possuir: Conselho Nacional de Seguridade Social; Conselho Nacional de Previdência Social; Conselho de Recursos da Previdência Social; Conselho Gestor do Cadastro Nacional do Trabalhador; Secretaria

⁴⁰ Ligado à criação da lei orgânica da previdência social (Lei nº 3.807/1960).

⁴¹ Explicar função e data fim.

Nacional da Previdência Social; Secretaria Nacional da Previdência Complementar; Conselho de Gestão da Previdência Complementar.

O ministério do trabalho e da administração trás a seguinte estrutura: Conselho Nacional de Imigração; Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço; Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador; Comissão Consultiva de Direito do Trabalho; Secretaria Nacional do Trabalho; Secretaria da Administração Federal.

A estrutura vigente é modificada a partir do retorno do país ao Estado democrático de direito e a promulgação da constituição cidadã em 1988, esta que estabelece estrutura inovadora ao criar a ideia e aplicação da seguridade social a partir da garantia de alguns direitos sociais de 1ª e 2ª geração (art.6º CF/1988), com destaque para o direito ao trabalho, existente no artigo supracitado, cria os regimes da previdência social (art.201, CF/1988), separa os direitos a saúde, seguro social e assistência social (art. 194, CF/1988). “O estado existe primeiramente para realizar, cumprir e proteger os direitos do seu povo, fundando-se em certas condições próprias do homem e da sociedade” (MORAIS E SILVA, p. 41, 2021).

A constituição Federal de 1988 marca a consagração do Estado democrático de direito, junto disto, firma uma série de princípios que corroboram para o estabelecimento da harmonia social, destaco a base de todos, sendo a Dignidade da Pessoa Humana, este com potência ampla, para amparar a todos sem distinção alguma. O alcance deste pode ser concebido por meio dos direitos sociais (art. 6º, CF/1988)”. O Estado Democrático de Direito nasce a partir da sua soberania, baseada na vontade do seu povo, que, por conseguinte, reproduzirá a vontade política posteriormente transformada em leis [...]” (MORAIS e SILVA, p.41, 2021). É salutar que um país onde ocorre a modificação de seu regime político e social, tem urgência em possuir um norteamento jurídico, o poder constituinte é evocado, deste o centro Legal é criado e deste todos os outros braços se originam e outros são modificados a médio e longo prazo. “O Estado Democrático de Direito tem sua formação baseada na harmonia e no compromisso com a sociedade, objetivando sanar suas controvérsias [...]” (MORAIS e SILVA, p.42, 2021).

Conforme o art. 1º da CF/1988:

A Republica federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:
I – soberania

- II – cidadania
- III – a dignidade da pessoa humana
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa
- V – o pluralismo político.

O acolhimento de forma ampla à essência plural do país, o acolhimento do povo em relação à manutenção de sua dignidade e valores sociais, é a principal pactuação expressa pela CF/1988, demonstrando que haverá a partir de então, um fortalecimento do Estado perante a nação. “A criação de um Estado Democrático de Direito entre as diversas garantias, possibilitou inúmeros avanços no que se refere aos direitos humanos [...]” (MORAIS e SILVA, p. 42, 2021).

Vale destacar a estrutura dedicada às competências da União, com destaque para a justiça do trabalho e seguridade social, “Art.22. compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do **trabalho**; [...] XXIII – **seguridade social**” (BRASIL, 1988, p.10), vale pontual que o conceito de seguridade social é vanguarda no país, onde a partir desse a saúde passa a ser direito de todos, a assistência social para os que dela necessitarem e o seguro social para aqueles que contribuem junto a previdência social. Para a justiça do trabalho compete a função de:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADIN 3392) (Vide ADIN 3432). **I** as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); **II** as ações que envolvam exercício do direito de greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); **III** as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); **IV** os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); **V** os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); **VI** as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); **VII** as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); **VIII** a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); **IX** outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (Incluído pela

Emenda Constitucional nº 45, de 2004); § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADI nº 3423) (Vide ADI nº 3423) (Vide ADI nº 3423) (Vide ADI nº 3431) (Vide ADI nº 3432) (Vide ADI nº 3520) (Vide ADIN 3392) (Vide ADIN 3432); § 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADI nº 3423) (Vide ADI nº 3431) (Vide ADI nº 3520) (Vide ADIN 3392) (Vide ADIN 3432) (BRASIL, 1988, p. 32).

Os ministérios de cada pasta seguiram até 2017 quando ambos se tornaram secretárias junto ao ministério da Economia, no período turbulento na política do país, a presidente havia sofrido um impeachment e seu vice passa a assumir todas as demandas interinamente, até a posse do novo presidente eleito pelo país, e sua posse em 1º de janeiro de 2019.

Em 2021 retornaram aos moldes de concentração de poder de comando, voltando a formar ministério Uno, somando as demandas regidas pelo direito do trabalho e previdência social, por meio da medida provisória nº 1.058 de julho de 2021, que se torna vigente a partir de sua publicação no Diário Oficial da União (DOU).

3 Princípios basilares para a manutenção os direitos sociais: solidariedade social a intangibilidade salarial

O direito ante de se consolidar em regramentos retos e taxativos, tem sua base firmada por princípios basilares. Ao evocar questões trazidas pela taxatividade dos direitos sociais expressos no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O destaque dado para o direito ao trabalho e previdência social, este segundo com braço da seguridade Social que surge a partir da atual constituição do país, são elementos presentes no contexto público e privado, movimentam as atividades ligadas a labor e final das atividades, empregador, empregado, segurados e ampara aqueles que necessitam de acolhimento específico pelo estado, a partir de políticas públicas ligadas a assistência social.

A previdência social se constitui a partir da função de amparar o trabalhador no contexto pós laboral (aposentadorias e pensões), no entanto há os benefícios ligados a incapacidades temporárias adquiridas durante o período laborativa.

A estrutura previdenciária é custeada pelo Estado, empregado, aposentados e pensionistas, isto de forma direta, se apresenta ao regramento jurídico do país em dois regimes distintos em sua organização, ao empregado e a este equiparado cabe o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), para o servidor público, concursado, cabe o Regime Próprio da Previdência Social (RPPS) este segundo, dividindo-se em União, estados e municípios.

O sistema previdenciário possui em sua base o princípio da Solidariedade Social, este exposto na constituição cidadã, em seu art. 3º, I, ligado diretamente ao princípio base da dignidade da pessoa humana. O fluxo de custeio previdenciário é contínuo, aqueles que atualmente estão no exercício de suas atividades laborativas, salvaguardam os que se aposentaram, a reserva de um futuro é feita pela base que trabalha.

A filiação é obrigatória aos que ingressam no trabalho formal, quando um contrato de trabalho surge, o fluxo correto é haver a tributação de parte do valor recebido, uma parte seguindo para a Previdência Social, sendo um seguro público, de caráter inovador, sua base é ligada aos direitos fundamentais, a estrutura exposta em nossa constituição demonstra que haverá amparo àquele que contribui e mesmo aos que nunca foram segurados. Segundo Kertzman (2021):

A solidariedade social humana, quando não manifestada voluntariamente, pode ser construída e estimulada por força normativa. Surge então, no âmbito dessa discussão, a solidariedade social enquanto princípio jurídico. (KERTZMAN, 2021, p. 17).

A força normativa coloca o segurado como parte da estrutura de financiamento do seguro social, o que contribui e por meio disto recebe o amparo, quando dele necessita. Lembremos que há outros braços da seguridade social ligados a este princípio que são a saúde e a assistência social. Kertzman (2021):

A palavra “seguridade” quer dizer “segurança”, “proteção”, “salvaguarda”. Associada ao adjetivo “social”, passa a ser expressão indicativa de um conjunto de políticas públicas assumidas pelo Estado com o objetivo de garantir aos cidadãos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (KERTZMAN, 2021, p. 13).

Eis que a estrutura de seguridade social surge, com o retorno do estado democrático de direito, assegurando a nação de que o amparo irá existir. Haja vista, que anteriormente a saúde só era devida aqueles que estavam filiados ao seguro social do país, afastando e desamparando os que dela necessitavam mais eram invisíveis ao Estado.

A lei nº 8.212 de 24 de 7 de 1991, trás as diretrizes para a seguridade social, sua distribuição e forma efetiva de ação. O princípio da solidariedade social, se distribui no código, conforme disposto no art. 10 da Lei Orgânica da Seguridade Social (1991):

“Art.10. A seguridade Social será financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta, nos termos desta lei, mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios e de contribuições Sociais” (BRASIL, 1991, p. 1).

O princípio ligado diretamente a proteção, amparo e cuidados do Estado junto a população, é colocado como obrigação direta e indireta de todos entre direito público e privado, no que concerne a manutenção desta importantíssima estrutura.

Há a necessidade de salvaguardar o que segue constitucionalmente previsto, junto disto evoco o princípio da vedação do retrocesso somado ao princípio da segurança jurídica. É sabido que o ordenamento jurídico brasileiro se modifica com o passar dos tempos, por uma serie de fatores, políticos, econômicos, sociais. Para cada novo momento, as necessidades da população se modificam ou mesmo as formas de o Estado administrar suas demandas, no entanto, cabe a nós ressaltar que nada pode retroceder constitucionalmente, para prejudicar a população, função esta que cabe ao principio da segurança jurídica, este marca o tempo, quando ao fator *ex nunc*⁴² das legislações vigentes.

Ao evocarmos este princípio base, para o contexto da previdência social, podemos aqui resgatar pela memória as reformas mais pontuais, oriundas da Emenda Constitucional nº 20, promulgada em 1998 e a mais recente a Emenda Constitucional nº 103 de 2019, ambas trouxeram modificações para o regramento previdenciário, não caberá a este texto evocar possíveis inconstitucionalidades em relação a uma ou ambas as reformas, mas a reformas e seus efeitos passam a valer a partir de sua publicação, qualquer ato feito antes disso, seguirá amparado pelo regramento anterior. Mecanismo muito necessário para que a parte mais vulnerável seja resguardada, logo, a população, segurados, empregados e os necessitados. Quanto à vedação ao retrocesso social,

⁴² Modificações legais que começam a partir do fato vivido.

compreender este como um princípio par ao anteriormente falado. De acordo com Rodrigues (2021):

Sendo a previdência social classificada como direito social, vincula o poder público a salvaguardar a dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da CRFB), através de atuação positiva e fática, não podendo o legislador retroceder, pois são garantias institucionais e direitas subjetivas, não podendo violar o núcleo essencial dos direitos já efetivados, ou seja, não devem ocorrer reformas desproporcionais e injustificadas, devendo-se obedecer ao *princípio da segurança jurídica*. [...]

Os argumentos financeiros devem ser afastados quando entra em conflito com os direitos constitucionais, entre os quais se inclui a proibição ao retrocesso social [...] (RODRIGUES, 2021, p. 25).

O princípio ligado às bases do direito previdenciário, trás para debate as motivações que originam reformas, modificações, sabendo que nada se mantém eterno, modificações sempre serão necessárias para o nosso ordenamento jurídico, no entanto, cabe aos legisladores cuidarem para não macular direitos constitucionais basilares, ligados à seguridade social, a proibição do retrocesso social está diretamente ligada a questões sociais e econômicas, haja vista que isto movimentava grande parte das mudanças do país, porém é necessária leitura mais ampla para propor soluções.” Pois à luz deste princípio, os direitos sociais adquiridos não podem retroceder, e por sua vez, o Estado tem o papel de preservá-los e protegê-los e assim caminhar para assegurar o avanço social.” (RODRIGUES, 2021, p.27).

O presente princípio ficou em evidência com a atual reforma no âmbito previdenciário, haja vista que alguns benefícios sofreram cortes duros em seus valores, colocando os segurados e seus dependentes em situação mais vulnerável, “vêm sendo instituídas de forma apressada e sem diálogo com os cidadãos, muitas das quais, restringindo direitos sociais previstos constitucionalmente [...] (RODRIGUES, 2021, p. 25)”.

Os princípios base da previdência social salvaguardam a segurança jurídica, somado a isto é necessário compreender como ocorre em relação ao empregado e a este equiparado. É sabido que a Consolidação das leis do trabalho funcionam como matéria, para a relação Estado, empregador e empregado, estes diretamente ligados as questões já expostas em relação à previdência social. Para Garcia (2022):

A responsabilidade do Estado com a proteção dos direitos humanos em atividades empresariais deve ser pautada, entre outras, pelas seguintes diretrizes: garantia de condições de trabalho dignas para seus recursos

humanos, por meio de ambiente produtivo, com remuneração adequada e em condições de liberdade, equidade e segurança, com estímulo à observância desse objetivo pelas empresas; combate à discriminação nas relações de trabalho e promoção da valorização da diversidade [...] (GARCIA, 2022, p. 42).

O trabalho é direito social, conforme expresso no art. 6º da Constituição federal de 1988, deste surge matéria autônoma que ampara os direitos e obrigações do empregador e empregados. O instituto do Direito do trabalho tem como atributos as diretrizes oriundas de fontes materiais e formais, que organizam e consolidam a atividade laboral. “O **Direito do Trabalho** pode ser definido como *o ramo do Direito que regula as relações de emprego e outras situações semelhantes.*” (GARCIA, 2022, p. 36).

Para somar ao instituto previdenciário, foram escolhidos princípios da esfera trabalhista, evoco *In dubio pro operário* e a intangibilidade salarial (princípio análogo, irredutibilidade do valor do benefício). Princípios relacionados à proteção do empregado, com base em medidas preventivas, saúde e segurança no trabalho.

A proteção por meio do *In dubio pro operário*, é a prevalência de que as garantias fundamentais serão dadas ao empregado, onde diante de dúvida quanto à origem de determinada crise no contexto laboral, o operário deve ser a parte favorecida. Hermeneuticamente, este princípio não se faz raso para interpretações, e amplo no alcance, se molda as situações em que surjam divergências entre empregador e empregado. É garantia fundamental:

O princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o direito do Trabalho, pois, este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador” (RODRIGUEZ, 2000, p. 28).

O princípio deve ser observado com cuidado, cabendo aquele que esta a frente do processo considerar a situação de forma ampla, haja vista que mesmo sendo o empregado a parte hipossuficiente, caberá ao julgador sanar o máximo de dúvidas possível para então perceber qual a norma e condição mais benéfica poderá ser aplicada. Havendo uma observação a questão do empregado hiperssuficiente, este se enquadra em situação socio econômica distinta, conforme expões o parágrafo único do art. 444. De acordo com Rodrigues (2018):

Assim sendo, não se pode aspirar que o julgador, ao optar em favor de uma parte, neste caso o empregado, somente pelo simples episódio deste ser o trabalhador e historicamente se subentender que este é a parte

hipossuficiente. Há todo um processo a se seguir. O que se precisa levar em conta neste processo posto isto é o ônus da prova, uma vez que a esse efetivamente cabe dirimir as dúvidas quanto à veracidade ou não dos fatos alegados. (RODRIGUES, 2018, p. 29).

O princípio supracitado, seguindo em conformidade com o princípio do Devido processo legal, fará com que se aplique a melhor solução, dando a oportunidade ao empregado de ser favorecido pela potencia do *in dubio pro operário*. A base principiológica do contexto trabalhista protege o empregado desde a feitura do contrato individual de trabalho e durante o período laborativo.

O contrato individual de trabalho possui em um de seus requisitos, a onerosidade, ou seja, a questão de valores por conta da força de trabalho oferecida pelo empregado. O princípio da intangibilidade salarial protege esse valor, conferindo ao empregado à segurança em relação aos seus pagamentos, sendo este na base do salário mínimo legal ou em piso salário. Somo a este um princípio PAR, no contexto previdenciário, evoco o princípio da irredutibilidade do valor do benefício, por tanto em hipótese alguma pode haver subtração dos valores recebidos, tanto pelo segurado quanto pelo empregado. “Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço [...]” (BRASIL, 1943, p. 85).

É salutar que os princípios distribuídos entre a seara trabalhista e a previdenciária, corroboram para a consolidação dos direitos fundamentais, de primeira e segunda dimensão, cabendo ao Estado fiscalizar e estabelecer regramentos, quando se trata de previdência social, havendo uma pequena diferença no quanto ao que cria e consolida as questões trabalhistas, pois uma de suas fontes advém das movimentações dos empregados/empregador, como é o caso das fontes formais autônomas, para, além disso, o que segue previsto em lei e jurisprudência.

Em muito as áreas se somam e compreende-se, são distintas quanto a sua autonomia, suas mudanças são quase diárias, haja vista que as necessidades do empregado/segurado se modificam sempre. No entanto, as competências das áreas não se confundem exemplo disto à manutenção de benefícios e amparo aos dependentes dos empregados/segurados.

4 Interseções trabalho e previdência: amparo ao trabalhador segurado

É necessário dividir as competências e quais partes são amparadas por cada área, pois mesmo que haja mutua cooperação, são institutos autônomos com origens distintas.

A previdência social é um dos galhos da tríade da seguridade social, ambas amparadas respectivamente pelas leis nº 8.212/1991 e nº 8.213/1991, para, além disto, há as outras leis complementares juntamente com o exposto nos art. 6º, 194 e 201 da Constituição Federal de 1988.

O seguro Social após sua reestruturação com o retorno do país ao Estado Democrático de Direito e concordância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, trás para a nação medidas a serem administradas tanto pelo direito público quanto pelo privado. Para Moraes e Silva (2021):

Considera-se que Constituição Federal marcou a história política e social brasileira, uma vez que, a partir dela, o Brasil tornou-se reconhecido como um Estado Democrático de Direito. Pela primeira vez a carta magna brasileira reconheceu que o poder emana do povo e, a partir da audição de grupos sociais, buscou fundamentar aquilo que é essencial para a soberania e dignidade da pessoa humana a partir dos direitos fundamentais. (MORAIS; SILVA, p. 47, 2021)

É basilar a uma sociedade que se constitui por meio do princípio da dignidade da pessoa humana e compreende-se enquanto Estado soberano que, os direitos sociais estejam devidamente assegurados, o Brasil ao renascer a partir da Constituição Federal de 1988, declarando ser um Estado Democrático de Direito, assume o compromisso de salvaguardar os direitos de primeira e segunda dimensão, da população. A essência disso surge por meio das políticas públicas reformuladas, a criação de novos institutos, reorganização de órgãos e entidades, com a única finalidade de amparar, proteger a nação. Neste sentido, Carvalho 2013, nos diz que:

A dignidade da pessoa humana está relacionada a possibilitar a vida participativa e em ambiente social, no sentido de atingir todos os ambientes em que se vive pautado pela saída qualidade de vida em todos os aspectos, que só pode obter se o meio ambiente for saudável (CARVALHO 2013, p. 31).

Não há segregação quanto as grupos sociais acolhidos pelos princípio da dignidade da pessoa humana, ele acolhe a todos. Evoca-se a seguridade social como pilar forte para a compreensão de como as políticas públicas se bem administradas, podem possibilitar

melhor qualidade de vida, por meio da saúde, assistência social, somado a isto a manutenção e amparo ao trabalhador, por meio da legislação específica que salvaguarda tal direito social, que caminha paralelamente junto as questões voltadas para o seguro social.

A previdência Social cria a entidade competente para administrar o RGPS, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), é a entidade competente pelo reconhecimento de direito e manutenção dos benefícios de caráter previdenciário.

A persona a ser analisada será a do Segurado (a), este na categoria de contribuinte obrigatório, como empregado⁴³, com os devidos descontos para a manutenção e patrocínio da estrutura previdenciária. Por segurado, compreende-se:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social, as seguintes pessoas físicas: I – Como empregado:

- a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;
- b) aquele que, contratado por empresa de trabalho temporário, definida em legislação específica, presta serviço para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços de outras empresas;
- c) o brasileiro ou o estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em sucursal ou agência de empresa nacional no exterior;
- d) aquele que presta serviço no Brasil a missão diplomática ou a repartição consular de carreira estrangeira e a órgãos a elas subordinados, ou a membros dessas missões e repartições, excluídos o não-brasileiro sem residência permanente no Brasil e o brasileiro amparado pela legislação previdenciária do país da respectiva missão diplomática ou repartição consular;
- e) o brasileiro civil que trabalha para a União, no exterior, em organismos oficiais brasileiros ou internacionais dos quais o Brasil seja membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo se segurado na forma da legislação vigente do país do domicílio;
- f) o brasileiro ou estrangeiro domiciliado e contratado no Brasil para trabalhar como empregado em empresa domiciliada no exterior, cuja maioria do capital votante pertença a empresa brasileira de capital nacional;
- g) o servidor público ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a União, Autarquias, inclusive em regime especial, e Fundações Públicas Federais. (Incluída pela Lei nº 8.647, de 1993)
- h) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social ; (Incluída pela Lei nº 9.506, de 1997)

⁴³ A partir do momento em que tem seu trabalho formal, registrado em sua CTPS e alimentando a base de dados do CNIS, este é considerado contribuinte obrigatório, onde mensalmente será realizado desconto de 20% sob valor do salário recebido.

i) o empregado de organismo oficial internacional ou estrangeiro em funcionamento no Brasil, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social; (Incluída pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

j) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social; (Incluído pela Lei nº 10.887, de 2004)

II - como empregado doméstico: aquele que presta serviço de natureza contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividades sem fins lucrativos; III e IV (revogados pela Lei n. 9.786, 26-11-1999) (BRASIL, 1991,4)

Há outras formas de filiação obrigatória como o contribuinte individual prestador de serviço ou não, o segurado especial (rural), há o contribuinte facultativo este de caráter não eventual e não obrigatório. No entanto, o foco será a figura do empregado no contexto previdenciário e trabalhista.

A CTL demonstra como se compreende o empregado, empregador, serviço, remunerações, saúde e prevenção do trabalhador. “Art.1º Esta Consolidação estatui as normas que regulam as relações individuais e coletivas de trabalho, nela previstas (BRASIL, 1943, p. 1)”. A partir disto, se percebe como ocorre a relação de trabalho entre empregador e empregado, direitos e obrigações de ambas as partes. De acordo com a CLT (1943), por empregado serviço compreende-se:

Art.3.º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único: Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Art.4.º Considera-se como de serviço o período em que o empregado efetivo esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada. [...] (BRASIL, 1943, p. 1).

Ao destacar estes enquadramentos de dois regramentos que ao passo que se comunicam entre a ideia de segurado e empregado, se distanciam em relação à conceituação de serviço, pois cabe ao âmbito trabalhista caracterizar e fazer suas observações sobre as formas de prestação de serviço. O instrumento que ambas as partes tem em comum, é o documento legal de registro, a Carteira de trabalho e Previdência Social (CTPS) ⁴⁴.

⁴⁴ Art. 13. A Carteira de Trabalho e Previdência Social é obrigatória para o exercício de qualquer emprego, inclusive de natureza rural, ainda que em caráter temporário, e para o exercício por conta própria de atividade profissional remunerada [...] (BRASIL, 1943, p. 2).

A interseção mais pontual entre as áreas é em relação a benefícios que implicam em afastamento temporário e permanente. As causas deste podem ser variadas, acidente de trabalho, auxílio incapacidade temporária (auxílio doença), aposentadoria por incapacidade permanente (aposentadoria por invalidez).

Os benefícios mais conhecidos são as aposentadorias e pensões, no entanto propositalmente foram escolhidos por afetarem o período laborativo do empregado/segurado. No que tange as questões relacionadas à segurança e medicina do trabalho, os direitos e obrigações são divididos em Estado (arts. 154 e 156 CLT/1943) e empresas (art. 157, CLT/1943) e empregados (art. 158, CLT/1943).

Caberá aos órgãos (ministério do trabalho e previdência, delegacias Regionais do Trabalho) envolvidos na fiscalização fazer as observâncias necessárias, as empresas seguir o que se faz necessário para um lugar seguro para as ações laborativas dos empregados e aos empregados ter consciência dos regramentos, observar as normas relacionadas a segurança medicina do trabalho e com estas colaborar.

O trabalhador acometido por algum adoecimento ou vítima de acidente em local de trabalho ou a caminho deste, ao empregado (a) que por conta do labor for exposto a riscos químicos, biológicos e adoecer tornando inviável seu retorno as atividades e dispensadas a possibilidade de reabilitação, a empregada (o) que engravidar ou adotar é de direito o afastamento. Para todas estas situações há amparo no regramento previdenciário e trabalhista.

Compete o empregador, fazer os devidos repasses das contribuições junto ao INSS, para desta forma manter a qualidade de segurados de seus empregados, se presume a boa fé deste ato.

A Constituição Federal em seu art. 201, I, que sofreu alterações após a Emenda Constitucional n. 103/2019, o nome auxílio doença é substituído por benefício por incapacidade temporária e para, além disso, o benefício ligado ao afastamento total do labor sem chance de retorno, a aposentadoria por incapacidade permanente, ambos amparados pelo texto constitucional. Para o empregado/segurado ter direito ao auxílio por incapacidade temporária, este deve preencher requisitos básicos, a carência mínima⁴⁵, possuir a qualidade de segurado e somado a isto a incapacidade para o labor ou atividade habitual por mais de 15 dias. A partir do 16º dia quem ampara o empregado é a

⁴⁵ 12 contribuições sem interrupções.

Previdência social, anterior a isto, é obrigação da empresa salvaguardar seu empregado, com afastamento via atestado médico. A aposentadoria por incapacidade permanente, em regra é antecedida por um auxílio por incapacidade temporária. Para tanto o Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048/1999), expões que:

Art. 44. A aposentadoria por incapacidade permanente será devida a partir do dia imediato ao da cessação do auxílio por incapacidade temporária, ressalvado o disposto no § 1º, e consistirá em renda mensal decorrente da aplicação dos seguintes percentuais incidentes sobre o salário de benefício, definido na forma do disposto no art.32: (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020).

I - sessenta por cento, com acréscimo de dois pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de vinte anos de contribuição, para os homens, ou quinze anos de contribuição, para as mulheres; ou (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020).

II - cem por cento, quando a aposentadoria decorrer de:(Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020)

a) acidente de trabalho; (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020).

b) doença profissional; ou (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020).

c) doença do trabalho. (Incluído pelo Decreto nº 10.410, de 2020) (BRASIL, 1999, p. 34).

O benefício devido ao segurado incapacitado é gerido em duas vias, a anterior a incapacidade, partindo do repasse em dia das contribuições do empregado, pelo empregador a previdência Social, quando o empregado passa a ser amparado pelo INSS, o reconhecimento deste direito e sua manutenção é a segunda via. Perceber que a congruência entre as áreas é de extrema importância, haja vista que a parte mais vulnerável necessita de cuidados quando acometida de algo que altere seu cotidiano laboral. Vale ressaltar que, para aquele que ao tornar-se empregado e filiado ao RGPS, já possuir alguma patologia anterior ao seu ingresso ao presente regime de previdência, a priori a possibilidade de aposentadoria e/ou auxílio por incapacidade temporária, não será possível. No entanto, se houver agravamento, progressão dessa doença ou lesão, conforme expõe o §2º, art. 43, do Decreto n. 3.048/1999.

O presente benefício possui uma subdivisão, havendo o auxílio por incapacidade temporário acidentário (código 91) e seus respectivos fatos geradores. Este servindo tanto para o empregado formal quanto ao avulso. Conforme faz prova a o art. 19, da Lei orgânica da Previdência Social (Lei n. 8.213/1991). O acidente de trabalho é caracterizado como, aquele que ocorre na realização do trabalho a serviço da empresa ou empregador e deste provocar lesão corporal ou acometa o empregado por algo que atrapalhe a realização de suas atividades habituais no trabalho. “Art. 19. § 1º. A empresa é responsável

pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança do trabalhador” (BRASIL, 1991, p. 13). Há rol taxativo quanto ao que se considera acidente de trabalho, conforme expões o art. 20⁴⁶ do regulamento supracitado.

Os benefícios expostos conseguem exemplificar as interseções entre as áreas, a questão laborativa, o amparo no momento da doença do trabalho ou lesão física sofrida por conta da atividade. Os regramentos se aproximam e complementa-se quanto às conceituações de serviço, empregado, empresa, empregador, segurado. Advém da matriz pricipiológica diretamente ligada aos direitos fundamentais, se diluem como direitos sociais essenciais à nação.

5 Considerações Finais

A constituição cidadã de 1988, possui como base o princípio originário da dignidade da pessoa humana, as ramificações deste dão origem a outros princípios de suma importância para cuidados em relação aos mais desassistidos, hipossuficientes, vulneráveis e a preservação da ordem jurídica, com o intuito de gerar menos prejuízos à população, evoca-se o princípio da segurança jurídica e o da solidariedade social.

As similaridades entre as áreas seguem, na comunicação entre direito público e privado, as competências estão expostas e bem delimitadas, se comunicam, no entanto, não se confundem.

A proteção ao trabalhador empregado/segurado é ampla, o regramento jurídico segue em constante aperfeiçoamento. É necessário um olhar cuidadoso ao que vem ocorrendo aos meios trabalhista e previdenciário, após as reformas, pois é sabido que

⁴⁶ Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

a) a doença degenerativa;

b) a inerente a grupo etário;

c) a que não produza incapacidade laborativa;

d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho.

toda a mudança ocorrida gera caos as partes diretamente atingidas, a classe trabalhadora historicamente segue com grandes questionamentos em relação aos abusos sofridos, por conta de algumas modificações. Com a finalidade de não haver violação de direitos fundamentais e suas ramificações.

Os institutos que salvaguardam todo o arcabouço Legal, devem manter certa coerência em relação aos resultados obtidos após reformas, modificações em sentido stricto e lato.

O retorno do País ao Estado Democrático de Direito, a feitura da constituição cidadão foi à chance dada para que a nação possa ser devidamente amparada por aqueles que administram o país. A CLT trás fortalece em parte os direitos das partes envolvidas no âmbito trabalhista, em um segundo plano, mas nem por isso coadjuvante a previdência social caminha para amparar o empregado/segurado quando acionada.

O modelo de seguridade social estruturado na Constituição Cidadã, avoca para si a responsabilidade em fazer a manutenção e gerar uma base segurar para que seja possível amparar a nação.

6 Referências

_____, **Constituição Federal**, de 5 de Outubro de 1988.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 2 de abril de 2022.

_____, **Decreto- lei N. 5.452 (Consolidação das Leis do Trabalho)**, de 1º de maio de

1943. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 30 de março de 2022.

_____, **Lei n. 4.589**, de 11 de Dezembro de 1964.

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4589.htm. Acessado em: 16 de março de 2022.

_____, **Decreto N. 3.048 (Regulamento da Previdência Social)**, de 6 de maio de 1999.

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm. Acessado em: 17 de Abril de 2022.

_____, **Lei nº 5.161**, de 21 de outubro de 1966.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5161.htm. Acessado em: 20 de março de 2022.

_____, **Lei N. 8.212 (Lei Orgânica da Seguridade Social)**, de 24 de julho de 1991. www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212compilado.htm. Acessado em: 10 de Abril de 2022.

_____, **Lei N. 8.213 (Lei Orgânica da Previdência Social)**, de 24 de julho de 1991. www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acessado em: 10 de Abril de 2022.

CARVALHO, Jerferson Moreira de. **Meio Ambiente. Sadia Qualidade de Vida**. 1ª ed. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 16ª, ed. ver. Atual, e ampl. Editora: JusPodivm, 2022.

KERTZMAN, Ivan. **Guia Prático da Previdência Social** / Ian Kertzman, Luciano Martinez -8, ed. ver. Atual. e ampl. – Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

MORAIS, Mario Célio da Silva, SILVA, Elcias Oliveira da. **“A influencia sociopolítica na concepção do Estado Democrático de Direito e a garantia dos Direitos Fundamentais”**. In: Temas atuais de direitos humanos / Pedro Tourinho Tupinambá (organizador)-1ª Ed. Brasília: Editora Venturoli, 2021.

RODRIGUES, Giovane Costa dos Santos. **Princípio “in dubio pro operário” no Direito do Trabalhista: Análise histórica e jurídica do Princípio da Proteção no Direito do trabalho brasileiro** / Giovane Costa dos Santos – Dourados: UFGD, Trabalhado de conclusão de curso, 2018.

_____, Nádia de Jesus Quaresma. **Pensão por morte: análise dos impactos da reforma da previdência sob o prisma do princípio da vedação ao retrocesso social após a promulgação da Lei n. 13.135/2015 e EC n. 103/2019**. Trabalho de conclusão de curso, Faculdade Ideal Wyden, Bacharelado em Direito, Campus Faci, Belém, 2021.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: São Paulo: LTr, 2000.

SOCIAL, Ministério da Previdência Social. **Panorama da Previdência Social brasileira**. Brasília, 2010.

Capítulo 8
OS GOLPES VIRTUAIS NA PANDEMIA DA COVID-19 E O
DIREITO FUNDAMENTAL A PROTEÇÃO DE DADOS
PESSOAIS NO BRASIL

Ana Caroline Nunes dos Santos Guimarães

Antonio de Paula Pedrosa

Flaviane da Silva Assompção

OS GOLPES VIRTUAIS NA PANDEMIA DA COVID-19 E O DIREITO FUNDAMENTAL A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL

Ana Caroline Nunes dos Santos Guimarães

*Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis, onde compõe Grupo de Pesquisa Lei, Justiça e Direitos Humanos. Integrante e Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Diálogo ACI junto a UNIFOR. Substituta Legal no Cartório do 1º Ofício de Protesto de Títulos e Documentos da Dívida do Município de Petrópolis-RJ.
anasantos.jus@gmail.com CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7628446891442809>.*

Antonio de Paula Pedrosa

*Mestre em Gestão de Sistemas de Engenharia pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Supervisor de Tecnologia da Informação/DPO na UNIMED Petrópolis/RJ.
antonio.paula.pedrosa@outlook.com, CV Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/3558968689293355>.*

Flaviane da Silva Assompção

*Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP), onde compõe Grupo de Pesquisa DIREITOS HUMANOS E LITERATURA: Diáspora, Multiculturalismo e Identidade nas obras de Jhumpa Lahiri e Igiaba Scego. Advogada, inscrita na Seccional do Rio de Janeiro, da Ordem dos Advogados do Brasil. E-mail: flaviane.adv@hotmail.com /
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4799288783850448>.*

RESUMO

Este estudo tem como finalidade a análise e pesquisa sobre os golpes ocorridos por meio das tecnologias, que foram propiciados pelo isolamento social durante a pandemia de Covid-19, e que teve impactos no direito fundamental a proteção de dados pessoais no Brasil. Para tanto, necessário se fez perpassar pelo contexto histórico da proteção de dados pessoais no país. A Lei Federal Brasileira nº 13.709/18 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) entrou em vigor a partir de agosto de 2021 e foi a responsável por inaugurar a proteção de dados no direito positivo brasileiro, estabelecendo diretrizes importantes e obrigatórias para a coleta, processamento e armazenamento de dados pessoais. A partir desta primeira explanação pôde-se chegar até a vigência da lei que, coincidentemente, ocorreu durante a situação remota e o crescimento do uso das

tecnologias. Durante o aludido período, criminosos aproveitaram-se da situação de vulnerabilidade tecnológica e de dificuldade de informação para prática de fraudes e golpes em meio as plataformas digitais, aplicativos e centrais telefônicas falsas. Finalmente chega-se ao objetivo do presente estudo, a demonstração de que a proteção de dados não foi uma prioridade durante a pandemia, propiciando a comercialização indevida, o vazamento e o furto de dados pessoais.

Palavras-chave: fraude; LGPD; segurança da informação; golpes.

ABSTRACT

This study aims to analyze and research the scams that occurred through technologies, which were propitiated by social isolation during the Covid-19 pandemic, and which had an impact on the fundamental right to the protection of personal data in Brazil. Therefore, it was necessary to go through the historical context of personal data protection in the country. The Brazilian Federal Law nº 13.709/18 – General Law for the Protection of Personal Data (LGPD) entered into force in August 2021 and was responsible for inaugurating data protection in Brazilian positive law, establishing important and mandatory guidelines for the collection, processing and storage of personal data. From this first explanation it was possible to arrive at the validity of the law which, coincidentally, occurred during the remote situation and the growth of the use of technologies. During the aforementioned period, criminals took advantage of the situation of technological vulnerability and the difficulty of information to practice fraud and scams through digital platforms, applications and fake telephone exchanges. Finally, we arrive at the objective of the present study, demonstrating that data protection was not a priority during the pandemic, leading to undue commercialization, leakage and theft of personal data.

Keywords: fraud; LGPD; information security; blows.

INTRODUÇÃO

Atualmente, a proteção de dados pessoais no Brasil tem previsão constitucional com *status* de cláusula pétrea por tratar-se de um direito fundamental, incluído através do inciso LXXIX ao rol do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Este avanço no ordenamento pátrio é demasiadamente recente, tendo seu ingresso a partir da Emenda Constitucional (EC) nº 115, publicada em 11/02/2022 (BRASIL, 1998).

Além de ter surgido da necessidade de adequação do ordenamento jurídico pátrio às expectativas de potências internacionais do mundo globalizado, a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira foi inspirada na legislação estrangeira, principalmente na *General Data Protection Regulation* (GDPR), vigente desde 25 de maio de 2018, na União Europeia (LORENZON, 2021).

Mas não foi apenas a GDPR que acelerou a legislação brasileira. Assim como o escândalo de espionagem do governo americano, denunciado por Snowden, catalisou esforços para a aprovação do Marco Civil da Internet, a LGPD também teve o passo apressado por um caso concreto, qual seja, o da Cambridge Analytica, que, segundo se apura, pode ter mudado os rumos das eleições do país mais poderoso do planeta, os EUA, por meio de tratamento indevido de dados pessoais (COTS; OLIVEIRA, 2019).

A Lei Federal Brasileira nº 13.709/18 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), entrou em vigor a partir de agosto de 2021, e foi a responsável por inaugurar a proteção de dados no direito positivo brasileiro, estabelecendo diretrizes importantes e obrigatórias para a coleta, processamento e armazenamento de dados pessoais (BRASIL, 2018).

Notadamente que com a pandemia de Covid-19 passaram a ser exponentes os avanços tecnológicos e a utilização dos *ciberespaços* como ferramentas de trabalho, reunião e meios de comunicação em razão da necessidade do isolamento social.

As demandas relacionadas à privacidade de dados e à resolução de questões decorrentes de sua violação foram aceleradas pela situação remota durante essa circunstância atípica, o que ensejou na ampliação da discussão sobre as normas e meios de salvaguarda à proteção do indivíduo e da coletividade e também da preservação da liberdade, da intimidade e do livre desenvolvimento da personalidade.

Tendo como base este contexto, objetiva-se apresentar uma breve exposição crítica acerca da evolução recente da legislação brasileira sobre a proteção de dados pessoais, que veio atender às necessidades que emergiram no contexto da crise sanitária da pandemia da Covid-19.

Alinha-se como problemática a avaliação crítica dos golpes e fraudes ocorridos na pandemia, em razão do uso das tecnologias para o desenvolvimento das mais diversas atividades, e da efetivação do cumprimento da legislação inerente a proteção de dados pessoais no Brasil, nesta situação de crise viral, que representou cenário inédito e desafiador no país e no mundo.

A metodologia utilizada no desenvolvimento do presente trabalho foi a pesquisa bibliográfica e documental, com análise das normas legais e produção bibliográfica, principalmente com análise da literatura estado da arte, associada à técnica discursiva expositivo-argumentativa, empregada para a discussão crítica do tema.

ABORDAGEM TEÓRICA

Fruto da cadeia de globalização, o anteprojeto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) foi inspirado na principal norma da União Europeia que trata de proteção de dados, a Diretiva 46 de 1995 e em normas de países vizinhos, como a do Chile de 1999, a da Argentina, de 2000 e do Uruguai, de 2004 (SOUZA, 2021).

A pressão internacional pela regulamentação, em paralelo ao escândalo de espionagem que aconteceu em 2013, nos Estados Unidos, em que Edward Snowden, ex-técnico da CIA, vazou informações do governo estadunidense, revelando que o país usava de espionagem da população americana e de vários líderes internacionais de países da Europa e da América Latina, dentre eles o do Brasil, inclusive fazendo o monitoramento de conversas da presidente Dilma Rousseff com seus principais assessores (FAVERA, 2018).

Em meio a todo esse histórico político-social, em 2014 foi sancionada pela então presidenta do Brasil – Dilma Rousseff, a Lei nº 12.965, que ficou conhecida como o Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014).

As acusações, que polemizaram o tema sobre o uso de dados pessoais no plano internacional, envolveram a *Cambridge Analytica* que prestou serviços para a campanha de Donald Trump, nas eleições presidenciais dos EUA, de 2016. Neste contexto de eleições, a empresa teria comprado acesso a informações pessoais de usuários do *Facebook* e utilizado os referidos dados para a criação de um sistema que permitiu prever e influenciar as escolhas dos eleitores nas urnas (COTS; OLIVEIRA, 2021).

Há certo consenso sobre o fato de que os aludidos escândalos tenham influenciado a consolidação da GDPR em âmbito internacional e que, tanto os referidos casos, quanto o próprio advento da GDPR, tenham influenciado o avanço da legislação sobre o tema no Brasil (LORENZON, 2021).

A União Europeia vinha trabalhando no aperfeiçoamento de sua legislação até desembocar na chamada *General Data Protection Regulation*, que gerou impactos em todo o globo. Isso porque sua aplicação abrange não apenas as empresas europeias, mas todas aquelas que tratam dados pessoais de indivíduos que se encontram no território europeu no momento da coleta, ou ainda, que oferecem serviços à sua população. Por outro lado, a partir dela, as empresas europeias ficariam impedidas de contratar empresas em países

que não dispunham do nível de proteção adequado, regra que incluía o Brasil, até a promulgação da LGPD (LORENZON, 2021).

Foi então que em 2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Brasileira, Lei Federal nº 13.709/18, que já no artigo 1º apresenta-nos o seu escopo, bem como sua abrangência acerca dos Dados Pessoais no Brasil, objetivando a garantia do titulares de dados em serem informados sobre seus dados e visando resguardar os princípios da segurança e da responsabilidade, prevendo ainda a imposição de penalidades por infração e eventual reparação ao titular em casos de danos provenientes de violações do uso ou dos tratamentos de dados pessoais (BRASIL, 2018).

Em fevereiro de 2022, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 115, que estabeleceu como um direito fundamental a proteção dos dados pessoais. Parte desses direitos já constava no rol do artigo 5º, da CRFB/88, antes do advento da referida Emenda, mas careciam de regulamentação por lei, com a previsão de regras de tratamento e, principalmente, de tipificação das infrações caracterizadoras de violações, descrição das sanções aplicáveis às violações e a criação de órgão estatal responsável por garantir sua efetivação (BRASIL, 1988).

Há outras questões que influenciaram a produção da LGPD, basta ter em vista que, ou se tornava um país confiável, do ponto de vista da segurança jurídica, ou o Brasil ficaria marginalizado por mais este motivo, além daqueles já conhecidos e contra os quais se combate há décadas, como a corrupção, burocracia, sistema tributário intragável, entre outras barreiras. Como é o caso do “isolamento jurídico” que se estabelecia no cenário positivo do Direito brasileiro acerca da Proteção de Dados Pessoais, diminuía a competitividade das empresas brasileiras no cenário internacional, fazendo com que os projetos de lei sobre a Proteção de Dados que antes manquitolavam, sofreram um grande impulso. Neste sentido, Cots e Oliveira elucidam que:

Com a publicação da Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados ou simplesmente LGPD, o Brasil se integrou, não sem um certo atraso, ao grupo de países que possuem legislação específica para proteção de dados pessoais. Razões não faltavam para aprovação de uma lei com esse escopo. A evolução tecnológica impactou enormemente o cotidiano de grande parte da população mundial e alterou os paradigmas da economia, que migrou para um formato muito mais intangível, especialmente digital (2019, p. 25).

Sabe-se, que a LGPD possui regulamentação específica sobre o tratamento de dados pessoais e tem o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, inclusive nos meios digitais, quando tratados por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, nos termos de seu artigo 1º (COTS; OLIVEIRA, 2019).

Muito embora a regulamentação legal da proteção de dados no Brasil não tenha relação exclusiva com o contexto social da pandemia de Covid-19, vivenciada principalmente nos anos de 2020 e 2021, fato é que sua recente vigência veio ao encontro das necessidades que emergiram durante a situação excepcional de isolamento social, que repercutiu sobremaneira em outros aspectos das relações interpessoais, tais como as relações de trabalho, de consumo, educação e, até mesmo, as sociais privadas (DONEDA, 2020).

Durante a referida crise de saúde pública, a maior parte das interações se deram por meio do uso dos aparelhos eletrônicos, redes sociais e outras ferramentas que propiciaram o desenvolvimento das mais diversas e rotineiras atividades de forma remota (BRID, 2020).

As necessidades da pandemia remontaram um cenário de adaptação tecnológica por parte das empresas, do governo, escolas, seus colaboradores e usuários, que desembocou no questionamento geral sobre a segurança e a efetividade das plataformas para o desenvolvimento das atividades de forma remota. Deste modo, muito se ouviu falar na Lei Geral de Proteção de Dados e da necessidade de adequação e aprimoramento do uso seguro das tecnologias durante o isolamento social para amenizar as dificuldades e os riscos em desenvolver as atividades rotineiramente presenciais, tendo havido um avanço maior dos usos tecnológicos nesse período do que nos últimos cinco anos (BARBOSA, 2020).

Apesar de muito ter se ouvido falar da LGPD durante a pandemia, a maioria das pessoas natural desconhecem seus direitos ou não sabem que a proteção de dados pessoais tem a finalidade de assegurar o controle do titular de dados sobre como as empresas, prestadores e o governo dispõem de seus dados. Através da transparência e do direito de consulta, a lei objetiva garantir que eles tenham meios para conhecer quais de seus dados estão sendo tratados e de que forma, garantindo os princípios de segurança e responsabilidade (BRASIL, 2018).

Enquanto por um lado os dados da pessoa natural se constituem em direito fundamental constitucional, por outro, caracterizam-se como matéria-prima motriz da atividade econômica atual. E, com esta compreensão, alcança-se que a LGPD veio não apenas para a proteção do titular de dados, enquanto sujeito de direitos, mas também em prol da coletividade e do desenvolvimento do país (COTS; OLIVEIRA, 2019).

Cots e Oliveira abordam que “os dados pessoais, nessa nova economia, passaram a ser o “insumo principal da atividade econômica em todos os setores possíveis da sociedade”, conforme reconheceu o Senador Ricardo Ferraço, ao relatar a lei durante sua tramitação para aprovação” (2019, p. 25).

E na pandemia não foi diferente. Com o isolamento social e os comércios não-essenciais fechados, os empresários precisaram inovar, muitos montaram perfis em redes sociais e disponibilizaram serviços de entregas para não terem seus comércios inviabilizados pelas medidas sanitárias adotadas para o enfrentamento da pandemia, outros recorreram aos *mailing* (lista de contatos com e-mail, nome, endereço, telefone fixo, número do celular e outros dados de pessoas físicas ou jurídicas) para uma execução de *marketing* (VELOSO, 2020).

Nesse segundo caso é que se encontra a violação do uso e tratamento de dados, pois essas listas são, em grande parte das vezes, fruto de um furto, vazamento ou comercialização indevida de dados pessoais. Esse argumento se convalida pelos inúmeros relatos de pessoas que receberam durante a pandemia ligações de empresas desconhecidas por elas que entravam em contato para oferecer serviços e produtos (VELOSO, 2020).

Além da comercialização indevida, vazamento e furto de dados, também ocorreram inúmeras fraudes durante a pandemia, algumas por meio do comércio eletrônico, outras com os mais diferentes usos das tecnologias, dentre eles: aplicativos de mensagens instantâneas, *sites*, mensagem de texto e ligações.

Importante frisar que os chamados *cibercrimes* já aconteciam mesmo antes do cenário pandêmico, o que ocorreu foi uma facilitação no desempenho dos crimes em razão do aumento no uso de recursos tecnológicos. Nesse sentido Cardoso (2020) coloca alguns exemplos de situações rotineiramente presenciais que passaram a ser desenvolvidas de maneira remota em razão da pandemia, como

fazer transações bancárias pelo internet banking ao invés de se deslocar até uma agência bancária, fazer compras via internet, ou uma simples

mensagem no *WhatsApp* e aguardar o delivery, usar uma plataforma virtual para reuniões, amenizar a saudade de pessoas queridas através de uma chamada de vídeo, a tele medicina, tele aula, tele trabalho entre outras infinitudes de coisas, tudo isso realizado graças o intermédio da tecnologia.

Essa realidade trouxe consigo dificuldades de adaptação virtual para a continuidade das mais variadas atribuições diárias das pessoas, entretanto a internet se mostrou um local cheio de armadilhas e percalços para a sociedade (CARDOSO, 2020).

Infelizmente, alguns criminosos se aproveitaram da situação atípica para desenvolver fraudes e golpes, nesse diapasão, Nágila Magalhães (2020) elucida que

É duro imaginar na situação atual estamos vivenciando, o caos na saúde, que existe indivíduos empenhados, se aproveitando do momento de fragilidade para cometer delitos na rede, na verdade precisamos ser bem realistas em dizer que nem no mundo dos sonhos, os usuários da internet podem navegar tranquilamente pela *web*, sem ser atraídos por armadilhas de golpistas digitais.

De acordo com um estudo realizado pela Konduto (*apud* VELOSO, 2020), as tentativas de fraude no comércio eletrônico brasileiro chegaram a 3,49% nos primeiros seis meses de 2020, tendo como fator determinante a situação remota resultante da pandemia do SARS-coV-2.

Neste mesmo sentido, Paz (2020) aborda que:

São alvo desses golpes as mais variadas atividades para além das financeiras e econômicas, como as relativas à comunicação via aplicativos de mensagens instantâneas, e-commerce e instalação de aplicativos, dentre outros. Contudo, as atividades envolvendo pagamentos, recebimentos, financiamentos e outras transações financeiras merecem destaque pelo seu grande potencial em causar danos às suas vítimas e por se somarem à crise econômica vivenciada no país e no mundo.

Ocorreram inúmeras fraudes, como a do falso *motoboy*, que consiste na ligação para relatar a clonagem dos cartões e agendar possível coleta do objeto clonado na residência da vítima, solicitando muitas vezes as senhas e dados do cartão e informações pessoais. Já os golpes relacionados através dos aplicativos de mensagem instantânea ocorriam da seguinte maneira: os criminosos que clonavam a conta do titular de dados e uma vez tendo acesso à lista de contatos, pediam ajudas financeiras aos contatos da vítima (PAZ, 2020).

Cardoso (2020) enfatiza que “nota-se um certo esforço dos órgãos governamentais e demais instituições, ações no combate do novo coronavírus, através das

mídias de comunicação em relação aos cuidados que devem ser adotados” para a conscientização da população, e complementa dizendo que “de maneira semelhante deveria haver informações à população com dicas de segurança para que não houvesse o crescimento de vítimas lesadas por golpes digitais”.

Nessa esteira, foi possível vislumbrar que os desafios que se apresentaram e se expandem são no sentido de se efetivar a garantia do direito à privacidade de dados pessoais da população e sua proteção contra qualquer violação, comercialização indevida e vazamento de dados em meio a tecnologia, face ao excesso de dados e informações constantes *online*, principalmente tendo sido intensificado durante a pandemia, com a utilização estendida da informática e da *internet* no Brasil (ARAÚJO, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta denominada “Era da Informação” ou “Era Digital”, em que são expoentes os avanços tecnológicos e a desenfreada utilização dos *ciberespaços* – como ferramentas de trabalho, espaços de reunião e meios de comunicação – instrumentalizados pela informática e pela *internet*, imperiosa a atenção às demandas relacionadas à privacidade de dados e à resolução de questões relacionadas à sua violação, com vista à proteção do indivíduo e da coletividade e à preservação da liberdade, da intimidade e do livre desenvolvimento da personalidade, o que se coaduna com os postulados da CRFB/88.

O cenário que já vinha se desenhando na contemporaneidade acerca da necessidade de adaptação por parte dos agentes de tratamento, controladores e operadores de dados pessoais no Brasil, foi solidificado com o advento da pandemia da Covid-19, que acelerou o processo de expansão no uso de tecnologias e meios digitais de comunicação.

Vislumbrou-se o maior temor da legislação: a comercialização, o furto e o vazamento de dados pessoais. Muitas empresas que possuem dados pessoais vêm comercializando estes para outras empresas, principalmente de *marketing*, que ligavam incessantemente para as pessoas oferecendo produtos e serviços, e essas ligações cresceram durante a pandemia, face a crise econômica que se estabeleceu no Brasil e no mundo.

A complexidade de ambientes em que se desenvolveram as atividades remotas durante o isolamento social certamente desencadearam o olhar crítico ao tratamento de

dados na atual conjuntura, face ao desafio que envolve a concretização e salvaguarda do direito à proteção de dados pessoais e de outros a ele correlatos.

Com a pretensão principal de salvaguardar a pessoa natural de eventual coleta e tratamento indevido de seus dados, como a comercialização e vazamento, as novas regras vieram para garantir mais segurança e privacidade, além de evitar entraves comerciais com outros países, diante de uma inadequação na regulamentação, proveniente de lacuna no ordenamento jurídico.

Embora a lei determine, a preocupação com a proteção dos dados dos usuários não foi uma realidade pela massa dos operadores, controladores e agentes de tratamentos, ao utilizar das tecnologias em razão das medidas sanitárias que se fizeram necessárias durante a pandemia de Covid-19.

Tal argumento se justifica em razão dos vazamentos de dados, comercialização e golpes aplicados, de modo que o que se observou foi uma adaptação a realidade remota e não uma adequação a proteção de dados pessoais e muito se tem a caminhar no Brasil no sentido de uma proteção efetiva dos direitos fundamentais a liberdade, a intimidade e do livre desenvolvimento da personalidade nos meios tecnológicos e espaço físicos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Tânia Maria de; LUA, Iracema. **O trabalho mudou-se para casa: trabalho remoto no contexto da pandemia de COVID-19**. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, v. 46, 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto, 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 22 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. **Planalto, 2014**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em: 25. mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.709/18, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Planalto, 2018**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm> Acesso em: 25 mar. 2022.

COTS, Márcio. OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Comentada – 3ª ed. rev. e atual. de acordo com a redação final da Lei 13.853/2019 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.**

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à proteção de Dados Pessoais**. – 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DONEDA, Danilo. **A proteção de dados em tempos de coronavírus: A LGPD será um elemento fundamental para a reestruturação que advirá após a crise**. JOTA, [S. l.], p. S.I, 25 mar. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-protecao-de-dados-em-tempos-de-coronavirus-25032020>. Acesso em: 25 mai. 2022.

FAVERA, Rafaela Bolson Dalla et al. Surveillance como violadora de direitos humanos: o tratamento jurídico do tema nos Estados Unidos e no Brasil, a partir do caso Edward Snowden. 2018. **Repositório UFSM** Disponível em <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/20542/DIS_PPGDIREITO_2018_FAVERA_RAFAELA.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 08 ago. 2022.

LORENZON, Lalla Neves. **Análise Comparada entre Regulamentações de Dados Pessoais no Brasil e na União Europeia (LGPD e GPR) e seus respectivos instrumentos Enforcement**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rpdue/article/view/83423/79192>. Acesso em: 25 mar. 2021.

OLIVEIRA, Letícia Costa. O uso de dados pessoais na era digital como forma de manipulação social e ameaça à democracia: um estudo de caso da Cambridge Analytica. **Repositório Pontifícia Universidade Católica de Goiás**, 2021. Disponível em <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1870> > Acesso em 08 ago. 2022.

PAZ, Mônica de Sá Dantas; SANTOS, Carla Elaine Freitas. O fenômeno dos golpes digitais de engenharia social e do vazamento de dados pessoais na pandemia da covid-19. **Abciber Xiii-Simpósio Nacional Da Abciber 2020**. Disponível em <<https://abciber.org.br/simposios/index.php/abciber/abciber13/paper/viewPaper/1416>> Acesso em 08 set. 2022.

SOUZA, N. A. et al. A Lei Brasileira sobre Proteção de Dados Pessoais. **Net Log Conference**, 2021. Disponível em <https://www.netlogconference.com/proceedings/papers/NETLOG_2020_paper_69.pdf> Acesso em: 08 set. 2022.

VELOSO, Bárbara Ohanna dos Santos. Aplicabilidade da lei geral de proteção de dados no contexto da pandemia do COVID-19: auxílio emergencial–estudo de caso. 2021. **UNICEPLAC**, 2021. Disponível em <<https://dspace.uniceplac.edu.br/handle/123456789/954>> Acesso em: 08 set. 2022.

CARDOSO, Nágila Magalhães. A Pandemia do Cibercrime. **Revista Eletrônica Direito & TI**, v. 1, n. 12, p. 8-8, 2020.

Capítulo 9

A SERENDIPIDADE: (IN)APLICÁVEL NOS PROCESSOS PENAIS QUANDO LOGRADA POR INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS MACULADA DE ABUSO DE AUTORIDADE

Francisco Janielson Negreiros de Moraes

Nayara Toscano de Brito Pereira

A SERENDIPIDADE: (IN)APLICÁVEL NOS PROCESSOS PENAIS QUANDO LOGRADA POR INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS MACULADA DE ABUSO DE AUTORIDADE

Francisco Janielson Negreiros de Moraes

Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba e estagiário no escritório Urbano Vitalino Advogados; janielsonmoraes1@gmail.com.

Nayara Toscano de Brito Pereira

Coordenadora da Pós-Graduação em Direito da Faculdade Internacional da Paraíba (FPB/Laureate International Universities); Professora Substituta do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Mestra em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas pela UFPB; Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba (ESMAT13); Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Escola Superior de Advocacia Flósculo da Nóbrega (ESA/PB); Graduada em Direito pela UFPB; nayaratbrito@hotmail.com.

RESUMO

Estabelecer uma verdade processual é função atribuída a provas no processo penal. A discussão sobre ilicitude ou licitude delas quando incorrem no fenômeno da Serendipidade é extensa. E quando ocorrer Serendipidade em interceptação de comunicações telefônicas com abuso de autoridade? É o teor deste artigo, abordar todas essas questões em diálogo com jurisprudência do STF, com leis constitucionais e processuais penais, com teorias desenvolvidas nas doutrinas, especialmente as divergências existentes, com o intuito de se chegar a uma forma ideal de aplicar o encontro fortuito de provas nos processos penais.

Palavras-chave: Serendipidade. Provas ilícitas. Interceptação de comunicações telefônicas. Abuso de autoridade.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, antes de adentrar na discussão do tema, é necessário tratarmos do conceito de Serendipidade (ou encontro fortuito de provas), nome que causa estranheza

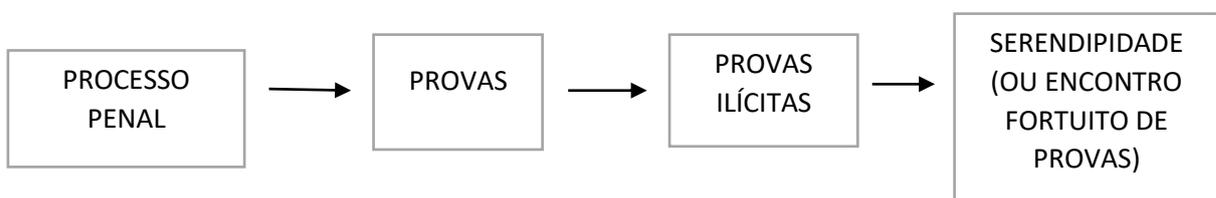
até mesmo aos que são da área jurídica. Sobre o assunto, Pacelli (2017) traz: “Fala-se em encontro fortuito quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir da busca regularmente autorizada para a investigação de outro crime.”, e na tentativa de se fazer claro, Pacelli (2017, p. 192) exemplifica com maestria:

Quando, na investigação de um crime contra a fauna, por exemplo, agentes policiais, munidos de mandado judicial de busca e apreensão, adentram em determinada residência para o cumprimento da ordem, espera-se, e mesmo exige-se (art. 243,II, CPP), que a diligência se realize exclusivamente para a busca de animais silvestres. Assim, se os policiais passam a revirar as gavetas ou armários da residência, é de se ter por ilícitas as provas de infração penal que não estejam relacionadas com o mandado de busca e apreensão.

Frente a isso, temos que Serendipidade é, basicamente, encontrar prova de um crime B enquanto se procurava por prova do crime A, e esse simples fato pode repercutir em vários ramos do Direito, Constitucional, Processual Penal, entre outros. Esse fenômeno ainda pode dividir-se em dois tipos: Serendipidade de 1º e de 2º Grau.

Nesse sentido, é de sabençaomezinha que em assuntos do Direito, na grande maioria, há muita divergência doutrinária, em que pese nas interpretações de dispositivos de lei, de informativos dos Tribunais Superiores, de jurisprudências. Nessa perspectiva, o encontro fortuito de provas também é alvo de incongruências doutrinárias, haja vista que existem dois graus de Serendipidade, há dois tipos de ideia quanto à utilização em processos penais: a) utilização da prova, independente do grau no qual ela se enquadrar; b) utilização da prova apenas em caso de conexão ou de continência entre os crimes (Serendipidade de 1º grau), entretanto, saliento que serão discutidos posteriormente de forma mais clara.

Além disso, o direcionamento que será dado ao trabalho é relevante à sociedade, tendo em vista que será defendida a garantia constitucional e fundamental: direito à privacidade; bem como o respeito aos direitos processuais previstos no Código de Processo Penal (CPP) e que devem ser garantidos, com fito em não permitir o abuso de autoridade no que tange à produção de provas. No intuito de esclarecer, de forma concisa, a procedência da matéria, segue um quadro explicativo:



Diante disso, cabe esclarecer que tratar o encontro fortuito de provas como prova lícita ou ilícita, varia de acordo com a percepção de cada doutrinador sobre a matéria, boa parte da doutrina discute Serendipidade dentro de provas ilícitas, mas problematizando.

Outro ponto relevante é que a Serendipidade pode figurar em qualquer investigação, maior parte dos exemplos em doutrinas é quando se trata de mandado de busca e apreensão, entretanto, o foco do trabalho é a abordagem apenas no que tange à obtenção da prova por meio de interceptação de comunicações telefônicas, bem como o seu enquadramento no fenômeno supracitado. Portanto, frente às considerações feitas introdutoriamente, torna-se possível adentrar no cerne do trabalho.

1.1 Objeto do Estudo

Em primeira análise, a escolha por esse tema foi porque ele está inserido no âmbito das provas, estas que possuem uma relevante função dentro de qualquer processo, quiçá processo penal, a de estabelecer uma verdade processual, que pode gerar tanto uma absolvição como uma condenação, duas consequências que dependem de muita cautela e certeza para ocorrerem. Ademais, é um tema pouco discutido no universo jurídico e que possui muitas vertentes.

Nesse sentido, o encontro fortuito de provas será abordado sob a revisão de bibliografias e jurisprudências, mais voltado a quando essa obtenção se dá por meio de interceptação de comunicações telefônicas e se aquele conteúdo obtido poderá ser utilizado como prova.

1.2 Metodologia

O trabalho será tratado sob uma perspectiva processual penal (provas ilícitas), em diálogo com algumas outras matérias, tais como a garantia constitucional que dispõe sobre o direito fundamental à privacidade, a tentativa de evitar o abuso de autoridade na produção de provas. Este trabalho, quanto ao método de abordagem, será desenvolvido pelo meio dedutivo, tendo em vista que sairá do conceito geral e será restringido a ideias de alguns doutrinadores, de modo que no fim será apresentada jurisprudência para conclusão.

Em continuidade, o método de procedimento será tipológico, pois haverá o confronto de ideias divergentes entre doutrinadores, na tentativa de encontrar uma forma ideal de tratar o tema da Serendipidade. Por fim, a pesquisa será feita por meio de documentação indireta, com a análise de bibliografias.

1.4 Referencial Teórico

Inicialmente, em conjunto com a exploração da importância das provas na seara processual penal, será abordada a ilicitude/ilegitimidade das provas, matéria explorada em Provas Ilícitas, que estuda a invalidade e a impossibilidade daquela prova colhida ser utilizada dentro de um processo. Isso será abordado com embasamento no art. 5º, LVI, da CF (Constituição Federal): “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”, bem como no art. 157, caput, CPP (Código de Processo Penal): “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”. Frente à matéria, serão abordados os ensinamentos de Pacelli (2017, p. 192):

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica. A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo.

Além disso, no campo das provas ilícitas há o fenômeno da Serendipidade, encontro fortuito de provas, que tanto pode ser de primeiro como de segundo grau. No que tange a essa matéria, Pacelli (2017, p. 193) se mostra adepto à utilização dessas provas quando enquadradas no fenômeno da Serendipidade:

Ora, não é a conexão que justifica a licitude da prova. O fato, de todo relevante, é que, uma vez franqueada a violação dos direitos à privacidade e à intimidade dos moradores da residência, não haveria razão alguma para a recusa de provas de quaisquer outros delitos, punidos ou não com reclusão.

Em contraposição a este pensamento, será exposta a ideia de Souza (2017), sobre a busca incessante de uma “pseudo-verdade processual” de qualquer modo, a qualquer custo, que corrobora com a ideia de prevenir o abuso de autoridade.

Em conjunto com isso, serão utilizados alguns dispositivos da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996 (Lei da interceptação telefônica), tais como:

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Portanto, além dessas ideias, serão abordadas a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, em confronto com as Teorias da Fonte Independente e da Descoberta Inevitável, em conjunto com jurisprudências, no intuito de mostrar a impossibilidade de serem utilizadas num Processo Penal as provas que incorrerem na Serendipidade sob o abuso de autoridade.

2 PROVAS NO PROCESSO PENAL

É nítida a importância das provas na seara processual penal, elas agem como estrutura, fundamento, embasamento de uma possível condenação ou absolvição, elas estabelecem, ou tentam estabelecer, uma verdade processual. Frente a isso, vejamos o que Tourinho Filho (2018) traz como conceito de prova:

Que se entende por prova? Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecer-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*.

Ainda no mesmo campo, há quem traga uma definição que se assemelha com as ideias filosóficas de busca pela verdade, afirmando que a prova seria um meio pelo qual se pretende alcançar a verdade real, se procura saber o que aconteceu de fato, e nesse sentido, explica Pacelli (2017, p. 174):

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

Com isso, independente do conceito adotado, é notório que as provas revelarão, ou comprovarão, dependendo da ótica pela qual se analisa o fato, o culpado/inocente de um determinado delito.

Passada a conceituação, importante trazer à baila uma distinção crucial entre provas e elementos informativos presente no art. 155 do CPP:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Sobre a matéria, um grande doutrinador e pensador da área, Lima (2019, p. 606), pontua com bastante clareza:

A palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa. O contraditório funciona, pois, como verdadeira condição de existência e validade das provas, de modo que, caso não sejam produzidas em contraditório, exigência impostergável em todos os momentos da atividade instrutória, não lhe caberá a designação de prova. Por outro lado, elementos de informação são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes.

Diante disso, tendo em vista que as interceptações telefônicas são feitas no curso do inquérito policial, que possui a característica de não oportunizar a ampla defesa, nem o contraditório, dir-se-ia que o que fosse colhido seria elemento de informação. Entretanto, nesse ponto, está presente a figura das provas cautelares, que nas palavras de Lima (2019, p. 606):

Provas cautelares são aquelas que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo, em relação às quais o contraditório será diferido. (...) Quando estamos diante de medidas cautelares *inaudita altera parte*, a parte contrária só poderá contradita-la depois de sua concretização, o que é denominado pela doutrina de contraditório diferido, postergado ou adiado.

Diante dessas explanações, pode vir a surgir a indagação: para quem são produzidas as provas? E por uma questão de lógica, haja vista que ganharam tal denominação após o contraditório, pode-se afirmar que já existem tese e antítese daquela investigação, que serão analisadas pelo magistrado, logo, tem-se que o destinatário das provas é o órgão jurisdicional. Sobre a matéria, há divergências, pois alguns defendem que o Ministério Público também seria o destinatário, no entanto, ele é destinatário apenas dos elementos de informação. Com isso, além de dizer que o juiz figura como destinatário das provas, a finalidade destas é formar a convicção do órgão julgador.

Tendo em vista que o tema do presente trabalho gira em torno das investigações, fase extraprocessual, faz-se mister tecer algumas diferenciações conceituais, como pode ser observado na distinção doutrinária feita ente meios de prova e meios de obtenção de prova. Quanto a estes, basicamente, meios de prova são a introdução daquela fonte de prova⁴⁷ no processo, enquanto que os meios de obtenção de prova são aqueles procedimentos extraprocessuais que visam a obtenção dos elementos de informação. Tal discriminação é de extrema relevância, examinemos, pois, nas palavras de Lima (2019, p. 611):

Essa distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova também é importante quando se aponta as consequências de eventuais irregularidades ocorridas quando do momento de sua produção. Deveras, eventuais vícios quanto aos meios de prova terá como consequência a nulidade da prova produzida, haja vista referir-se a uma atividade endoprocessual. Lado outro, verificando-se qualquer ilegalidade no tocante à produção de determinado meio de obtenção de prova, a consequência será o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (CF, art. 5º, LVI), com o consequente desentranhamento dos autos do processo (CPP, art. 157, *caput*).

Portanto, resta bem esclarecido o instituto das provas para o que se objetiva trabalhar e expor no presente trabalho, tendo sido abordado desde conceito até questões mais específicas que contribuirão para o entendimento dos próximos tópicos.

2.1 Provas ilícitas/ilegítimas

Embora não haja previsão legal da divisão entre provas ilícitas e ilegítimas, essa diferença é abordada nas doutrinas de processo penal, e consiste no confronto existente

⁴⁷ Pessoas ou coisas das quais se consegue a prova. Lima (2019, p. 611)

no desrespeito de normas de direito material e normas de direito processual. Vale frisar que o discernimento em questão não gera consequência jurídica. Nessa perspectiva, Pacelli (2017) esclarece: “..., as provas ilícitas seriam aquelas obtidas com violação ao direito material, enquanto as provas ilegítimas receberiam tal definição por violarem normas de Direito Processual.”.

Ainda sobre a matéria, mister esclarecer que a presença de desrespeito a uma norma de direito material pode aparecer concomitantemente à violação de um direito processual, ou seja, ocorrem simultaneamente. Ademais, há autores que fazem a divisão em gênero, provas ilegais, e espécie, provas ilícitas e ilegítimas, como exposto por Lima (2019, p. 643):

Nesse prisma, a prova será considerada ilegal sempre que sua obtenção se der por meio de violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza material ou processual. Prova obtida por meios ilegais deve funcionar como o gênero, do qual são espécies as provas obtidas por meios ilícitos e as provas obtidas por meios ilegítimos.

Além disso, vale a observação de que há quem defenda nulidade da prova, não sua ilicitude, quando se tratar de violação a normas processuais, linha com a qual Nucci não corrobora:

A reforma de 2008 acolheu, claramente, a ideia de que provas produzidas ao arrepio da lei processual penal também geram ilicitudes, aptas a acarretar o desentranhamento da respectiva prova. Esse é o quadro ideal para a lisura e ética na produção de provas, consentâneo ao Estado Democrático de Direito. O cenário das nulidades deve ser reservado a outros vícios, longe do âmbito das provas. Nucci (2016, p. 369)

Destarte, foram explanadas as divergências, e por mais que elas existam no campo teórico, a verdade é que independente da sua espécie, tendo o gênero enquadrado em prova ilegal, essas provas não devem ser aceitas, muito menos utilizadas nos processos penais, pois a *Lex Mater* é expressa no que tange a isso (CF, art. 5º, LXI).

3 SERENDIPIDADE

Tomando por base a importância de esclarecer a divisão existente dentro do encontro fortuito de provas, bem como a influência das Teorias: Fruits of the Pousonous Tree (Frutos da Árvore Envenenada), da Fonte Independente e da Descoberta Inevitável na Serendipidade, separou-se tópicos para tratar disso.

3.1 Serendipidade de 1º e 2º graus

Tomando por gênese deste tópico um exemplo: Goba está sendo investigado por um crime de tráfico de drogas, a autoridade policial, no intuito de obter elementos informativos, solicita ao juiz a interceptação nas comunicações telefônicas do investigado, que foi deferida. No decorrer da interceptação, é descoberta a existência de outro crime, homicídio. Diante disto, vejamos a possibilidade de haver caso de um ou de outro grau de Serendipidade: i) Goba matou aquela pessoa, pois ela sabia que ele traficava droga; ii) este suposto homicídio ocorreu há 5 (cinco) anos e em nada tem a ver com aquele crime pelo qual Goba está sendo investigado.

Frente a isso, o primeiro caso seria hipótese de Serendipidade de 1º grau, conseqüentemente, o outro incorreria em Serendipidade de 2º grau. Com o propósito de clarear a diferenciação, analisemos o entendimento de Rodrigues (2014):

Portanto, se o fato não é conexo ou versa sobre outra pessoa – que não tem vínculo com os fatos investigados –, não poderá valer como prova, podendo somente, servir como fonte de prova (notitia criminis) para fundamentar uma nova investigação.

Logo, evidencia-se duas hipóteses de serendipidade: encontro fortuito de fatos conexos (primeiro grau); encontro fortuito de fatos não conexos (segundo grau), mera notitia criminis.

Portanto, o esclarecimento a respeito dessa dualidade existente no âmbito do encontro fortuito de provas é determinante para que se compreenda a visão e a interpretação que será dada ao presente trabalho.

3.2 Teorias: Fruits of the Pousonous Tree (Frutos da Árvore Envenenada), da Fonte Independente e da Descoberta Inevitável

a) Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada

A referida teoria, também conhecida por teoria da prova ilícita por derivação, consiste na ideia de que não pode sobrevir algo legal, lícito, de uma fonte que está contaminada, no caso, ilícita. E é com sapiência louvável que Lima (2019, p. 647) descreve:

Provas ilícitas por derivação são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados

pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.

Uma outra perspectiva que pode ser dada a esta teoria é a de que ela “..., nada mais é que simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.” (Pacelli, 2017), ou seja, de maneira bem simplória, não há o que problematizar, o princípio estaria apenas sendo aplicado.

Por conseguinte, é muito importante a presença e o respeito a esta teoria dentro e fora dos processos penais, pois caso fosse permitida a utilização de uma prova obtida por um meio aparentemente lícito, mas que em sua origem fosse ilícito, abriria margem para muitas arbitrariedades, na tentativa de driblar a vedação constitucional das provas obtidas por meios ilícitos, e a vedação às provas derivadas das ilícitas, como podemos ver no § 1º do art. 157 do CPP, *in verbis*: “§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”.

No entanto, como nenhum direito é absoluto a ponto de ser inatingível por outro, o mesmo ocorre com esta teoria, pois há limitações à prova ilícita por derivação, de modo que há possibilidade de uma prova ser considerada lícita, mesmo que sobrevinda “da árvore envenenada”, inclusive, é a ressalva do parágrafo supramencionado. São os casos das teorias subsequentes.

Por fim, imperioso frisar que caso seja a prova colhida ilicitamente, ou mesmo que lícita, advinda de uma ilícita, ela será aceita quando beneficiar o réu, conforme explicita Nucci (2016): “Dessa forma, se uma prova for obtida por mecanismo ilícito, destinando-se a absolver o acusado, é de ser admitida, tendo em vista que o erro judiciário precisa ser a todo custo evitado, conforme preceitua a Constituição Federal (art. 5.º, LXXV)”.

b) Teoria da Fonte Independente e Teoria da Descoberta Inevitável

Como mencionado retro, estas teorias estão previstas no art. 157 do CPP como ressalvas à regra, inadmissibilidade de prova ilícita. Logo, em se tratando de fonte independente, vejamos o que disciplina Nucci (2016, p. 369).

A prova originária de fonte independente não se macula pela ilicitude existente em prova correlata. Imagine-se que, por escuta clandestina, logo ilegal, obtém-se a localização de um documento incriminador em relação ao indiciado. Ocorre que, uma testemunha, depondo

regularmente, também indicou à polícia o lugar onde se encontrava o referido documento. Na verdade, se esse documento fosse apreendido unicamente pela informação surgida da escuta, seria prova ilícita por derivação e inadmissível no processo. Porém, tendo em vista que ele teve fonte independente, vale dizer, seria encontrado do mesmo modo, mesmo que a escuta não tivesse sido feita, pode ser acolhido como prova lícita.

Com isso, temos que, como a própria denominação sugere, que é a independência, a inexistência de relação da fonte (lícita) daquela prova obtida em relação à fonte (ilícita) que obteve a mesma prova.

Sob outra perspectiva, há doutrinador que critica a redação dada ao dispositivo ora tratado, afirmam que houve um equívoco quanto à conceituação da exceção da fonte independente, como suscitado por Lima (2019, p. 650):

Especial atenção, todavia, deve ser dispensada ao art. 157, § 2º, do CPP, segundo o qual “considera-se fonte independente aquela que, por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, *seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova*”. Como será visto com mais detalhes logo abaixo, apesar de o dispositivo fazer menção à fonte independente, parece ter havido um equívoco por parte do legislador, pois, ao empregar o verbo no condicional, o conceito aí fornecido (*seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova*) refere-se ao da limitação da descoberta inevitável.

Diante disso, corrobora-se com esta ideia, pois a interpretação mais razoável dada ao texto levará ao conceito da limitação da descoberta inevitável, teoria que consiste na ideia de que aquela prova, embora derivada da ilícita, iria ser produzida de qualquer maneira, sem nenhuma dependência da prova ilícita originária. Ademais, mister trazer as ressalvas a esta teoria, de acordo com Lima (2019, p. 651):

A aplicação dessa teoria não pode ocorrer com base em dados meramente especulativos, sendo indispensável a existência de dados concretos a confirmar que a descoberta seria inevitável. Somente com base em fatos históricos demonstrados capazes de pronta verificação será possível dizer que a descoberta seria inevitável. Em outras palavras, não basta um juízo do possível. É necessário um juízo do provável, baseado em elementos concretos de prova.

Isto posto, fica nítido que não basta levantar a hipótese de que a prova seria alcançada em virtude da possibilidade, mas ficar comprovado que a probabilidade de se ter aquela prova era muito alta, como por exemplo, na busca por um corpo, é obtido o local em que está mediante tortura, entretanto, já havia uma equipe policial no local

fazendo a busca. Com isso, a probabilidade de que encontrassem aquele corpo já era grande, no entanto, não dispensa a punição para aquele crime de tortura ocorrido.

4 A SERENDIPIDADE NA INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS SOB O PRISMA JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIO

Consoante já abordado anteriormente, o encontro fortuito de provas é uma seara pouco explorada, contudo, o Superior Tribunal Federal (STF) já se posicionou sobre essa matéria dentro de interceptação telefônica, vejamos:

EMENTA: : HABEAS CORPUS. “CRIME ACHADO”. ILICITUDE DA PROVA. REQUISITOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS ATENDIDOS. IMPROCEDÊNCIA. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA. IMPROCEDÊNCIA. 1. O “crime achado”, ou seja, a infração penal desconhecida e, portanto, até aquele momento não investigada, sempre deve ser cuidadosamente analisada para que não se relativize em excesso o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. A prova obtida mediante interceptação telefônica, quando referente a infração penal diversa da investigada, deve ser considerada lícita se presentes os requisitos constitucionais e legais. 2. A justa causa é exigência legal para o recebimento da denúncia, instauração e processamento da ação penal, nos termos do artigo 395, III, do Código de Processo Penal, e consubstancia-se pela somatória de três componentes essenciais: (a) TIPICIDADE (adequação de uma conduta fática a um tipo penal); (b) PUNIBILIDADE (além de típica, a conduta precisa ser punível, ou seja, não existir quaisquer das causas extintivas da punibilidade); e (c) VIABILIDADE (existência de fundados indícios de autoria). 3. Esses três componentes estão presentes na denúncia ofertada pelo Ministério Público, que, nos termos do artigo 41 do CPP, apontou a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a classificação do crime. 4. Habeas corpus denegado. (HC-129678)

Destarte, pode ser observado que o STF negou o *habeas corpus*, afirmou se tratar de crime achado, os autos, ou seja, aquela infração não estava sendo investigada até o momento em que se tomou conhecimento da existência da mesma. O caso diz respeito a uma interceptação telefônica que foi deferida no sentido de apurar crime de tráfico de drogas, e findou sendo descoberto um homicídio, frente ao caso, o colegiado aceitou a denúncia ofertada pelo MP, pois estariam presentes os seguintes requisitos: tipicidade, punibilidade e viabilidade, ressaltou ainda que não houve desvio de finalidade.

Passando à análise doutrinária, embora não seja uma posição expressa em relação ao julgado supracitado, Pacelli (2017, p. 193) se mostra favorável à aceitação de provas

quando atingidas pela Serendipidade, pois teme que esta sirva para salvaguardar atividades criminosas:

Pensamos, contudo, que é preciso certa prudência na sua aplicação, para que a teoria não se transforme em instrumento de salvaguarda de atividades criminosas, sobretudo no campo da chamada criminalidade macroeconômica e da criminalidade organizada. Assim, por exemplo, quando, no curso de determinada investigação criminal, é autorizada judicialmente a interceptação telefônica em certo local, com a consequente violação da intimidade das pessoas que ali se encontram, não vemos por que recusar a prova ou a informação relativa a outro crime ali obtida. A tanto não se prestaria a teoria do encontro fortuito, dado que a sua finalidade e ratio essendi nem de longe seria atingida. Em tal situação, se até as conversações mais íntimas e pessoais dos investigados e das pessoas que ali se encontrassem estariam ao alcance do conhecimento policial, por que não o estaria a notícia referente à prática de outras infrações penais?

Pode-se ver uma posição radical, sem ressalvas e mostrando-se adepto e acatando a utilização das provas em qualquer situação, sob o argumento de prevenir uma certa proteção a crimes, principalmente no campo das organizações criminosas. Entretanto, por outro lado, existe a possibilidade do abuso de autoridade, como bem pontuado por Lima (2019, p. 657):

Fala-se em encontro fortuito de provas ou serendipidade quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir de diligência regularmente autorizada para a investigação de outro crime. Nesses casos, a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, abuso de autoridade, a prova não deve ser considerada válida; se o encontro da prova foi casual, fortuito, a prova é válida.

Com isso, possível visualizar que foram colocados alguns requisitos para a validade da prova nos casos de Serendipidade: não haver desvio de finalidade, muito menos abuso de autoridade. Portanto, foi uma ótima ressalva, previu a possibilidade do abuso de autoridade, mas Nucci (2016, p. 88) foi além:

Encerra-se, no entanto, argumentando que pouco se discute a prova ilícita no direito brasileiro, visto que são raros os casos apurados, apontando, efetivamente, o abuso policial. Preferem os operadores do direito, muitas vezes, ignorar as alegações de violações dos direitos individuais, em lugar de perder uma boa prova, que possa produzir a condenação de alguém, considerado perigoso à sociedade. Pouco se apura, por exemplo, a tortura na investigação policial, quando se sabe que ela é uma realidade inexorável e constante. Se o réu alega ter sido violentado e agredido na fase policial, termina-se produzindo uma

investigação superficial, muito tempo depois, que realmente nada apura de concreto – seja porque a prova desfez-se pelo passar do tempo, seja porque o Estado não tem interesse efetivo em detectar suas falhas – razão pela qual a prova termina sendo aceita e o acusado, condenado, na prática, com base em prova obtida por meio ilícito.

Foi de extrema importância a observação feita, haja vista que é uma realidade que acompanha constantemente os inquéritos policiais, que são utilizados posteriormente em processos judiciais, mas que pouco é feito a respeito, mesmo quando descoberta alguma prática de abuso.

Além disso, embora não conste explicitamente a divisão em graus do encontro fortuito de provas nas citações expostas neste tópico, é clara a distinção. Inicialmente, o acórdão traz uma ideia em que deve ser aceita qualquer prova, desde que preenchidos os requisitos dispostos no art. 41 do CPP, com isso, temos que tanto a Serendipidade de 1º grau como a de 2º grau devem ser aceitas, posição com a qual Pacelli corrobora, de acordo com a abordagem que ele dá à matéria. Já Renato Brasileiro traz a ressalva do abuso de autoridade ou de desvio de finalidade, logo, os dois graus são aceitos por ele também. Por fim, Nucci aborda a questão sob um olhar crítico mais voltado ao abuso de autoridade, mas, a nível de esclarecimento, ele defende a inutilização total da prova quando ilícita.

Dessarte, ante todo o exposto, corrobora-se com a ideia explanada por Renato Brasileiro, a de que não há óbice ao aceite de uma prova, desde que não tenha indícios de desvio de finalidade, como um mecanismo a prevenir o abuso de autoridade, e seria uma prevenção que atingiria os dois graus de encontro fortuito de provas, bem como não afetaria as teorias que limitam a teoria dos frutos da árvore envenenada, fonte independente e descoberta inevitável. Ademais, estar-se-ia garantindo os direitos, constitucionais e processuais penais, previstos, seja direito à privacidade, à intimidade, ao devido processo legal. Já em relação à opinião de Nucci, o fato de o abuso de autoridade não ser combatido da melhor forma, isso deve ser encarado como uma falha a ser sanada, fazendo com que melhore o sistema processual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo foi exposto o instituto das provas, com a demonstração de sua fundamental importância no curso dos processos penais, no intuito de enfatizar que não deve ser tratada como mero acessório deles, mas que deve ser dada total atenção, haja

vista estar lidando com condenação ou absolvição de um sujeito. Em conjunto com isso, foi abordada a diferença existente entre provas e elementos de informação.

Além disso, foi explorado o campo da ilicitude das provas e tentou-se esclarecer como uma prova pode ser considerada ilegal (ilícita/ilegítima) a partir da análise de ensinamentos de grandes doutrinadores da área. Em continuidade, foi destrinchado o encontro fortuito de provas, divisões existentes, discussões acerca de sua ilicitude ou não, e a consequência disso no Judiciário.

Após essa explanação, chegou-se ao cerne do artigo, seria possível aplicar a Serendipidade nos processos penais quando lograda por interceptação de comunicações telefônicas maculada de abuso de autoridade?, que após exaustiva análise doutrinária, jurisprudencial, como também de leis, chegou-se a uma conclusão com base nestes principais argumentos: i) a serendipidade obtida em interceptação de comunicações telefônicas pode ser aplicada, desde que não tenha existido abuso de autoridade; ii) para poder interceptar comunicação telefônica, é necessária a autorização judicial, o que já limita o abuso de autoridade, bem como facilita a identificação desse possível abuso.

Por fim, como levantada inicialmente a discussão, o presente trabalho foi feito com o intuito de trazer à baila um assunto que é um pouco adormecido no Direito, pouco debatido, o que até dificulta o estudo, tendo em vista que é abordado superficialmente. Destarte, frente a essa realidade, espera-se que os estudos nesta área sejam ampliados, com o fito de acrescentar e agregar essa matéria no âmbito jurídico do Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

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

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Acórdão nº 129.678. São Paulo, SP, 13 de junho de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília,.

COELHO, Pedro. **Graus da Serendipidade: Você sabia que eles existem?: graus da serendipidade: você sabia que eles existem?**. Graus da Serendipidade: Você sabia que eles existem?. 2014. Elaborada por EBEJI. Disponível em: <https://blog.ebeji.com.br/graus-da-serendipidade-voce-sabia-que-eles-existem->

compreendendo-o-fenomeno-do-encontro-fortuito-de-provas/. Acesso em: 10 mar. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/955473/natureza-juridica-da-serendipidade-nas-interceptacoes-telefonicas/>. Acesso em: 02 mar. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **MANUAL DE PROCESSO PENAL**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugenio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PROVAS ILÍCITAS. [s.i.], 2017. (110 min.), son., color. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=YMZkgEikiG4>. Acesso em: 02 dez. 2019.

RODRIGUES, Geordan Antunes Fontenelle. Teoria do encontro fortuito de provas: serendipidade de primeiro e segundo grau. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, p.11-18, 01 mar. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-122/teoria-do-encontro-fortuito-de-provas-serendipidade-de-primeiro-e-segundo-grau/>. Acesso em: 12 mar. 2020.

SIGILO TELEFÔNICO X COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA. [s.i.]: Aula A Dois, 2018. (5 min.), son., color. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fJLS2S6XQnQ>. Acesso em: 02 mar. 2020.

TEORIA GERAL DAS PROVAS. [s.i.]: Alfa.com, 2017. (137 min.), son., color. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-0lC3A9cRXQ&list=RDkKkYda9rUIY&index=3>. Acesso em: 05 dez. 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **MANUAL DE PROCESSO PENAL**. 18. ed. Sao Paulo: Saraiva Jur, 2018.

Capítulo 10
POLÍCIA JUDICIÁRIA MODELOS DE INVESTIGAÇÃO
CRIMINAL NO BRASIL E NO MUNDO: ALGUMAS
CONSIDERAÇÕES SOBRE A EFETIVIDADE REAL
Michele da Silva Alves

POLÍCIA JUDICIÁRIA MODELOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL E NO MUNDO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A EFETIVIDADE REAL

Michele da Silva Alves

Graduando(a) em Direito pela Universidade Estácio de Sá - Unidade Santa Cruz – Rio de Janeiro michelealvespcerj@gmail.com

I – Considerações Iniciais

O Inquérito Policial é o procedimento Administrativo persecutório, prévio, antecessor a Ação Penal. Consiste em um conjunto de atos com a finalidade de perseguir indícios de autoria e materialidade de um crime.

No Inquérito Policial não há autor ou réu, e sim, indiciado, acusado. Via de regra, não se abarcam os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo justificado por ser de natureza Inquisitória, ato administrativo e não jurisdicional. Realizado pela Polícia Judiciária (Polícias Civil ou Federal) presidida por seus delegados, bacharéis em Direito.

A atribuição para presidir, se dá em função da competência, atribuição exclusiva dos Delegados, mas para investigação, em si, não é dada esta mesma exclusividade. A Constituição Federal e alguns Decretos-Lei prevêm e autorizam Comissões Parlamentares de Inquérito, Inquéritos Policiais militares e até mesmo investigações particulares, já aceitos até mesmo por jurisprudências, desde que respeitadas às garantias constitucionais e utilização de provas lícitas. Logo, o Inquérito Policial não é indispensável à propositura da Ação Penal.

Os destinatários do Inquérito Policial serão os autores da ação Penal, quais sejam Ministério Público ou o Querelante, nos casos de ação penal privada, ou o Juiz, nos casos de cláusula de reserva jurisdicional. O Inquérito Policial servirá de base para a propositura da Ação Penal e todos os atos produzidos na fase jurisdicional serão submetidos ao contraditório e a ampla defesa. Sendo a sentença Penal condenatória nula, se for apenas fundamentada nas provas produzidas no Inquérito Policial, vige artigo 155 do código de Processo Penal:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. “Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.”

O Inquérito Policial será sigiloso, escrito, formal, unilateral, inquisitório e dispensável. Podendo ser instaurado de ofício, nos casos de ação Penal Pública Incondicionada, geralmente iniciado por queixa crime de Ofício ou por provocação. Tendo por objetivo a convicção do membro do Ministério Público, titular da ação pública ou até mesmo a querelante como autor da ação privada bem como a colheita de provas irrepetíveis, cautelares e antecipadas.

O prazo para conclusão é quase sempre o de 10 dias para o indiciado preso e até 90 dias para o indiciado solto, podendo ainda ser prorrogado por requisição da autoridade policial junto à autoridade judicial após manifestação do Ministério Público, de acordo com segue-se o rito do Código de Processo Penal. Existem, porém, legislações que seguem ritos próprios.

Concluídas as Investigações a Autoridade Policial elaborará um relatório descrevendo as diligências realizadas, remetendo ao Juiz e ao Ministério Público que poderá denunciar ou requerer o arquivamento.

II - Histórico

O primeiro relato da denominação Inquérito Policial no Brasil se deu com a Lei n. 2033, de 20 de setembro de 1871 através do Decreto 4.824 de 22 de novembro de 1871, conceituado no artigo 42 como:

“o inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento de fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito.”

Em 1832, no Período do Império, no Código de Processo Penal o Inquérito Policial era visto como um procedimento informativo à ação Penal, tendo o dever simples de investigar o crime e descobrir o seu autor.

Vicente Rao, advogado, jurista, professor e político em 1935 apresentou uma proposta de instaurar o juizado de instrução sob a seguinte exposição de motivos:

Retira-se a polícia, por essa forma, a função, que não é sua, de interrogar o acusado, tomar o depoimento de testemunhas, enfim, colher provas sem valor legal; conservando-lhe, porém, a função investigadora, que lhe é inerente, posta em harmonia e legalizada pela co-participação do juiz, sem o que o resultado das diligências não pode e nem deve ter valor probatório.

Tendo sido este Chefe de Polícia em São Paulo na era Vargas em 1930, integrando o Secretariado formado por João Alberto, indicado por Vargas. Rompendo com João Alberto em 1932 afastando-se do cargo, incidindo uma demissão coletiva dos Secretários em dezembro de 1930, fazendo com que João Alberto viesse a pedir demissão em junho de 1931. Rao, foi indicado a Ministério da Justiça e Negócios Interiores (1934 – 1937). Rao, foi o responsável pela lei de Segurança Nacional sancionada em abril de 1935. Por suas orientações elaborou-se toda uma legislação repressiva que vigorou a partir de 1935. Afastou-se da vida pública retornando em 1951, como Ministro das relações internacionais, onde realizou uma reunião de todos os embaixadores brasileiros nas Américas para o estudo dos problemas continentais e chefiou a delegação brasileira à X Conferência Interamericana, em Caracas, na Venezuela.

Mesmo com as inúmeras modificações trazidas pelo Código de processo penal o inquérito policial foi mantido como processo preparatório e preliminar da ação penal. No DECRETO-LEI Nº. 3.689, DE 3-10-1941- Exposição de Motivos do Código de Processo Pena I- o Ministro Francisco Campos dizia que

O inquérito é processo preliminar ou preparatório da ação penal que visa evitar apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime, ou antes, seja possível uma exata visão do conjunto de fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas.

Francisco Campos foi representante do governo de Minas, defendia por muitas vezes a posição antiliberal. Quando o Presidente Washington Luis apoiava para sua sucessão ao cargo um candidato que fosse paulista. Campos resolve apoiar Vargas que era gaúcho. Vargas perde as eleições em 1930, ensejando à revolta armada em outubro que põem fim a República Velha. Foi nomeado por Vargas em 1937 a Ministro da Justiça, no Golpe de Estado. Francisco Campos foi encarregado por Vargas a elaborar a Nova Constituição, com características Centralistas de Governo, dando maiores poderes ao Executivo em detrimento do legislativo e do judiciário, assim como, repressiva e claras violações de direitos individuais.

III – Objetivo

O Inquérito Policial existe com a finalidade precípua de reunir indícios de autoria e materialidade; através de provas, nas quais virão a passar pelo crivo dos princípios do contraditório da ampla defesa, em regra; com eficiência e eficácia suficientes para embasar a propositura da Ação Penal.

Sendo o Inquérito Policial instrumento utilizado para elucidação de crimes, atualmente, tornado-se questionável sua eficácia. Visto que este mecanismo de instrução é de natureza administrativa para fim jurisdicional e que suas provas, em regra, hão de ser repetidas para submissão aos princípios legais que convolarão para consonância do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, “Contraditório e Ampla Defesa”, o que não se pratica em nenhuma suas fases.

Princípio segundo o qual o Governo deve atuar com eficiência. Mais especificamente, princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. (grifo jus Brasil).

Para Meirelles (1999:89)¹ considera que:

“O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”.

“Princípio da Celeridade; Constituição Federal (1988 artigo 5º, LXXVIII), “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Citados os Princípios da Eficiência, da eficácia e da Celeridade põem se me pauta a viabilidade do Inquérito Policial por meio destes. Ou seja, como já fora citado, o Inquérito Policial é um procedimento preliminar a ação penal em que todas as suas diligências necessitarão de comprovação a fim de garantir os demais princípios constitucionais, do contraditório e ampla defesa. A questão está em, será que do Inquérito Policial é capaz de

informar com base suficiente a sustentar a inicial de uma ação penal, atendendo aos prazos exigidos em lei, apresentando a autoria e materialidade dos crimes por ele investigados, respeitando a eficiência, a eficácia e a celeridade? Já que tais provas deverão, em regra, serem repetidas, confrontadas e contraditadas.

IV – Problematização

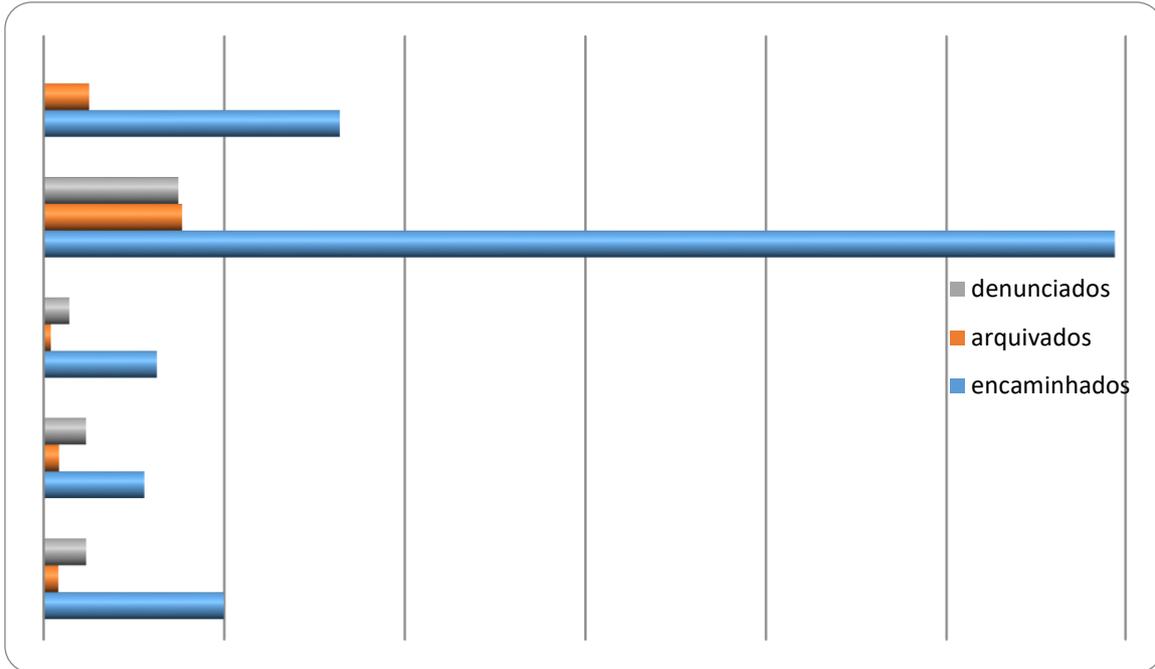
Utilizado apenas no Brasil em Moçambique e em Cabo Verde o Inquérito Policial é questionado por Juristas em relação à morosidade de seus ritos e à impunidade criminal decorrida deste.

“O crime se perde exatamente porque as provas acabam obviamente desaparecendo, as testemunhas, a prova do local do crime, a falta de preservação de determinado documento, material. Então tudo isso é fundamental, mas a polícia acaba se perdendo nesse excesso de burocracia estabelecida pelo código do processo penal e pela natureza burocrática do próprio inquérito policial”. (afirmou o Promotor José Carlos BLAT).

Há inúmeros questionamentos, assim como o acima, com relação ao mecanismo como é processado o Inquérito Policial, muito se alerta ao fato de ser um procedimento extremamente burocrático.

De acordo com o Filósofo e Pensador criminalista Francês Jean-Gabriel Tarde, em seu texto “L' opinion et la foule ” (A opinião e a Multidão - 1901) o fator acelerador da criminalidade é a impunidade. E, isso se processa ao ser verificado os índices de elucidação de crimes advindos do tramites vigentes.

Segundo dados do Conselho Nacional do Ministério Público em matéria publicada no artigo “Ministério Público Um Retrato”, atualizado em abril de 2013, demonstra que 2.970.135 Inquéritos Policiais encaminhados ao Ministério Público 393.140 foram arquivados e 372.642 efetivamente tornaram-se ações penais, na região sudeste do País neste período. Ou seja, 12,5% dos Inquéritos Policiais tornam-se efetivamente ações penais, nesta região. Sendo que este percentual representa 51% da efetividade, neste sentido, em todo o País.



De acordo com dados do International Center for Prison Studies (ICPS), o Brasil possui a 4ª maior população carcerária do mundo (não considerando o cárcere domiciliar, do contrário estaríamos em 3ª posição superando a Rússia a população carcerária do Brasil é 55% maior do que a média mundial e não só quando comparada a dos países desenvolvidos. Dos três outros Países que superam o Brasil em população carcerária (Estados Unidos, china e Rússia) o Brasil é o único que o sistema carcerário está acima de sua capacidade. A população carcerária do Brasil cresceu 71,2% nos últimos dez anos enquanto que a média mundial foi de 8%.

O Inquérito Policial é um dos grandes responsáveis pelas Ações Penais já que é o maior instrumento a dar subsídio que ensejará a investigação criminal e ao processo penal, não sendo a única maneira processual policial de ser viabilizada a ação e investigação. Em grande parte do mundo temos o Juizado de Instrução Criminal.

V - Juizado de Instrução Criminal

Juizado de Instrução criminal consiste em ter de investigar as infrações penais sob a presidência de um juiz, Juiz instrutor. Nesse mecanismo processual o juiz Instrutor é responsável pela colheita de provas. Que são produzidas imediatamente e assim submetidas ao crivo do contraditório. São reservadas à Polícia as funções de reprimir, prevenir e investigar. Tendo outro Juiz, na maioria dos casos, a responsabilidade de julgar.

A Polícia Judiciária por esse sistema não exerce as funções cartorária, e sim, a investigativa. Conduzindo as partes e as provas obtidas diretamente ao Juiz.

Existem muitos juristas que acreditam ser, para nossa realidade jurídica, o Inquérito Policial mais acertado que o Juizado de Instrução Criminal, isso porque pelo Inquérito há um lapso temporal impeditivo da formação precipitada da convicção delitiva, na esfera jurisdicional, sobre fato apurado. Segundo tais juristas e alguns processualistas a sentença ao final seria equiparada ao juizado de pronúncia.

De acordo com Álvaro Lazzarini, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo – “a origem dos erros está no verdadeiro afastamento do Poder Judiciário em relação ao início da instrução criminal”, - Sustentou que a Polícia de manutenção da ordem Pública, órgão pertencente ao poder administrativo, e a Justiça Criminal, órgão do poder judiciário, são dois pólos que se completam visando a prevenção, a segurança e a devida repressão criminal.(LAZZARINI)

VI - Impossibilidades

Acredita-se haver uma impossibilidade técnica à instituição do Juizado de Instrução Criminal, dado que se faria necessário um número expressivo de juízes, os Juízes Instrutores. Não podendo os Delegados de Polícia desempenhar tal função, por serem estes integrantes da carreira policial, concursados e ocupantes de cadeiras na esfera do Executivo.

Ainda que com um impeditivo da ampla adoção do Juizado de Instrução Criminal, há quem o defenda nos casos de crimes que exijam uma rápida solução, os crimes de grande potencial ofensivo, condutas de impacto social. De acordo com o entendimento do Ministro José Arnaldo da Fonseca:

“Pelas especificidades e pelo alto grau de sofisticação das condutas delituosas que perpetraram alguns tipos de crimes, é preciso prestigiar um novo modelo de averiguação da responsabilidade criminal. É hora, portanto, de se adotar o Juizado de Instrução Criminal. Não para a generalidade dos crimes, por inafastáveis empecilhos. Mas a sua adoção limitada a alguns tipos de crime que não oferece dificuldade no tocante à exigência, de plano, da alteração do quadro de magistrados. A dificuldade estaria vencível”.

VII – A Polícia e a Investigação Criminal no Mundo

Segundo Frederico Marques, “embora a instituição consagrada na maioria das legislações ocidentais, o Juizado de Instrução ainda não conseguiu uma estrutura não só uniforme como também definitiva.” Na Itália ainda que CARNELUTTI, processualista, tenha tentado extinguir o Juizado de Instrução, este não obteve sucesso. Assim como também não foi bem sucedido a autoridade intelectual, DONNEDIEU DE VABRES, na França. Adotando, ambos os países, um modelo misto.

Como houvera citado acima o Inquérito Policial só existe em Cabo Verde, Moçambique e Brasil.

- **Moçambique** – País da África que também utiliza o Inquérito Policial como instrução Penal tem em como maior problema os arbítrios praticados pela PIC (Polícia Investigativa Criminal) relata-se informações de tortura praticada nos cárceres da PIC. Este país sobre com o tráfico humano, trabalhos forçados e exploração sexual. (http://www.osisa.org/sites/default/files/cvpi_mozambique_report_final_portuguese.pdf)

Cabo Verde – País da África que assim como o Brasil faz se valer do inquérito policial como forma de investigação criminal. Tendo um acréscimo de 100% da sua população prisional acrescido nesses 10 últimos anos. O efetivo da Polícia Judiciária foi ampliado em 2006. Os crimes predominantemente praticados por jovens, que têm a maioria penal aos 16 anos. Seus maiores problemas são armas e tráfico de drogas. Mesmo que com uma política repressiva o número da população carcerária ainda é crescente. (http://www.academia.edu/1976177/Sem%C3%A2ntica_da_viol%C3%A2ncia_juvenil_e_repress%C3%A3o_policial_em_Cabo_Verde)

- **Portugal** – País que se vale do Juizado de Instrução Criminal. Em Portugal a PSP (Polícia de Segurança Pública reúne as duas funções, ostensivas e investigativas, adotando o chamado “Ciclo completo da Polícia”. Não diverge entre as polícias, assim como no Brasil, Contudo a Polícia Judiciária é formada pelo corpo superior de Polícia, dado pela formação de nível superior e um ano de formação policial dando a estes status de Investigado estagiário. Este detém o múnus investigativo, deixando a parte residual para os demais. (<http://www.pj.pt/>)

- **Reino Unido** - O Metropolitan Police Service (MPS) é conhecido por Scotland Yard, como a mais famosa e mais eficiente polícia do mundo pela sua alta taxa de eficácia. Comandado por um comissário assistente, a SCD tem os seguintes objetivos: desarticular as redes criminosas, apreensão dos seus bens e na redução dos danos que causam; integrar os mais elevados padrões de investigação e de prevenção de homicídios e outros crimes graves; proteger crianças e adolescentes de abusos físicos, sexuais e psicológicos; desenvolver a capacidade do SCD para combater a criminalidade grave e de redes criminosas; coordenar atividades dos seus agentes infiltrados; aumentar o resultado e eficácia de suas investigações com uma efetiva quantidade de crimes resolvidos perante a justiça, com

resultado da intervenção policial no aspecto forense, sendo gerida de forma eficaz, eficiente e com um comando profissional. Tornando a Scotland Yard conhecida como a mais eficiente Polícia do Mundo. Também atua amparada com o procedimento processual de Juizado de Instrução. (<http://content.met.police.uk/Home>)

- **Federal Bureau of Investigation (FBI) USA** – Está entre as mais conhecidas agências policiais do mundo. Foi criada pelo presidente Theodore Roosevelt, em 1908 e sua competência é a investigação de crimes previstos na legislação federal, que nos USA é distinta em Estados diferentes. (<http://www.fbi.gov/>)

Acredita-se que quando a Polícia Judiciária atua de acordo com suas funções precípuas deixando de lado as funções cartorárias está consegue alcançar um nível mais elevado de especialização culminando na elucidação de maior número de ocorrências criminais, Bem como reduzindo a incidência destas.

VIII - Conclusões

Nos dias de hoje o que se busca entender é como pode predominar um sistema inquisitivo, moroso, onde não é franqueada a atuação do Ministério Público e do advogado em seus ritos. Levando meses, anos até, entre o registro da ocorrência e a Justiça penal, graças a uma peça de caráter meramente informativo. Acredita-se que por todos estes aspectos e outros mais gerem a descrença da população na eficácia em solucionar os crimes praticados no Brasil.

Há os que preconizam a permanência do Inquérito Penal em virtude da não limitação da atuação da autoridade policial em apenas prender criminosos, bem como, pensa-se em distâncias, numa circunscrição, fazendo com que o Juiz perca sua imparcialidade no momento do julgamento. Por estar emocionalmente envolvido no curto lapso temporal e na produção das provas ao seu critério.

O processual procedimento de Investigação formalizado pelo Juizado de Instrução é temido pelo dispêndio tornando um ato complexo que necessariamente envolverá a atuação do executivo e judiciário concomitantemente o que poderia gerar conflitos de competências.

O Juizado de Instrução, para alguns, fará chegar ao contribuinte a sensação de agilidade da Justiça criminal brasileira, proporcionando a sensação de segurança de que o contribuinte almeja e depende. Devido aos ritos deste procedimento os criminosos serão levados a justiça, bem mais rápido. Diminuindo a crença de Impunidade. Resultando

em economicidade, já que as provas não necessitarão de serem reproduzidas. Outrossim, é a extinção da atividade cartorária policial resultando em maior tempo para dedicação da atividade fim da polícia, que é a investigação e especialização.

A instituição de um procedimento investigativo misto também se apresenta como uma possibilidade. Alguns países como a França adota esse modelo por abarcar tanto a parte da investigação inquisitiva como a acusatória. A compilação dos dois modelos na França caracteriza-se por na fase de investigação a detecção de um crime, procura de provas e instrução corre em segredo, sendo reduzidas a termo, mas não submetidas ao contraditório. Já na fase de teste poderá ser oral, será pública respeitando o contraditório.

Ao final é possível supor que caso houvesse interesse o juizado de instrução ou um sistema misto poderia ter implantado aos poucos, não há previsão legal para o Juizado de Instrução, porém não há impeditivos Constitucionais ou infralegais. Podendo ser regulamentada por legislação complementar. Uma transição de maneira não muito acelerada ensejará numa ruptura com espaço para avaliação dos resultados e da absorção tênue dos impactos.

Referências Biográficas

MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. 24. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

O Poder Judiciário e o Sistema de Segurança Pública (Estudos de Direito Administrativo, 2. ed., ed. RT, São Paulo, 1999, p. 155)

MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Processual Penal, São Paulo, vol. I/213, Ed. Saraiva, 1980.

FARINELLI, Jessica Ramos. Inquérito Policial. ([www.infoescola.com/direito/inquerito-policial./](http://www.infoescola.com/direito/inquerito-policial/))

Publicado por SINDPOLF/SP Fonte SINDPOLF/SP e RECORD. Extinção do Inquérito Policial.

(<http://www.sinpefgo.org.br/index.php?metodo=noticias&id=13959&PHPSESSID=718cb05f6c425abe30c5fad40793433d>)

GOMES, Heraldo. Inquérito Policial

(http://www.informepolicial.com/site/abre/exibe_artigo/34/Inqu%C3%A9rito%20Policial.html)

ALVES, Josias. Modelo de Investigação Criminal Brasileiro é Ineficiente

(<http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/110335/Modelo-de-investiga%C3%A7%C3%A3o-criminal-brasileiro-%C3%A9-ineficiente.htm>)

COELHO, André de Oliveira Andrade. A Participação do Ministério Público no Inquérito Policial
(<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2271&idAreaSel=4&seeArt=yes>)

News & Appeals, Magazine The Job. <http://content.met.police.uk>
Federação Nacional dos Policiais Federais- FENAPEF
http://www.sinpefpb.org.br/downloads/fenapef_pf_somos_nos.pdf

AUTORES

Amanda Barros Melo

Mestre em Ciências da Religião e Licenciada Plena em Ciências da Religião, pela Universidade do estado do Pará. Acadêmica da graduação de Bacharelado em Direito.

Ana Caroline Nunes dos Santos Guimarães

Mestranda bolsista da CAPES/PROSUC em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP), onde compõe Grupo de Pesquisa Lei, Justiça e Direitos Humanos; Integrante e pesquisadora no Grupo de Pesquisa Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, registrado no CNPq junto a Universidade de Fortaleza (UNIFOR). anasantos.jus@gmail.com; CVLattes: <http://lattes.cnpq.br/7628446891442809>.

Antonio de Paula Pedrosa

Mestre em Gestão de Sistemas de Engenharia pela Universidade Católica de Petrópolis (2022). MBA em Gestão de Projetos pela Fundação Getúlio Vargas (2020). Pós-graduado em Gestão Estratégica de Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes (2017). Pós-graduado em Rede de Computadores pela Escola Aberta do Brasil (2015). Bacharel em Sistema de Informação pela Universidade de Vassouras (2012). Certificações EXIN® DPO, ISFS 27001, ITIL e COBIT. Membro do Comitê de Segurança da Informação da Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados. DPO e Supervisor de TI na Unimed Petrópolis-RJ.

Bruna de Sillos

Mestra no Programa de Desenvolvimento no Estado de Direito, FDRP/USP, bruna.sillos@usp.br; orcid.org/0000-0003-1967-701.

Flaviane da Silva Assompção

Advogada e Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Pesquisadora junto a Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), no projeto “O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS: Mapeamento das Formas de Violência e Análise das Políticas Públicas” (Edital FAPERJ Nº 21/2022). Integrante do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos e Literatura: Diáspora, Multiculturalismo e Identidade nas obras de Jhumpa Lahiri e Igiaba Scego”, na UCP.

Francisco Janielson Negreiros de Moraes

Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba e estagiário no escritório Diniz Advogados; janielsonmoraes1@gmail.com

Juliana Candido Filipin

Discente do Curso de Direito, 3º semestre, e-mail: julianafilipin@hotmail.com, Centro Universitário de Santa Fé do Sul-SP.

Letícia Pereira de Alvarenga Tavares

Mestranda em Direito Constitucional pelo PPGDC-UFF. Pós graduada em Processo Civil pelo DDA- UFF. Advogada e Residente jurídica. E-mail: tavares-leticia@hotmail.com

Luciana Gaspar Melquíades Duarte

Possui mestrado em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005) e doutorado em Direito Público pela mesma Casa (2009). Atualmente é Professora Associada de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal de Juiz de Fora, Pesquisadora, Professora do Mestrado em Direito e Inovação da Faculdade de Direito da UFJF, colaboradora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Saúde Coletiva da mesma UFJF, Diretora da Faculdade de Direito da mesma IFES, em que foi vice-diretora por quatro anos, coordenadora do curso diurno por três anos, e ex-Procuradora do Município de Juiz de Fora. É autora da obra "Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde", co-autora do livro "A Lei do Processo Administrativo Federal no Contexto do Estado Democrático de Direito" e organizadora dos títulos "Direito à saúde: Judicialização e Pandemia", "Inovações no Direito Administrativo: uma revisão dos alicerces teóricos do Direito Administrativo após os impactos do Pós-Positivismo Jurídico" e "Licitações e Contratações Públicas: desafios, polêmicas e aspectos relevantes". Publicou, também, diversos artigos em periódicos indexados, capítulos de livro e trabalhos em congressos. É palestrante convidada em eventos jurídicos e possui importantes projetos de pesquisa em andamento. Tem importantes pesquisas na seara dos direitos fundamentais - especialmente do direito à saúde, do Direito Administrativo, da bioética e da inovação.

Ludmila de Azevedo Fogaça

Graduanda em direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Brumado, BA, Brasil.
CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3069658471584396>. Email: ludmila.academico@gmail.com. Integrante do Laboratório de Pesquisa em Filosofia, Direito e Audiovisual (LAPEFIDA/CNPq).

Michele da Silva Alves

Filha, mãe, irmã, amiga, enamorada, apaixonada pela vida e as pessoas, especialmente em suas relações sociais. Policial Civil no Estado do Rio de Janeiro, atuante em Locais de Homicídios, junto à Perícia Criminal. Tendo atuado em investigações de homicídios, em casos sensíveis e de grande repercussão midiática. Com formação nas áreas de Docência, Administração, Marketing, Direito e Relações Internacionais. Atualmente, cursando Pós-graduação em Direito Penal, Processo Penal, Civil e processo Civil.

Nádia de Jesus Quaresma Rodrigues

Servidora pública. Advogada. Bacharel em Servido Social, pela Universidade Federal do Pará. Bacharel em Direito.

Nayara Toscano de Brito Pereira

Coordenadora da Pós-Graduação em Direito da Faculdade Internacional da Paraíba (FPB/Laureate International Universities); Professora Substituta do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Mestra em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas pela UFPB; Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba (ESMAT13); Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Escola Superior de Advocacia Flósculo da Nóbrega (ESA/PB); Graduada em Direito pela UFPB; nayaratbrito@hotmail.com

Perlla de Almeida Barbosa Pereira

Advogada. Mestre em Direitos Fundamentais e Bacharel em Direito, pela Universidade da Amazônia. Especialista em direito material e processual do Trabalho.

Regina Maria de Souza

Docente do curso de Direito, Centro Universitário de Santa Fé do Sul-SP.

Rubens Beçak

Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Associado da Universidade de São Paulo – FDRP/USP; prof.becak@usp.br; orcid.org/0000-0002-6769-2916.

Vanessa Santos do Canto

Doutora em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio; mestre em Serviço Social pela PUC-Rio; mestranda em Direito Constitucional pelo PPGDC da UFF; Especialista em Patrimônio Cultural pelo CEFET-RJ; bacharel em Direito pela PUC-Rio. Pesquisadora do “Grupo Gênero, Democracia e Direito” (PUC-Rio); do “Núcleo de Estudos e Pesquisas de Gênero, Raça/Etnia e Geração” (NEPGREG-UFBA); do Grupo “Direito, Gênero, Raça e o Pensamento de Mulheres Negras no contexto da Diáspora Africana nas Américas: interlocução necessária para repensar as normas e o processo de elaboração normativa no Brasil” (PUC-Rio). Bolsista CAPES. Link para o Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9037921832017837>. E-mail: vanessadocanto@gmail.com

Yandra Sofia Trindade Santos

Graduanda em direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Brumado, BA, Brasil. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6051826951926826>. Email: santos.yst@gmail.com. Integrante do Laboratório de Pesquisa em Filosofia, Direito e Audiovisual (LAPEFIDA/CNPq).

Yuran Quintão Castro

Doutorando em Direito pela PUC Minas. Mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Pesquisador na grande área do Direito Público, especialmente no âmbito do Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Municipal e Direito Eleitoral. Possui enfoque, ainda, no estudo dos direitos fundamentais, principalmente sobre o direito à saúde. Autor de artigos, capítulos de livros e demais obras acadêmicas. Advogado, palestrante e ex-Assessor Jurídico Municipal.



Editora
REALCONHECER

ISBN 978-658452559-7



9 786584 525597