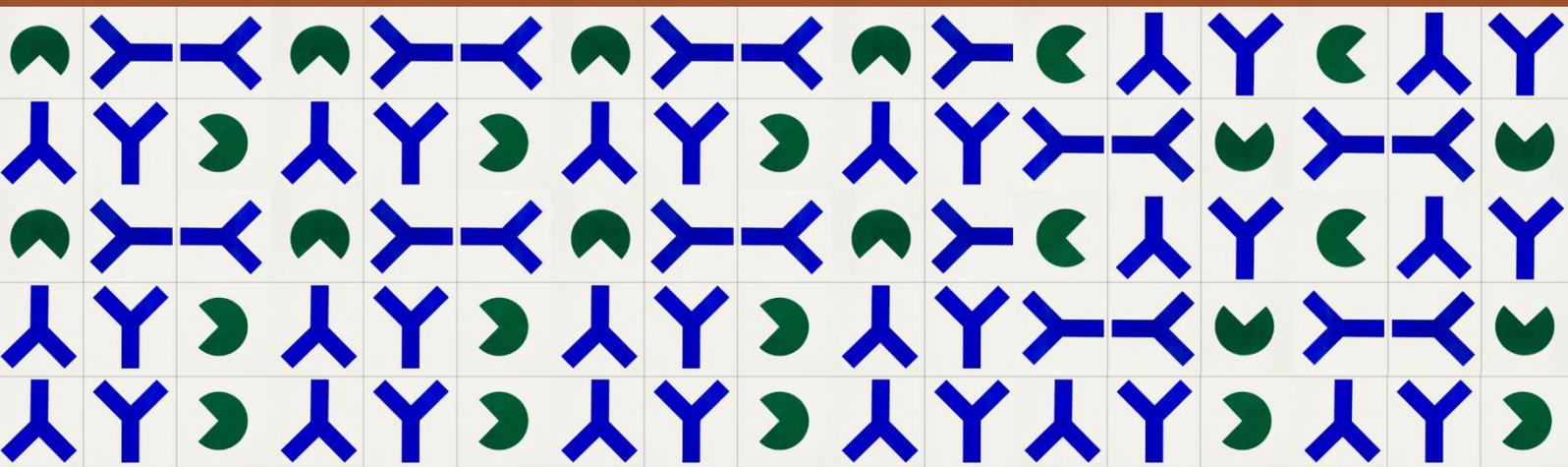


REVISTA

DIREITO & DIALOGICIDADE

UNIVERSIDADE REGIONAL DO CARIRI - URCA



V. 8, N. 2 (2023)
ISSN: 2178-826X

EXPEDIENTE



UNIVERSIDADE REGIONAL DO CARIRI – URCA

REITORIA

Dr. Carlos Kleber Nascimento de Oliveira
Dra. Maria do Socorro Vieira Lopes

PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA – PRPGP

Dr. Edson Soares Martins

PRÓ-REITORIA DE EXTENSÃO- PROEX

Dra. Sandra Nancy Ramos Freire Bezerra

DEPARTAMENTO DE DIREITO

Esp. Pedro Ivan Couto Duarte
Esp. Antônio Furtado de Oliveira

CONSELHO EDITORIAL

Dr. Enoque Feitosa, UFPB
Dra. Francisca Clara de Paula Oliveira, URCA
Dr. José Micaelson Lacerda Moraes, URCA
Dra. Ligia Maria Silva Melo de Casimiro, UFC
Dra. Kátia Regina Rodrigues Lima, URCA
Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, UNIFOR
Dr. Narbal de Marsillac Fontes, UFPB
Dra. Zuleide Fernandes de Queiroz, URCA

CORPO EDITORIAL

Dr. José Patrício Pereira Melo, URCA
Me. Cristóvão Teixeira Rodrigues Silva, URCA

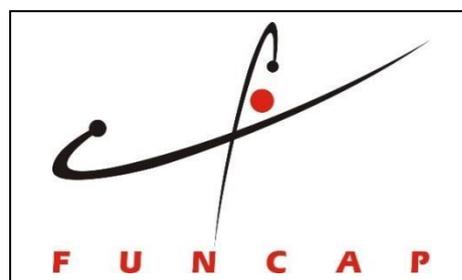
ESTUDANTES

Carlos Thierry de Lima Rabelo, URCA
Yasmin Araújo dos Santos, URCA

CAPA E DIAGRAMAÇÃO

Me. Cristóvão Teixeira Rodrigues Silva

APOIADORES



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária: Ana Paula Saraiva de Sousa CRB 3/1000

Revista Direito e Dialogicidade/ Universidade Regional do
Cariri, Departamento de Direito. – v.1, n.1 (2010), Crato-CE: URCA,
2023

179p.; il.; publicação eletrônica.

Semestral

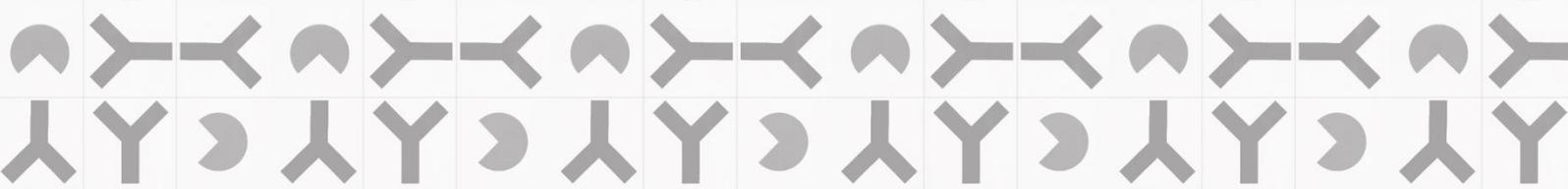
ISSN 2178-826X

v. 8, n.2 - 2023

Disponível em: <http://periodicos.urca.br/>

1. Direito, 2. Ciências jurídicas, 3. Periódico eletrônico; I.
Título, II. Departamento de Direito, III. Universidade Regional do
Cariri

CDD: 340



AVALIADORES

V. 8, N. 2 (2023)

Ma. Amanda Oliveira de Sousa

Ma. Ana Larissa Brasil

Me. Antônio Leonardo Amorim

Ma. Danielly Pereira Clemente

Dr. Fernando Menezes Lima

Dr. Francisco Dias de Freitas

Dr. Francisco Dias de Freitas

Ma. Grasielle Fernanda Freire Cabral

Me. Ivonaldo da Silva Mesquita

Dr. João Adolfo Ribeiro Bandeira

Me. José Ivo de Souza

Me. José Nilton Marinho Filho

Me. José Sarto Fulgêncio de Lima Filho

Ma. Liziane Pinto Correia

Ma. Marcia Maria dos Fernandes

Dr. Marcos Youji Minami

Me. Moisés Saraiva de Luna

Me. Phelipe Bezerra Braga

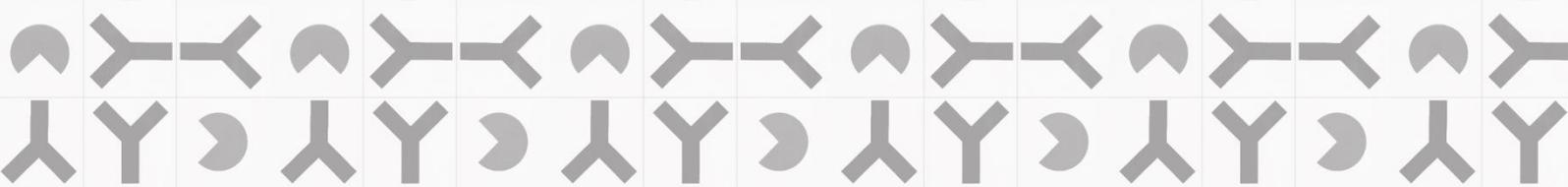
Me. Plínio Clementino de Oliveira

Ma. Roberta Gonçalves Bezerra de Menezes

Me. Ramiro Ferreira Freitas

Ma. Sarah Carneiro Araújo Fermanian





SUMÁRIO

EDITORIAL

ARTIGOS

REFLEXÕES SOBRE CULTURA, IDENTIDADES E CIDADANIA PARTICIPATIVA: UM OLHAR DEMOCRÁTICO

PÁGINA 9

Lucimary Leiria Fraga; Ivann Carlos Lago

EXPOSIÇÃO ÍNTIMA E PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: UM IMPASSE NO DIREITO DE LIBERDADE SEXUAL DA MULHER

PÁGINA 24

Clesia Santos Barros

REPERCUSSÃO JURÍDICA DO USO INDEVIDO DE REDES SOCIAIS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

PÁGINA 39

Bethsaida De Sá Barreto Diaz Gino; Amanda Benevides Duarte

AS CONSTITUIÇÕES DE ATAQUE E DE DEFESA: RECONSTRUÇÃO TEÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NAS EXPERIÊNCIAS RECENTES DO BRASIL E DA BOLÍVIA

PÁGINA 67

Marcelo Soares Mota; Djamiro Ferreira Acipreste Sobrinho

BENEFÍCIOS FISCAIS E SUA REVOGABILIDADE: A MAJORAÇÃO INDIRETA DO TRIBUTO SOB A PERSPECTIVA DO PROTECIONISMO CONSTITUCIONAL

PÁGINA 86

Alisson Ferreira Alves; Sebastião Casimiro de Sousa Neto

AS VERDADES E FINALIDADES DO PROCESSO PENAL E OS SOFISMAS DA TESE DE RELAÇÃO INTRÍNSECA ENTRE ADVERSARIAL SYSTEM E GARANTISMO

PÁGINA 97

Ronald Gomes Lopes; João Maurício Adeodato

O CONTRABANDO DE MIGRANTES: A OCORRÊNCIA DO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL NO CONTEXTO BRASILEIRO NA ÚLTIMA DÉCADA

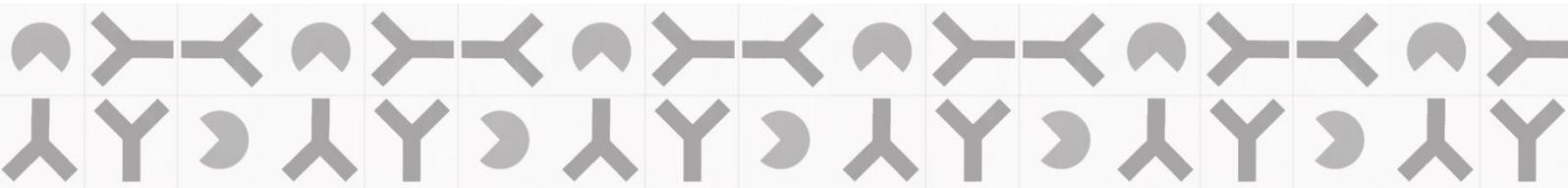
PÁGINA 124

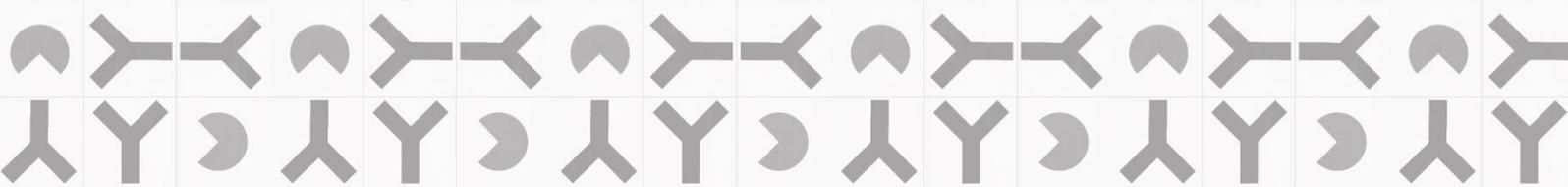
Joseane Mariéle Schuck Pinto; Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

O ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS

PÁGINA 144

Lucas Souza Carvalho; Djamiro Ferreira Acipreste Sobrinho

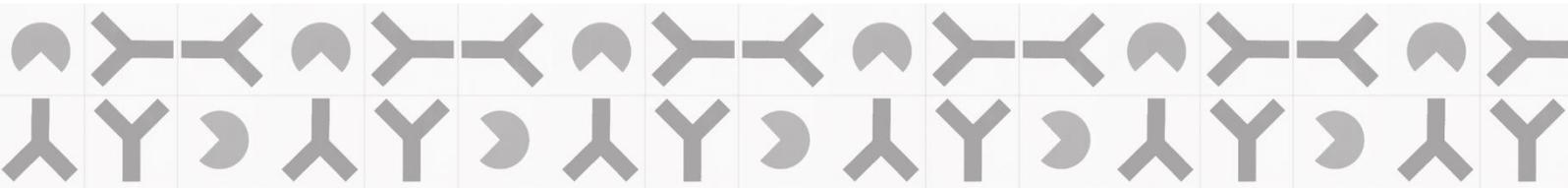


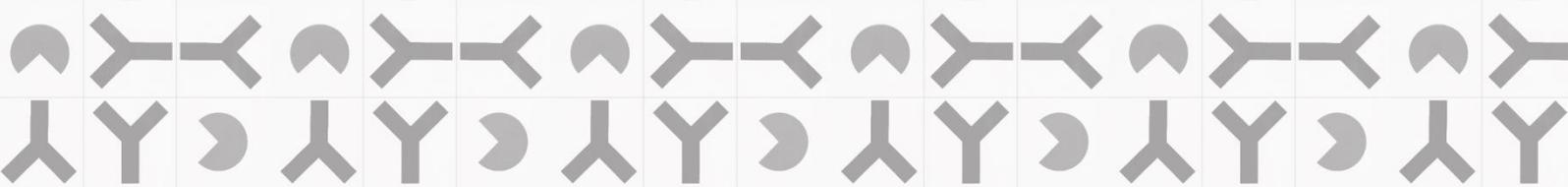


INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: DA LEGITIMIDADE PARA SER PARTE NO INCIDENTE E DO LITIGANTE EXCLUÍDO

PÁGINA 166

Marina Barros Moura de Carvalho; João Claudino de Lima Junior





EDITORIAL

O atual panorama social, que envolve os Direitos Humanos enquanto valor civilizador, apresenta-nos um elevado grau de incertezas, seja sob uma análise interna ou internacional. Há pelos menos dois grandes conflitos em curso: Ucrânia x Rússia - iniciada com a invasão russa ao território Ucrâniano em março de 2021; e Hamas x Israel, iniciado com os ataques terroristas perpetrado pelo Hamas no território Israelense no dia 7 de outubro de 2023. Este cenário já conta com mais de 200.000 mortos (190 mil mortos¹ Ucrânia/Rússia; e 12.400 mil mortos² Israel/Hamas, dos quais 11 mil são palestinos), basicamente civis, pessoas que não escolheram a guerra e que tentam fugir do conflito, sem conseguir.

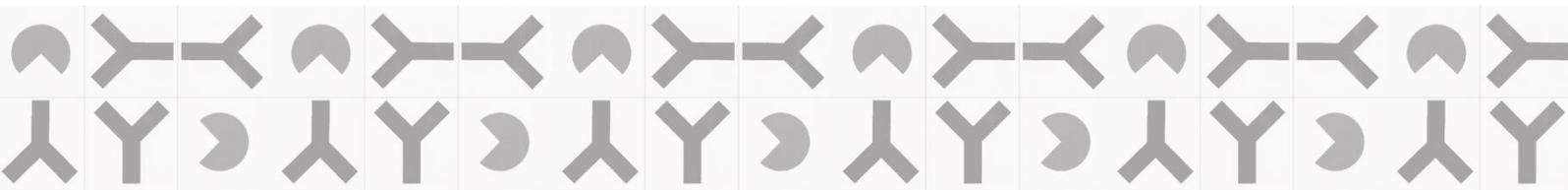
O Brasil, nos dois casos, preferiu situar-se como um canal de mediação, defendendo a paz através do diálogo como o melhor caminho, o que inclui um cessar-fogo, a abertura de corredores humanitários para proteger e cuidar de civis e o respeito ao direito internacional. Na ONU o Brasil ocupou em outubro de 2023 a presidência do conselho de segurança, tendo relativo sucesso com uma proposta de resolução que atenuasse os conflitos entre Hamas e Israel (12 votos favoráveis), mas, rechaçada pelos EUA, que exerceram seu direito de veto, como membro permanente deste conselho.

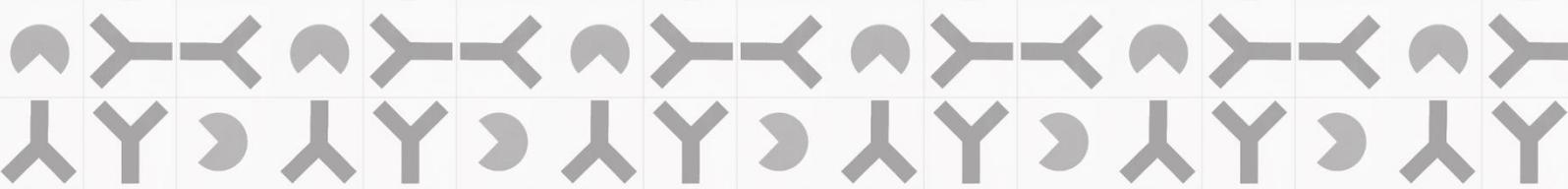
Durante o fechamento desta edição, em 15 de novembro, uma resolução do conselho de segurança foi aprovada, com voto favorável do Brasil, por ela se defende "a libertação imediata de todos os reféns mantidos pelo Hamas e também a implementação de um regime de "pausas humanitárias" na Faixa de Gaza." A proposta, apresentada por Malta. No tabuleiro de xadrez as grandes potências militares e econômicas do mundo movem-se lentamente, temendo ser suas posições, o estopim que pode detonar conflitos globais.

O Estado brasileiro age em observância ao que nos recomenda o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que, ao instituir o [...] Estado Democrático, indica ser

¹ G1. Guerra da Ucrânia alcança quase 200 mil mortos, de acordo com o 'New York Times'. Disponível em <https://g1.globo.com/mundo/ucrania-russia/noticia/2023/08/18/guerra-da-ucrania-alcanca-quase-200-mil-mortos-de-acordo-com-o-new-york-times.ghtml>. Acesso em 12 nov. 2023.

² CNN. Número de mortos na guerra entre Israel e palestinos ultrapassa 12.400, mostra levantamento. Disponível em <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/numero-de-mortos-na-guerra-entre-israel-e-palestinos-ultrapassa-12-400-mostra-levantamento/>. Acesso em 12 nov. 2023.





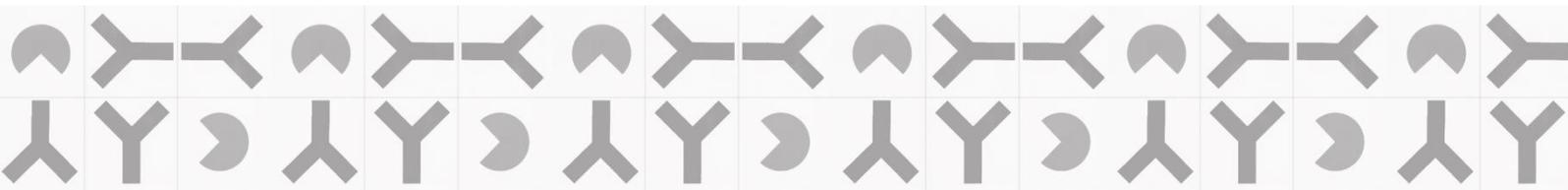
este, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, **fundada na harmonia social** e comprometida, **na ordem interna e internacional**, com a solução pacífica das controvérsias [...].

Em estado constante de alerta, os juristas e entusiastas dos direitos humanos, como premissa ética das sociedades humanas, veem decair a força do Direito e suas instituições democráticas perante as forças políticas e econômicas, o enfraquecimento cada vez mais constante das constituições, tratados internacionais, tribunais internacionais e diplomacia de Estado. O que o futuro nos reserva?, ainda é cedo para fincar uma opinião tranquilizadora, por enquanto vamos ter que conviver com a realidade, escrita em cada momento de incerteza.

A nossa contribuição, como academia e como pensadores de nosso tempo, se mantém ativa através dos estudos, pesquisas e publicações que nos mantém interagindo com a práxis. Na edição 8.2 da **Revista Direito & Dialogicidade – RDD**, da Universidade Regional do Cariri – URCA, sediada no portal de periódicos da URCA <http://revistas.urca.br/index.php/DirDialog/index> partilhamos um vasto conteúdo que está bem pontuado em, pelo menos três áreas de bastante interesse: **direitos sociais** – a) reflexões sobre cultura, identidade e cidadania; b) Os dilemas das redes sociais e os impactos no mundo do trabalho, está presente no artigo intitulado "Repercussão Jurídica do uso indevido das redes sociais nas relações trabalhistas"; c) Exposição Íntima e Pornografia da Vingança, aborda os direitos humanos sob uma perspectiva de gênero; d) O Ensino Religioso nas Escolas Públicas. **Direito Constitucional:** a) As Constituições de Ataque e de Defesa. b) O protecionismo constitucional na ordem fiscal. c) O contrabando de migrantes. **Direito Processual:** a) A verdade e a finalidade do processo penal. b) O incidente de resolução de demandas repetitivas.

Antes de ler, aproveitem para cadastrar seu e-mail no site da revista e receber as notificações de novas edições, é só acessar o link <http://revistas.urca.br/index.php/DirDialog/user/register>.

Em 2022 a revista migrou para uma base mais atualizada do OJS e logramos indexar a revista na base de dados do google acadêmico Google Acadêmico - <https://scholar.google.com.br> criando uma outra fonte de divulgação e popularização das ciências jurídicas. Também em 2022 iniciamos uma outra estratégia de divulgação do periódico com lives entre editores e autores da última edição. Uma experiência





exitosa que alcança novos setores de interesse da prática interativa entre a pesquisa, ensino e extensão.

Esta edição mantém fiel o compromisso de divulgar temas variados que envolvem os direitos na contemporaneidade e sua prática, e temas teóricos em diálogo com as ciências sociais aplicadas, com ênfase nos direitos sociais fundamentais.

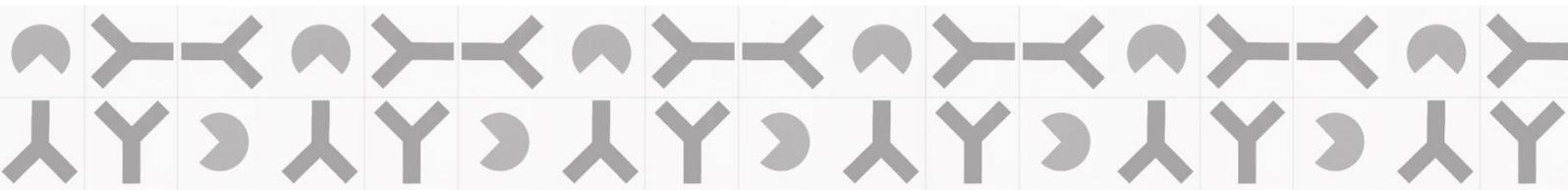
Aproveitem e colaborem com a RDD, enviando contribuições textuais, através do portal de periódico e interaja em nossas redes sociais no Instagram: [dialogicidade](#)

Saudações Acadêmicas!

16 de novembro de 2023

Prof. Dr. **José Patrício** Pereira Melo

Prof. Me. **Cristóvão Teixeira** Rodrigues Silva



REFLEXÕES SOBRE CULTURA, IDENTIDADES E CIDADANIA PARTICIPATIVA: UM OLHAR DEMOCRÁTICO**REFLECTIONS ON CULTURE, IDENTITIES AND PARTICIPATORY CITIZENSHIP: A DEMOCRATIC VIEW***LUCIMARY LEIRIA FRAGA¹, IVANN CARLOS LAGO²***RESUMO**

Este ensaio teórico visa, por intermédio da perspectiva democrática, compreender os processos culturais e identitários, os quais, diuturnamente tornam a sociedade complexa e diversa. Ainda, visa por meio de uma discussão voltada a um tom político, cultural e democrática, compreender os processos de desenvolvimento humano e social, analisando, nesse momento, a importância da cidadania participativa, não apenas nos processos de tomada de decisão, mas, igualmente, nas demais esferas sociais. A investigação científica possui como base o método hipotético-dedutivo, e centra sua abordagem na perspectiva qualitativa e no procedimento de cunho bibliográfico. Por fim, resta evidente que os processos de cidadania participativa, os quais enfrentam no período atual imensa resistência por parte do Poder Executivo, é, sem sombra de dúvidas, uma das mais importantes ferramentas de mudança social e humana, haja vista se pautar no ideal de cidadania plena, dos direitos humanos e da democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Cultura; identidades; cidadania participativa; democracia.

ABSTRACT

This theoretical essay aims, through a democratic perspective, to understand the cultural and identity processes, which, on a daily basis, make society complex and diverse. It also aims, through a discussion focused on a political, cultural and democratic tone, to understand the processes of human and social development, analyzing, at this time, the importance of participatory citizenship, not only in decision-making processes, but also, in other social spheres. Scientific research is based on the hypothetical-deductive method, and focuses its approach on a qualitative perspective and on the bibliographic procedure. Finally, it is evident that the processes of participatory citizenship, which in the current period face immense resistance from the Executive Branch, is, without a shadow of a doubt, one of the most important tools for social and human change, as it is based on the ideal. citizenship, human rights and democracy.

KEYWORDS: Culture; identities; participatory citizenship; democracy.

* Artigo recebido em 09/05/2022 e aprovado em 10/08/2023.

¹ Doutoranda em Direitos Humanos (UNIJUÍ). Instrutora de trânsito (URI). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito, Cultura e Religião: conexões e interfaces do Programa Stricto Sensu Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Membro do Grupo de Pesquisa Novos Direitos em Sociedades Complexas, vinculado ao Programa Stricto Sensu Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (CNPQ). Pesquisa temas relacionados a mulheres Trans, identidade e diferença. E-mail: lucimary23@hotmail.com

² Mestre (2005) e doutor (2010) em Sociologia Política pela Universidade Federal de Santa Catarina. Atua no Ensino Superior desde 2003, desenvolvendo tanto atividades ligadas à docência e pesquisa quanto a gestão e administração. Atualmente é professor Associado da Universidade Federal da Fronteira Sul - UFFS, onde exerceu, entre 2011 e 2015, a função de Coordenador Acadêmico do Campus, e entre 2015 e 2019, a função de Diretor do Campus. Atualmente atua nos cursos de graduação em Agronomia, Física, Administração e Letras. Também é pesquisador e professor permanente do Programa de Mestrado em Desenvolvimento e Políticas Públicas. E-mail: ivannlago@uffs.edu.br

Numa ditadura, não daria para fazer uma passeata pela democracia. Na democracia, você pode fazer uma passeata pedindo a ditadura.

Mário Sérgio Cortella

1 INTRODUÇÃO

Entrelaçar à análise cultura, identidades e cidadania participativa é tarefa complexa e, por esta razão, não se pretende, neste ensaio teórico, esgotar a temática. Tem-se por intuito, inicialmente, compreender alguns elementos atinentes as distintas culturas existentes na sociedade, bem como os processos identitários que se inter-relacionam a este contexto.

Em um segundo momento, já adentrando na seara político-cultural, busca-se compreender, sob a perspectiva da cidadania participativa, aspectos essenciais para que se vislumbrem os processos de desenvolvimento humano e social. Neste contexto, se busca analisar a importância da participação dos indivíduos, não somente nos processos de tomada de decisão, mas, ao mesmo tempo, em todas as esferas sociais, no intuito, também, de fomentar a democracia, a cidadania, e a salvaguarda dos direitos elencados junto à CF.

Diz-se isso em razão de que, em tempos permeados pelas sombras do neoliberalismo, se faz necessária uma maior atuação cidadã, a fim de coibir práticas de exclusão e invisibilidade.

A investigação científica possui como base o método hipotético-dedutivo, e centra sua abordagem na perspectiva qualitativa e no procedimento de cunho bibliográfico. Por fim, resta evidente que os processos de cidadania participativa, os quais enfrentam no período atual imensa resistência por parte do Poder Executivo, são, sem sombra de dúvida, uma das mais extraordinárias ferramentas de mudança social e humana, haja vista se pautarem no ideal de cidadania plena, dos direitos humanos e da democracia, direitos estes que necessitam ser salvaguardados e efetivamente concretizados a todos, sem distinção.

2 CULTURA E IDENTIDADES EM PAUTA

Como campo em disputa, a temática da cultura, das identidades e da cidadania, avança como demanda inerente às relações humanas e sociais, provocando, como consequência, movimentos de conflitos, reconhecimentos e afirmações daquilo que se vislumbra enquanto diferença entre os sujeitos e grupos, assim como passa a fazer parte destas análises, as demandas oriundas destes movimentos.

Sendo assim, é na complexidade das relações humanas que Machado (2002, p. 31) defende a ideia de que a teoria sobre cultura seja substituída pela ideia de “culturas”, contemplando assim a pluralidade dos distintos grupos que compõem a sociedade, os quais não se centram em um só modelo. Na mesma direção, abarca, igualmente, a noção de que um mesmo sujeito demanda diferentes manifestações e representações culturais ao longo de sua vida e/ou nos distintos grupos sociais em que circula, haja vista a pluralidade cultural existente.

É neste contexto de significados que Machado vislumbra o surgimento da perspectiva multicultural, sendo a sociedade marcada por uma diversidade de culturas que evidenciaria a pluralidade existente nos grupos sociais (MACHADO, 2002, p. 31). Significa, entre outras questões, a valorização da heterogeneidade social, onde se faz necessário a rejeição de qualquer mecanismo discriminatório contra grupos e suas manifestações e/ou decisões.

Nesta seara cumpre trazer ainda à compreensão que, como defendem Lucas e Cenci (2014, p. 85-87), o paradoxo decorrente das relações entre sociedade e sujeito, seria assim definido pelos jogos ambivalentes resultantes de elementos caracterizados pela “aproximação e afastamento”, “poder e exclusão”, “justaposição e negação”, considerando as ligações de dependência e autonomia manifestadas dentro de uma esfera sempre permeada pela diferença.

É nesta visão que a identidade assumiria uma dimensão variável e capaz de produzir variações e elementos que de forma não engessada se processariam de maneira que possibilitaria modificações que, influenciadas por contextos, historicidades e temporalidades, elaborariam e se reelaborariam constantemente diante de diferenças, ambivalências ou necessidades.

Ademais, cabe destacar que as relações produzidas entre sujeito e coletivo são permeadas por representações e discursos onde as identidades se fixariam e constituiriam no tempo e espaço em que estão inseridos. Neste tocante, Valdés (2012, p. 30) defende que as identidades se organizam e se articulam com os demais temas relevantes à constituição destas que, mesmo com suas reivindicações e rupturas, atuam de forma a dar sentido à própria existência dos sujeitos e de seus coletivos.

É nesta perspectiva que Woodward (2000, p. 09) lembra que a história apresenta que toda identidade é relacional, ou seja, para existir depende de algo proveniente de fora dela própria, sendo a identidade constituída, em sua concepção, pela exclusão, onde um estranhamento sustentaria a percepção desenvolvida sobre “o outro” e as diferenças existentes. É demarcada, por exemplo, pelos símbolos, que criados e utilizados pelos grupos, dão significados aos sujeitos e suas relações.

A oposição decorrente do contato coloca em contraste as culturas, momento em que se afirmam as diferentes identidades e suas motivações, ao passo que também elementos econômicos, sociais e materiais se apresentariam como significantes compartilhados entre os sujeitos e seus grupos.

Assim sendo, é possível que as ações humanas, intencionais ou não, produzam práticas e contextualizações daquilo que ordena a vida do homem em sociedade. É nesta linha de pensamento que Giddens (2009, p. 05) defende que boa parte do conhecimento é “prático por natureza”, ou seja, “inerente à capacidade de prosseguir nas rotinas da vida social”.

Deste modo, para Giddens (2009, p. 8), a consciência discursiva e prática seriam flutuantes, mutáveis diante dos diferentes contextos das atividades sociais exercitadas pelos sujeitos. Lembra ainda que, apesar de os atores sociais poderem discursivamente informar sobre suas intenções, o mesmo não ocorreria no tocante aos motivos para os mesmos. Como dito, a consciência prática e discursiva não são rígidas, podendo ambas serem alteradas por aspectos de socialização e das experiências de aprendizagens trazidas e vividas pelos indivíduos.

Como ação humana, o fazer das referências culturais são efetivadas no tempo e no espaço, onde o pensamento e a prática dos homens estruturam e se representam no cotidiano da vida social. Cria assim laços e referências que buscam integrar e regular as relações entre os sujeitos. Relações estas que estão imbuídas de poder que efetivam as identidades simbólico-culturais, suas contradições, diferenças, desigualdades e permanências.

Os movimentos culturais constantes evidenciam a constituição de sentidos desprendidos em face às simbologias e representações que, impulsionadas por sujeitos, instituições públicas e privadas, resultam em múltiplos arranjos sociais que, em seus diferentes ritmos, estabelecem estratégias de valoração, desenvolvimento e perpetuação daquilo definido como locais e saberes centrais de suas vidas em sociedade.

A heterogeneidade dos grupos em suas características materiais e imateriais, são resultado de processos identitários que, baseados na diferença e em conflitos culturais, influenciam os contextos sociais e diretamente a atuação das representações como local central dos sujeitos.

Tais representações, compreendidas como processos culturais que, conforme Woodward (2000, P. 17) estabelece identidades individuais e coletivas por meio de seus sistemas simbólicos a fim de dar respostas e sentidos às inquietações e questionamentos decorrentes dos próprios discursos e representações produzidos. Desta maneira, como ainda destaca a autora, se constituíram locais a fim de que os indivíduos possam se posicionar, bem como falar.

É neste cenário que as identidades poderiam ser reconstruídas e apropriadas para seu uso em sociedade. Desta forma que as representações se colocam como elementos centrais para a produção de significados que permeiam as relações entre os homens. Isso porque a cultura possibilita uma variedade de possibilidades em suas representações simbólicas e pelas relações sociais estabelecidas.

Neste campo de assimilações e litígios que Woodward (2000, p. 25) reflete a respeito da construção das identidades, as quais estariam alicerçadas em conflitos e na variedade de diferentes

contextos. Esta ideia possibilita que se diga não haver uma história única que possa ser recuperada, isso porque distintas representações produzidas acerca de determinada ação, contexto, local ou objeto podem sustentar distintas identidades por meio de diferentes histórias. É neste cenário que, segundo defende a autora, contestações são produzidas em disputas políticas que almejam, em primeiro aspecto, a legitimação e o reconhecimento de identidades.

O jogo desenvolvido entre culturas que muitas vezes vivem e ocupam o mesmo espaço é marcado por estratégias onde a assimilação pela diferença faz, como traz Hall (2003, p. 53), a necessidade de reconhecimento da pluralidade multicultural envolvida nos movimentos de interesses, opressões e resistência diante deste contexto.

Esta diferença local enraíza diferentes tradições culturais, o que o autor destaca como sendo não binário, ou seja, a diferença se alicerça “em um sistema em que cada conceito (ou significado) está inscrito em um sistema dentro do qual ele se refere”. Tradições estas que, formadas de forma híbrida, funcionam como ainda nos argumenta Hall (2003, p.74) menos como doutrina do que como “um repertório de significados”. Isso quer dizer que as estruturas culturais estabelecidas buscam dar sentido ao mundo por meio das experiências vividas e compartilhadas.

Assim, poder-se-ia dizer que todas as culturas seriam um resultado histórico entre o contato entre culturas distintas, não existindo, como preleciona Burke (2010, p. 14), uma fronteira cultural “nítida e fixa” entre os grupos, mas sim um processo “*continuum*” de trocas entre estes.

Ideia assim igualmente é compartilhada por Bauman (2005) ao defender que em um “mundo novo das oportunidades fugazes e das seguranças frágeis, as identidades ao estilo antigo, rígidas e inegociáveis, simplesmente não funcionam.” Deste modo, seria difícil identificar nestes encontros frequentes as fronteiras de início para cada grupo, o que muitas vezes tende a uma caracterização global e híbrida para os mesmos. Longe de exaltar os processos híbridos e as trocas culturais, Burke (2010, p. 17-18) não apresenta a temática como um simples processo de enriquecimento, mas sim lembrando e ponderando que tais processos ocorrem também em detrimento de alguém ou de algum grupo.

É assim que se pode arguir que não existam sociedades e culturas plenamente puras em suas práticas, representações e simbologias no âmbito cultural. Como campo igualmente plural, cabe ressaltar que se podem identificar processos culturais híbridos em distintos contextos, como objetos, arquitetura e também nas práticas e representações simbólicas.

Desta forma um mesmo elemento, segundo Burke (2010, p. 31) poderia ser produto de uma hibridização múltipla, onde além de ser assimilado por distintos grupos, se torna reflexo das influências de tantos outros.

3 IDENTIDADES EM UM TOM CULTURAL

Cabe, portanto, uma reflexão a respeito da construção de uma identidade cultural, a qual deve possuir um reconhecimento coletivo a respeito de determinados comportamentos e costumes. Isso porque a cultura, construída também pelos processos memoriais, é sempre produção coletiva, não sendo possível seu desenvolvimento de forma individual. Neste campo que Burke (2010, p. 16-17) caracteriza a produção cultural como:

[...] definindo o termo cultura em um sentido razoavelmente amplo de forma a incluir atitudes, mentalidades e valores e suas expressões, concretizações ou simbolizações em artefatos, práticas e representações.

Como cenário efetivado por múltiplas possibilidades de manifestação, a cultura pode ser caracterizada pela produção de elementos pelo homem em busca de uma distinção daquilo que seria “natureza”. Na necessidade de marcar e distinguir aquelas ações criadas pelo homem do resto é onde os grupos se apresentam diversos uns dos outros. É o que condiciona a própria existência dos seres humanos, onde sentidos e significados são mediados entre os sujeitos a fim de buscarem sentido às suas ações, bem como suas próprias existências.

Deste modo que Bhabha (1998, p. 20) aborda as questões de conflito e diferença pelo viés onde os mesmos, nesta condição, produzem novas formas de resistência e de identidades de onde se emergiria direitos, poder e inserção de novas práticas no seio das sociedades.

Cunham-se assim espaços que, fruto de reivindicações e conflitos, demonstram o processo contínuo onde a cultura está inserida, capaz de se organizar e expor de forma dinâmica e contínua, a fim de dar respaldo aos anseios do coletivo na atualidade.

É o que Chauí (1986, p. 25) aponta como sendo uma caracterização de lógicas e práticas que possuem sentido próprio e que são, em primeira instância, fundantes de um cotidiano e das vidas ali habitantes. Assim, aduz Montenegro (1999), é que a memória aparece neste cenário enquanto elemento base do processo reativo que os sujeitos produzem diante de suas realidades, o que opera de maneira a formar imaginários que constituirão referências para um futuro.

Entre imaginado e vivido que as identidades se elaboram e relacionam de modo a provocar, individual e coletivamente, a criação de um discurso histórico como seleção daquelas coisas experimentadas, vividas e idealizadas enquanto marcas de suas vidas. Como produtos das experiências, expressam limites em suas fronteiras, visto o processo seletivo se denotar elemento necessário entre o

vivido e referenciado, sendo difícil, dentre outros aspectos, a memorização e a caracterização de tudo aquilo vivido ou produzido socialmente.

Na tensão de todos estes fatores que se têm como palco a associação daquilo que resulta a partir do vivido, estabelecendo descobrimentos e registros sobre aquilo que se delimita como correspondente das abordagens históricas do grupo. Constrói-se neste cenário, como traz Montenegro (1994, p. 24) distintos quadros históricos que se fazem apropriar por meio de suas expressões, dentre ela a oral, narrativa, que manifestam no presente ideias sobre um passado.

Como ainda defende o autor (1994, p. 35), são os acontecimentos (passados e presentes) que constantemente estabelecem representações a fim de projetar um campo de ação que configura socialmente os sujeitos, resgatando, inclusive, matrizes discursivas, símbolos e práticas que diferentes segmentos da população irão elaborar e assimilar, o que para o autor é condição de liberdade e cidadania.

A ideia de liberdade é trazida também por Bosi (1986, p. 18) ao defender que uma das características da cultura é “a de poder escolher, mudar de rumo”, sendo este processo fator de sobrevivência dos valores e das representações e símbolos dos grupos. Conforme ensinam Lago e Rotta (2018, p. 361, grifo nosso):

O verdadeiro impacto da cultura sobre o desenvolvimento será compreendido se a tomarmos como aquele substrato que organiza e orienta os modos de pensar, de agir e de viver das pessoas. A questão vai muito além de “vender” elementos culturais para gerar desenvolvimento. **É preciso compreender e assumir que nada existe fora da cultura**, que ela é a fonte das crenças e valores em função dos quais as pessoas organizam o que fazem e definem quem são.

Logo, é justamente na seara da mudança de rumos, ou dos processos de escolha, que se pode analisar a cidadania participativa como uma ferramenta de mudança sociocultural, a qual pode possibilitar a emancipação humana, o desenvolvimento pleno, bem como a salvaguarda das distintas culturas existentes, além de fomentar e fortalecer, ao mesmo tempo, os processos democráticos.

4 CIDADANIA PARTICIPATIVA: UM CAMINHO POSSÍVEL

Ao se adentrar na seara da política cultural, parte-se da premissa de compreender que as singularidades dos indivíduos e grupos são, de fato, relevantes para o desenvolvimento social e humano. Sob esta perspectiva, o espaço político relativo à cultura é o território onde se reconhecem as expressões e pluralidades das vivências humanas.

Neste ínterim, o reconhecimento cultural passa, por consequência, a ter um tom político, na medida em que a sociedade elenca aquilo que deve ou não ser salvaguardado e/ou preservado,

incentivado e valorizado por meio da tomada de decisões. Neste sentido, aquilo que é escolhido como cultural torna-se relevante para um grupo de indivíduos.

Seguindo este entendimento, Porto (2009, p. 36) questiona: “Quais os pilares de uma política de cultura pensada a partir desses princípios?”. Visando melhor dialogar acerca de uma possível resposta, Porto (2009, p. 36-37) elenca alguns itens, inclusive discutidos internacionalmente acerca da temática:

A promoção da diversidade cultural como elemento promotor de uma ética de convivência e de respeito à dignidade humana. O simples reconhecimento da diversidade cultural não conduz a percepção de que, apesar das diferenças culturais, todos têm direitos iguais e inalienáveis perante um corpo social que supera as diferenças e luta por justiça e igualdade.

Recuperando a noção de acesso como via de mão dupla, onde todos têm alguma coisa a aportar. Aos poucos a noção difusionista da cultura, como meio de melhorar o acesso da população à produção artístico-cultural vai sendo superada pela noção de diálogo e intercâmbio culturais, o que pressupõe que todos os atores sociais são capazes de produzir cultura e estão em condições de igualdade para trocar e experimentar novas práticas e experiências.

Neste viés, o acesso seria a promoção de um diálogo entre as distintas culturas existentes, fomentando, justamente a noção de solidariedade e cooperação entre estas, na medida em que tais ações promoveriam maiores recursos, bens e serviços culturais, tornando a sociedade menos desigual.

Este entendimento torna evidente que a noção de acesso à cultura requer ambientes comunitários e políticos de interesses favoráveis no que se refere a inserir as culturas na sociedade e sem suas práticas. Para Porto (2009, p. 39) “A cultura, tal qual ela é pensada no século XXI, é a experiência que marca a vida humana em busca do conhecimento, do alto aprimoramento, do sentido de pertencimento e da capacidade de trocar simbolicamente.”

Tais reflexões trazem à tona, ao mesmo tempo, o valor dado à cultura (ou às culturas) sejam elas as nossas ou as culturas que são aprendidas ao longo da existência dos indivíduos. Logo, as experiências culturais ocorrem a partir do diálogo e das trocas no contexto social.

Ainda, pode-se compreender e refletir a cultura enquanto capital social na promoção do desenvolvimento. Mas, o que seria capital social:

Um papel importante para a cultura na prosperidade econômica continuará existindo, mas poderá ser muito bem um papel mais positivo. Aqueles aspectos particulares de uma sociedade que originam inusitadas necessidades, habilidades, valores e modos de trabalho serão os aspectos característicos da cultura econômica. Os aspectos positivos da cultura, como a paixão da Costa Rica pela ecologia, a obsessão dos EUA com o conforto, a paixão do Japão por jogos e desenhos animados serão fontes vitais de vantagem competitiva difícil de imitar, resultando novos padrões de especialização internacional, à medida que os países produzam cada vez mais os bens e os serviços nos quais sua cultura lhes dá vantagem única. (PORTER, 2002).

Partindo das concepções de Porter (2002), pode-se considerar que a cultura analisada enquanto capital social pode ser identificada como uma espécie de ativo oriundo de países onde haja traços singulares no saber-fazer seja na esfera da arte, da culinária, do patrimônio material e imaterial, das memórias e dos agentes que promovem as culturas e as modificam e ressignificam.

Em sendo assim, sob a ótica de Porto (2002, p. 48), analisar o desenvolvimento pelo viés da cultura e da liberdade pode (e deve) ser uma possibilidade de ferramenta para esta e as futuras gerações.

Neste modelo de análise, a cultura toma uma dimensão relevante, tornando possível pensar, inclusive, em novos atores, os quais podem fomentar, segundo a autora (2002, p. 49) “O que é inadiável: a capacidade de imaginar essa vida e de sonhar outras formas de viver mais solidárias, justas e por fim, alegres.”

Nesta seara, promover o desenvolvimento por meio dos processos culturais é, ao mesmo tempo, fomentar os processos de cidadania plena, a qual, para além de um direito, é também uma forma de os indivíduos se relacionarem em distintos contextos sociais. A título de melhor compreender a importância e a reflexão acerca da cidadania, Fortes e Nunes (2015, p. 4), prelecionam que:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. **Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social.** Por extensão, a cidadania pode designar o conjunto das pessoas que gozam daqueles direitos (grifo nosso).

Logo, conforme aduzem Heller e Thomas Isaac (2003), a cidadania, para além de um direito, exige equidade nas relações, o que introduz também como prioridade, o “conviver” com as diferenças. Deste modo, no entender dos autores supra referidos, o satisfatório exercício da cidadania e das relações humanas acarreta, por consequência, novas nuances políticas e desenvolvimentistas, na medida em que insere neste campo indivíduos e grupos antes excluídos e/ou invisibilizados, tornando tais processos permeados pela cidadania participativa.

Neste contexto, a democracia também se faz essencial para o avanço social, bem como para os processos de cidadania participativa, visando à superação das desigualdades e a garantia da dignidade da pessoa humana. Para Adorno (1995, p. 141-142):

[...] uma democracia com o dever de não apenas funcionar, mas operar conforme seu conceito demanda pessoas emancipadas. Uma democracia efetiva só pode ser imaginada enquanto uma sociedade de quem é emancipado. **Numa democracia, quem defende ideais contrários à emancipação, e, portanto, contrários à decisão consciente independente de cada pessoa em particular, é um antidemocrata,** até mesmo se

as idéias que correspondem a seus desígnios são difundidas no plano formal da democracia (grifo nosso).

Sendo assim, os processos de vivências interligados à democracia exigem, cada vez mais, a organização da sociedade civil no intuito de que todos os cidadãos participem dos processos sociais. Ao se falar em democracia, portanto, há que se ter clareza de que a mesma vai além do caráter representativo, o qual mantém no poder determinados grupos em detrimento de outros. Como exemplo palpável e emancipador acerca da democracia participativa tem-se em Ahlert (2006, p. 6) que afirma:

O exercício mais efetivo deste processo democrático tem sido o orçamento participativo, que vem sendo praticado em várias cidades e Estados do País; trata-se de decisões políticas para a aplicação de recursos e distribuição de renda, conforme as necessidades das comunidades organizadas através de conselhos populares.

Observa-se, conforme defende Genro (2001), a necessidade clara de desdemocratizar a democracia, e tais ações dependem da criação de novos mecanismos onde os interesses da maioria sejam efetivamente contemplados e as decisões futuras sejam, de fato, compartilhadas e debatidas.

Resta evidente, como já mencionado, que o papel dos cidadãos em uma democracia representativa não deve se limitar ao campo eleitoral, mas sim deve perpassar todas as searas sociais, seja a nível local ou global, o que fomenta, por consequência, a promoção da cultura democrática. Neste aspecto, Ahlert (2006, p. 13) refere que “a teoria participativa se preocupa com as possibilidades de efetivação da participação dos cidadãos nos processos deliberativos de formação da vontade estatal, de modo que essa participação possa influenciar as deliberações a respeito de políticas públicas.” Deste modo, para Ahlert (2006, p. 13-14),

[...] a democracia é a organização de uma comunidade ou de comunidades humanas cuja normatização e organização das relações estão assentadas sobre um conjunto de leis constitucionais consensualmente construídos. Ela pressupõe a condição de cada indivíduo participar do processo democrático mediante a escolha de líderes e governantes (cidadania passiva) ou postular funções de governante e ou participar da discussão e decisão das políticas públicas a serem executadas pelo Estado (cidadania ativa).

Neste ensejo, ainda que a Carta Magna (CF) de 1988 traga em seu escopo fundamentos como cidadania, igualdade, pluralismo político e dignidade da pessoa humana, a soberania de caráter popular é um dos fundamentos da legitimidade para o efetivo exercício do poder político. Logo, como ensina Dagnino (2004, p. 103):

A então chamada nova cidadania, ou cidadania ampliada começou a ser formulada pelos movimentos sociais que, a partir do final dos anos setenta e ao longo dos anos oitenta, se organizaram no Brasil em torno de demandas de acesso aos equipamentos urbanos como moradia, água, luz, transporte, educação, saúde, etc. e de questões como gênero, raça, etnia, etc. inspirada na sua origem pela luta pelos direitos humanos (e contribuindo para a progressiva ampliação do seu significado) como parte da resistência contra a ditadura, essa concepção buscava **implementar um projeto de construção democrática, de transformação social, que impõe um laço constitutivo entre cultura e política** (DAGNINO, 2004, p. 103, grifo nosso).

Diante disso, segundo Avrizter (2008), a experiência brasileira pós CF é claramente uma exceção (ressalvadas suas críticas) a ideia de que algumas deliberações sociais ocorrem às escuras, ou, por processos excludentes, vetando a participação cidadã. Para Avrizter (2008, p. 44), se construiu no Brasil “uma infraestrutura da participação bastante diversificada na sua forma e no seu desenho”.

Assim, para efeitos de análise e entendimento, a cidadania participativa preconizada junto à CF, e plenamente ativa, somente será possível quando todos os indivíduos desenvolverem, por meio dos processos de educação para a cidadania, a capacidade de analisar, compreender e opinar sobre as ações estatais para além do caráter individual, momento em que se fomentará, por consequência, o senso de solidariedade, cooperação e coexistência no mundo. Trata-se, pois, da concepção de que as demandas essenciais em um Estado democrático de direito devem, indubitavelmente, serem discutidos por todos os cidadãos. E aí está, uma vez mais, a “chave” para compreendermos a importância da cultura, especialmente a cultura política, como combustível e como condição para a ampliação e consolidação da democracia.

Todavia, como alerta nas discussões acerca de cidadania e participação cidadã, há que se dar à devida atenção aos processos de desmonte e invisibilidade das decisões democráticas a participativas oriundas dos processos neoliberais. Diz-se isso, pois, conforme aduz Brown (2015) o neoliberalismo não apenas solapa a democracia e seus processos, como, ao mesmo tempo, agride seus princípios, viola as culturas e as instituições, e menospreza o poder do povo. Para Brown (2015, p. 176):

Neoliberalismo então não apenas privatiza – transfere ao mercado para produção individual e consumo – o que era anteriormente garantido e valorado pelo Estado. Ao contrário, ele formula todas as coisas, todos os lugares, em termos de investimento de capital e apreciação, incluindo de forma central o homem.

Há que se resgatar, portanto, a ideia de sociedade preconizada junto a CF, não se permitindo que ações governamentais embebidas pelo neoliberalismo e pelo desmonte da participação cidadã ganhem (ainda mais) forma.

A prática do modelo de democracia representativa articulada no país após o processo de redemocratização está, diuturnamente, sendo atacada por um governo que escancaradamente pretende

materializar a lógica neoliberal em cada campo da sociedade. Para Demo (1988, p. 18-19), existe a clara necessidade de a sociedade fomentar constantemente os processos de participação popular, todavia, não como *status* final, mas sim como uma constante construção. Sob esta égide,

[...] Dizemos que participação é conquista para significar que é um processo, no sentido legítimo do termo: infindável, em constante vir-a-ser, sempre se fazendo. Assim, participação é em essência autopromoção e existe enquanto conquista processual. Não existe participação suficiente, nem acabada. Participação que se imagina completa, nisto mesmo começa a regredir.

Sob a ótica de Demo, no sentido de que a participação social deve ser uma constante construção, é possível perceber que nas práticas do neoliberalismo ocorre uma vazante dos Movimentos Sociais, bem como se torna evidente o enfraquecimento da mobilização popular. No entender de França e Pastor (2020, p. 5) “As Políticas Sociais Públicas de caráter neoliberal intensificam seu caráter paliativo e fragmentado. Exercem o controle sobre a população, não proporcionando sua emancipação, autonomia, liberdade e participação, mas reforçando a dependências das ações estatais, tornando-se um entrave à participação popular.” Para Demo (1988, p. 10) “o conservadorismo da posição liberal aparece como consequência nas posturas residuais das políticas sociais que são feitas apenas na proporção das sobras, com o sentido de compensar e desmobilizar bases populares”.

Por derradeiro, nos dias atuais se está diante de um visível e crescente retrocesso às culturas, à política, e à cidadania. Torna-se urgente a ocupação dos espaços públicos e participativos, bem como o fomento às ações estatais pautadas na transparência, no fomento às políticas públicas, e a salvaguarda dos direitos dos cidadãos. Há também a urgência no empoderamento das classes excluídas e invisibilizadas, assim como à retomada, por parte do Estado, dos princípios democráticos preconizados junto a CF.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao findar este ensaio teórico, resta como evidente que não se pode mais analisar a cultura por um único viés, eis que a mesma, diuturnamente, se modifica, ganhando caráter fluido e nômade. No mesmo sentido, é inadmissível que, nos dias atuais, existam culturas que se considerem superiores a outras, haja vista que cada povo possui riquezas e saberes singulares, e que é justamente na diferença que a cultura ganha forma e se enriquece.

Ao mesmo passo, resta evidente que o campo da cultura, assim como a seara das identidades e das diferenças, são terrenos férteis para os mais variados conflitos sociais.

Por outro lado, ainda que a sociedade se perfaça múltipla, plural e dinâmica, é necessária uma visão que fomente o desenvolvimento humano e socioeconômico levando em conta, justamente, este

contexto diverso e conflituoso. E, neste ínterim, percebe-se que “o povo não sabe a força que tem”, mais precisamente, no que se refere à cidadania participativa.

Tal afirmação se dá levando em conta a expansão das vertentes do neoliberalismo, haja vista o desmonte da participação social percebidos na realidade atual, não somente em nível de Brasil, mas em diversos países do mundo. Por vezes, é inquietante perceber a passividade dos cidadãos diante de tantos dramas de cunho social, dos diversos contextos de corrupção, da violação de direitos imposta a diversos segmentos da sociedade, e, mais recentemente, do avanço da fome que vem assolando (devido também à pandemia), diversos lares.

No momento em que o povo, por meio da efetiva participação e reivindicação, perceber sua força, se poderá vislumbrar um novo cenário social. Com isso, não se parte do entendimento de que todos os cidadãos possuem o devido discernimento acerca das lutas sociais ou da cidadania participativa, haja vista que “quando não se tem comida na mesa, se torna difícil debater sobre democracia e sociedade”, todavia, a participação é, sim, uma das ferramentas mais importantes e de maior impacto social disponível.

Por fim, se compreendendo o cenário atual, o qual está permeado por práticas sombrias de cunho neoliberal e populista, se tem a noção clara da complexidade dos problemas a serem enfrentados, todavia, defende-se que, por meio da tomada de consciência cidadã, pode-se pensar (ainda que utopicamente) que a sociedade pode e é capaz de transformar más experiências em ferramentas de mudança, equidade e cidadania.

5 REFERÊNCIAS

- AHLERT, Alvorí. Cidadania participativa: um referencial da educação física para uma educação cidadã. **Revista electrónica diálogos educativos**. Ano 6, nº 11, 2006.
- ALBRECHT, Nayara F. Macedo de Medeiros. **Teorias da democracia**: caminhos para uma nova proposta de mapeamento. BIB, São Paulo, n. 88, 2019, p. 1-24.
- AVRITZER, Leonardo. Cultura Política, Atores Sociais e Democratização: uma crítica às teorias da transição para a democracia. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, 28.10, 1995, p. 1-15.
- AVRITZER, Leonardo. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. **Revista Opinião Pública**, Campinas, vol. 14, nº 1, junho, 2008, p. 43-64.
- AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política. **Revista Opinião Pública**, Campinas, vol. 18, nº 2, novembro, 2012, p. 383-398.
- BHABHA, Homi K. **O local da cultura**. Tradução de Myriam Ávila, Eliana Lourenço de Lima Reis, Gláucia Renate Gonçalves. Editora UFMG, Belo Horizonte, 1998.

BAUMAN, ZYGMUNT. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro, Zahar, 2005.

CHAUÍ, Marilena. **Conformismo e Resistência**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

DEMO, Pedro. Estado inevitável e necessário. In: **Transição democrática e política social no Brasil**. Brasília: UnB, 1988.

DEMO, Pedro. **Participação é Conquista**: noções de política social participativa. São Paulo: Cortez, 1988.

Genro, Tarso; SOUZA, Ubiratan de. **Orçamento participativo**: a experiência de Porto Alegre. 4. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

GIDDENS, Anthony. **A constituição da Sociedade**. Tradução de Alvaro Cabral. – 3ª Ed, - São Paulo/SP: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HALL, Stuart. **Pensando a Diáspora** (Reflexões Sobre a Terra no Exterior). In: Da Diáspora: Identidades e Mediações Culturais. Liv Sovik (org); Trad. Adelaine La Guardia Resende. Belo Horizonte: Editora UFMG; Brasília: Representação da Unesco no Brasil, 2003.

HELLER, P.; THOMAS ISAAC, T. M. O perfil político e institucional da democracia participativa: lições de Kerala, Índia. In B. Sousa Santos (org.). **Democratizar a democracia**. Os caminhos da democracia participativa (pp. 497-535). Porto: Afrontamento, 2003.

LAGO, Ivann Carlos; ROTA, Edeimar. Sobre a relação entre Cultura e Desenvolvimento: alguns apontamentos em defesa do conceito antropológico de cultura Redes. **Revista do Desenvolvimento Regional**, vol. 23, núm. 3, 2018, -, pp. 353-366.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 14ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Zahar, 2008.

LUCAS, Douglas Cesar; CENCI, Ana Righi. **A identidade latino-americana como problema e a necessidade de uma proposta intercultural**. In: Pós-colonialismo, pensamento descolonial e direitos humanos na América Latina. André L.C. Santos, Douglas Cesar Lucas, Fernanda FrizzoBragato [Orgs.]. Santo Ângelo. FuRI, 2014.

MACHADO, Cristina Gomes. **Multiculturalismo**: muito além da riqueza e da diferença. Rio de Janeiro. DP&A, 2002.

MONTENEGRO, Antonio Torres. **História Oral e Memória**: a cultura popular revisitada. 3º Ed. São Paulo: Contexto, 1994.

PORTER, Michel. In Harrison, Lawrence e Huntington, Samuel. **A Cultura Importa**: Os Valores que Definem o Progresso Humano. Editora Record, 2002.

PORTO, Marta. **Cultura e desenvolvimento em um quadro de desigualdades**. Marta Porto. – Salvador: Secretaria de Cultura, Fundação Pedro Calmon, 2009.

POSSOLO, Raquel; MEGALI NETO, Almir. Democracia participativa brasileira: uma construção sob ataque. **Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, Juiz de Fora, n. 30, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Modernidade, identidade e a cultura de fronteira. **Revista Tempo Social**; Ver. Sociol. USP, São Paulo, 5(1-2):31-52, 1993.

SILVA, Tomaz Tadeu da. **Identidade e Diferença**: a perspectiva dos estudos culturais. – Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2000.

WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. In: SILVA, Tomaz Tadeu da. **Identidade e diferença: a perspectiva dos estudos culturais**. Org. Tomaz Tadeu da Silva, Kathryn Woodward, Stuart Hall. Petrópolis-RJ, Vozes, 2000.

VALDÉS, Eduardo Devés. **O pensamento latino-americano na virada do século**: temas e figuras mais relevantes. Tradução de Gilmar Antonio Bedin. Ijuí-RS. Editora Unijuí, 2012.

EXPOSIÇÃO ÍNTIMA E PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: UM IMPASSE NO DIREITO DE LIBERDADE SEXUAL DA MULHER**INTIMATE EXHIBITION AND REVENGE PORN: A DEADLOCK IN WOMENS'S RIGHT TO SEXUAL FREEDOM***CLESIA SANTOS BARROS¹***RESUMO**

O presente artigo analisa a exposição íntima não consentida da mulher como fator violador de sua liberdade sexual e o surgimento do tipo penal específico, nominado pornografia de vingança, que inadmite a retirada da acusação por parte da vítima. Apartar da mulher o direito de processar ou não o agressor passa a impressão da necessidade de um tutor, o Estado, para protegê-la. Apesar da revitimização do Sistema de Justiça, o prosseguimento da ação sem o consentimento da mulher resguardará a sua liberdade sexual em meio aos avanços da era digital, o que potencializa os danos sofridos pela vítima no âmbito emocional, social e familiar, dada a rapidez na divulgação do conteúdo.

PALAVRAS-CHAVE: Pornografia. Vingança. Mulher. Sexualidade. Exposição.

ABSTRACT

This article analyzes the intimate exposure of the woman as a violating factor of her sexual freedom and the emergence of the specific criminal type, called revenge pornography, that does not allow the removal of the accusation by the victim. Apart from the right of the woman to prosecute or not the aggressor, it gives the impression of the need for a guardian, the State, to protect her. Despite the revitalisation of the justice system, the continuation of the action without the consent of the woman will safeguard her sexual freedom amid the advances of the digital age, which increases the damage suffered by the victim in the emotional, social and family spheres, given the speed with which the content is disseminated.

KEYWORDS: Pornography. Revenge. Women. Sexuality. Exposure.

* Artigo recebido em 23/12/2021 e aprovado em 20/10/2022.

¹ Juíza de direito da segunda vara de família de Vitória/ES. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV (Faculdade de Direito de Vitória). Doutoranda em Direito Empresarial pela UNINOVE (Universidade Nove de Julho).

E-mail: clesiasb@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo estabelecer uma reflexão acerca da liberdade sexual da mulher que, contemporaneamente, tem sido fragilizada com o surgimento do fenômeno denominado *revenge porn*², que une o debate da violência de gênero com a tendência de socialização pós-modernidade.

A esse respeito, desde o fim do século XX, pesquisadoras feministas têm dado primazia ao gênero, como centro de debates teóricos e políticos, com o intuito de problematizar a inteligência das relações de poder. Compreendido como tecnologia (DE LAURETIS, 1994) ou forma de regulação (BUTLER, 2004), o gênero constitui corpos individuais, coletivos e institucionais, percorrendo todas as relações sociais.

Anteriormente, a sexualidade só podia ser admitida em um contrato de casamento e com fins de concepção. Não era assentido o ato sexual praticado por homens ou mulheres fora desses padrões estabelecidos pela Igreja Católica. Santo Agostinho, considerado uma das principais autoridades do catolicismo, da mesma forma, era fervorosamente contrário ao prazer: “[...] não conheço nada, que rebaixe mais a mente dos homens do que as carícias de uma mulher e aquela união de corpos sem a qual não se pode ter uma esposa” (ROBERTS, 1998, p. 81-83).

Nessa medida, a organização do sistema patriarcal advém de um conjunto de valores culturais e históricos em que são criadas normas de condutas para cada sexo, definindo estereótipos para cada gênero: ao homem um temperamento mais agressivo e imponente; e à mulher uma personalidade mais dócil e passiva. É reservada a esfera privada do lar — o zelo com a família e filhos — à mulher; e ao homem, o prestigiado papel produtivo na vida pública.

O período entre os anos de 1960 e 1970 foi marcado por uma inquietação comportamental, principalmente por parte das mulheres, o que aconteceu devido a um sem-número de fatores, como o período ditatorial, movimentos estudantis, hippie e feminista. Por consequência, ocorreram mudanças e um avanço no tocante à emancipação econômica e sexual (VIEIRA, 2012, p.12-14).

Hodiernamente, as mulheres dispõem de liberdade sexual e a proteção de sua intimidade obteve amparo no texto constitucional. Agora a isonomia e a igualdade de direitos com os homens são questões pacificadas no Direito brasileiro.

Lado outro, em que pesem esses fatores, a liberdade sexual feminina vem sendo tolhida pela conduta masculina criminoso que dissemina material pornográfico com o objetivo de destruir moralmente sua parceira, por vingança, quando ela resolve pôr fim a uma relação.

2 Pornografia de vingança.

Ao disponibilizar publicamente mídias de conteúdo íntimo a que teve acesso em razão de ter compartilhado da intimidade da vítima, o agressor viola o direito fundamental, passível de indenização na esfera cível, e sua conduta constituirá ilícito penal, previsto no §1º, do art. 218-C, do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940).

O artigo começa esclarecendo o que se entende por pornografia de vingança e destaca a impunidade que prevalecia antes da criação do tipo penal específico (BRASIL, Lei nº 13.772, 2018, art. 218-C).

No item seguinte, o enfoque é nos malefícios trazidos com a criação do tipo penal, que teria tratado com elevado rigor a conduta de expor a intimidade alheia como meio de vingança. Expressa-se aqui a doutrina contrária a que o legislador retire da vítima a faculdade de processar ou não o agressor, pois, assim, a vítima não poderá desistir da ação penal e o processo seguirá independentemente de sua vontade. Tal medida expõe a mulher, principal vítima desse delito, a um processo de revitimização, na medida em que sua conduta de permitir o registro em mídia de sua intimidade será alvo de questionamentos e críticas por parte do Sistema de Justiça Penal, que é dotado de um viés extremamente patriarcal.

No item 3, coloca-se a hipótese de que a criminalização da exposição íntima não consentida da mulher afigura-se como um meio de proteção de sua intimidade e de sua liberdade sexual, as quais precisam de tipificação específica para coibir adequadamente essas condutas claramente rejeitadas pela comunidade.

Por fim, após o sopesamento dos argumentos apresentados pelas correntes contrárias, defende-se a tese de que é benéfica a tipificação de tais casos, com a criação da Lei nº 13.772/18, que passou a tratar a pornografia de vingança como um crime específico, que sujeita o autor à pena privativa de liberdade superior a quatro anos e estabelece a ação penal pública incondicionada, retirando da escolha subjetiva da mulher a possibilidade de retratar-se da acusação. A punição rigorosa e adequada deve fazer com que o agressor se abstenha de praticar o ilícito, devido ao efeito pedagógico produzido pela lei. Por fim, a rigorosa tutela do Estado, como estabelecida com a nova lei, propiciará autonomia, segurança e empoderamento da mulher na sociedade moderna.

A comparação entre os dois grupos de doutrinas ressalta a metodologia retórica aqui aplicada, no sentido da técnica erística do *dissoi logoi* (*δισσοὶ λόγοι*) ou “argumentos divergentes”, traduzindo o termo *logos* por “argumento”, dentre tantas opções. Esse era o título de um tratado de autoria desconhecida, escrito entre os séculos IV e V a.C., que passou a designar, ainda na Antiguidade, o exercício de confrontar posições contraditórias para suspender quaisquer juízos (*epoché*) e construir a própria tese de forma mais adequada e sem paixões (EMPIRICUS, 1985, p. 274).

Por fim, o desenvolvimento da pesquisa pressupõe a revisão de literatura associada ao método dedutivo.

2 PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: DA IMPUNIDADE A UMA TUTELA ESTATAL RIGOROSA

O atual ciclo tecnológico propiciou mudanças comportamentais nos relacionamentos amorosos, criando o hábito de se registrar a própria intimidade utilizando um aparelho celular.

O fato de a tecnologia sempre estar à frente do direito dificulta a devida punição do infrator e ilícitos penais, perpetrados por meio dela, que quase sempre não obtêm uma repreensão intimidativa.

Pornografia de vingança ou revenge porn é definida como o ato de um ex-parceiro tornar públicos online imagens ou vídeos íntimos de teor sexual. O objetivo da imediata propagação é causar efeitos nocivos na vida da pessoa exposta. Essa divulgação, em alguns casos, inclui informações pessoais da mulher (NERIS; RUIZ; VALENTE, 2017, p. 333-347).

Outro fator que tem sido facilitador da chamada pornografia de vingança é o autodenominado “sexting”³ entre os casais, uma das razões para que esse comportamento se torne cada vez mais frequente na sociedade. Essa ação ocorre, frequentemente, entre aqueles que optam pelo uso frequente de smartphones e outros aparelhos eletrônicos que possibilitam o compartilhamento de imagens ou vídeos íntimos (CRESPO, 2015).

Com a disseminação dos estudos sobre sexo e sexualidade, “gênero” tornou-se uma palavra particularmente útil, pois oferece um meio de distinguir a prática sexual dos papéis sexuais atribuídos às mulheres e aos homens. Ainda que os pesquisadores reconheçam a conexão entre sexo e aquilo que os sociólogos da família chamaram de “papéis sexuais”, eles não postulam um vínculo simples ou direto entre os dois. “O uso do termo ‘gênero’ enfatiza todo um sistema de relações que pode incluir o sexo, mas não é diretamente determinado pelo sexo, nem determina diretamente a sexualidade” (SCOTT, 1995, p. 71-99).

A pornografia de vingança expressa uma espécie de violência de gênero que pretende legitimar o poder dos homens sobre as mulheres. Tal prática é utilizada como forma de punir a parceira que tenta se libertar do companheiro, deixando claro para ela e para toda a sociedade que é o homem que detém o poder sobre o corpo da mulher. A sexualidade, por sua vez, estaria associada às construções sociais acerca do desejo, de valores sexuais e de condutas eróticas (RUBIN, 1985).

3 A palavra sexting é a junção dos termos “sex”, que, em inglês, significa sexo, e “texting”, que é o ato de enviar mensagens de textos.

No Judiciário brasileiro, a conduta vinha sendo inserida nos artigos do Código Penal que tratam dos crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação) e dos crimes contra a liberdade pessoal (ameaça e extorsão). Todavia, quando o material pornográfico não era disseminado e havia, por parte do agressor, um constrangimento em relação à vítima para obtenção de alguma vantagem, o enquadramento poderia se dar nos crimes contra a liberdade sexual, como o estupro, quando o acusado obrigava a vítima a manter relações sexuais. Referidas condutas ilícitas eram associadas à Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), caso vítima e agressor tivessem vínculo afetivo (NERIS; RUIZ; VALENTE, 2017, p. 333-347).

No que tange à posse e disseminação de material com conteúdo sexual envolvendo crianças e adolescentes, a conduta do agressor é inserida nas penalidades previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, Lei nº 8.069,1990).

Em alguns dos delitos mencionados, como os praticados contra a honra, as penas são inferiores ou iguais a um ano. Na hipótese de difamação, que é a mais grave, é ainda possível a isenção de pena se o agente se retratar. Além disso, deve ser evidenciado que os crimes contra a honra praticados por meio digital são demasiadamente mais gravosos que a conduta em sua forma comum, devido à potencialidade na disseminação da ofensa.

Com a mudança legislativa advinda com a Lei nº 13.772/18, houve um acréscimo no rol do art. 7º, II, da Lei nº 11.340/06 (BRASIL, 2006),⁴ passando a violação à intimidade a ser considerada violência psicológica dentro da relação doméstica e familiar contra a mulher, o que implica a possibilidade de concessão de medidas restritivas contra o agressor.

Por fim, a nova previsão legal, que criminaliza a pornografia de vingança, está inserida no § 1º, do art. 218-C,5 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), ressaltando que as imagens e as gravações são produzidas com o consentimento da vítima, porém sua divulgação não é precedida de autorização. A pena para o delito é razoavelmente alta e a ação penal é pública incondicionada, ou seja, seu início não depende da vontade da vítima.

4 “Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: [...] II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.”

5 “Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: [...] § 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação [...]”

3 A CRIAÇÃO DO TIPO PENAL CAUSA A REVITIMIZAÇÃO DA MULHER NO SISTEMA DE JUSTIÇA

Para Accioly (2016), uma vez “vazada”, a pessoa exposta se vê com a responsabilidade de esboçar alguma reação, seja ficar em silêncio e deixar “a poeira baixar”, seja buscar algum tipo de justiça e reparação.

A Lei nº 13.718/18, que criminalizou a divulgação de intimidade alheia, trouxe um aspecto que deve ser ponderado, ao estabelecer que o início do processo se efetive por meio de ação penal pública incondicionada.⁶ Dessa forma, há de ser considerada a perspectiva do ônus da aplicação desse dispositivo legal.

Há quem defenda que essa nova medida não trará proveito para a vítima. Ao prescindir da representação para dar início à persecução penal, há um esquecimento dos danos sofridos por ela, que, por vezes, não pretende que os conteúdos íntimos continuem em evidência, dado que a instauração do inquérito prolongará a discussão sobre o material indevidamente divulgado.

Para Hartmann (2018), ao buscar a persecução penal do responsável ou a obtenção de indenização por danos morais na seara cível, a pessoa retratada em imagens e vídeos, inevitavelmente, terá que se reportar aos fatos, o que irá atrair mais atenção e amplitude na disseminação da mídia, agravando, consideravelmente, o infortúnio da conduta de que foi vitimada. Além disso, os demandantes em tribunais cíveis têm que proceder com seus nomes verdadeiros, o que faz com que as vítimas relutem em processar por medo de desencadear mais publicidade indesejada (CITRON; FRANKS, 2014).⁷

Além disso, o Sistema de Justiça brasileiro é extremamente patriarcal, o que não colabora para a gerência do conflito, não sendo raro o relato de mulheres que foram desacreditadas quando atendidas nas delegacias ou em juízo. Diante disso, o Estado não é capaz de resolver conflitos que têm como base essa relação, pois, de uma forma ou de outra, sempre são atos de adesão ao poder patriarcal. “Não é que o direito falhe ao aplicar critérios objetivos quando decida um assunto feminino, mas que a aplicação da objetividade jurídica é masculina” (MENDES, 2017, p. 173).

O que se extrai é que a passagem da mulher pelas fases investigativas e judiciais adquire contornos próprios, quando se trata de crimes cujo cerne é a violação de sua intimidade. Apesar de vítima, sofre julgamentos de ordens morais, culturais e religiosas pela sociedade patriarcal, que lhe impõe um comportamento casto e subserviente, de modo que qualquer proceder fora desse estereótipo passa a ser

6 A ação penal pública incondicionada dá-se independente da vontade da vítima, não precedendo de sua representação. Dessa forma, mesmo se a vítima não quiser a persecução penal do agente, ela ocorrerá.

7 “What is more, since plaintiffs in civil court generally have to proceed under their real names, victims may be reluctant to sue for fear of unleashing more unwanted publicity. Tradução livre.”

uma agravante em seu desfavor, fazendo com que o agressor seja até mesmo absolvido. O Estado é a encarnação do olhar masculino. Nesse sentido, Mackinnon (2016, p. 798-838) esclarece:

O Estado é masculino no sentido feminista: o direito vê e trata as mulheres do modo como os homens veem e tratam as mulheres. O estado Liberal constitui, coerciva e autoritariamente, a ordem social voltada para o interesse dos homens enquanto gênero, através de suas normas legitimadoras, de suas formas, sua relação com a sociedade e suas políticas substantivas. As normas formais do Estado passam em revista o ponto de vista masculino no nível da intenção.

O Sistema de Justiça é um subsistema de controle social, que reverbera uma violência institucional. A vítima mulher é submetida a um processo de controle que se inicia na família, pela ação do pai, irmão, marido ou companheiro, intensificando seu sofrimento. Dessa forma, sendo vítima de seu parceiro pela prática de ato criminoso, em um segundo momento, ao sujeitar-se aos ritos processuais, próprios do complexo Sistema de Justiça, assumirá novamente o papel de vítima, mas, desta vez, o seu algoz será o próprio Poder Judiciário. Assim, ao invés de amparo, experimentará a mulher um julgamento de ordem pessoal por parte dos integrantes do Sistema de Justiça Penal (juiz, promotor de Justiça, defensoria), o qual reproduz a desigualdade de gênero permeada nas relações sociais. Nesse foco, a punição adequada do criminoso fica em segundo plano, dando lugar ao julgamento da conduta pregressa da mulher, havendo um desvio implícito do que está em exame (ANDRADE, 2005, p. 71-102).

O discurso que traz a mulher como corresponsável ao vazamento de suas imagens íntimas é um fator inibidor de denúncias, uma vez que a vítima poderá sopesar o que lhe será menos dolorido: denunciar o acusado e sofrer um julgamento moral, ou abster-se de processá-lo e não se submeter ao risco de uma exposição de detalhes e informações de sua intimidade, que não guarda nexos com a conduta criminosa de que foi vítima. Daí a relevância que a faculdade de processar ou não o agressor fique submetida à vontade da vítima. A mulher, desde a infância, é implicitamente exposta a uma espécie de tutela, normalmente exercida por um homem. Retirar da mulher essa autonomia passa a impressão de incapacidade para gerir sua vida, o que é inadmissível.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 4424, (BRASIL, 2012) retirou da mulher a autonomia para processar ou não o agressor quando for vítima de lesões corporais leves, sob o argumento de que estaria a preservar sua integridade física e mental. Dessa forma, a persecução penal terá prosseguimento, mesmo que a vítima não queira ou tenha se reconciliado com o suposto agressor.

A vítima do crime de pornografia de vingança passa por percalços que se repetem na rotina forense, o que, por vezes, justifica o seu silêncio e a opção por não denunciar. Caso notável foi a decisão de dois desembargadores do Estado de Minas Gerais: um deles, para justificar a redução da indenização por danos morais, afirmou que, “[...] a mulher tem um conceito diferenciado de moral quando posa para

imagens sensuais” (JUSTIÇA, 2014, *on-line*). Em sentido análogo, a conclusão do outro magistrado: “A vítima dessa divulgação foi a autora, embora tenha concorrido de forma bem acentuada e preponderante. Ao ligar a *webcam*, e direcionar para suas partes íntimas, tinha consciência do que fazia e do risco que corria, [e que] quem tem moral a tem por inteiro”. Para ele, em outras palavras, as fotos em posições ginecológicas que exibem a mais absoluta intimidade da mulher têm um perfil pornográfico, devasso e libertino, não se podendo falar, ainda, em quebra de confiança, porque “[...] o namoro foi curto e à distância. Passageiro. Nada sério”. (JUSTIÇA, 2014, *on-line*).

Caso recente, que causou indignação, foi o tratamento destinado à suposta vítima de estupro, Mariana Ferrer. Não se indagando sobre o mérito da decisão absolutória, chama a atenção a humilhação sofrida pela vítima em juízo, demonstrando que, quando se trata de crimes que envolvem a intimidade feminina, todos os argumentos convergem para o julgamento de sua moral, de forma a sempre responsabilizá-la pelo ato do agressor. O advogado do réu, Cláudio Gastão Filho, fez alusão a uma imagem em que a vítima faz uma pose sensual com o dedo na boca, publicada em uma de suas redes sociais, para trazer dúvidas sobre sua conduta sexual e sua intimidade, desfocando a análise da suposta conduta criminosa do acusado para um juízo moral da vítima. Por certo, as imagens passaram pelo crivo masculino, representado pelo promotor de Justiça, juiz e advogado do réu. A vida privada da vítima não deveria ser objeto de análise. O ônus da acusação é provar a existência do delito e seu autor e o da defesa é o oposto. Assim, informações sobre a intimidade da vítima deveriam ser repelidas e mantidas em sigilo, restringindo-se a discussão aos ditames da lei processual penal.

Incidentes como os mencionados reforçam os argumentos em prol de deixar a iniciativa processual a critério da vítima e demandam uma cuidadosa análise sob a perspectiva da viabilidade de se processar ou não o agressor. Como dito, a ampliação da exposição e o julgamento moral são possibilidades não raras de ocorrer e, dependendo das circunstâncias, são mais danosos que a conduta que vitimou a mulher no primeiro momento. Daí a importância do sopesamento, por constituir a submissão ao procedimento investigativo e judicial uma nova agressão com contornos mais extensos.

4 A RIGIDEZ PENAL COMO ASPECTO IMPRESCINDÍVEL À PROTEÇÃO DA SEXUALIDADE FEMININA

A questão posta para reflexão neste trabalho cinge-se à problemática do endurecimento da resposta estatal, com a criação do tipo específico penal e a retirada da vítima da faculdade de processar ou não o agressor.

A pornografia de revanche evidencia-se pela divulgação de material íntimo com o intuito de vingança. O objetivo é um ataque moral à suposta vítima, de tamanha proporção, que lhe retire toda a

dignidade. Aliás, o objetivo do agressor é conduzir a vítima mulher a um tribunal popular com o intuito de aniquilá-la moralmente. O veredicto é eventualmente desproporcional, efetivado sob a influência de valores e percepções que foram, ao longo do tempo, incorporados em suas condutas do que deve ser a postura sexual feminina.

Em um primeiro momento, defendeu-se que caberia à mulher essa faculdade, ante o processo de revitimização que poderia ser exposto no decorrer do procedimento, dado o viés machista do Sistema de Justiça.

Lado avesso, sobreleva destacar alguns pontos que justificam a inflexibilidade do Estado e a retirada da vítima da opção de aceitar eventual retratação, como forma de enfrentamento, dentre outras que poderiam ser tomadas, como a criação de políticas públicas e o desenvolvimento de uma educação pautada na igualdade de gênero, o que poderia oferecer solução em médio ou longo prazo.

A representação penal simboliza para a mulher uma difícil etapa a ser efetivada. Quando se trata de delitos que tenham o perfil de violência de gênero ou sexualidade e a iniciativa da ação penal dependa da vítima, dados estatísticos demonstram que o percentual maior é de renúncia, quer deixando-se de ter a iniciativa, quer afastando-a do cenário jurídico.

O índice de renúncia chega a alcançar 90% dos casos. Iniludivelmente, isso se deve não ao exercício da manifestação livre e espontânea da vítima, mas ao fato de vislumbrar uma possibilidade de evolução do agente, quando, na verdade, o que acontece é a reiteração de procedimento e, pior, de forma mais agressiva ainda em razão da perda dos freios inibitórios e da visão míope de que, tendo havido o recuo na agressão pretérita, o mesmo ocorrerá na subsequente (TALON, 2020, *on-line*).

A nova lei, que tipificou a conduta, não deu margens para a mulher decidir se deseja processar ou não o agressor. Nesse aspecto, um ponto crucial. Isso porque a vítima mulher quase sempre é abordada pelo agressor ou seus parentes para que retire a acusação. Passar para o Estado essa iniciativa da persecução penal liberta a vítima de aproximações mal-intencionadas, com o objetivo de livrar o agressor da acusação.

Semelhantemente, a vítima poderia ser persuadida até mesmo em juízo, por meio do advogado do agressor, promotor de justiça ou juiz para retirar a acusação, sob o pálio de uma enganosa conciliação, empreendida com a finalidade de simplesmente pôr fim ao processo, não levando em conta o que a vítima já sofreu até atingir essa complexa etapa de estar em juízo.

De outro ângulo, reconhecer a existência de desigualdade de gênero nas relações sociais e a influência do patriarcado não importa em admitir uma inaptidão da mulher. O princípio da igualdade pressupõe a concessão de tratamento isonômico às pessoas, o que implica tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Para Leda Maria Hermann (2007, p. 83-84),

Reconhecer a condição hipossuficiente da mulher vítima de violência doméstica e/ou familiar não implica invalidar sua capacidade de reger a própria vida e administrar os próprios conflitos. Trata-se de garantir a intervenção estatal positiva, voltada à sua proteção e não à sua tutela.

Na análise de Maria Berenice (1998), o texto constitucional prevê tratamentos diferenciados para o sexo feminino e masculino, e essa distinção no âmbito constitucional não é baseada em dessemelhanças biológicas, mas no desequilíbrio entre eles na divisão do trabalho. Destaca que o importante não é a paridade perante a legislação, mas o direito à igualdade pela aniquilação das mais variadas disparidades, e essa diferenciação específica é a única maneira de dar eficiência ao preceito isonômico na Carta Magna.

Advogadas do Canadá diagnosticaram outra maneira de esmiuçar a desigualdade de gênero no âmbito judicial mediante o projeto *The Women's Court of Canada*, em que reescrevem a decisão da Suprema Corte por meio de uma perspectiva feminista e expõem a masculinidade consagrada na lei canadense. Práticas como o *The Women Courts of Canada*⁸ e o *Australian Feminist Judgement*⁹ enfrentam alguns desafios, como imaginar um sistema jurídico diferenciado, uma vez que o atual apresenta vícios que envolvem a desigualdade de gênero (DAVIES, 2011). Os exemplos relacionados com advogados, professores e juristas demonstram a importância do feminismo para a compreensão do constitucionalismo da inclusão e igualdade (BAINES; RUBIO; MARIN, 2004).

Os pontos favoráveis em retirar da mulher a faculdade de processar ou não o agressor e a criminalização da conduta com pena relevante são questões que fazem a diferença quando está em foco um contexto de violação de intimidade sexual. A ausência de um apto respaldo estatal, como antes ocorria, provocava uma visível fragilização do exercício da sexualidade feminina, dada a ausência de temor pelo agressor. Os efeitos pedagógicos de uma justa penalidade possibilitam uma emancipação sexual da mulher, que não se sentirá tolhida e apreensiva ante a possibilidade de ser exposta pelo seu parceiro, caso

8 The Women Courts of Canada foi criado em 6 de março de 2008 por um grupo de dez advogadas, ativistas e estudantes de Direito na Escola de Direito Osgood Hall da Universidade de York, no Canadá. O projeto tem como objetivo reescrever as decisões judiciais da Suprema Corte canadense por meio de uma perspectiva de gênero. Entre os casos reescritos, destacam-se: *Law v. Canada*, *Newfoundland v. NAPE* (Newfoundland Association of Public Employees), *Gosselin v. Quebec* (PDF) e *Native Women's Association of Canada v. Canada*. Para conhecer mais sobre o projeto, recomenda-se a leitura do artigo disponível em: <https://www.universityaffairs.ca/features/article/the-womens-court-of-canada/>

9 O Australian Feminist Judgement Project também tem entre seus objetivos reescrever decisões judiciais a partir de uma abordagem feminista. Além disso, o projeto busca analisar os efeitos da diversidade de gênero na subjetividade judicial, no método jurisprudencial e também na tomada de decisões substantivas, bem como investigar o impacto do pensamento feminista na jurisprudência australiana, analisando casos e apresentando a natureza feminista percebida em cada julgamento. Para saber mais, consultar: <https://law.uq.edu.au/the-australian-feminist-judgments-project>. Ver, também: DOUGLAS, Heather; BARTLETT, Francesca; LUKER, Trish; HUNTER, Rosemary (ed.). *Australian feminist judgments: righting and rewriting the law*. Oxford: Hart Publishing, 2015.

permita o registro em mídia de sua intimidade. O enrijecimento da norma penal tem o condão de inibir violação de direitos, o que implica respeito ao próximo e um aumento da autonomia sexual feminina.

Em estudo realizado envolvendo diversos países, foi feita uma análise comparada de estratégias utilizadas no combate ao *revenge porn*, constatando-se que há uma inclinação mundial para a criminalização da conduta como forma de resposta ao compartilhamento não consentido de imagens íntimas (NERIS; RUIZ; VALENTE, 2017).

O direito criminal proíbe invasões de privacidade e certas violações de autonomia. É essencial para enviar uma mensagem clara para potenciais perpetradores enfatizando que a pornografia não consensual inflige gravemente a privacidade e a autonomia das vítimas e que isso tem consequências e penalidades reais (CITRON; FRANKS, 2014).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pornografia de vingança ou *revenge porn* é normalmente o ato de um homem ou mulher tornar públicos imagens ou vídeos íntimos de pessoas que pertenciam à sua intimidade por motivo de vingança, devendo ser registrado que as mulheres são as maiores vítimas em potencial desse delito. Presume-se que a prática habitual de expor a própria intimidade, fazendo uso de um *smartphone*, computador e outros aparelhos, seja fruto da era digital com seus avanços tecnológicos que proporcionam uma otimização no fluxo de informações de conteúdo, não se perdendo de vista que a tecnologia promove mudanças substanciais nos hábitos e comportamentos das pessoas, o que não seria diferente na dinâmica da sexualidade.

O âmago deste trabalho está especialmente na defesa da criminalização da conduta com um aumento significativo da pena e a retirada da vítima da faculdade de processar ou não o agressor.

Por certo, a hipótese de revitimização da mulher não é descartada, porque será questionada sobre a sua intimidade, vida pregressa, comportamento social adequado e outros pontos que, de regra, surgem ao longo do árduo percurso a ser enfrentado, iniciando-se na esfera policial e sem data para término quando alcança o procedimento penal em Juízo, dada a infinidade de recursos colocados à disposição do réu no Sistema de Justiça Brasileiro.

A autonomia e o direito à autoexpressão sexual são questões que justificam a existência de legislação específica como medida de proteção à circulação não consensual de imagens íntimas. A lei é um sistema de compromissos, refletindo as culturas e sentimentos morais prevalecentes. A ausência de sanções formais contra perpetradores de pornografia de vingança poderia fazer sugerir, no mínimo, uma imprecisão sobre a condição de vítima de mulheres prejudicadas.

Eventual passividade estatal teria o condão de infundir uma tendência de apoio para a visão de mundo de que a pornografia de vingança é um produto: mulheres que compartilham imagens íntimas de si mesmas estão fora dos limites da feminilidade apropriada e tornam-se objetos legítimos do ridículo e repulsa públicos.

Nota-se que colisões de sentimentos morais dão suporte ao fenômeno da pornografia de vingança, e isso reflete conflitos sobre o *status* formal e informal das mulheres na vida interpessoal e pública. Em que pese a rigidez penal, a exibição corporal e sexual não é vista como adequada ao gênero feminino. No caso de pornografia de vingança, o objetivo é expor a mulher como um ser perverso e promíscuo, o que não deve ser admitido, até porque os direitos das mulheres incluem um *ethos* sexual (VIANA, 2010)¹⁰ cuja oposição ao sentimento misógino está recebendo o peso da lei.

Antes da entrada em vigor da lei que criminalizou a exposição íntima não consentida, a vida privada já era bem jurídico tutelado pela Carta Magna. Em outras palavras, nosso ordenamento maior já não tolerava essa conduta devido ao fato de que as pessoas têm direito ao estilo de vida que lhes aprouver, desde que não prejudiquem o direito de terceiros.

No âmbito da pornografia de vingança, o vazamento de conteúdos eróticos e pornográficos constitui violação ao direito à privacidade e à intimidade da mulher, e o disseminador, com sua conduta, viola preceito fundamental, passível de indenização na esfera cível, e sua conduta estará tipificada no §1º, do art. 218-C do Código Penal Brasileiro.

O ministro Paulo Gallotti¹¹ defendeu em voto a hipótese de que a ação incondicionada é a que melhor contribui para a preservação da integridade física da mulher, na hipótese de violência, ressaltando que o agressor tem que estar consciente de que responderá a um processo criminal e será punido se reconhecida a sua culpabilidade. Para ele, a ação condicionada à vontade da vítima faz com que uma lei se torne letra morta. Fazendo um paralelo ao crime de pornografia de vingança, que guarda conexão com a violência de gênero, o resultado na prática seria o mesmo, caso ficasse nas mãos da vítima a faculdade de processar ou não o agressor.

Isso porque os danos da pornografia de vingança são extremamente nocivos à honra das vítimas expostas a esse tipo de violência, o que justifica a resposta estatal rigorosa, com penas elevadas e sem exigência da vontade da vítima para o início da ação penal. Relatos de perdas de empregos e dificuldades para conseguir uma nova inserção profissional são eventos comuns de prejuízos experimentados, uma

10 O termo “ethos sexuais” significa um modo de ser de cada sexo, que é constituído socialmente (e não apenas “culturalmente” e muito menos “arbitrariamente”, pois é um processo que possui múltiplas determinações, e entre elas a corporeidade). Assim, há um modo de ser masculino e um modo de ser feminino e ambos são produtos sociais e históricos, ligados ao conjunto das relações sociais (incluindo, nas sociedades complexas, as classes sociais, interesses etc., e tendo como principal força regularizadora a classe dominante com seus aparatos, especialmente o estatal).

11 STJ decide que a violência contra a mulher, prevista na Lei Maria da Penha, é crime de ação pública incondicionada (Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 29 abr. 2021).

vez que é transmitida uma imagem equivocada de que a pessoa exposta pode possuir um estilo de vida incompatível com o local de trabalho (CITRON; FRANKS, 2014).

Além da honra perante terceiros despedaçada, da perda da sensação de segurança e de normalidade, elas, as vítimas, ainda estão vulneráveis a diversos danos psicológicos decorrentes da exposição. Além de distúrbios de ansiedade, há situações de agravamento de depressão nas vítimas de assédio cibernético (KAMAL; NEWMAN, 2016), devendo ser realçado que algumas mulheres recorrem ao suicídio como uma solução final.

Mesmo diante das adversidades enfrentadas pelas vítimas durante a instrução processual, na qual terão que lidar com dificuldades estruturais, seja decorrentes de uma cultura que degrada a mulher, seja de um arcabouço inquisitorial e processual deficiente, faz-se mister punir com a devida severidade aqueles que submetem as vítimas a tamanho dano.

Não se trata de um mero impulso punitivista, mas a ausência de um procedimento condizente com a gravidade da conduta tem o condão de simplesmente deixar muitas mulheres desprotegidas, dada a sensação de impunidade que um indivíduo venha a ter por espalhar indevidamente tal conteúdo.

Se a lesão leve, no contexto da violência dentro do âmbito doméstico, ganhou tal proteção, a ponto de que se proceda com a ação penal pública incondicionada, dado o fato de que 90% dos casos em que foi verificada a ocorrência dessa conduta importaram em renúncia por parte da vítima, conforme aludido pelo STF na ADI 4.424, não é desproporcional aplicar um entendimento similar para o caso da pornografia de vingança, mas sem deixar de proceder com a devida sensibilidade diante das potenciais vítimas.

Para Chauí (1985, p. 36), as mulheres são “[...] cúmplices da violência que recebem e que praticam, mas sua cumplicidade não se baseia em uma escolha ou vontade, já que a subjetividade feminina é destituída de autonomia”. Em outras palavras, o senso comum das mulheres, para a autora, é eivado por uma cultura machista, adquirida no decorrer de sua vida.

Em síntese, a ação pública incondicionada, nos casos de violência doméstica, funciona como mecanismo de proteção à vítima, impedindo a continuação de relacionamentos abusivos que antes se perpetuavam diante da impunidade. Por fim, a intervenção do Estado e a consequente retirada da vontade da vítima para dar início à persecução penal nos crimes de pornografia de vingança são medidas que se sobrepõem, porque, quando submetidas ao discurso masculino e ao silêncio, as mulheres se tornam sujeitos e cúmplices da violência que vivenciam, ou são coagidas a praticar.

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Sequência**: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 26, n. 50, p. 71-102, 2005. Disponível em:

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185/13811>. Acesso em: 1º ago. 2021.

BAINES, Beverley; RUBIO-MARIN, Ruth. Introduction: Toward a feminist constitutional agenda. **The Gender of Constitutional Jurisprudence**, 2004. Disponível em:

https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/76561/Introduction_toward_a_feminist_constitutional_agenda.pdf?sequence=1. Acesso em: 1º ago. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1.940**. Código Penal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso: em 1º ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm.

Acesso em: 1º ago. 2021.

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

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 1º ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 1º ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.772, de 19 de dezembro de 2018**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13772.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20reconhece%20que,de%20car%C3%A1ter%20%C3%ADntimo%20e%20privado. Acesso em: 1º ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.424 Distrito Federal**. Ação Penal. Violência doméstica contra a mulher. Lesão corporal. Natureza. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública e incondicionada.

Considerações. Relator: Ministro Marco Aurélio. Requerente: Procurador Geral da República, 29 de fevereiro de 2012. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 13 abr. 2021.

BUTLER, Judith. Gender regulations. In: BUTLER, Judith. **Undoing gender**. New York, London: Routledge, 2004. p. 40-56

CHAUÍ, Marilena. Participando do debate sobre mulher e violência. In: FRANCHETTO; Bruna; CAVALCANTI, Maria Laura V. C.; HEILBORN, Maria Luiza (org.). **Perspectivas antropológicas da mulher**. 4. ed. São Paulo: Zahar Editores, 1985. p. 36.

CITRON, Danielle K.; FRANKS, Mary Anne. Criminalizing revenge porn. Wake Forest. **Law Review**, n. 345, p. 1-39, 2014. p. 5-6. Disponível em: https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/643/. Acesso em: 1º ago. 2021.

CRESPO, M. **Sexting e revenge porn**: porque precisamos falar sobre isso. 2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/sexting-e-revenge-porn-por-que-precisamos-falar-sobre-isso/>. Acesso em: 1º ago. 2021.

DAVIES, Margaret. **Feminism and the idea of law**. *feminists@law*, v. 1, n. 1, 2011. Disponível em: <https://journals.kent.ac.uk/index.php/feministsatlaw/article/view/9/66>. Acesso em: 1º ago. 2021.

DE LAURETIS, Teresa. A tecnologia de gênero. In: HOLANDA, Heloisa Buarque de (org.). **Tendências e impasses**: o feminismo como crítica cultural. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. p. 206-242

DIAS, Maria Berenice. Ações afirmativas: uma solução para a desigualdade. **Revista Del Rey**, Belo Horizonte, v. 4, p. 1-2, 1998. Disponível em: <https://ssp.rs.gov.br/upload/arquivos/201611/01121511-201301161650083-aes-afirmativas-a-solucao-para-a-desigualdade.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2021.

EMPÍRICO, Sexto. **Grundriß der pyrrhonischen Skepsis**: eingeleitet und übersetzt von Malte Hossenfelder. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1985. p. 274.

HARTMANN, Ivar Alberto. Regulação da Internet e novos desafios da proteção de direitos constitucionais: o caso do revenge porn. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 55, n. 219, p. 13-26, 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p13.pdf. Acesso em: 1º ago. 2021.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha**: lei com nome de mulher. Campinas: Editora Servanda, 2007.

JUSTIÇA reduz para R\$ 5 mil indenização por fotos íntimas divulgadas. **O Tempo**, Belo Horizonte, 10 jul. 2014. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/cidades/justica-reduz-para-r-5-mil-indenizacao-por-fotos-intimas-divulgadas-1.880881>. Acesso em: 13 abr. 2021.

KAMAL, Mudasir; NEWMAN, William J. Revenge pornography: mental health implications and related legislation. **Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law Online**, v. 44, n. 3, p. 359-367, 2016. Disponível em: <http://jaapl.org/content/jaapl/44/3/359.full.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2021.

LAÉRTIOS, Diôgenes. **Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres**. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Ed. UnB, 1977.

LINS, Beatriz Accioly. “Th, vazoul!”: pensando gênero, sexualidade, violência e internet nos debates sobre “pornografia de vingança. **Cadernos de Campo**, São Paulo, v. 25, n. 25, p. 246-266, 2016.

MACKINNON, Catharine A. Feminismo, Marxismo, Método e o Estado: uma agenda para Teoria. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, 2016, p. 798-838. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25361/18228>. Acesso em: 1º ago. 2021.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 173.

NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; VALENTE, Mariana Giorgetti. Análise comparada de estratégias de enfrentamento a "revenge porn" pelo mundo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 333-347, 2017. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4940/3656>. Acesso em: 1º ago. 2021.

ROBERTS, Nickie. **As prostitutas na história**. Tradução de Magda Lopes. Rio de Janeiro, Record: Rosa dos Tempos, 1988. p. 81.

RUBIN, Gayle: Thinking Sex: notes for a radical theory of the politics of sexuality. In: VANCE, C. S. (ed.). **Pleasure and danger: exploring female sexuality**. Boston: Routledge & Kegan, Paul, 1985.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995.

TALON, Evinis. **STF: A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada**. [S. l.]: Evinis Talon, 2020. Disponível em: <https://evinistalon.com/stf-a-acao-penal-relativa-a-lesao-corporal-resultante-de-violencia-domestica-contra-a-mulher-e-publica-incondicionada/>. Acesso em: 16 abr. 2021.

VASCONCELOS, Maria Eduarda Mantovani; AUGUSTO, Cristiane Brandão. Práticas institucionais: revitimização e lógica familista nos JPDFMs. **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 23, p. 47-100, 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume23/volume23_87.pdf. Acesso em: 1º ago. 2021.

VIANA, Nildo. Emancipação feminina e emancipação humana. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, n. 107, abr. 2010. Disponível em: <http://ojs.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/viewFile/9767/5466>. Acesso em: 1º ago. 2021.

VIEIRA, Rejane Esther. Revolução dos costumes e gênero: uma análise da transformação dos costumes femininos e a influência da moda nas décadas de 60 e 70 em Florianópolis. **Administradores.com**, João Pessoa, v. 14. p. 12-14. Disponível em: https://storage.googleapis.com/adm-portal.appspot.com/_assets/modules/academicos/academico_781_190226_174207.pdf?mtime=20190226144204&focal=none. Acesso em: 1º ago. 2021.

REPERCUSSÃO JURÍDICA DO USO INDEVIDO DE REDES SOCIAIS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

LEGAL REPERCUSSION OF MISUSE SOCIAL MEDIA IN LABOR RELATIONS

BETHSAIDA DE SÁ BARRETO DIAZ GINO¹, AMANDA BENEVIDES DUARTE²**RESUMO**

A presente pesquisa tem como objetivo geral analisar o impacto do mau uso das mídias sociais no ambiente laboral e responder à seguinte problemática: Quais as possíveis consequências para o contrato empregatício? Nesse viés, objetiva especificamente abordar a conceituação de ambiente de trabalho, os direitos fundamentais do trabalhador e o poder diretivo do empregador, característico da relação de emprego. Propõe-se, também, a expor a colisão entre os direitos e deveres do empregado com observância ao princípio da dignidade da pessoa humana. Empós, pretende-se analisar a inserção das redes sociais no mundo corporativo e apresentar como o seu uso pode ser utilizado como critério de admissibilidade e demissão no emprego. Posteriormente, planeja exemplificar quais as hipóteses podem ensejar a rescisão contratual conforme previsão legal. Utilizando a proposta metodológica dedutiva, com abordagem qualitativa, a pesquisa é embasada a partir de um levantamento bibliográfico. Sendo este um tema contemporâneo e não existindo legislação específica, para tanto, analisa julgados no Tribunal Regional do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho. Constata-se, então, que o empregador poderá demitir o funcionário desde que se cumpra os requisitos da justa causa, como o princípio da proporcionalidade da pena.

PALAVRAS-CHAVE: Uso indevido das redes sociais. Relações trabalhistas. Reversão da Justa causa.

ABSTRACT

The present research has as general objective to analyze the impact of the misuse of social media in the work environment and to answer the following problems: What are the possible consequences for the employment contract? Is it legal to make work information public, even in your personal profile? What are the main precautions that the employee should have regarding exposure on social media? In this bias, it specifically aims to approach the conceptualization of the work environment, the fundamental rights of the worker and the directive power of the employer, characteristic of the employment relationship. It is also proposed to expose the collision between the rights and duties of the employee in compliance with the principle of human dignity. Afterwards, we intend to analyze the insertion of social networks in the corporate world and present how their use can be used as a criterion for admissibility and dismissal in employment. Subsequently, it plans to exemplify which hypotheses can give rise to contractual termination according to legal provision. Using the deductive methodological proposal, with a qualitative approach, the research is based on a bibliographic survey. As this is a contemporary issue and there is no specific legislation, it analyzes judgments at the Regional Labor Court and the Superior Labor Court. It appears, then, that the employer may dismiss the employee as long as the requirements of just cause are met, such as the principle of proportionality of the penalty.

KEYWORDS: Misuse of social networks. Working relationships. Reversal of Just Cause.

* Artigo recebido em 01/04/2022 e aprovado em 15/09/2023.

¹ Professora do Curso da URCA. Mestra em Direito pela UNISINOS. bethsaida.barreto@urca.br

² Graduada em Direito e Especialista em Direito pela URCA. adv.amandabenevides@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O uso da internet é cada vez mais acentuado nas relações sociais modernas, sendo muita das vezes o espaço onde pessoas expressam e divulgam seus momentos particulares, partilhando suas intimidades e manifestações externadas dos mais diversos segmentos do psicossocial. Nesse cenário virtual, observa-se que nem todos os internautas consideram quais os impactos que as redes sociais podem refletir ao seu redor, sobretudo no ambiente de trabalho.

No meio profissional, não são raros os casos em que empregados são demitidos por justa causa ao fazerem mau uso de suas próprias redes sociais, por ofender valores, princípios e imagem da empresa onde trabalham. É bastante comum encontrar trabalhadores que demonstram seu descontentamento em relação ao local em que trabalham, seja por desavença entre seu superior hierárquico e/ou colegas de profissão, por insatisfação salarial, por inobservância ao código de conduta estabelecido na empresa, por ausência de perspectiva de crescimento profissional ou até mesmo por diferença de ideias – não sendo restrito a assuntos laborais.

Nesse contexto, a pesquisa tem como objetivo geral analisar o impacto do mau uso das mídias sociais no ambiente laboral e responder à seguinte problemática: Quais as possíveis consequências para o contrato empregatício?

Nesse viés, objetiva especificamente abordar a conceituação de ambiente de trabalho, os direitos fundamentais do trabalhador e o poder diretivo do empregador, característico da relação de emprego. Propõe-se, também, a expor a colisão entre os direitos e deveres do empregado com observância ao princípio da dignidade da pessoa humana. Empós, pretende-se analisar a inserção das redes sociais no mundo corporativo e apresentar como o seu uso pode ser utilizado como critério de admissibilidade e demissão no emprego. Posteriormente, planeja exemplificar quais as hipóteses podem ensejar a rescisão contratual conforme previsão legal.

Todavia, há de se ressaltar a ausência de legislação específica no país, sendo pauta de inúmeras discussões em diversas regiões do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) e em turmas Tribunal Superior do Trabalho (TST). Diante disso, serão explanados casos práticos para melhor discussão temática.

Para tanto, a proposta metodológica utilizada é a dedutiva, com abordagem qualitativa, a partir de um levantamento bibliográfico por meio da investigação científica através de doutrinas, legislações, jurisprudência e demais fontes escritas.

Acredita-se que o ambiente laboral foi impactado fortemente com o avanço tecnológico pelo uso frenético das redes sociais. Desse modo, é cediço que o uso indevido de mídias digitais no ambiente laboral pode causar diversos conflitos morais e jurídicos entre empregado e empregador.

Apesar da relevância e repercussão recorrente do tema, a reflexão e o debate acadêmico ainda são recentes, o que reflete na escassez de produção científica, prejudicando a exploração em sua abrangência. Portanto, esta pesquisa surge como uma alternativa multidisciplinar de compreensão a respeito do uso das redes sociais e seus impactos nas relações trabalhistas.

2 AMBIENTE DE TRABALHO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

Antes de adentrar no tema em foco, é importante analisar o sentido e a abrangência do ambiente de trabalho nas relações jurídicas havidas entre empregado e empregador, sobretudo por se tratar de direito fundamental previsto constitucionalmente. Empós, buscar-se-á apresentar os direitos fundamentais e deveres inerentes ao obreiro, sob a perspectiva da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e na Constituição Federal. Além disso, pretende-se demonstrar que todo e qualquer embasamento jurídico decorre, primordialmente, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, também se faz necessário estudar o significado e qual a implicância o poder diretivo do empregador possui no contrato de trabalho, além de apresentar a previsão legal e os limites legais em face da evidente proteção à inviolabilidade da intimidade e vida privada do trabalhador.

2.1 Do Ambiente do Trabalho

Inicialmente, pode-se presumir que o ambiente de trabalho é o local físico onde as atividades laborais são executadas e que os empregados passam boa parte de seu tempo. Todavia, como será explicado a seguir, a definição não se limita apenas à estrutura física. Convém esclarecer que o ambiente de trabalho está inserido no conceito de meio ambiente, sendo aquele uma categoria deste. Ou seja, ambiente de trabalho é um ramo indissociável do meio ambiente. Mas o que se pode entender, afinal, de meio ambiente?

Conforme a Lei nº 6.938/81, meio ambiente pode ser entendido como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981). Em outras palavras, é a interação de “conjuntos de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” (SILVA, 2007, p. 20).

Maranhão (2016) assevera que, juridicamente, o meio ambiente do trabalho é o resultado da interação de fatores naturais, técnicos e psicológicos que estão conectados à organização do trabalho, às condições de trabalho e às relações interpessoais que estão ligadas a saúde mental e física do trabalhador e a sua segurança em qualquer conjuntura laborativa.

Segundo Silva (2007), o meio ambiente pode ser ramificado em: a) natural (aquele que não é construído pelo homem), b) artificial (ambiente urbano, construído pelo homem), c) cultural (bens portadores de referências culturais), d) do trabalho (fatores que envolvem o trabalho). Entretanto, Melo (2020) adverte que essa classificação apenas deve ser considerada sob o ponto de vista didático, para fins de melhor compreensão, pois o meio ambiente é uno e indivisível. Segundo o autor, admitir a compartimentação seria consentir que as ações do ser humano, seja qual for a sua natureza, não repercutem sobre as demais vertentes do meio ambiente.

Por outro lado, nem sempre a questão ambiental foi recepcionada especificamente na legislação brasileira. O aparato estatal somente se evidenciou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo a primeira, inclusive, a empregar o termo “meio ambiente”, o que demonstra despreocupação dos entes governamentais nacional e internacionais (BRAGA JÚNIOR, 2021).

Diante do pioneirismo em tutelar juridicamente o meio ambiente, a educação ambiental e a proteção da natureza, a Constituição Federal de 1988 também é conhecida como “Constituição Verde”, ou, ainda, “Constituição Ambiental”. De fato, a promulgação do atual texto constitucional marcou a matéria ambiental, que, outrora, era vista apenas como um recurso econômico (BEZERRA, 2013).

A Carta Magna, em seu art. 225, caput, tutela expressamente a necessidade de existir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, tido como direito fundamental (BRASIL, 1988). Isso evidencia que é imprescindível a ação do Estado para proteger o bem de “uso comum do povo”, pois ele está diretamente ligado à sadia qualidade de vida, e conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana (BRAGA JÚNIOR, 2021). O anteparo ao meio ambiente do trabalho foi reconhecido como ordem social, tratado na Seção II – Da saúde, no art. 200, inciso VIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). A saúde dos trabalhadores influencia na qualidade de vida e compreende o bem-estar físico, mental e social (LODUCA, 2019).

Para garantia desse bem tutelado, não basta observar normas de ergonomia, luminosidade, condições sanitárias e cumprimento legal da jornada de trabalho – isso, por si só, não garante um meio ambiente equilibrado (MELO, 2020). É fundamental considerar os possíveis danos à saúde psíquica, pois esta também é um direito garantido legalmente ao trabalhador. O referido autor aponta, ainda, que trabalhar em condições estressantes pode ser tão ou mais danoso ao ambiente trabalhista que condições de potencial perigo físico.

Ademais, há previsão protetiva ao meio ambiente trabalhista na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) no Título II, Capítulo V, ao dispor sobre a segurança e medicina no trabalho. É dever tanto do empregador quanto do empregado cumprir e fazer cumprir as normas de segurança, cabendo ao Ministério do Trabalho a competência de estabelecer normas complementares sobre a matéria, segundo art. 200 da CLT (BRASIL, 1943).

Feitas as considerações, pode-se dizer que o ambiente de trabalho é abordado não somente na seara do Direito do Trabalho, como, principalmente, do Direito Ambiental. Como bem enfatiza Farias (2017), o objetivo do legislador constituinte é salientar que a proteção ambiental do trabalho não deve se restringir às relações empregatícias, visto que a incolumidade e a salubridade do obreiro também se relacionam com questões ecológicas.

Inclusive, interessante se faz analisar que o advento da era digital fez surgir uma nova extensão do ambiente laboral físico, como na modalidade de trabalho e de *home office*, bastante utilizado na pandemia do COVID-19. Por outro lado, o recorrente uso das redes sociais também traz fortes impactos nas relações contratuais, conforme pretende-se debater no capítulo seguinte.

2.2 Direitos e Garantias Fundamentais Versus Deveres do Trabalhador

Wyzkowski, (2016) afirma que os direitos trabalhistas são, sobretudo, direitos fundamentais sociais, amparados pela intervenção estatal, sob um enfoque intervencionista. Há uma forte semelhança, senão igualdade, entre os motivos que originaram os direitos sociais e a história do direito trabalhista, pois este nasceu no conflito entre as desigualdades sociais e o trabalho no período da Revolução Industrial, enquanto que aquele consagrava a possibilidade de exercício dos direitos tutelados pelo Estado. Nesse sentido, entende-se que a esfera do direito do trabalho pauta-se em princípios protetivos, com o fito de efetivar os direitos garantidos ao cidadão enquanto trabalhador.

Pode-se, assim, visualizar a correlação entre o direito do trabalho e o direito constitucional, principalmente no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, tido como original fundamento interpretativo, dada a sua superioridade axiológica (ALVAR, 2011). Como aponta a autora, a simbolização deste princípio relaciona-se à ideia de que o ser humano não é objeto do Estado nem de terceiros, devendo ser tratado como sujeito com direitos e deveres perante a sociedade.

De acordo com Sarlet (2009, *apud* ALVAR, 2011) os direitos sociais são direitos básicos que devem ser garantidos a sociedade como um todo, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, sexo, religião etc. Educação, alimentação, segurança, trabalho, moradia e saúde são exemplos de direitos sociais fundamentais. No Brasil, os direitos e garantias fundamentais do trabalhador estão elencados no art. 7º da Constituição Federal, tendo três importantes características: inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. (BRASIL, 1988). Podem ser citados como exemplos a irredutibilidade de salário, o salário-mínimo, gozo de férias anuais e aposentadoria (BRASIL, 1988).

Nesse ínterim, é possível compreender a importância dos direitos e garantias fundamentais para o cidadão, e o trabalhador está incluso nesse contexto. Contudo, há de se analisar que não existe direito absoluto, e, assim, é provável que em algum momento da relação trabalhista exista alguma colisão entre

esses direitos, motivo pelo qual é relevante o estudo sobre o sopesamento dentro no ordenamento jurídico.

No ambiente de trabalho é fácil identificar esse impasse. O direito à privacidade é relativamente reduzido, uma vez que o local é público e pertencente ao empregador. Isso demonstra que o empregado não goza da mesma privacidade no ambiente laboral do que aquele desfrutado em sua vida privada. Um exemplo disso é o e-mail corporativo, não podendo o funcionário esperar privacidade em sua utilização, posto que se trata de um meio de comunicação pertencente exclusivamente à empresa, devendo ser utilizado para fins laborais, conforme entendimento jurisprudencial.

Para o TST, é uníssono o entendimento de que a violação de e-mail corporativo não caracteriza violabilidade da vida privada do empregado. Como exemplo, 3ª Turma do TST, entendeu que não viola o art. 5º, XII, da CF por tratar-se de e-mail corporativo e não privado, sendo disponibilizado pelo empregador apenas para fins de trabalho. (TST - AIRR: 1461-48.2010.5.10.0003, Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 25/02/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: 27/02/2015)

O direito à intimidade do empregado pode ser identificado em diversos dispositivos da CLT, como, por exemplo, há vedação expressa, no art. 373- A, VI, da CLT, a revistas íntimas nas empregadas e funcionárias (BRASIL, 1943), pois afronta a dignidade da pessoa humana (BARROS, 2017). Ademais, de acordo com o art. 373-A, inciso IV, é vedada a exigência de exame de gravidez na admissão ou permanência no emprego (BRASIL, 1943). Destaca-se, aqui, que o legislador trabalhista estabelece que a proteção à intimidade do empregado é estendida a sua família, motivo pelo qual a sua ameaça ou lesão é causa de rescisão indireta, de acordo com o artigo 483 da CLT (BRASIL, 1943).

A limitação de tais direitos fundamentais, não obstante, será válida em situações excepcionais, quando substancial para preservar outros direitos ou interesses salvaguardados constitucionalmente (FARIAS, 2000). Por exemplo, sucede com frequência, no vínculo trabalhista, o embate da liberdade de expressão e informação com o direito à privacidade. Nesse cenário, não pode o trabalhador redigir comentários sobre seu ambiente de trabalho ou, até mesmo, contrários aos valores da empresa com a qual é vinculado, sob o pretexto de que lhe é assegurado o direito de se expressar livremente (GRECO, 2022). Na concepção de Moschen (2012) somente por um interesse maior que justifique é que a privacidade e a intimidade dos empregados podem ser superadas, ainda que haja permissão do empregado, pois os princípios da irrenunciabilidade e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas assim o proíbe.

É nesse contexto que os direitos do trabalhador são confrontados com os seus deveres, pois para o ordenamento jurídico não há direito absoluto, ainda que esteja no rol de direitos fundamentais. Aliás, uma das características que acompanha o entendimento acerca de direitos humanos é o relativismo

(ARAÚJO, 2015). Absoluto é a exigência de preservação e concretização de tais direitos, o que não significa dizer que eles são absolutos. Nesse teor, é entendível que em situações concretas alguns direitos fundamentais podem entrar em colisão com outros também constitucionalmente garantidos, como, a título exemplificativo, o direito à liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade (honra, intimidade, vida privada e imagem), sendo necessário ponderar a predominância de um ou outro princípio.

Para Massi e Villatore (2012) são práticas violadoras dos direitos de personalidade por parte do empregador, entrevistas vexatórias para admissão do empregado; pesquisa de antecedentes bancários; discriminação em relação a sexo, peso, religião, orientação sexual; exigência de exames grafotécnicos, grafológicos, toxicológicos, dentre outros.

Como é sabido, o contrato laboral é sinalagmático, isto é, recíproco em direitos e deveres entre os pactuantes – empregado e empregador. Entre os deveres legais do obreiro, estão elencados no art. 482 da CLT algumas hipóteses de demissão por justa causa em caso de desobediência à(o) obrigação de agir com probidade; bom comportamento e conduta moral compatível com o ambiente laboral, sendo vedado cometer ato lesivo à honra e boa fama do empregador ou de terceiros; a diligência necessária; o respeito ao sigilo profissional; a proibição de qualquer ato de indisciplina, incluindo-se nessa hipótese estar embriagado no expediente de trabalho (BRASIL, 1943).

Como se vê, o empregado tem por obrigação contratual o cumprimento das exigências legais e indicadas pelo seu superior hierárquico, sob pena sofrer a máxima punição: a demissão direta. Todavia, em casos excepcionais, a ele é garantido o direito à resistência, como será abordado adiante. Diante disso, a seguir estuda-se o conceito e quais os limites existentes do poder diretivo do empregador, pautados no equilíbrio entre os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente aos trabalhadores.

2.3 Poder Diretivo do Empregador

Uma das particularidades mais consideráveis da relação de trabalho é o poder empregatício. Também conhecido como poder hierárquico, Delgado (2019) entende que esta definição remete à ideia de autoritária e retrógada, sendo mais adequado, para a atualidade, a denominação poder empregatício. Para o jurista, o poder empregatício é um conjunto de prerrogativas incumbentes ao empregado para direcionar, regulamentar, fiscalizar e disciplinar a economia interna e a prestação de serviços.

Esse poder concentra-se na figura do empregador, em virtude da estrutura empresarial e do princípio de assunção dos riscos da atividade econômica. Para fins didáticos, considerar-se-á neste estudo o poder diretivo como o poder incumbido ao empregador para deliberar o modo como a atividade

profissional será exercida pelo empregado, fundamentado pela relação empregatícia, consoante art. 2º da CLT (BRASIL, 1943).

De fato, uma das características primordiais do empregado é a subordinação, vista como um poder diretivo do empregador consequente do contrato de trabalho. Nas palavras de Muçouçah (2014) através do poder diretivo o empregador organiza o processo de trabalho e a estrutura no estabelecimento, fixando regras, impondo sanções e fiscalizando as atividades dos empregados.

Interessante destacar que, no século XXI, as tecnologias no ambiente de trabalho trouxeram mudanças significativas no que concerne ao exercício do poder diretivo do empregador, já que lhe foi possível fiscalizar o empregado por métodos alternativos, através de câmeras, gravações, computador etc. (MUÇOUÇA, 2014). O autor entende que os recursos tecnológicos interferem, de certa forma, na autodisciplina do subordinado, ao passo em que este se vê obrigado a ter uma autodisciplina mais apurada por saber que o seu patrão pode acompanhar a sua produção em tempo real, muitas vezes a distância.

Apesar da autonomia privada, essa direção não é plena, pois o paternalismo estatal sujeita o empregador a obedecer às leis, sob pena de sofrer coercitivas fiscalizações estatais e/ou ações indenizatórias (MACHADO; COSTA, 2017). Noutras palavras, significa dizer que existem limites ao poder empregatício, ou poder diretivo, sendo vedadas condutas que agredam a dignidade da pessoa física do empregado, fundamentados em regras e princípios constitucionais.

Delgado (2019) aponta que além dos princípios constitucionais, tido como normativos, existem regras impositivas enfáticas que restringem a atuação do poder diretivo do empregador. São exemplos: a igualdade de todos perante a lei e as inviolabilidades do direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, presentes no art. 5º, caput, CF/88. Tem-se também o art. 5º, III, ao afirmar que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante. Além da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, presentes no art. 5º, X, CF/88.

Outrossim, a CLT prevê, em seu art. 483, hipóteses em que o empregado terá direito à rescisão indireta em caso de abusos por parte do poder diretivo do empregador, resguardado o direito à indenização por danos morais (BRASIL, 1943). Caso o empregado constate esse abuso, é lícita a recusa em cumprir essas ordens arbitrárias, consideradas injustas e abusivas. É o que a doutrina entende como direito de resistência. Recusar determinada tarefa que ponha em risco a integridade física do trabalhador sem o devido uso de equipamentos de proteção individual, por exemplo, é exercício legítimo do direito de resistência (TEIXEIRA, 2020).

É esse o entendimento jurisprudencial. A Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região decidiu reverter a justa causa em rescisão indireta do contrato de trabalho no caso de uma enfermeira que se recusou a exercer atividade privativa de médico, pois era contrária ao estatuto

profissional de enfermagem. (TRT-10 0000087-8320135100102 DF, Data de Julgamento: 09/04/2014, Data de Publicação: 25/04/2014)

Desse modo, é preciso ponderar o poder diretivo para que não entre em colisão com os direitos fundamentais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, por ser este o alicerce do Estado Democrático de Direito. A sessão seguinte propõe-se a analisar o impacto das redes sociais no ambiente laboral, para que, somado ao assunto até aqui estudado, seja possível analisar a repercussão jurídica do uso indevido desses meios pelo empregado.

3 IMPACTO DO ADVENTO DAS REDES SOCIAIS NO AMBIENTE DE TRABALHO

Considerando o desiderato desta pesquisa, é fundamental analisar a caracterização do fenômeno das redes sociais e sua implicação na esfera trabalhista. Portanto, tratar-se-á, no tópico adiante, uma breve consideração acerca das redes sociais, e posteriormente a consequência de sua inserção no ambiente de trabalho, perfazendo desde o momento de critério de admissão quanto de uma possível demissão.

Busca-se, pois, verificar quais atitudes mais comuns que podem ser caracterizadas como uso indevido no ambiente de trabalho e, conseqüentemente, quais as possíveis punições ao trabalhador que desrespeita às regras gerais da empresa.

3.1 Das redes sociais e sua inserção no mundo corporativo

Dos grandes acontecimentos sociais do século XXI, é cediço que a era virtual alterou a forma com que a sociedade se comunica entre si. O acesso à internet, antes restrito ao uso de computador e apenas em horários específicos, foi facilitado graças aos diversos dispositivos e aparelhos eletrônicos, como os celulares e smartphones. Com a ascensão da internet, as relações sociais se adequaram às ferramentas tecnológicas, permitindo a interação entre a sociedade como um todo, sejam pessoas, governos ou empresas, através do que chamamos de redes sociais. Em outras palavras, elas são instrumentos digitais que facilitam a comunicação, direta ou indiretamente, e a conexão entre uma sociedade informatizada, reduzindo grandes distâncias físicas a poucos cliques.

Todos esses avanços tecnológicos trazem uma mudança na forma de produção e reprodução da informação, porém, é importante entender que a necessidade de comunicação é inerente à condição humana (BAUMAN, 2011). Nesse contexto de sociedade informatizada, com a classe empresarial não foi diferente: até o cotidiano corporativo foi afetado. Considerando a concorrência como elemento central da economia capitalista, é de suma importância que se analise a reformulação do modo de se gerir

as organizações das empresas. Em razão disso, as empresas precisaram adaptar seu método organizacional aos avanços da tecnologia, não somente como estratégia de marketing, como também para garantir o seu pleno desenvolvimento e a consequente expansão dos negócios.

É cediço, então, que a inserção das redes sociais facilitou a propagação das informações, potencializou a realização de negócios e a interação com seu público, levando ao mercado mais dinamicidade, competitividade e, conseqüentemente, mais lucratividade (ALVES, 2017).

Outro ponto que merece destaque em relação às mídias digitais como ferramenta de trabalho é a possibilidade de transmitir ao seu público-alvo informações sobre produtos, serviços e notícias corporativas de modo informal, como estratégia de marketing digital. Além disso, também é possível monitorar seus concorrentes e a opinião popular de seus clientes, diante da facilidade de pesquisa. Afinal, ainda que a empresa ou o empregador opte por não aderir as redes sociais no ambiente de trabalho, isso não impede que o consumidor deixe de expressar sua opinião na internet, então utilizar essa ferramenta é uma opção, acima de tudo, estratégica (SANTOS, 2014).

Ademais, interessante mencionar que a interação entre o mundo físico e o digital foi uma forma pela qual os empresários driblaram os obstáculos impostos pela pandemia do Coronavírus. Conforme pesquisa elaborada pelo SEBRAE (2021), plataformas digitais mais utilizadas pelos brasileiros para fins comerciais são o *WhatsApp* (84%), seguida pelo *Instagram* (54%) e o *Facebook* (51%). Levantamento aponta, ainda, que de cada dez empresas brasileiras, sete já comercializam seus produtos e serviços pela internet.

Imprescindível conhecer a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida popularmente como Marco Civil da Internet. A referida lei tratou de regulamentar os fundamentos, deveres e princípios a serem seguidos no uso da internet, como o da dignidade da pessoa humana, o da privacidade e da inviolabilidade da intimidade. Aqui, destaca-se o seu art. 7º, inciso VII, que positivou a proteção ao usuário contra o fornecimento de seus dados pessoais a terceiros, inclusive registro de conexão e de acesso a aplicações de internet. A divulgação é permitida apenas mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei (BRASIL, 2014).

As informações citadas servem para contextualizar a necessidade de que as organizações ambientais de trabalho se adequem aos avanços tecnológicos, em especial as redes sociais, já que a sua popularização é um fenômeno irreversível. Diante disso, é de suma importância analisar os possíveis impactos negativos do uso de tais tecnologias no ambiente de trabalho, pois a naturalização de seu acesso dentro do ambiente organizacional trouxe impacto significativo não só para os empregadores, como também para os obreiros. É o que se pretende investigar no tópico adiante.

3.2 Do mau uso das redes sociais no ambiente de trabalho

Para Silva e Mendes Filho (2015), o ambiente de trabalho foi beneficiado com o advento tecnológico da internet, pois ofertou uma modernização às empresas, que agora contam com novos canais de atendimentos aos seus clientes, além de ofertar sistema de informações, controle e gerenciamento com redução de custos.

Por outro lado, Lodi e D'Arísbo (2019) consideram que, como qualquer outra evolução tecnológica, as redes sociais também apresentam malefícios a curto, médio e longo prazo. Segundo as autoras, uma das maiores desvantagens consiste na dependência que elas podem causar em seus usuários, sendo bastante comum que diversos funcionários deixem de executar suas funções em prol da diversão virtual, o que compromete seu rendimento laboral e de toda a empresa.

Todavia, a devida utilização das redes sociais, por si só, não causa dano algum ao ser humano. O problema está, sobretudo, na dosagem e intenção do uso. Nesse caso, sim, existem problemas reais, como o aparecimento do ócio e de doenças que prejudicam a empresa e o empregado, pois podem gerar desatenção, perda de prazos, queda na qualidade e desempenho do serviço, dentre outros (SILVA *et al.*, 2019).

De acordo com Newport (2018), em sua obra intitulada “Trabalho Focado”, as mídias sociais podem ser consideradas como verdadeiras máquinas de distração, podendo levar a problemas relacionados à falta de concentração nos estudos, no trabalho e nos ciclos sociais. E, uma vez atingindo o labor sem a devida cautela, muito provavelmente haverá a queda de produtividade, pois o ser humano não se adapta bem a multitarefas, isto é, sem o devido foco as habilidades criativas são reduzidas significativamente (NEWPORT, 2018). Isso porque, como se sabe, o local de trabalho requer dedicação, concentração, produtividade e obediência integral às normas da empresa, e um desvio de conduta profissional pode gerar consequência grave como a rescisão contratual.

O uso inadequado das redes sociais traz consequências não muito agradáveis para o lado profissional. A depender da gravidade da situação, as punições podem ir desde uma advertência verbal até uma demissão, inclusive por justa causa. A própria Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), em seu art. 482, aborda algumas hipóteses de rescisão direta (BRASIL, 1943).

No entanto, frisa-se que ainda não há legislação específica sobre o uso de celulares e redes sociais no ambiente laboral, sendo regulamentado por algumas empresas por regimentos e/ou cartilhas internas (MIRANDA, 2015 *apud* FIGUR, 2016). Por meio desses regulamentos, a desobediência às regras impostas pelo empregador pode configurar desídia no desempenho da função, ato de indisciplina e insubordinação, já que durante o horário de trabalho o empregado deve estar à disposição do empregador.

Outra problemática não menos recorrente, como bem menciona Figur (2016), consiste na crescente utilização pelas empresas das mídias digitais para divulgação de promoções, serviços e produtos, interagindo direta e indiretamente com seus clientes. Nesse sentido, o empregado que detém o acesso aos perfis nessas redes sociais deve zelar pela marca, visto que qualquer publicação em desacordo com os valores éticos, morais e sociais pode prejudicar a reputação da entidade jurídica. De modo igual deve o empregador preocupar-se com a imagem – direito assegurado pelo art. 5º, X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) - de seus funcionários em campanhas publicitárias, já que o seu mau uso em redes sociais também é passível de reparação civil.

É o entendimento da 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que em decisão recente reconheceu que constitui abuso de direito o uso indevido da imagem para fins comerciais, além de culminar em excesso de tarefas, a imposição ao obreiro de realizar propagandas virtuais da loja como se ele fosse ator. (TST - Acórdão Airr - 1200-56.2016.5.12.0023, Relator(a): Min. Douglas Alencar Rodrigues, data de julgamento: 02/05/2018, data de publicação: 04/05/2018, 5ª Turma).

Outrossim, é bastante comum que muitas das vezes os empregados utilizem seus perfis pessoais no expediente de trabalho para tratar de assuntos particulares. Inclusive, não se pode ignorar que certas publicações em seus perfis pessoais ou até mesmo polêmicas fora da empresa podem afetar a credibilidade das empresas perante a sociedade. Sendo assim, o trabalhador precisa ponderar sua exposição virtual com os valores éticos, sociais e morais de onde trabalha.

Esse direito, no ambiente corporativo, está intrinsecamente relacionado à reputação da empresa, à marca e à honra objetiva, de modo que deve ser zelado sob pena de perder credibilidade perante seu público alvo. Tanto o empregador enquanto pessoa física ou enquanto pessoa jurídica pode ter lesionada a sua honra na esfera objetiva (conceito externo que aborda o bom nome e a reputação), porém apenas à pessoa física atribui-se a honra subjetiva (ARAÚJO, 2015).

Muito embora não seja detentora de honra subjetiva, é pacífico o entendimento da possibilidade de dano moral à pessoa jurídica, em caso de violação à honra objetiva, em observância à súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A indenização se justifica em detrimento do dano ocasionado à sua imagem, respeito e credibilidade na sociedade, de modo a minimizar o abalo à sua reputação, desde que devidamente comprovado.

Nesse sentido, Figur (2016) entende que o empregado deve ter bom senso em seu comportamento virtual, porque as condutas externas podem repercutir no âmbito trabalhista. Ou seja, a postura deve ser condizente com a atividade exercida na empresa onde labora. Ademais, insta ressaltar que o uso indevido dessas ferramentas digitais não se resume apenas à excessividade ou aos horários inapropriados. Difamar colegas do mesmo nível hierárquico (horizontal) ou seu superior (vertical

ascendente ou descendente), ofender clientes ou pacientes, até mesmo quando praticadas de maneira virtual, são atos que caracterizam indisciplina passíveis de punições.

Compartilhar informações sigilosas em redes sociais podem acarretar problemas como vazamento de dados confidenciais da empresa, não sendo possível saber quem teve acesso aos dados. Como bem adverte Zimmer (2020), as redes sociais no ambiente laboral “também levam a links suspeitos. Existe um potencial risco de instalação de softwares maliciosos contendo *malware*, *spyware* e vírus”. Segundo o autor, o *Facebook* e o *Whatsapp* são os que lideram os ataques cibernéticos, apresentando cada um, sucessivamente, 4,5 milhões de tentativas e 3,7 milhões. Seja por ignorância, ingenuidade ou compartilhamento excessivo, o fato é que os funcionários e os empregadores devem atentar-se aos possíveis riscos de hackers, pois isso também se caracteriza como mau uso no ambiente de labor. Portanto, os funcionários precisam ponderar o acesso à internet, para evitar consequências negativas em seu trabalho.

De qualquer modo, a interferência das redes sociais nas relações trabalhistas é um fenômeno irreversível. Em face disso, passa-se à análise do acesso ao perfil virtual do empregado como critério de admissão e demissão. Indaga-se: será que o empregador pode deixar de contratar um candidato, ou até mesmo demitir um funcionário, em face de mau comportamento na internet?

3.3 Acesso às Redes Sociais do Empregado como Critério de Admissão e Demissão

Conforme explanado, percebe-se uma forte relação entre o uso das redes sociais e o Direito do Trabalho. O que se pretende, aqui, é verificar a sua influência, positiva ou não, no processo de admissão e de demissão dos obreiros. Até onde ela pode ser considerada legal?

Da mesma maneira em que as redes sociais possibilitaram o acesso dos empregadores à opinião direta dos consumidores e clientes, também facilitaram o conhecimento de seus funcionários no processo de recrutamento e seleção. Com essa possibilidade, as empresas buscam, através das mídias digitais, informações que não constam nos currículos de seus candidatos, pois a partir do comportamento virtual de alguém é possível saber, por exemplo, seu posicionamento político, religioso e sua orientação sexual (FIGUR, 2016).

Aliás, não é novidade que as empresas costumeiramente recorrem à internet para buscar informações acerca dos empregados não é novidade, seja em função de pedir certidões negativas criminais ou pela carta de recomendação, telefones dos últimos empregadores para fins de referência (CARDOSO; OLIVEIRA, 2018). Entretanto, os recrutadores vêm analisando-os antes mesmo da contratação, quando vistoriam os perfis virtuais de seus candidatos.

De fato, muitos atos da vida privada quando são expostos no mundo virtual não são sequer pensados se podem refletir no âmbito empregatício, seja em momento de contratação ou em provável demissão. Ora, por que um trabalhador em seu momento de lazer iria se preocupar, por exemplo, se há recrutadores ou gestores vistoriando seu perfil virtual? Segundo Mavidichian (2016, *apud* FIGUR, 2016), é natural que os usuários encontrem nas redes sociais um ambiente mais descontraído, livre de supervisão, sem a seriedade de um perfil executivo. Desse modo, eles têm mais liberdade de expor seus gostos pessoais e opiniões, sejam elas polêmicas ou não.

Entretanto, vale frisar que não há direito absoluto. Muito embora o empregado tenha, sim, o direito à liberdade e à vida privada, com base sobretudo no princípio da dignidade da pessoa humana, ele também tem deveres. E um deles, já mencionado, refere-se ao respeito a diretrizes de onde trabalha, como obediência ao Código de Ética da empresa.

É imprescindível visualizar os limites da liberdade de expressão do empregado nas redes sociais e o que seria discriminação por parte a empresa. A Organização Internacional do Trabalho (OIT), em sua Convenção nº 111, mais precisamente em seu art. 1º, considera discriminação como sendo toda forma de distinção, preferência ou exclusão que se fundamente em raça, sexo, cor, opinião política, religião, origem social ou ascendência nacional que altere ou mesmo destrua a igualdade de oportunidades para o emprego. A própria Carta Magna, em seu art. 7º, inciso XXX, proíbe a discriminação por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil como critério de admissão, diferença salarial e exercício de funções (BRASIL, 1988). Neste inciso constitucional vigora o princípio da igualdade, que deve ser observado em qualquer fase da relação trabalhista.

Por outro lado, os critérios de demissão com base no acesso a informações publicadas em redes sociais devem ser analisados criteriosamente. Na sessão anterior foi abordado como o uso indevido das redes sociais no emprego podem afetar, por exemplo, a produtividade laboral. Além dessas situações, há outra questão que põe o trabalho e as redes sociais em situações antagônicas. Diferentemente do que ocorre quando alguém desabafa sobre sua vida pessoal, quando este desabafo envolve o ambiente de trabalho ou colegas de seu convívio profissional, expondo-lhe(s) de forma ofensiva, constrangedora e degradante, é perfeitamente cabível a hipótese de demissão por justa causa, com fulcro no art. 482, alínea “K”, da CLT, por ato lesivo a honra ou boa fama, ou ainda ofensas físicas contra superiores hierárquicos (BRASIL, 1943).

A 2ª Turma do TST legitimou a dispensa por justa causa em decorrência de ofensas feitas em rede social (*Facebook*) por um empregado à empresa e ao superior hierárquico. Na ocasião, entendeu-se que a atitude, além de repercutir negativamente a imagem dos ofendidos, subverteu a ordem no ambiente de trabalho, o que autorizou a aplicação da demissão por justa causa, independentemente de prévias

advertências ou suspensões. (TST - Acórdão Airr - 423-90.2015.5.12.0028, Relator(a): Min. Maria Helena Mallmann, data de julgamento: 31/05/2017, data de publicação: 09/06/2017, 2ª Turma).

Esses comentários difamatórios acerca da empresa e/ou do ambiente empregatício, uma vez públicos, violam a imagem da empresa, podendo atingir a esfera criminal (delitos penais) e até mesmo em prejuízo cível (responsabilidade civil). E, nesses casos, pode surgir para o obreiro o dever de indenizar o empregador pelos danos materiais e morais sofridos, se houver.

Como bem alerta Figur (2016, p. 30): “para tudo é preciso o uso de bom senso, tanto para a contratação, conduta do empregado em relação à empresa, quanto para a demissão por justa causa ou até mesmo sem justa causa”. Em outras palavras, a autora defende que o perfil virtual deve ser utilizado com cautela, sabendo que apesar da informalidade em que o ambiente propicia, ainda, sim, há regras e condutas morais a serem seguidas. Isso não quer dizer que o obreiro terá sua intimidade violada ou sua liberdade de expressão cessada; significa apenas que o perfil, quando público, deve ser adequado aos valores sociais e morais como um todo, sobretudo por se tratar de uma ferramenta pública de grande exposição.

4 DA REPERCUSSÃO JURÍDICA E ATITUDES CORPORATIVAS PARA MINIMIZAÇÃO DOS RISCOS

A era cibernética alterou a forma de o ser humano se relacionar. Como fora visto, as mídias sociais têm forte interferência nas relações trabalhistas, e o seu uso indevido traz consequências jurídicas para ambas as partes da relação contratual: empregado e empregador. Desse modo, o obreiro que cometer falta grave ensejadora de demissão por justa causa, poderá rever a rescisão em juízo, caso a considere arbitrária. No subtópico a seguir será analisado o instituto de reversão de demissão na Justiça do Trabalho e quais as possibilidades aceitas no ordenamento jurídico.

Posteriormente, será exposto o entendimento majoritário dos tribunais brasileiros, para que se possa analisar a jurisprudência, frente a ausência de legislação específica concernente ao tema em questão. Analisar-se-á as decisões fundamentadas pela CLT. Por fim, busca-se apresentar quais as opções que os empregadores têm para evitar as situações até então aqui explanadas. Uma política empresarial preventiva é suficiente para minimizar os riscos? Proibir o uso de redes sociais no ambiente de trabalho é eficiente?

4.1 Justa Causa e e Possibilidade de Reversão da Demissão em Juízo

Para o Direito do Trabalho, a dispensa por justa causa é a máxima punição ao empregado que comete falha grave no exercício do labor, sendo motivada com base na gravidade (seriedade do erro cometido), imediatidade (prazo do ato demissório) e proporcionalidade (motivos da prática punitiva) da

conduta. Dito isso, importante ressaltar que essa modalidade rescisória deve ser aplicada somente em casos excepcionais, não sendo permitido qualquer outro motivo senão os elencados no art. 482 da CLT, devendo ser fundamentada e com provas inequívocas, sob pena de se configurar dispensa arbitrária (BRASIL, 1943).

Por sua vez, convém destacar que o trabalho é um direito social e encontra-se previsto na Constituição Federal, de tal modo que a relação empregatícia é protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, sem prejuízo de indenização compensatória, de acordo com o art. 7º, I, da Carta Magna (BRASIL, 1988). Trata-se do princípio da continuidade do emprego, “lançando ao ônus da defesa a prova de ruptura do vínculo empregatício, em contextos processuais de controvérsia sobre a questão” (DELGADO, 2019, p. 128).

Desse modo, a demissão por justa causa pode ser compreendida como a penalidade celetista que extingue o contrato empregatício sob ônus do trabalhador faltoso, sendo a exceção legal do princípio trabalhista da continuidade da relação de emprego (DELGADO, 2019). Por outro lado, a jurisprudência reconhece a existência de punições menos rigorosas, como a advertência (não tipificada em lei) e a suspensão (aplicada analogicamente aos artigos 131, V, 474, 494, caput, e 853 da CLT) (BRASIL, 1943).

Como bem explica Delgado (2019), a doutrina prevê a gradação de penalidades para fins de alcance do caráter pedagógico do exercício de poder disciplinar, de caráter meramente educacional, de modo que o intuito primordial da punição é propiciar a sadia convivência trabalhista, em consonância com as regras adotadas pela empresa. Todavia, esse critério gradativo não é absoluto, não se aplicando a todo tipo de conduta faltosa do obreiro. Não há regra impeditiva que inviabilize a aplicação imediata da dispensa por justa causa na ocorrência de faltas graves (DELGADO, 2019). Neste sentido, como a demissão por justa é considerada uma medida gravosa, o empregador precisa se pautar, sobretudo, na razoabilidade e na proporcionalidade. Portanto, cada situação deve ser analisada conforme as circunstâncias e as peculiaridades.

As consequências da ruptura contratual por justa causa para o empregado são significantes, sobretudo no tocante aos benefícios que este deixa de receber, como férias proporcionais, aviso prévio, 13º salário, FGTS, indenização de 40% do saldo do FGTS e seguro-desemprego. Desse modo, somente terá direito a receber as verbas concernentes ao saldo do salário dos dias laborados, e, caso tenha, as férias vencidas.

Todavia, a demissão por justa causa é passível de reversão em juízo, isto é, o obreiro pode ingressar na Justiça do Trabalho e requerer a sua nulidade, desde que comprove que os motivos não observaram os requisitos da CLT, não podendo ser caracterizados como falha grave a ponto de tornar-se insuportável o contrato empregatício. Com a reversão em juízo, a despedida passaria de justa para

injusta, tendo como consequência direta a garantia ao obreiro o recebimento de todas as verbas rescisórias trabalhistas.

Adiante, apetece-se a explorar entendimento jurisprudencial no tocante à reversão de justa causa em juízo. Para tanto, transcrever-se-á julgados recentes dos tribunais trabalhistas, com análises jurídicas de cada caso, tendo em vista a ausência de legislação específica que regulamenta o uso de redes sociais pelo empregado.

4.2 Análise Jurisprudencial Diante da Ausência de Legislação Específica

As hipóteses de rescisão contratual em caso de uso indevido de redes sociais pelo empregador estão elencadas sob a luz do art. 482 da CLT. Agora cabe analisar o entendimento jurisprudencial de casos práticos, já que, até o presente momento, não há lei que trate diretamente sobre o assunto. Para tanto, serão abordados alguns julgados.

O primeiro deles refere-se a decisão do TRT da 1ª Região, que reformou, por unanimidade, a sentença de origem que validou a dispensa por justa causa. No caso em tela, a empregada fora demitida por se manifestar na rede social “Facebook”, tecendo o seguinte comentário: “aderindo a greve parcial. Já que não pagam salário nem o décimo, o jeito é sentar esperar e comer salgadinho” (SIC). A reclamante juntou provas de que outros funcionários também postaram comentários acerca da reclamada, inclusive até mais ofensivos, mas não houve razoabilidade na punição, visto que somente ela recebera a dispensa. Por esse motivo, somado ao fato de que não foi comprovado juízo valorativo da empresa, o Tribunal reconheceu que a dispensa se manifestou excessiva, desconstituindo a justa causa em dispensa imotivada. (TRT-1 - RO: 01000424220165010261, Relator(a): Volia Bomfim Cassar. Data de Julgamento: 16/11/2016, Segunda Turma, Data de Publicação: 29/11/2016).

A demissão por justa causa é forma de dispensa do trabalhador que cometeu falta grave e deve ter como requisitos: a atualidade do ato faltoso, a gravidade desse ato e a proporcionalidade entre a conduta faltosa e da punição aplicada. No ordenamento jurídico brasileiro é considerada a *ultima ratio*, ou seja, o último recurso ou o último instrumento, pois retira direitos basilares dos trabalhadores garantidos constitucionalmente. (CARVALHO, 2020). No caso em tela, o entendimento do TRT da 1ª Região foi no sentido de que a demissão por justa causa da obreira não atendeu aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Para a aplicação da penalidade máxima há necessidade da conduta ter sido gravosa a ponto de impossibilitar a continuidade do vínculo empregatício. A proporcionalidade exige que faltas leves sejam punidas de forma leve, não justificando o rompimento do vínculo laboral.

No caso ora em estudo, o adequado seria realizar a gradação das penalidades, ou seja, aplicar inicialmente a advertência ou a suspensão, para logo após, em caso de reiteração da conduta, demitir por justa causa. Ademais, a conduta do empregador também não se mostrou razoável já que outros funcionários também ofenderam a empresa nas redes sociais e não sofreram a penalidade de demissão. O poder disciplinar do empregador é limitado pela noção de justiça. A desproporcionalidade entre o ato faltoso do empregado e a punição é caracterizado como rigor excessivo podendo ser revertido judicialmente. (CARVALHO, 2020). Portanto, o entendimento do Tribunal pela reversão da justa causa foi coerente, fazendo jus a obreira as verbas da rescisão sem justa causa.

Por outro lado, a 1ª Turma do TRT da 23ª Região manteve a justa causa por ato lesivo à honra patronal praticado pela reclamante na rede social "*Facebook*". Na ocasião, a ex-empregada proferiu comentários difamatórios contra a empresa, alegando que esta deveria fechar por colocar seus funcionários em risco de contaminação com o coronavírus (Covid-19), pois não obedecia aos procedimentos de saúde e segurança devidos. Ademais, quando teve a oportunidade de se defender durante o procedimento interno de apuração de falta grave, alegou que a rede social era pessoal e disparou palavras de baixo calão. (TRT- 23 - RO: 0000195-33.2020.5.23.0126. Relator(a): Tarcísio Régis Valente. Data de Julgamento: 31/08/2021).

Como já citado, o mau uso de redes sociais tem significativo impacto nas relações trabalhistas, sejam elas associadas diretamente ao ambiente de trabalho ou não. O Julgado da 3ª Turma do TST contempla o caso de um empregado demitido por transmitir material pornográfico através de correio eletrônico, utilizando-se do e-mail corporativo para fins ilícitos. A turma entendeu que o ato de indisciplina se enquadra no art. 482, h, da CLT, por evidente descumprimento de norma interna da empresa. Já o conteúdo atesta a incontinência de conduta, previsto no art. 482, b, da CLT. Portanto, a gravidade do ato faltoso é mais do que devida a dispensa por justa causa. (AIRR-128000-93.2007.5.16.0004, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 28/09/2012).

A justa causa que enseja a penalidade de demissão ocorre quando o empregado com sua conduta prejudica a empresa ou os colegas de trabalho. É direito do empregador em caso de falta grave encerrar o contrato de trabalho. Nos dois últimos casos analisados percebe-se que as decisões do TRT 23ª região e do TST ratificando as demissões por justa causa foram assertivas, uma vez que estão presentes os requisitos para a demissão sem justa causa mencionados acima.

Os empregados praticaram condutas graves devidamente tipificadas no art. 482 da CLT. No caso julgado, julgado TRT 23ª Região, o empregado cometeu ato lesivo à honra patronal previsto no art. 482, k, da CLT. A ofensa dirigida ao empregador atinge bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a honra ou a boa fama. Ocorre através da calúnia, difamação ou injúria. Já no caso analisado

pelo TST, o empregado incorreu no art.482, h, da CLT, ato de indisciplina, pois descumpriu norma interna da empresa ao utilizar o e-mail para fins ilícitos e não de trabalho. O ato de indisciplina é uma conduta que contradiz as diretrizes gerais da empresa, gerando transtorno na sua cultura organizacional. Ademais, também incorreu no art. 482, b, da CLT, incontinência de conduta, por ter os e-mails conteúdo pornográfico. A incontinência de conduta caracteriza-se por ato imoral praticado pelo empregado. Portanto, restou claro a proporcionalidade e razoabilidade de suas demissões.

A partir de tais análises, compreende-se que na aplicação da justa causa, por ser a penalidade máxima no pacto laboral, deve-se observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, segundo o qual se considera não apenas a gravidade da conduta, como também as circunstâncias do fato e o histórico da relação empregatícia. Além disso, a penalidade aplicada deve ser imediata, senão há o perdão tácito do empregador, conforme o princípio da imediatidade. Também foi visto que ao empregado é possível o pleito em juízo da reversão da justa causa para dispensa imotivada, sendo-lhe garantido todas as verbas rescisórias devidas, desde que comprove que houve excesso de rigor.

Considerando que a informatização da sociedade é fenômeno irreversível, inclusive no cotidiano corporativo, o que fazer para reduzir os riscos da problemática em questão? No subtópico adiante serão abordadas algumas hipóteses capazes de minimizar as chances de uso indevido no meio ambiente de trabalho.

4.3 Atitudes Corporativas para Minimização dos Riscos

Na era da globalização, marcada pelo incessante desenvolvimento tecnológico, a popularização das mídias sociais permitiu um maior alcance de interação entre pessoas de interesse comum. Nessa acepção, pode-se constatar que a proliferação da internet transformou o ambiente de trabalho, não somente no tocante à produtividade, mas também no comportamento organizacional.

As redes sociais podem ser utilizadas como forte estratégia de marketing, sendo mais acessível que os métodos de marketing tradicionais (FALDA; REGONATO; FRASCARELI, 2016). Para os autores, o uso dessas ferramentas é indispensável no cenário do mercado atual, e se usado corretamente, é capaz de alavancar os resultados da empresa, ofertando um atendimento diferenciado aos clientes, com maior qualidade e atingindo diversos tipos de públicos, como clientes, fornecedores, colaboradores, investidores, gestores e a população em geral.

Em contrapartida, com a acessão desses meios eletrônicos no ambiente de trabalho como ferramenta primária de comunicação, pesquisa, colaboração e informação de negócios, há funcionários que não conseguem conciliar o uso adequado de redes sociais com o ambiente laboral, situação capaz de

gerar prejuízos pessoais e organizacionais (LEMOS et al., 2016). Segundo os autores, o uso pessoal da internet durante o expediente de trabalho é conhecido por *cyberslacking*.

As possíveis causas da ocorrência desse problema são: "dificuldade de autocontrole, procrastinação, monotonia no ambiente de trabalho, oportunidade para liberação do estresse, escapismo, longas horas de trabalho e, por fim, dependência de Internet" (RUNING-SAWITRI, 2012, *apud* LEMOS et. al., 2016, p. 127). Entender esse contexto é importante para discutir as soluções, ou, pelo menos, atitudes que possam amenizar o uso inadequado da internet nas relações trabalhistas.

Para reduzir os acessos inadequados de redes sociais pelos empregados no expediente de trabalho, uma sugestão é o controle de acesso à internet, através de bloqueio, por meio de softwares, a certos tipos de conteúdo inadequado, ou a redes wireless da companhia (BERTOLDI, 2010). Essa prática contribui para aumento da produtividade, diminui os custos e o consumo de banda larga, além de fornecer mais segurança da rede, evitando hackers em links suspeitos (SS3 TECNOLOGIA, 2021).

Figur (2019) destaca que a restrição nada mais é do que exercício do poder diretivo do empregador, ao lhe assegurar o direito de controlar, organizar e fiscalizar as atividades laborais de seus subordinados, como já fora explicado no segundo capítulo. Para Lodi e D'Arísbo (2019), quando essa restrição abrange o horário de descanso do empregado, há uma invasão à sua privacidade, e, por consequência, denota-se comprometimento à sua integridade física.

Ainda assim, destaca-se que esse bloqueio não ocorre por inteiro, pois os dispositivos móveis, como celulares, *smartpads*, *notebooks*, dentre outros, podem ser um atalho no acesso às redes sociais. "Essa facilidade em utilizar os dispositivos móveis dificulta o monitoramento e o bloqueio de determinadas redes por parte da organização" (LODI; D'ARISBO, 2018, p. 41).

No entanto, caso a empresa opte por não controlar o acesso de seus subordinados, é preciso respeitar as suas privacidades, salvo se a permissão consiste apenas para realização de atividades relacionadas ao trabalho. Nesse caso, é legal o monitoramento de mensagens de e-mails corporativos e programas de comunicação fornecidos pela empresa (FRITZEN, 2020).

Além disso, Maciel (2012) defende que as proibições vinculadas ao uso das redes sociais no ambiente laboral são prejudiciais às empresas, pois vão de encontro às tendências atuais do mercado de trabalho, o que implica até no faturamento corporativo. De acordo com o autor, as redes sociais servem para incentivar a criatividade dos empregados, sobretudo quando se trata de vendas, sendo fator relevante no mundo empresarial. Ainda, segundo ele, o bloqueio total gera antipatia com os empregados.

Criar uma política interna sobre o uso de internet também se faz necessário. Nessa opção, a empresa regulamenta as normas específicas de utilização adequada desse recurso digital, cabendo aos funcionários a obediência às regras estabelecidas, sob pena de sofrer sanções disciplinares (CORAL, 2021). A dica da autora é que além de estar disponível para consulta, os empregados assinem um termo

de acordo com o manual. É interessante definir quais os sites e conteúdos são relacionados ao trabalho, até mesmo os que não são, mas que podem ser acessados em tempo integral ou em horários flexíveis (OSTEC, 2016).

Não obstante, Bertoldi (2010) adverte que a implantação destas políticas deve adequar-se à realidade específica de cada empresa, a fim de evitar uma ditadura corporativa. Nessa seara, é preciso observar a idoneidade, a moderação e o equilíbrio, com o intuito de preservar um ambiente laboral sadio que propicie o bem-estar de seus colaboradores.

Conforme Maciel (2012, on-line), existem questões fundamentais que não podem ser omitidas em um regulamento interno corporativo, como postagens sobre clientes, comentários políticos ou sobre os negócios da empresa, monitoramento e privacidade, segurança da informação, uso da imagem dos colaboradores e limites ao uso de e-mail corporativos, dentre outros.

Para Bertoldi (2010) a criação de programas de conscientização e educação sobre a importância da internet para a empresa e as consequências do seu uso inadequado colaboram para o cumprimento da norma. Como destaca o autor, esses cuidados servem para proteger a reputação da empresa e evitar que ela responda civil e criminalmente por atos de seus funcionários. Em caso de risco jurídico, caberá a empresa “comprovar de forma clara e transparente que os procedimentos adotados sempre procuraram respeitar os contornos da isonomia entre os funcionários”.

Nesse ínterim, considerando que o fenômeno da internet é irreversível e essencial às relações socioeconômicas, o impacto no ambiente de trabalho é nítido. As empresas podem minimizar os riscos do mau uso das redes sociais pelos empregados, todavia, ainda não há consenso na literatura quanto a evitar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a refletir acerca do impacto do mau uso das redes sociais nas relações trabalhistas, com ênfase na repercussão jurídica para o empregado. Inicialmente, buscou-se entender, o que abrange o meio ambiente de trabalho e os direitos fundamentais garantidos ao trabalhador, bem como delimitar o poder de direção do empregador.

Seguidamente, apurou-se como as redes sociais alteraram a forma pela qual a sociedade interage. O advento dessa era transformou até mesmo as relações trabalhistas, e o impacto no mundo corporativo é significativo, em especial pela modernização do mercado competitivo atual. Todavia, a sua inserção no ambiente de trabalho deve ser ponderada com muita cautela, a fim de evitar litígios, pois o uso das mídias sociais pode ser indicado como critério de admissão e até de demissão do empregado, em casos mais graves.

A repercussão jurídica do mau uso das redes sociais pelo obreiro é assunto que figura entre diversos julgados recentes pelo Brasil, muito embora, até o presente momento, não haja uma legislação específica sobre o tema. Diante da necessidade de se compreender esse fenômeno recorrente e atual, foram explanados casos reais que ensejaram a rescisão contratual por justa causa em face de seu uso inadequado por parte do empregado.

No que concerne à demissão por justa causa de empregado que usou redes sociais de modo indevido, e considerando que há ausência de legislação específica, como já relatado, o estudo jurisprudencial foi essencial. A possibilidade de reversão de dispensa por justa causa por esse motivo foi estudada a partir de análises de julgados de várias turmas do TRT e de algumas regiões do TST.

Viu-se que ao empregado cabe o dever de respeitar a honra objetiva da empresa, pois tecer comentários depreciativos, ainda que em perfil pessoal, pode comprometer a imagem corporativa perante a sociedade, trazendo consequências negativas inclusive no ponto de vista econômico. Além disso, deve resguardar informações privadas, pois a empresa é detentora do direito à privacidade, e compartilhar informações sigilosas é proibido.

Em caso de não observância aos ditames legais e contratuais pelo obreiro, o empregador poderá dispensá-lo sob a modalidade justa causa. Porém, é possível que a dispensa seja desconstituída em juízo, quando não observados os critérios ensejadores da rescisão por justa causa, visto que a penalidade máxima do contrato empregatício deve ser aplicada em situações devidamente tipificadas em lei, com a máxima observância do critério da razoabilidade e da proporcionalidade.

Como se trata de um tema contemporâneo, as empresas ainda buscam adotar políticas internas para minimização desses riscos, como se procurou demonstrar no final do capítulo quarto. Dentre as possíveis atitudes corporativas, podem ser citadas a criação de um manual de regulamento interno, a criação de programas de conscientização e educação para os funcionários e o controle de acesso da internet no recinto do trabalho.

Assim, diante de tudo o que foi exposto, restou respondida a problemática levantada na pesquisa, bem como atendidos os objetivos específicos propostos.

Portanto, de acordo com a exposição, é inegável a relevância de se levantar pesquisas acadêmicas relativas à seara laboral e à inserção das redes sociais no ambiente corporativo, uma vez que se trata de evento irreversível. Desse modo, diante de uma análise reforçada do problema direcionado ao mau uso e as consequências sociojurídicas, está-se diante de uma possibilidade mais viável de se atingir a minimização desses riscos.

6 REFERÊNCIAS

ALVAR, Maria Vitoria Queija. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e o princípio do não retrocesso social no Brasil**. Revista Âmbito Jurídico, nº 88. Maio, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-88/os-direitos-fundamentais-dos-trabalhadores-e-o-principio-do-nao-retrocesso-social-no-brasil/#_ftn28>. Acesso em: 19 dez. 2021.

ALVES, Jaison Danilo. **A adoção das redes sociais como objeto de mídia e interação: o uso do Facebook na visão dos gestores das grandes organizações de São Bento do Sul, SC**. 2017. 24 f. Monografia (Especialização) - Curso de Controladoria e Gestão Empresarial, Universidade da Região de Joinville, Joinville, 2017. Disponível em: <http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2017/09/TCC-Jaison-Danilo-Alves.pdf>. Acesso em: 14 out. 2021.

ARAÚJO, Liana Silva de. **A exposição da empresa pelo empregado nas redes sociais**. V Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Universidade Federal de Santa Maria, 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-1.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **44 Cartas do mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. 904 p. São Paulo, LTr, 2017.

BERTOLDI, Marlí Stenger. **Consequências pelo uso inadequado da internet no ambiente de trabalho**. PHMP Advogados, 01 jul. 2010, on-line. Disponível em: <https://phmp.com.br/consequencias-pelo-uso-inadequado-da-internet-no-ambiente-de-trabalho/>. Acesso em: 23 jan. 2022.

BEZERRA, Fabiano César Petrovich. **O meio ambiente na Constituição Federal de 1988: um olhar sobre os princípios constitucionais ambientais**. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, v. 1, n. 02, 2 out. 2013.

BRAGA JÚNIOR, S. **Direito Ambiental Constitucional: Uma Perspectiva Principlológica Normativista**. Prim Facie, [S. l.], v. 20, n. 44, 2021. DOI: 10.22478/ufpb.1678-2593.2021v20n44.46055. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/46055>. Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 ago. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 1 mai. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (2ª Turma). **Acórdão Airr - 423-90.2015.5.12.0028**. Relator(a): Min. Maria Helena Mallmann. Publicado 09/06/2017. Disponível em: <https://oabjuris.neoway.com.br/process/3ed74f791dd826dbbc560082f0ddf1dec7a92bf45d961a07817811797a03afa4?searchId=3f5d68df-9215-4b9b-ac81-143fe7af2070>. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR-128000-93.2007.5.16.0004**, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 28/09/2012. Disponível em: <https://oabjuris.neoway.com.br/process/3ed74f791dd826dbbc560082f0ddf1dec7a92bf45d961a07817811797a03afa4?searchId=3f5d68df-9215-4b9b-ac81-143fe7af2070>. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3ª Turma). **Acórdão Airr- 1461-48.2010.5.10.0003**. 3ª Turma. Relator(a): Alexandre de Souza Agra Belmonte. Julgado em 25/02/2015. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/881915388/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-14614820105100003/inteiro-teor-881915995?ref=juris-tabs>. Acesso em: 4 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (5ª Turma). **Acórdão Airr - 1200-56.2016.5.12.0023**. Relator(a): Min. Douglas Alencar Rodrigues. Publicado 04/05/2018. Disponível em: <https://oabjuris.neoway.com.br/process/870df0988500236512a309886cf1ba19c03eb36c8e83e276e0c93f3918b06fb1?searchId=ac3fbc8b-3329-4da5-b551-0d3edddd5ade>. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). **Recurso Ordinário 0100042-42.2016.5.01.0261**. 2ª Turma. Relator(a): Volia Bomfim Cassar. Data de Julgamento 16/11/2016. Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/417190550/recurso-ordinario-ro-1000424220165010261>. Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (7ª Região). **Recurso Ordinário 0000073-86.2013.5.07.0004**. 2ª Turma. Relator(a): Cláudio Soares Pires. Data de julgamento 14/07/2014. Disponível em: https://www.trt7.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2316:denunciar-atraso-de-salarios-no-facebook-nao-gera-demissao-por-justa-causa&catid=152&Itemid=885. Acesso em 4 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (10ª Região). **Recurso Ordinário 0000087-8320135100102**. 3ª Turma. Relator(a): Des. Douglas Alencar Rodrigues. Julgado 09/04/2014. Publicado 25/04/2014. Disponível em: <https://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1137888599/878320135100102-df>. Acesso em: 16 fev. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (15ª Região). **Recurso Ordinário 10474-87.2015.5.15.0090**. Relator(a): Flávio Allegretti de Campos Cooper. Publicado 06/02/2017. Disponível em: <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/427193455/recurso-ordinario-trabalhista-ro-104748720155150090-0010474-8720155150090/inteiro-teor-427193465>. Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (23ª Região). **Recurso Ordinário 0000195-33.2020.5.23.0126**. Relator(a): Tarcísio Régis Valente. Data de Julgamento: 31/08/2021. Disponível em: https://portal.trt23.jus.br/portal/sites/portal/files/groups/comunicacao/Documentos-PDF/acordao_justa_causa_redes_sociais.pdf. Acesso em: 4 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 227**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf. Acesso em: 01 nov. 2021.

CARVALHO, Iara Venzelotti. Requisitos indispensáveis para a dispensa por justa causa. 2020. **Jus Brasil**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/requisitos-indispensaveis-para-a-dispensa-por-justa-causa/847595162>. Acesso em: 05 out. 2023.

CORAL, Gisele Pereira. **Política de uso de internet: crie um manual para os colaboradores!** Custódio Lima Advogados Associados, 02 jul. 2021, on-line. Disponível em: <https://custodiolima.adv.br/2021/07/02/politica-de-uso-de-internet-crie-um-manual-para-os-colaboradores/>. Acesso em: 04 fev. 2022.

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

FALDA, Nilza Helena Ferreira; REGONATO, Renan Luciano; FRASCARELI, Renan Prado. **Inteligência no Marketing Digital**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade G&P, Pederneiras, 2016. Disponível em: <https://www.fgp.edu.br/wp-content/uploads/2017/03/TCC-2016-Intelig%C3%Aancia-no-Marketing-Digital.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2022.

FARIAS, Edilsom. **Restrição de direitos fundamentais**. Revista Sequência, Ppgd Ufsc, v. 21, n. 41, p. 67-82, jan. 2000. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15416>. Acesso em: 12 dez. 2021.

FARIAS, Talden. **Uma perspectiva constitucional do conceito de meio ambiente**. Revista Consultor Jurídico. Outubro, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-07/ambiente-juridico-perspectiva-constitucional-conceito-meio-ambiente>. Acesso em: 14 dez. 2021.

FIGUR, Cristiane Vanessa. **As redes sociais e o ambiente de trabalho**. 2016. 43 f. TCC (Monografia) - Curso de Direito, Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2016. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/4046>. Acesso em: 28 out. 2021.

FRITZEN, Cledison Eduardo. **Como lidar com o uso indevido da Internet no ambiente de trabalho**. Lumium Blog, 11 set. 2020, on-line. Disponível em: <https://www.lumium.com/blog/como-licar-com-o-uso-indevido-da-internet-no-ambiente-de-trabalho/>. Acesso em: 03 nov. 2022.

GRECO, Elizabeth. **Liberdade de expressão nas redes sociais e suas repercussões no contrato de trabalho**. Revista Consultor Jurídico, jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-12/greco-liberdade-expressao-redes-contrato-trabalho>. Acesso em: 02 fev. 2022.

LEMOS, Igor Lins; SILVA, Romildo Fellipe Nascimento; SILVA, Maria Clara Miguel Descendente de Melo. **Uso inadequado de internet no ambiente de trabalho: uma revisão sistemática**. Gerais, Rev. Interinstitucional de Psicologia, Juiz de Fora, v. 9, n. 1, p. 125-140, jun. 2016. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-82202016000100010&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 22 fev. 2022.

LODI, Paula; D'ARISBO, Anelise. **A interferência das redes sociais no trabalho cotidiano e para a gestão de pessoas: um estudo de caso múltiplo em indústrias de plásticos de farroupilha**. Revista Brasileira de Gestão e Inovação, Instituto Federal do Rio Grande do Sul, v. 6, n. 2, p. 25-47, abr. 2019. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/RBGI/article/viewFile/5925/pdf>. Acesso em: 01 nov. 2021.

LODUCA, Emília Kazue Saio. **O Direito Fundamental e Constitucional ao Meio Ambiente do Trabalho Equilibrado e Saudável.** Revista Âmbito Jurídico, nº 187. Setembro de 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/o-direito-fundamental-e-constitucional-ao-meio-ambiente-do-trabalho-equilibrado-e-saudavel/>. Acesso em: 15 dez. 2021.

MACIEL, Rafael Fernandes. **Empresas devem instituir política de redes sociais.** Revista Consultor Jurídico, 21 jun. 2012, on-line. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2012-jun-21/rafael-maciel-empresas-instituir-politica-uso-redes-sociais#:~:text=As%20políticas%20que%20se%20preocupam,impactos%20à%20reputação%20do%20negócio](https://www.conjur.com.br/2012-jun-21/rafael-maciel-empresas-instituir-politica-uso-redes-sociais#:~:text=As%20políticas%20que%20se%20preocupam,impactos%20à%20reputação%20do%20negócio.). Acesso em: 27 jan. 2022.

MACHADO, Adriana Heinen; COSTA, Dartagnan Limberger. **Os benefícios da correta aplicação do poder diretivo pelo empregador.** Revista Jus, jan. 2017, [S. l.]. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55129/os-beneficios-da-correta-aplicacao-do-poder-diretivo-pelo-empregador>. Acesso em 14 jan. 2022.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. Meio Ambiente do Trabalho. Descrição Jurídico-Conceitual. Ww8u82016. Disponível em: [https:// Revista Direitos, trabalho e política social, Cuiabá, V.2, N.3. P.80-117, JUL/DEZ](https://RevistaDireitos, trabalho e política social, Cuiabá, V.2, N.3. P.80-117, JUL/DEZ) periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/rdtps/article/view/8774/5977. Acesso em: 05 out. 2023.

MASSI, Juliana Machado; VILLATORE, Marco Antônio César. **A aplicação dos direitos fundamentais da personalidade no ambiente de trabalho:** a necessidade de respeito mútuo em prol da máxima de justiça e da dignidade humana dentro da relação de emprego. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI, 2012, Niterói. UFF, 2012. p. 487-506. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=98>. Acesso em: 08 set. 2021.

MELO, Sandro Nahmias. **Meio ambiente do trabalho.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, agosto de 2020. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/meio-ambiente-no-trabalho_5f25ad9b5477b.pdf. Acesso em: 14 dez. 2021.

MOSCHEN, João Antonio. **Aspectos (in)constitucionais das limitações à privacidade e à intimidade do trabalhador no ambiente de trabalho.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3330, 13 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22397>. Acesso em: 2 dez. 2022.

MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. **O poder diretivo do empregador e a necessidade do reexame de seus fundamentos no século XXI.** 2014, XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c187bf76c5a82332#:~:text=O%20poder%20diretivo%20do%20empregador%20permite-%20lhe%20grosso%20modo%20,tudo%20fiscalizar%20as%20atividades%20desenvolvidas](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c187bf76c5a82332#:~:text=O%20poder%20diretivo%20do%20empregador%20permite-%20lhe%20grosso%20modo%20,tudo%20fiscalizar%20as%20atividades%20desenvolvidas.). Acesso em: 15 dez. 2022.

NEWPORT, Cal. **Trabalho focado: como ter sucesso em um mundo distraído.** 1. Ed. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

OLIVEIRA, L. M.; CARDOSO, L. M. **O impacto das redes sociais nas relações de trabalho e sua força probante.** *Âmbito jurídico*, v. 171, p. 1, 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/o-impacto-das-redes-sociais-nas-relacoes-de-trabalho-e-sua-forca-probante/>. Acesso em: 15 ago. 2021.

OSTEC, Segurança Digital de Resultados. **Política de uso da internet, conheça os tópicos essenciais.** OSTEC, 31 mai. 2016, on-line. Disponível em: <https://ostec.blog/padronizacao-seguranca/politica-de-uso-da-internet-topicos-essenciais/>. Acesso em: 27 jan. 2022.

SANTOS, Felipe André dos. **Marketing na Era Digital:** análise da marca chico rei. 2014. 59 f. TCC (Graduação) - Curso de Comunicação Social/Jornalismo, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014. Disponível em: <https://www.ufjf.br/facom/files/2014/03/Marketing-na-Era-Digital.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2021.

SEBRAE (on-line). **Redes sociais:** 77% dos pequenos negócios da Paraíba usam a internet para vendas. 2021. Disponível em: <http://www.pb.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/PB/redes-sociais-77-dos-pequenos-negocios-da-paraiba-usam-a-internet-para-vendas,9d0f4499e82f6710VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em: 11 nov. 2021.

SILVA, Elizabete Varela da; MENDES FILHO, Luiz. **Internet e redes sociais no ambiente de trabalho:** uma análise com funcionários do setor hoteleiro da cidade de Natal (Rio Grande do Norte). *Turismo e Sociedade Revista*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 321-341, ago. 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/turismo/article/view/43158>. Acesso em: 02 nov. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Valeria Rosa de Lima *et al.* **Uma análise do impacto negativo causado pelo uso desenfreado de redes sociais nas organizações.** *Revista Educ, Duque de Caxias*, v. 6, n. 2, p. 110-123, dez. 2019. Faculdade de Duque de Caxias. Disponível em: niesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20210618114157.pdf. Acesso em: 02 nov. 2021.

SSS3 Tecnologia. **Quando se deve bloquear sites em sua empresa? Veja 8 fatores para considerar.** SSS3 Tecnologia, 25 fev, 2021, on-line. Disponível em: <https://www.ss3tecnologia.com.br/post/quando-se-deve-bloquear-sites>. Acesso em: 03 nov. 2021.

TEIXEIRA, Paulo Juliano Roso. **Os limites do Poder Diretivo do Empregador.** *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 02 mar 2020, 04:40. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54278/os-limites-do-poder-diretivo-do-empregador>. Acesso em: 16 dez. 2021.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho.** *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 82, n. 4, p. 19-46, out./dez. 2016. Disponível em: www.juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/101982. Acesso em: 02 dez. 2022.

ZIMMER, Kelvin. **Qual o risco da liberação das redes sociais na empresa?** *Lumiunblog*, nov. de 2020. Disponível em: <https://www.lumiun.com/blog/qual-o-risco-da-liberacao-das-redes-sociais-na-empresa/>. Acesso em: 12 nov. 2021.

AS CONSTITUIÇÕES DE ATAQUE E DE DEFESA: RECONSTRUÇÃO TEÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NAS EXPERIÊNCIAS RECENTES DO BRASIL E DA BOLÍVIA

LAS CONSTITUCIONES DE ATAQUE Y DEFENSA: RECONSTRUCCIÓN TEÓRICA DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO EN LAS RECIENTES EXPERIENCIAS DE BRASIL Y BOLIVIA

MARCELO SOARES MOTA¹; DJAMIRO FERREIRA ACIPRESTE SOBRINHO²

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a Constituição Plurinacional da Bolívia como uma carta de ataque que visa inserir os direitos fundamentais de forma mais efetiva, modificando as estruturas de poder do Estado em contraposição a Constituição de defesa brasileira, que preconiza a manutenção das garantias básicas contra possíveis ofensas. Portanto, o método de abordagem enfatizado no estudo foi o dedutivo e no método de procedimento é priorizada a técnica de pesquisa bibliográfica com descrição de amostra na seleção de obras. Ademais, o procedimento histórico e comparativo é utilizado para enfatizar a correlação do poder colonial e suas estruturas de manutenção de sociedades, culturas e sujeitos como inferiores da própria formação dos Estados da Bolívia e do Brasil. Assim, estruturando-se o trabalho na análise das constituições de defesa e de ataque, a superestrutura e infraestrutura do poder e as crises institucionais no transcorrer das Cartas Magnas sob o viés de governos que preconizam o processo neoliberal e flexibilização dos direitos fundamentais. Por fim, os resultados da pesquisa resultam na observância de que Constituição de defesa da Bolívia consegue ser mais paradigmática em conter os avanços da elite boliviana de caráter colonial e neoliberal, pela

modificação nas estruturas de poder. No entanto, no contexto atual brasileiro é evidenciado uma violação sistêmica dos direitos fundamentais para priorizar os objetivos econômicos em detrimento da efetivação dos direitos sociais e da própria manutenção da democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Ataque. Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Defesa. Direito fundamental.

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo analizar la Constitución Plurinacional de Bolivia como una carta de ataque que pretende insertar los derechos fundamentales de manera más efectiva, modificando las estructuras de poder del Estado en contraposición a la Constitución de defensa brasileña, que aboga por el mantenimiento de las garantías básicas frente a posibles agravios. Por lo tanto, el método de abordaje destacado en el estudio fue el deductivo y en el método de procedimiento se prioriza la técnica de investigación bibliográfica con descripción de muestras en la selección de trabajos. Además, se utiliza el procedimiento histórico y comparativo para enfatizar la correlación del poder colonial y sus estructuras de mantenimiento de sociedades, culturas y sujetos como inferiores de la propia formación

* Artigo recebido em 12/10/2021 e aprovado em 16/12/2022.

¹ Mestrando em Direito – UFERSA. Especialista em Direito constitucional – URCA. Graduação em Direito - URCA. E-mail: marcelosoaresmota1@gmail.com

² Professor de Direito Constitucional da URCA. Doutor em Educação – UFRN. Mestre em Sociedade democrática, Estado e Direito - EHU-UPV/Espanha. E-mail: djamiro.acipreste@urca.br

de los Estados de Bolivia y Brasil. Así, estructurar el trabajo en el análisis de las constituciones de defensa y ataque, la superestructura y la infraestructura del poder y las crisis institucionales en el curso de la Carta Magna bajo el sesgo de los gobiernos que abogan por el proceso neoliberal y la flexibilización de los derechos fundamentales. Finalmente, los resultados de la investigación arrojan la observación de que la Constitución de defensa de Bolivia logra ser más paradigmática en la contención de los avances de la élite boliviana de carácter colonial y neoliberal, modificando las estructuras de poder. Sin embargo, en el actual contexto brasileño, hay pruebas de una violación sistémica de los derechos fundamentales para priorizar los objetivos económicos sobre la realización de los derechos sociales y el mantenimiento de la propia democracia.

PALABRAS CLAVE: Ataque. Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Defensa. Derechos fundamentales.

1 INTRODUÇÃO

As constituições da América Latina promulgadas no pós-período ditatorial e de governos neoliberais, expandiram o rol de direitos fundamentais que, no entanto, foram limitadas no seu escopo final, na materialização efetiva dos direitos. Portanto, a garantia da efetivação dos direitos elencados no texto constitucional perpassa pela necessária modificação nas estruturas de poder do Estado.

Desse modo, “as salas de máquinas” da constituição estão fechadas. A manutenção do núcleo da maquinaria não é modificada (GARGARELLA, 2013). Novas constituições são promulgadas e modificadas no cerne do constitucionalismo latino-americano que, entretanto, mesmo com a inserção de novos direitos, eles não são inseridos com o intuito de modificar as estruturas dos Estados.

A materialização dos direitos fundamentais com ênfase nas constituições, dependem de inúmeros fatores, colocar os anseios sociais nos textos constitucionais não garante propriamente a sua efetivação. O coeficiente de poder atrelado as influências coloniais e econômicas, modulam a concretização das Cartas Magnas aos objetivos dos detentores do poder e não do povo.

Modificar as estruturas do poder para efetivar os direitos elencados constitucionalmente e até mesmo anterior a própria constituinte, como o direito basilar de viver de acordo com seus costumes, tradições e historicidade, é o que forma a perspectiva de ataque. Portanto, ataque para conseguir “adentrar as salas de máquinas”, para dirimir a inferência da superestrutura, para inibir movimentos antidemocráticos.

Em outra perspectiva, quando as instituições estão inertes, quando o povo está imobilizado, resiste apenas a tentativa de conter as violações dos direitos fundamentais, em uma luta contínua de retrocesso e ínfimo avanço, é a defesa. Compreender essas discrepâncias com ênfase na Constituição brasileira e a Constituição Plurinacional da Bolívia, assim como o contexto contemporâneo, é o objetivo do presente estudo.

Nesse sentido, existem as constituições de “ataque” que visam inserir os direitos pela reestruturação dos poderes, modificando as estruturas para adequar efetivamente à materialização dos direitos, como é o caso da Constituição Plurinacional da Bolívia. Contudo, já as constituições de “defesa” têm como prioridade, primeiramente, inibir as violações dos direitos pelos agentes internos e externos, não tendo como intuito a modificação das estruturas do Estado, como a Constituição Federal do Brasil.

Ainda, os termos “ataque” e “defesa” para enfatizar as constituições da pesquisa, foram desenvolvidas pelos autores do respectivo artigo. Outrossim, serão trabalhadas especificadamente no decorrer da presente pesquisa.

Em relação aos métodos trabalhados na presente pesquisa, na abordagem será utilizado o método dedutivo, consistindo nas hipóteses de inserção dos direitos fundamentais em diferentes

constituições e suas possíveis materialização pela modificação nas estruturas de poder. Para mais, no método de procedimento, conforme as transformações sociais na Bolívia e Brasil, será aplicado o histórico e comparativo. Ainda, foi utilizado a técnica de pesquisa bibliográfica com descrição de amostra na seleção de obras.

Nesse diapasão, a pesquisa estrutura-se na análise do incremento dos direitos fundamentais na classificação das Cartas Magnas de ataque e de defesa, associando seu estudo com as estruturas do poder latente no cerne do Constitucionalismo Latino-americano. Igualmente, enfatizando a superestrutura e infraestrutura e a sua decorrência nas crises institucionais dos Estados latinos e, mais especificamente, nos dois países que canalizam o presente estudo.

2 AS ESTRUTURAS DO PODER NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

A estrutura da maioria dos Estados contemporâneos advém da influência norte-americana com base no federalismo evidenciado pelo país, que emergiu dos estudos de James Madison, John Jay e Alexander Hamilton na obra “*The Federalist Papers*”. A forma federalista, republicana e presidencialista dos Estados Unidos reverberou por outros países da América Latina no transcorrer do século XIX, como no Brasil com a Constituição de 1891.

O Estado monárquico brasileiro foi estruturado sob a forma unitária que advém de uma gênese centralizadora, modificando os objetivos diante das pressões regionais de elites agrárias insatisfeitas com a centralização. Desse modo, foi aprovada a Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, tornando-se uma monarquia representativa e, posteriormente, com a Constituição de 1889, instituído efetivamente o federalismo.

O Brasil, como vimos, assumiu a forma de Estado federal, em 1889, com a Proclamação da República, o que foi mantido nas constituições posteriores, embora o federalismo da Constituição de 1967 e de sua Emenda 1/69 tenha sido apenas nominal. A Constituição de 1988 recebeu-a da evolução histórica do ordenamento jurídico. Ela não instituiu a federação. Manteve-a mediante a declaração, constante no art. 1º, que configura o Brasil como uma República Federativa. (SILVA, 2014, p. 101).

O federalismo brasileiro sofreu grande influência do federalismo norte-americano, todavia, com algumas substâncias diferentes, como o federalismo por agregação americano e o de desagregação brasileiro. Destarte, o Estado brasileiro foi estruturado sob a inferência colonial com ínfima representação popular nos assuntos decisivos do Estado.

Ademais, tal estrutura advém também da organização capitalista e da sua estrutura social que são divididas em superestrutura e infraestrutura, conforme os estudos de Marx (1979), estando à infraestrutura relacionada com os meios de produção e com os indivíduos que produzem, tratando-se da base econômica da sociedade. Porém, a superestrutura é formada pelos grupos dominantes e pelas suas atuações que perpetuam os domínios na estrutura jurídico-política e ideológica.

O *status quo* de manutenção da superestrutura é ocasionado pela utilização de diversos mecanismos como o uso da força pelo Estado legitimado pela ideologia. A produção na infraestrutura gera a manutenção da superestrutura. Nesse sentido, os anseios dominantes pela ação do Estado são disseminados para a manutenção da superestrutura que justifica as desigualdades sociais como uma consequência inerente. Portanto, a modificação das estruturas do Estado apenas é ocasionada para consolidar ainda mais a superestrutura (ALTHUSSER, 1985).

O Estado, cultura, religião, política, Direito e meios de comunicação, formam os pilares da superestrutura que é comandada pelas classes dominantes e ela utiliza esses meios para modelar a infraestrutura de acordo com as suas necessidades. É a mão dos exploradores perpetuada desde o processo colonial até a contemporaneidade, modificando os procedimentos com a implementação de novos modelos como neoliberalismo no intuito de manutenção contínua do poder (QUIJANO, 2005).

Nesse sentido, Gargarella na sua recente obra publicada: *La derrota del derecho en América Latina*, enfatiza como o poder está diretamente relacionado com a manutenção da elite para impor seus objetivos na estrutura do Estado, assim, expondo que:

Para a elite no poder, a situação é extraordinariamente vantajosa: seus membros reconhecem imediatamente que dispõem de meios extraordinários a seu favor, para seu próprio benefício – acesso mais direto ao orçamento e milhares de cargos públicos bem remunerados, maior capacidade de controle com o controle mais ou menos direto do aparato coercitivo, que lhes permite exercer seu poder de ameaça contra quem ousar desafiarlos³ (GARGARELLA, 2020, p.472).

Uma postura liberal-conservadora advinda das independências das regiões da América Latina foi estruturada em uma organização de poder e instituição de direitos que inibia a estrutura defendida pelos republicanos. O intuito dos novos estados era a exclusão das massas do processo decisório, embasados na razão coletiva em contraposição à vontade coletiva. (GARGARELLA, 2014).

³ Para la élite en el poder, la situación es extraordinariamente ventajosa: sus integrantes de inmediato reconocen que cuentan con medios extraordinarios a su favor, para su propio beneficio –acceso más directo al presupuesto y a miles de cargos públicos bien rentados, mayor capacidad de dominio con el control, más o menos directo, del aparato coercitivo, lo cual les permite ejercer su poder de amenaza frente a quienes se animan a desafiarlos (transcrição original).

Os constituintes respaldaram a criação de seção de direitos sem, no entanto, objetivar ocasionar um impacto na organização do poder e como este é inclinado a influenciar a própria concretização dos direitos. Ademais, os constituintes derivados mesmo nos ciclos progressistas tendem a aumentar os direitos, mas mantendo intocável a organização dos poderes. São as consequências das atividades dos legisladores que desde a formação inicial da perspectiva do teor constitucional, refletem as limitações da própria constituição.

As promulgações de novas Cartas Magnas ou as inserções de novos direitos nas constituições vigentes não reformulam o núcleo da “sala de máquinas”. É a idealização do cumprimento dos direitos pela simples inclusão no texto constitucional. Conforme Gargarella (2013), essa é uma típica omissão dos atuais reformadores, que ao se ausentarem de entrar na “sala de máquinas” pode perpetuar as estruturas de poder advindas do século XIX e prejudicar futuras iniciativas.

O contraste reside na redação constitucional, principalmente na estruturação da constituição em duas partes: a *dogmática* com a inserção de direitos e a *orgânica* na organização dos poderes. Uma depende da outra, as reformas na parte *dogmática* apenas serão efetivamente concretizadas com a modificação na estrutura do poder (GARGARELLA, 2014).

No Brasil, segundo o entendimento de BARBOSA (2012, p.28), o constitucionalismo brasileiro foi formado sobre uma ideia de um constitucionalismo periférico. Desse modo, salienta o autor que:

Vive-se aqui um constitucionalismo de segunda mão, de ilusões importadas, sem qualquer “glamour” ou “pedigree”. Talvez por isso o nome de algum estudioso estrangeiro ou a decisão de uma Corte americana, inglesa ou alemã tenha, tão frequentemente, o condão de emprestar credibilidade a novas velhas ideias (BARBOSA, 2012, p.28).

O contexto ditatorial do Brasil e neoliberal da Bolívia antes dos processos constituintes, foi marcado por inúmeros movimentos de desobediência civil. A repreensão estatal atrelada aos objetivos de mudança social encara a desobediência como uma necessidade coletiva, inerente aos princípios constitucionais que, segundo Jürgen Habermas (1988), não se fundamenta exclusivamente no descumprimento da lei.

Portanto, configurando como um ato público e uma ação política que torna o descumprimento da norma jurídica um instrumento secundário. Mesmo com uma norma advinda do processo democrático e puramente legal, a obrigação jurídica pode não ser legítima, desse modo, “*la desobediencia civil deriva su dignidad de esa elevada aspiración de legitimidad del Estado democrático de derecho*” (HABERMAS, 1988, p. 64).

Nesse meandro, o direito ao protesto social como o “primeiro direito”, é analisado por Gargarella (2006) sobre o panorama jurídico de limitação ao direito de manifestação quando existe conflito com outros direitos. A atuação dos juízes é pautada sob a sobreposição de direitos que advêm

do conflito social e que entre o direito à crítica ou qualquer outro direito, a decisão é favorável aos últimos, estando Gargarella de modo contrário a tais decisões.

Os protestos sociais têm a rua como o seu ponto central de publicidade, não podendo ser confundidas com atos criminosos. Manifestar em ações públicas o que não está sendo prioridade no âmbito político é essencial para o aprofundamento democrático que, mesmo causando certos incômodos sociais, não podem se tornar justificativas para a mitigação desse direito.

As concepções de Jürgen Habermas e Roberto Gargarella concentram que a desobediência civil e o direito ao protesto representam o aprofundamento da democracia, realizando a exteriorização dos pontos discordantes entre setores da sociedade e as decisões políticas. Para mais, como a sociedade encara os movimentos, representa ao nível de maturidade democrática.

A história dos países latinos de meados do século XX até a atualidade, foi marcado por três grandes ciclos de falsificação da realidade social, modificando apenas a “visibilidade” das formas de exploração: as ditaduras militares iniciadas a partir da década de 1950, o processo neoliberal da década de 1980 e ascensão da extrema direita na contemporaneidade.

Primeiramente, em relação aos períodos ditatoriais, o marco inicial ditatorial com inferência dos Estados Unidos, ocorreu no Paraguai, posteriormente com manifestações similares no Brasil, Chile e Argentina. Todos os regimes estruturados sob a justificativa de contenção da influência socialista que, na realidade, objetivava manter o poder americano na América Latina.

A derrubada de líderes latinos como João Goulart no Brasil, um governo com teor trabalhista, Salvador Allende no Chile, com uma carga do socialismo democrático e Joan Domingo Perón na Argentina, que representava pautas progressistas, todos relacionavam indiretamente com a tentativa de dirimir a superestrutura, marcou a implementação dos regimes ditatoriais. Foram os mais longo contra-ataque das elites nas Repúblicas da América (GASPARI, 2014).

A ditadura de Pinochet no Chile tonando-se o primeiro laboratório do neoliberalismo na região, desde 1973. Assim, Augusto Pinochet assume o poder nesse ano, governando por sete anos com a Carta de 1925 suspensa, fazendo o mesmo com a própria constituição de 1980 que apenas entraria em vigor, de forma plena, em 1990. Desse modo, reafirmando a disputas históricas na América Latina, deixando à mostra feridas não cicatrizadas do continente (BARADIT, 2018).

Após a experiência no Chile, a primeira onda neoliberal proliferou em outros países latinos, como o governo de Carlos Menem na Argentina, Alberto Fujimori no Peru, Víctor Paz Estenssoro na Bolívia, Carlos Salinas de Gortari no México e Fernando Henrique Cardoso no Brasil.

Finalizando os regimes ditatoriais e reestabelecendo a democracia, foram urgindo novas Constituições na América Latina que objetivavam estruturar e ampliar os direitos anteriormente violados.

Todavia, havia a discrepância entre o texto constitucional e os governos eleitos que pretenderam aplicar o neoliberalismo até o limite constitucional.

A complexidade da trajetória dos movimentos populares na América Latina está atrelada aos altos e baixos da esquerda na região, dos excessivos golpes de Estado e das repressões aos movimentos insurgentes. O triunfo da democracia representativa foi acompanhado por dificuldades em tratar os problemas sociais sem alterar os interesses econômicos da elite. Era a esquerda inerte quando envolvia modificações radicais na estrutura do Estado, uma síntese menos revolucionária quando comparado aos movimentos do século XX, como a Revolução de Cuba e da Nicarágua.

Os movimentos sociais novos de fato eficazes são extremamente nacionalistas, porque ser nacionalista significa diferenciar-se do padrão global de poder, economia e ideologia. Os temas que pautam movimentos de esquerda hoje em dia, especialmente os daquela esquerda que define necessidades e demandas populares no mais amplo sentido do termo, abarcam o imenso mundo dos grupos dominados, afastados do aparelho do Estado e das benesses econômicas advindas do modelo neoliberal (WASSERMAN, 2010, p. 36).

Na afirmativa de Viciano e Dalmau (2010, p.22) o Constitucionalismo que emerge das lutas e reivindicações na América Latina “*es um constitucionalismo sin padres*”. Acrescentando tal afirmação, a percepção de um constitucionalismo transformador sem que, no entanto, modifique a superestruturas do poder torna o povo mero progenitor idealizado da constituição, mas o comando efetivo ainda está nos detentores do poder, que prioriza e intercalam quais direitos serão materialmente efetivados e os que ficarão eternamente como normas meramente programáticas.

Outrossim, a necessidade de emergir um pensamento pós-abissal com o rompimento efetivo das formas ocidentais de pensamento e visão, adentra no contraponto da superestrutura do poder e, portanto, na dificuldade de sua alteração. Entender o processo decolonial como um verdadeiro objetivo contínuo, é perceber que o Novo Constitucionalismo Latino-Americano não é finalizado apenas com as garantias constitucionais das minorias, mas, deve ser inserido pelas modificações na estrutura de poder (SANTOS, 2010).

As transformações das constituições com as extensões dos direitos advindos com as correlações de forças podem, no entanto, serem reduzidas em mero formalismo normativo. A garantia constitucional de determinado direito e sua junção com as normas protetivas que inibem a sua alteração ou revogação, não são suficientes para materializar tais direitos.

As constituições da América Latina ao garantir direitos sociais outrora violados por contextos neoliberais e ditatoriais devem ser consideradas como avanços na afirmação dos movimentos regionais.

Todavia, há um limite ainda entre elencar os direitos sociais e, posteriormente, o seu cumprimento com ênfase estritamente nas Constituições robustas que dela provêm.

Os regimes políticos de esquerda que despontaram no início do século XXI na América Latina, mostraram a variedade de pautas e concretizações no cerne dos Estados que despontavam para a ruptura total, parcial ou apenas modificativa das medidas de governo anteriores.

Destarte, essa realidade latente de características coloniais foi sendo alterada os períodos posteriores as ditaduras militares na América Latina e, por conseguinte, permearam por constituições de teor transitório com ênfase na garantia de direitos anteriormente usurpados. Assim, as contemporâneas constituições, conforme Fajardo (2011), podem ser realocadas em três ciclos do Constitucionalismo Latino-Americano. O primeiro ciclo foi denominado de multicultural, atrelado as Cartas Magnas da década de 80 que visavam introduzir o reconhecimento dos direitos indígenas e das multiplicidades culturais, adentrando a Constituição do Brasil (1988) nesse ciclo.

Posteriormente, adentra no segundo ciclo que é o pluralista e participativo, permeado pela Convenção 169/OIT e, por conseguinte, ampliando os direitos indígenas sob um pluralismo social e uma identidade multicultural. As Constituições da década de 90, tais como a da Colômbia (1991), do México (1992), do Peru (1993) e da Venezuela (1999), influenciaram no desenvolvimento do ciclo posterior, marcando conceitos como Estado Pluricultural e Nação multiétnica (WOLKMER, 2011).

3 PERSPECTIVAS SOBRE AS CONSTITUIÇÕES DE DEFESA E DE ATAQUE NA PAUTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O desenvolvimento do pluralismo político e jurídico abriu espaço para a derrogação da ideia hierarquizada da lei, ocasionada pela constituição. Destarte, na Constituição Plurinacional da Bolívia, o modelo da descentralização político-administrativa realoca a representatividade ao patamar direto de influência dos povos originários e camponeses nas decisões pela autonomia de gestão (PRONER, 2013).

A representação e a partição direta dos indivíduos nas decisões da esfera política enfatizaram o protagonismo dos sujeitos anteriormente marginalizados socialmente. O pluralismo reside, desse modo, no fortalecimento das distintas cosmovisões não apenas no texto formal da constituição, como também na materialização nas diversas esferas e estruturas do Estado (PEREIRA, 2010).

Concretizar os direitos parte de um contínuo processo que necessita de textos político-jurídicos autênticos, capazes de entender o contexto social contemporâneo e as suas raízes, perceber a impossibilidade de associação de uma representatividade e participação efetiva seguindo os modelos de Estados oriundos da Europa e dos Estados Unidos. A discrepância entre a teoria constitucional e a

realidade social é longínqua, suas aproximações dependem de textos constitucionais mais voltados para a conjuntura hodierna (BEDIN; CENCI, 2013).

O processo constituinte brasileiro e, posteriormente, a Constituição Federal de 1988, na percepção de Viciano e Dalmau (2010), não adentra no Novo Constitucionalismo Latino-Americano. O problema reside nos traços ditatoriais da Assembleia Constituinte, como a participação de representantes da ditadura militar e a ausência de consulta e ratificação popular. Assim, Fajardo (2011) classifica a CF/88 do Brasil como multicultural no reconhecimento de direitos indígenas específicos que, entretanto, é mais representativa de um neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo é considerado uma teoria do Direito, não buscando uma ruptura efetiva, mas, apenas a necessidade de um Estado Constitucional de Direito, oriundo dos meios acadêmicos. Contudo, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano surge das mobilizações e reivindicações sociais, que realçam os problemas de baixo para modificar a estrutura de um constitucionalismo não efetivamente democrático (VICIANO, MALMAU, 2010).

Outro aspecto que difere a Constituição brasileira de 1988 dos movimentos do novo constitucionalismo está atrelada ao movimento da justiça de transição comumente verificada nos países da América Latina, que ao sair de períodos ditatoriais e entrando em Estados democráticos, ensejam “[...] transformação da cultura autoritária em cultura democrática através de transformações e reformas das instituições [...]” (GALINDO, 2018, p.16). Acrescentando os estudos de Galindo, a justiça de transição brasileira não foi efetiva, a própria CF/88 foi estruturada ainda sobre o feitiço de um regime de exceção.

Em contraposição, o texto da Constituição Plurinacional da Bolívia é considerado inovador pela caracterização de novos elementos e direitos na órbita constitucional e repensar tais direitos com uma nova forma e lógica de estruturação. Portanto, é analisar o Estado sob a perspectiva indígena e não apenas garantir seus direitos, afirmar a Justiça Indígena Originária Campesina (JIOC) no mesmo patamar da Jurisdição Ordinária, tornar o Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) não formalmente representativo. É a institucionalização do reconhecimento pelas modificações estruturais do Estado (BOLÍVIA, 2009).

A justiça indígena na Bolívia é aplicada como forma de manifestação cultural e de compensação das ineficiências da justiça ordinária em reconhecer o pluralismo e aplicá-lo as suas decisões. Nesse diapasão, a aplicabilidade da jurisdição indígena como sistema jurídico próprio deverá ter consonância com os direitos humanos enfatizados na Constituição Plurinacional e nos tratados e convenções ratificados pela Bolívia (OSÓRIO; RODRIGUEZ, 2012).

Portanto, o sistema indígena é a contramão do modelo monista de reconhecimento de uma só Nação que perpassa por uma só cultura e um único Direito. A nova estruturação do Judiciário da Bolívia foi possível com a promulgação da CPE de 2009. Em contraposição, as reformas no Judiciário em outros

países da América Latina, como no Brasil, são difíceis de modificação pelo enraizamento das estruturas coloniais de poder, concebendo um judiciário precário, ineficiente para entender as múltiplas realidades e com os sistemas penais deploráveis (GLOECKNER, 2018).

Outra estrutura que insere a plurinacionalidade é o Tribunal Constitucional Plurinacional, o art. 197 da CPE estabelece que a eleição dos magistrados e magistradas deverão ser compostas de forma paritária entre a justiça indígena originária campesina e a justiça ordinária.

O Estado Plurinacional é resultado da transformação dos anseios camponeses e indígenas em um projeto político que unificou as classes subalternas e ocasionou uma junção com outros setores descontentes, principalmente, com a política neoliberal. Nesse sentido, Valença (2018, p.147) considera que “a indianização do Estado, a plurinacionalidade, a negação do neoliberalismo e suas propostas centrais, o Estado como planejador e dirigente da economia, expandiram-se como projeto político de grandes massas”.

Os contrapontos entre um Estado Plurinacional e um Estado ainda com raízes ditatoriais são evidentes e, portanto, no caso do Brasil, dificulta uma transição efetiva de um sistema exploratório com cargas de um poder elitista para um sistema mais representativo, participativo que, futuramente, poderá adentrar em processos decoloniais com as reformas institucionais.

Enquanto a Bolívia busca transformações de suas instituições com intuito de materializar os direitos elencados, o Brasil ainda está estagnado em um processo de “defesa”, em uma “armadura” que visa proteger o Estado Democrático de Direito contra os próprios agentes internos. Destarte, não havendo progressos quando comparado aos outros países da América Latina.

Essa formulação defensiva do Estado brasileiro reside no contexto histórico de um país que não é muito enérgico contra seu passado, a visão é de superação do anterior sem, todavia, tocar na “ferida” com o intuito de inibir futuras violações. Outrora, há apenas promulgações de constituições formalmente garantidoras em que a superestrutura realoca a sua aplicabilidade para o segundo plano. A diferença temporal entre as constituições do Brasil e da Bolívia pode ser considerada um dos fatores da discrepância, todavia, não é decisiva.

4 AS CRISES INSTITUCIONAIS NO BRASIL E NA BOLÍVIA NO CONTEXTO ATUAL

Reafirmar o percurso histórico latino-americano é perfazer por inúmeras crises institucionais provocadas por conflitos sociais em uma luta incessante de manutenção da superestrutura pelas elites econômicas. Conforme o escopo do presente estudo, perquirir as crises atuais do Brasil e da Bolívia, é

entender como os mecanismos da elite ainda são drásticos para perpetuação de Estados flexíveis nos direitos fundamentais das minorias.

Em ambos os países, a contestação das pautas à esquerda foram a medula das crises políticas e sociais. Na visão cronológica, o Brasil adentra primeiramente na crise institucional, provocada pelo avanço do *Lanfare*, posteriormente, advém a Bolívia com a crise paradigmática de usurpação do poder pela elite.

A manutenção do poder também é permeada pelo *Lanfare*, mecanismo de junção do sistema de justiça com os meios de comunicação e, por assim dizer, os controladores do poder, na síntese expressiva dos mecanismos políticos no século XXI. A exploração das classes e povos na América Latina não foi determinada pela hegemonia de ideias e valores da classe dominante, mas foram através da coercibilidade, do mecanismo de dominação que perdurou por golpes de Estado, ausência de condutas democráticas e rupturas institucionais (TIRADO, 2019).

Portanto, deve ser entendido a partir da formação social latina, na imposição pelas elites econômicas para a manutenção da superestrutura do poder que impossibilitam a constituição de uma sociedade que priorize o bem-estar dos povos, dos trabalhadores em um âmbito democrático. É a usurpação dos direitos e prerrogativas com o instrumento jurídico, comunicativo e político.

Em períodos de crise, caracterizadas pela impossibilidade de manutenção sob o controle político e ideológico das discrepâncias inerentes a democracia, capitalismo e cidadania, serão ultrapassadas para a manutenção das formas sociais da sociabilidade capitalista. É a inferência do *Lanfare* ao utilizar o direito como mecanismo político de usurpação e aniquilação do inimigo

4.1 C A democracia em colapso no Brasil

O *Lanfare* emergiu de forma mais nítida, atrelado as medidas neoliberais, com o *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff. Ademais, resultado da atuação do Governo no âmbito econômico, principalmente, pela não aprovação das medidas neoliberais exigidas para a continuidade da aprovação do Governo pela elite econômica (TIRADO, 2019).

No Brasil, o caso de Luiz Inácio Lula da Silva é o mais emblemático *Lanfare* de inserção do direito com captação política para interferir em possíveis resultados políticos. A condenação do ex-presidente pela 13ª Vara Federal de Curitiba, foi transcorrida por arbitrariedades, por parcialidades do então Magistrado Sergio Moro no decorrer da operação lava-jato. A celeridade da análise do recurso pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região e o despacho que autorizou imediatamente a prisão após o Habeas Corpus julgado pelo STF, sintetizam o *Lanfare*.

Essa celeridade e parcialidade no processo criminal do ex-presidente tem correlação direta com as eleições de 2018 e os seus índices expressivos de possível vitória presidencial. Todavia, o mercado materializado sobre a elite econômica e o passibilidade do Lula reverter as medidas tomadas pelo Governo Temer, encontraram no poder judiciário a solução do “problema”.

A ascensão do radicalismo de direita no Brasil, advém também de um contexto global na síntese de novos dilemas com velhos problemas. Os movimentos da direita radical, começaram alcançar maiores espaços no âmbito político e social, a partir do final do século XX, caracterizando por ideais antissistema e ataques contra os considerados inimigos da nação (BROWN, 2019).

Com a eleição de Donald Trump e, posteriormente, a de Jair Bolsonaro, em 2018, foi observado a aderência desses movimentos radicais na política, nos governos de ambos os países. A implementação e estruturação das políticas radicais e neoliberais, ainda conforme Brown (2019), partem primordialmente do desmantelamento do Estado social, em uma síntese de ataque contra o constitucionalismo social.

Assim, gerando uma cultura antidemocrática desde baixo e legitimando formas antidemocráticas de poder estatal desde cima. Outro cenário é de que essa ascensão pode ser verificada com descontentamento dos eleitores com as medidas políticas defendidas pelos principais partidos políticos de determinado país (BRANDALISE, 2005).

A ascensão da direita radical também está relacionada com o desenvolvimento do *Lanfare*, principalmente com a correlação do objetivo de desqualificar e desmoralizar o adversário político ou ideologia com o apoio do poder judicial e da mídia, no plano de modificação da opinião pública (TIRADO, 2019).

A onda ultraconservadora que emergiu no Brasil, sintetiza ambos os cenários, desde movimentos contestatórios das lideranças políticas atrelados ao “antipetismo” até a percepção de que esses movimentos estão também relacionados com o intuito de manutenção das raízes coloniais. Surgindo no âmbito político lideranças que utilizam das tradições para emergir com ideias racistas, sexistas e negacionista.

4.2 O golpe de Estado na Bolívia

No ano de 2017, foi protocolada a Ação de Inconstitucionalidade 084/2017 com fundamento na inconstitucionalidade dos arts.52. Inciso III, 64 inc. d), 65 inc. b), 71 inc. c) e 72 inc. b), da Lei do Regimento Eleitoral (LRE) que seriam contrários aos arts. 26 e 28 do CPE. Na LRE, havia a limitação da reeleição por mais de uma vez de maneira contínua ao cargo de Presidente da República.

O parâmetro da inconstitucionalidade também foi fundamentado na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), pela possibilidade dos tratados e convenções ratificados pela Bolívia serem aplicados em contraposição a CPE, caso seja mais favorável aos direitos do que aqueles elencados pela Constituição. Idem, ainda conforme a Carta Magna, no caso de dúvida sobre qual norma constitucional aplicável, a mais favorável deverá prevalecer (VALENCIA, 2019).

Desse modo, o Tribunal Constitucional Plurinacional na Sentença 084/2017 entendeu pela inconstitucionalidade dos artigos supracitados da LRE e, conseqüentemente, a possibilidade de nova candidatura do então Presidente Evo Morales na eleição de 2019. Após serem realizadas as eleições em outubro de 2019, a oposição comandada pelo candidato Carlos Mesa denunciou possíveis fraudes na eleição, apoiado com o entendimento da Organização dos Estados Americanos (OEA) (VALENCIA, 2019).

Posteriormente, Evo Morales anunciou novas eleições que, sem contenção da oposição, exigia sua renúncia, o que ocorreu em novembro de 2019, sob diversas ameaças de grupos extremistas contra todos da base aliada do governo que também faziam parte da linha sucessória presidencial. A renúncia do Presidente, Vice-presidente, do Presidente da Câmara dos Deputados e do Senado, sob coação, emergiu questionamentos sobre o futuro do Estado Plurinacional, principalmente, com a autoproclamação de Jeanine Áñez como Presidente interina da Bolívia (VALENCIA, 2019).

Levantado a Bíblia nas mãos, Jeanine Áñez declarou nas suas primeiras palavras com Presidente interina que a Bíblia voltou ao palácio, afirmando uma ruptura com a plurinacionalidade e reconhecimento das múltiplas religiões. Era o início de um governo marcado por dirimir a atuação indígena e dos movimentos populares no geral (VALENCIA, 2019).

A então prefeita da cidade de Vinto, Patricia Arce Guzmán, foi humilhada e violentada publicamente por opositores de Morales, em um ato de manifestação pró e contra Evo. A prefeita teve o cabelo pintado, cortado e obrigada a andar descalça aos gritos de “assassina!” pela multidão (VALENCIA, 2019).

Era a síntese das manifestações autoritárias do anterior Estado da Bolívia com novas fisionomias. A humilhação pública de uma mulher realocou o país de 2019 ao período em que a opressão e marginalização de ideias contrárias era aceitável e influenciado.

As eleições presidenciais ocorreram apenas em 2020, elegendo o candidato do *Movimento ao Socialismo*, Luis Arce, com porcentagem de 55% dos votos, o que possibilitou a volta de Evo Morales para a Bolívia, até então exilado no México e na Argentina. Cumpre acrescentar que Patricia Arce Guzmán foi eleita Senadora, uma grande reafirmação dos diversos povos da Bolívia sobre a necessidade de continuação dos processos decoloniais (MOTA, 2021).

Após a saída de Jeanine Áñez, houve a abertura de um processo em que ela se tornou réu, junto com alguns Ministros do seu governo, acusados por sedição e terrorismo, ocorrido durante as eleições de 2019. A solicitação foi realizada pelo Ministério Público da Bolívia que acusou também todos os chefes do Exército e da polícia por exigirem a renúncia de Evo Morales (MOTA, 2021).

É necessário enfatizar que na instabilidade de 2019, a cúpula militar e o comandante das Forças Armadas, “sugeriu” ao então Presidente Evo Morales a sua renúncia para a pacificação da Bolívia. Em síntese histórica da América Latina, o ato de “sugerir” a renúncia de um presidente, está mais atrelado a uma forma de coação e um evidente aviso de um golpe militar (MOTA, 2021).

Em março de 2021, foi realizado a prisão de Jeanine Áñez e dos outros acusados. Não adentrando a presente pesquisa em outras perspectivas que acusam o atual governo de perseguição contra a oposição, o que podemos extrair do recente acontecimento na Bolívia é o fato das instituições objetivarem resolver os possíveis crimes cometidos no decorrer do golpe de 2019 e forma célere. É o enfrentamento da recente história para inibir que novos atos autoritários se repitam e, em termos comparativos, uma posição até então recente no cone sul.

Com a prisão de Jeanine Áñez, alguns países defenderam a posição de que ela é uma “presa política”, foi o caso do Parlamento Europeu, em maio de 2021. A resolução do Parlamento solicitou a liberação de Jeanine como forma de acabar com a “prisão arbitrária e ilegal” e, conseqüentemente, um processo “transparente e imparcial” (MOTA, 2021).

A resposta do Estado boliviano, com a aprovação de uma declaração pela Câmara dos Deputados, foi de rejeição da declaração do Parlamento Europeu e reafirmando o golpe de Estado em 2019, com a participação de Jeanine e da Igreja. No mesmo posicionamento, Evo Morales escreveu uma “carta aberta a la vieja Europa”, ao afirmar que “[...] donde claramente se muestra que algunos sectores de Europa todavía conservan su visión colonial y humillante, frente a los pueblos libres de América Latina y el Caribe”. (MORALES, 2021).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os processos decoloniais com ênfase nas novas constituições da América Latina foram estruturados a partir de lutas de contestação de povos anteriormente marginalizados e excluídos do processo decisório. A exploração colonial formulou instituições que perpassaram por reformulações no transcorrer histórico sem, todavia, alterar as estruturas de poder excludente que realoca os sujeitos populares ao status de coadjuvantes da própria formação do Estado.

Os novos ciclos de Constitucionalismo Latino-americano partiram de processos de rupturas com períodos ditatoriais e neoliberais. Cada Carta Magna promulgada a partir dos anos 1980, enfatizava uma perspectiva própria de inserção dos direitos fundamentais e da estruturação do novo Estado proposto.

O momento do terceiro ciclo do Constitucionalismo latino-americano, destacado com o processo decolonial do Estado Plurinacional da Bolívia, representa a máxima contemporânea de uma Constituição que visa garantir e materializar os direitos fundamentais de forma mais efetiva, inibindo violação com um efeito de ataque das estruturas do poder para conseguir garantir de modo mais prolongado e sem interrupções os direitos fundamentais.

Em contraposição, a Constituição brasileira objetivou ser mais de defesa, em uma luta incessante de garantir os direitos elementares contra violações internas e externas que, neste sentido, estão diretamente relacionadas com a composição da superestrutura e infraestrutura do poder. É a remodelação do modelo colonial para o neoliberal que tem como consequência dirimir os direitos conquistados historicamente.

Desde o processo constituinte até a atualidade, a Bolívia e o Brasil presenciam momentos de crises institucionais. Conforme a conjuntura histórica latina, os períodos de crises e golpes são considerados uma realidade que emergem em múltiplos períodos.

Ademais, as respostas das Constituições e, por conseguinte, do Estado contra os atos de violação dos direitos é o que diferencia uma Carta Magna de ataque e de defesa. Como supracitado no estudo, o Estado brasileiro sob a dominação da política neoliberal possibilitou o *impeachment* de Dilma Rousseff e a prisão de Luiz Inácio Lula da Silva para inibir a sua candidatura a Presidente da República. Na Bolívia, a pressão das forças armadas e de outros setores da sociedade, impuseram a renúncia de Evo Morales e dos membros que compunham a linha sucessória presidencial.

O reconhecimento das próprias falhas, incapacidades, desigualdades e discrepâncias sociais é o ponto central da refundação do Estado. Entender o funcionamento das estruturas do poder no próprio país e, por conseguinte, como inferem na anulação dos direitos fundamentais e, assim, modificar as próprias estruturas, resultam em um Estado mais seguro contra violações dos povos anteriormente explorados.

Além disso, as manifestações populares contra as medidas neoliberais na Bolívia, principalmente, no início do século XXI, sintetizam a não aceitação de séculos de exploração das populações originárias. É diante desses contornos que fez emergir uma nova Constituição, estruturada do povo para o povo, mesmo em alguns pontos com a influência da elite historicamente colonial.

A expansão do rol taxativo dos direitos fundamentais foi uma característica comum nas Constituições pós-período da América Latina. Entretanto, como elas são materializadas e a sua dimensão

é o que diverge as múltiplas Cartas Magnas. As dimensões de efetivação dependem de como é modificada as estruturas dos Estados, como é alterada a “maquinaria da sala de máquinas”.

Nesse diapasão, a Constituição Plurinacional da Bolívia consegue romper mais efetivamente com a tradição norte-americana e europeu, aderindo ao pluralismo jurídico e promulgando textos políticos-jurídicos autênticos, com aderência social e de modo a repensar o direito com uma forma lógica de ser executado nas múltiplas sociedades da Bolívia.

Acrescenta-se, que o vigente estudo não visa defender atualmente um novo processo constituinte brasileiro, objetiva repensar as múltiplas fisionomias, povos e culturas que formaram o Estado brasileiro que, no entanto, ainda são excluídos das decisões políticas. O Brasil necessita analisar o passado, tocar na “ferida” camuflada durante séculos em prol de uma possível Nação. Precisa, primeiramente, garantir os plenos direitos já elencados na Constituição de 1988.

5 REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Graal. 1985.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BARADIT, Jorge. **La dictadura: historia secreta de Chile**. Chile: Sudamericana, 2018.

BEDIN, Gilmar Antônio; CENCI, Ana Righi. **O Constitucionalismo e sua Recepção na América Latina: Uma Leitura das Fragilidades do Estado Constitucional na Região e suas Novas Possibilidades de Realização**. In: Jerônimo Siqueira Tybusch; Luiz Ernani Bonesso de Araújo; Rosane Leal da Silva. (Org.). **Direitos Emergentes Na Sociedade Global**. 1ªed. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2013.

BOLÍVIA. **Estado Plurinacional da Constitución del Estado (CPE)**. 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 21 set.2020.

BRANDALISE, Carla. **Europes des patries: histórico da extrema direita europeia**. Revista Cena Internacional, Brasília, ano 7, n. 1, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/Constituica.htm>. Acesso: 23 set. 2020.

BROWN, Wendy. **Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente**. São Paulo: Editora Filosófica Política, 2019.

DALMAU, Rúben Martínez; VICIANO, Roberto. **Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano**. In: Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. **El nuevo constitucionalismo em América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **El derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

FAJARDO. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico em las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. In: BERRANDO, Mikel. **Indígenas y derechos humanos**. Bilbao: Universidad sw Deusto, 2006.

GALINDO, Bruno. **Teoria intercultural da constituição: contribuições para uma teoria e uma metodologia de análise da justiça de transição**. *Direito, Estado e Sociedade* n.52 p. 10 a 45 jan/jun 2018.

GARGARELLA, Roberto. **Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2006.

GARGARELLA, Roberto. **Latin american constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GARGARELLA, Roberto. **La derrota del derecho en América Latina: Siete tesis** (Singular) (Spanish Edition). Siglo XXI Editores. Edição do Kindle. 2020.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. Tirantloblcanh, 2018.

HABERMAS, Jürgen. La desobediencia civil, piedra de toque del Estado democrático de Derecho. In: HABERMAS, Jürgen. **Ensayos Políticos**. Barcelona: Ediciones Península, 1988.

MARX, K. Carta à K. Schmidt. In: MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. **A comuna de Paris**. Belo Horizonte: Aldeia Global, 1979.

MOTA, Marcelo Soares. **Colonialidade e estruturas do poder na síntese do constitucionalismo do Sul: A Constituição plurinacional da Bolívia de ataque em contraposição a Constituição Brasileira de defesa quanto à estruturação dos direitos fundamentais**. Monografia de Especialização. Departamento do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri. Crato, 2021.

OSÓRIO, Martín Bazurco; RODRÍGUEZ, José Luiz Exeni. **Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad**. Santos, Boaventura de Souza; Rodrigues, José Luis Exeni (Org.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 1ª ed. Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala, 2012.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático: controle e Participação como Elementos Fundantes e Garantidores da Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRONER, Carol. O Estado Plurinacional e a Nova Constituição Boliviana: Contribuições da experiência Boliviana ao debate dos limites ao modelo democrático liberal. In: MELO, Milena Petters;

- WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciencias sociais – perspectivas latino-americanas**. Tradução de Júlio César Casarin Barroso Silva. Buenos Aires: CLACSCO, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado em América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- TIRADO, Arantxa. **Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina**. Buenos Aires: Mármol Izquierdo editores. 2019.
- VALENÇA, Daniel Araújo. **De costas para o Império: o estado plurinacional da Bolívia e a luta pelo socialismo comunitário**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- VALENCIA, Adrián Sotelo. Bolivia: del progresismo al golpe de Estado y la réplica de Guaidó, **Marx e Marxismo**. Publicação do Núcleo Interdisciplinar de Estudos sobre Marx e Marxismo – v.7, n.13, jul/dez 2019. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2019.v. 7, ed. 13, p. 431-434, jul/dez 2019. Disponível em: <https://www.niepmarx.blog.br/revistadoniep/index.php/MM/issue/view/15>. Acesso em: 20/12/2022.
- VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Fundamentos teóricos y prácticos del nuevoo constitucionalismo latinoamericano**. In: Gaceta Constitucional, nº 48, 2010.
- WASSERMAN, Claudia. **A Esquerda na América Latina durante o século XX e XXI: periodização e debates**. Diálogos, DHI/PPH/UEM, v. 14, n. 1, p. 19-38, 2010.
- WOLKMER, Antônio. Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura jurídica**. São Paulo: Ed. Alfa Ômega, 2011.

BENEFÍCIOS FISCAIS E SUA REVOGABILIDADE: A MAJORAÇÃO INDIRETA DO TRIBUTO SOB A PERSPECTIVA DO PROTECIONISMO CONSTITUCIONAL**FISCAL INCENTIVES AND THEIR REVERSIBILITY: INDIRECT TAXATION INCREASE UNDER THE LENS OF CONSTITUTIONAL PROTECTIONISM***ALISSON FERREIRA ALVES¹; SEBASTIÃO CASIMIRO DE SOUSA NETO²***RESUMO**

A presente pesquisa tem como objetivo geral averiguar a possibilidade de incidência do princípio da anterioridade (de exercício e nonagesimal) nas hipóteses de revogação de privilégios fiscais, já que, na prática, a desoneração representa agravamento do tributo cobrado. Nesse sentido, tem-se que os objetivos específicos são: compreender o sistema tributário brasileiro, na sua perspectiva garantista; analisar o princípio da anterioridade tributária; examinar os impactos do princípio da anterioridade no caso de revogação de benefícios fiscais. Para tanto, o estudo em voga parte da seguinte questão-problema: em que medida a revogação desses benefícios, por resultar em agravamento da exação, obedece ao princípio da anterioridade tributária? Para atender aos objetivos propostos, aplicou-se procedimentos da metodologia qualitativa, através da análise bibliográfica, onde foi levantado, comparado, analisado e realizado inferências através da literatura relativa à temática em estudo e da Constituição Federal 1988. Os dados apontam que o princípio da anterioridade, em sintonia com os ideais de segurança jurídica, confiança e estabilidade do sistema normativo, materializa a garantia de que a cobrança de tributos, ressalvadas as exceções, não se concretize abruptamente.

PALAVRAS-CHAVE: Anterioridade. Revogação. Benefício fiscal.

ABSTRACT

The principle of tax anteriority is provided for in the constitutional provision that establishes limitations on the power to tax. It expresses, in its essence from the relationship it has with the ideals of legal certainty, trust and stability of the normative system, an individual guarantee of the taxpayer. Provided for in Art. 150, III, 'b' and 'c' of the Federal Constitution, the aforementioned guarantee establishes that political entities are deceiving taxes before ninety days have elapsed from the date on which the law that instituted or increased them has been published, or in the same financial year of publication of the law that has thus proceeded. Given the previous statement and the differences of understanding related to the subject, it is necessary a study that appreciates the possibility of incidence of the aforementioned precept in the hypotheses of revocation of tax privileges, since, in practice, the exemption represents an aggravation of the tax charged. In the event that it is concluded by its application, to what extent does the revocation of these benefits, resulting in aggravation of the extradition, comply with the principle of tax earlier? To meet the proposed objectives, qualitative methodology procedures

* Artigo recebido em 04/06/2022 e aprovado em 06/10/2023.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Regional do Cariri – URCA. Contato principal para correspondência. E-mail: alissonferreira.adv@hotmail.com

² Professor da Universidade Regional do Cariri (URCA), Assessor jurídico do MPCE, especialista em Direito Constitucional (URCA), pós-graduando em Direito Civil (Uniasseve) e em Direito Tributário (Uniasseve). E-mail: sebastiao.casimiro@urca.br

were applied through documentary analysis where inferences were raised, compared, analyzed and made through the literature on the theme under study and the Federal Constitution 1988. The data indicate that the principle of the previous, in line with the ideals of legal certainty, trust and stability of the normative system, materialize the guarantee that the collection of taxes, except for exceptions, does not materialize abruptly.

KEYWORDS: Constitution. Stability. Public server.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, objetivando corporificar seus desígnios fundamentais, estabelece mecanismos para a arrecadação de tributos destinados ao custeio das atividades estatais. Como expressão de um sistema democrático, a atividade arrecadatória, ainda que sob o argumento de que se destina à manutenção de serviços de interesse público, não pode se converter em instrumento de tirania e expropriação dos bens dos contribuintes, motivo pelo qual a própria Norma Fundamental estabelece limitações ao poder de tributar.

Dentre as limitações à atividade tributária, a CRFB/88 inseriu o denominado princípio da anterioridade (anual e nonagesimal), que prevê que ao poder público é vedado cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que fora publicada a lei que os houver instituído ou majorado ou mesmo antes de decorridos noventa dias da publicação da lei que fundamentou a exação.

Dada a importância da matéria, especialmente por se tratar de atividade essencial e típica do Estado, revela-se necessária uma avaliação científica do assunto, sob o prisma do acervo normativo e da construção doutrinária pertinente. Para tanto, é imperioso que seja examinado se a revogação de benefícios fiscais, por resultar em agravamento do tributo cobrado, deve obedecer ao princípio da anterioridade ou se, por se caracterizar como mero restabelecimento do ônus fiscal ao patamar anteriormente praticado pelo Estado, estaria desonerado da observância do citado preceito constitucional.

No intento de aclarar o assunto e obter respostas às indagações apontadas, é essencial que seja estudado o princípio da anterioridade, conforme estabelecido no art. 150, III, 'b' e 'c' da Constituição Federal, enquanto norma limitadora do poder público de tributar. No mesmo sentido, é necessário examinar se e em que medida o princípio da anterioridade, como expressão da segurança jurídica, confiança, estabilidade do sistema normativo e garantia individual do contribuinte, deve ser observado nas hipóteses de revogação de benefícios fiscais.

Desse modo, para dar conta do objetivo da pesquisa, é indispensável a adoção de procedimentos metodológicos da pesquisa qualitativa. Em seguida, para levantamento de dados, foi empregada a técnica da pesquisa bibliográfica em acervos digitais de universidades, tribunais, revistas e periódicos. Segundo Lakatos (1999) essa técnica está relacionada a documentos escritos ou não, primários e/ou secundários. Sendo assim, buscou-se respostas às questões levantadas na pesquisa através da análise da literatura relativa à temática em estudo. Seguindo, foram realizadas inferências a partir do método dialético, cujo raciocínio é estruturado a partir da contraposição das ideias que podem gerar transformações qualitativas, o que possibilitou a escrita desse artigo científico.

Por se tratar de tema de significativo interesse social, que concerne a direitos fundamentais de expressiva relevância jurídica, e a respeito do qual há divergência interpretativa, a pesquisa se revela de singular notabilidade. A frequente adoção e supressão de políticas tributárias intervencionistas leva o governo a conceder e revogar favores fiscais que podem resultar em ofensa a ideais constitucionais importantes como o da confiança nas instituições e o da estabilidade.

Compreender a extensão das garantias individuais tributárias e as hipóteses de sua incidência, especialmente em relação a temas dubitáveis como o analisado nessa pesquisa, é fundamental para combater arbitrariedades. Adversar abusos, por sua vez, é fomentar a construção de um estado democrático sólido e comprometido com um sistema arrecadatório sadio e estável, que estimula o crescimento nacional e proporciona o bem-estar dos contribuintes.

2 TRIBUTAÇÃO E GARANTISMO

Harada (2013), caracteriza os tributos como correspondendo às receitas derivadas, oriundas da autoridade do Estado que, no exercício de seu poder de império e perseguindo o interesse coletivo, extrai recursos dos particulares. O Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966), com maior precisão, estabelece que tributo é “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito”.

Com o avanço social e a conseqüente reformulação dos ideais que regem os Estados, as constituições ganharam destaque como expressões das organizações estatais democráticas. O sistema de arrecadação passou a ser disciplinado no texto constitucional, garantias foram estabelecidas e elevadas à condição de direitos fundamentais, preservando os jurisdicionados de abusos tentados pelos governos.

Chagas e Batista Neto (2016) defendem que a essência do garantismo constitucional reside na busca de validade das leis, no sistema democrático, diretamente na Constituição, e sobretudo na busca por maior garantia e protagonismo aos princípios e direitos.

Princípios, na lição de Carraza (1996), são enunciados lógicos que, por seu elevado grau de generalidade, estão em posição de superioridade dentro da estrutura normativa do Direito, vinculando a interpretação e aplicação concreta das normas. São preceitos de aperfeiçoamento que objetivam alinhar, tanto quanto possível, o comportamento do Estado às diretrizes básicas estabelecidas em normas superiores.

Sob esta perspectiva e com a intenção de estabelecer autênticas restrições ao exercício da potestade tributária estatal, o constituinte originário assentou verdadeiras prerrogativas de cunho fundamental à defesa dos direitos dos contribuintes. Ao regimentar o sistema tributário nacional que, na lição de Nelson Godoy (2007, p.75), “é um conjunto de normas que distribui o poder de tributar entre os entes políticos

que compõem a Federação”, a Constituição salvaguardou os direitos das pessoas em relação ao dinamismo desse.

A doutrina de Barros (2019, p.200) é no sentido de que:

[...] o subsistema constitucional tributário realiza as funções do todo, dispondo sobre os poderes capitais do Estado, no campo da tributação, ao lado de medidas que asseguram as garantias imprescindíveis à liberdade das pessoas, diante daqueles poderes. Empreende, na trama normativa, uma construção harmoniosa e conciliadora, que visa a atingir o valor supremo da certeza, pela segurança das relações jurídicas que se estabelecem entre Administração e administrados. E, ao fazê-lo, enuncia normas que são verdadeiros princípios, tal o poder aglutinante de que são portadoras, permeando, penetrando e influenciando um número inominável de outras regras que lhe são subordinadas.

No Brasil, o enquadramento dos direitos e garantias conferidos aos contribuintes como sendo fundamentais resulta de interpretação sistemática da Constituição, o que foi ratificado por decisão do Supremo Tribunal Federal. A mencionada Corte Constitucional emoldurou o princípio da anterioridade como integrante do rol de direitos essenciais, com base no que estabelece o art.5, §2, da CRFB/88.

Assim, consolidou-se o que, na lição do estudioso Fernando Scaff (2000) denomina-se “estatuto mínimo” dos contribuintes, haja vista a possibilidade de instituição de outros direitos e garantias por meio de normas infraconstitucionais.

2.1 Princípio da anterioridade

Instigado pelos ideais garantistas e objetivando coibir práticas abusivas, o constituinte estabeleceu no art. 150, inciso III, alíneas ‘b’ e ‘c’, da Constituição Federal, que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, cobrar tributos no mesmo exercício financeiro e/ou antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. (BRASIL, 1988)

É a partir da citada previsão que exsurge o denominado princípio da anterioridade que, em conjunto com os princípios da legalidade e irretroatividade da legislação tributária, decorrem do supraprincípio da segurança jurídica. Corrêa (2006, p.99) caracteriza o princípio da anterioridade como “visceral para a construção do princípio da segurança jurídica, pois possibilita aos contribuintes saber de antemão sobre os tributos de sua responsabilidade”.

A norma principiológica objetiva proteger os contribuintes da aplicação instantânea de leis que instituam ou majorem tributos e revoguem isenções, diferindo sua incidência para momento futuro. Deste modo, os contribuintes, ante a razoável previsibilidade das regras tributárias editadas, poderão programar-se para suportar o ônus financeiro da exação.

Em arremate, Ávila (2004, p.154) aponta que:

A anterioridade, da mesma forma que a irretroatividade, deve ser interpretada de acordo com o sobreprincípio da segurança jurídica, que lhe é axiologicamente sobrejacente. A interpretação da regra da anterioridade deve ser feita tendo em vista a conexão substancial que deve ser coerentemente intensificada entre o comportamento a ser adotado pelo Poder Público (editar e publicar a lei no exercício anterior da cobrança do tributo) e os fins de previsibilidade e de mensurabilidade inerentes ao sobreprincípio da segurança jurídica numa concepção constitucionalmente adequada de Estado de Direito.

Sob aludida perspectiva, argumenta Sarlet (1998) que a máxima da anterioridade tributária se caracteriza como verdadeiro direito e garantia fundamental do cidadão-contribuinte, consagrando-se, deste modo, como materialmente protegido de agressões, ainda que mediante proposta de emenda constitucional.

Sob a perspectiva da constitucionalização, as relações tributárias não podem se apresentar como vínculo de constante e irrestrita sujeição do contribuinte às pretensões estatais. Deste modo, a mitigação da garantia de não ser surpreendido pela cobrança de um tributo vulnera ainda mais a condição do colaborador e, por consequência, do próprio regime jurídico-constitucional das garantias e direitos fundamentais.

Não por outro motivo, na oportunidade do julgamento da ADI nº 939-7/DF, o Supremo Tribunal Federal – STF (1993) consignou que o princípio da anterioridade é garantia individual do contribuinte, portanto, imutável. Assim, apesar de já inauguradas as primeiras expressões teóricas de um sistema de direitos e garantias básicas em matéria tributária, a referida decisão consolidou essa ideia no campo jurisprudencial.

Apesar de toda a importância que se confere à garantia em comento, merece ser destacado que esta não é absolutamente intocável. Considerando-se a existência de exceções criadas pelo constituinte originário, é defensável a possibilidade de criação, via emenda constitucional, de outras exceções à anterioridade tributária.

Para tanto, conforme argumenta Lima Neto (2004), o fundamento para novas exceções ao princípio da anterioridade reside na aproximação material (semelhança de regime jurídico constitucional) com as exceções originárias, de forma que as modificações se caracterizassem como uma espécie de exceção análoga às pré-existentes.

Quanto à incidência da norma em estudo nas hipóteses de criação e majoração (propriamente dita) de tributos não há dúvidas. A questão que merece maiores ponderações consiste na incidência ou não do princípio da anterioridade quando da revogação de benefícios fiscais. A matéria, inclusive, constitui o objeto fundamental da presente investigação.

2.2 Anterioridade e revogação de benefícios fiscais

Em essência, o primado da anterioridade tributária visa garantir que o contribuinte, destinatário direto da legislação, dela tome conhecimento a tempo de se programar financeiramente para suportar o ônus da exação criada ou majorada. Daí qualificar-se o citado princípio como manifestação da segurança jurídica.

O mesmo sentido é a lição de Coelho (1999, p.186):

[...] o princípio da anterioridade expressa a idéia de que a lei tributária seja conhecida com antecedência, de modo que os contribuintes, pessoas naturais ou jurídicas, saibam com certeza e segurança a que tipo de gravame estarão sujeitos no futuro imediato, podendo dessa forma organizar e planejar seus negócios e atividades.

Assim, o contribuinte se organiza levando em consideração a carga tributária que deverá suportar em um futuro mediato, confiante de que qualquer mudança que implique modificação onerosa dessa circunstância lhe seja antecipadamente informada.

Modificações que impliquem redução do tributo, por se caracterizarem como benefício e não como ônus, prescindem da exigência de um lapso temporal para começarem a produzir seus efeitos. Neste sentido, quando concedidos benefícios fiscais, não há majoração direta ou indireta de tributo, razão pela qual não há ofensa à segurança jurídica.

A despeito de o ordenamento jurídico pátrio não possuir um conceito objetivo para definir o que seriam benéficos fiscais, Batista Neto (2016), ensina que, na perspectiva do direito tributário, a expressão compreende institutos fiscais como isenção, remissão, anistia e redução de bases de cálculo. Na lição do mesmo estudioso, os citados institutos se prestam à finalidade de indução e comportamentos através do sistema fiscal.

No mesmo sentido, Borges (2007), argumenta que os incentivos fiscais espelham a corporificação da ingerência do Estado na ordem econômica, devendo ser interpretados como norma jurídica diretiva da economia. Na citada perspectiva, a interferência seria vetor de desenvolvimento de interesses econômicos ou sociais que ente instituidor dos benefícios fiscais.

O que se observa, em essência, é que os benefícios fiscais representam o que o próprio nome indica, um benefício que implica em redução da exação. Portanto, quando concedidos, estabelecem uma nova realidade fático-normativa tributária que influencia diretamente na esfera jurídica do contribuinte e que, enquanto não revogada ou modificada, integra sua esfera de garantias.

Apesar de o legislador, ressalvadas as limitações constitucionalmente estabelecidas, poder modificar o ordenamento jurídico para adequá-lo às ideologias e objetivos sociais e institucionais, não

pode manipulá-lo livremente. Ainda que sejam invocadas as mais consistentes justificativas, conforme leciona Araújo (2009, p. 03), a confiança que o indivíduo deposita na estabilidade do sistema normativo e nas relações jurídicas (verticais ou horizontais) não deve ser abalada em função do progresso, mas igualmente não pode ser para ele um entrave.

Deve o Estado, no desígnio de tutelar ambos os interesses, encontrar mecanismos que possibilitem o equilíbrio entre as pretensas inovações e as garantias fundamentais. Ao limitar o poder público e estabelecer que as criações e/ou majorações de tributos apenas serão exigíveis após determinado lapso temporal, a Constituição Federal atua exatamente assim, pois tutela a confiança do cidadão na constância do ordenamento jurídico sem, contudo, impedir reformas.

A teor do que já foi exposto, constata-se que a anterioridade tributária, nesse aspecto, introduz componente de segurança jurídica, à medida que impede a cobrança instantânea de um rol de tributos a ela sujeita. Assim, ressalvadas as exceções prescritas na carta política, qualquer criação ou majoração, ainda que indireta, de tributos, deve se sujeitar ao citado preceito limitador.

Há, contudo, posições de natureza menos protecionista que entendem ser o princípio em análise passível de derrogação ou mitigação, haja vista não se tratar, segundo defensores desse entendimento, de cláusula perene. Para eles, a extensão das limitações constitucionais ao poder derivado reformador não poderia se afastar da carga axiológica originária, de forma a alcançar outros direitos e garantias previstos na Constituição.

Por ocasião do julgamento da já citada ADI nº 939-7/DF, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, citando o também Ministro e presidente da corte, Octavio Gallotti, defendeu que:

[...] o princípio da anterioridade expressa a idéia de que a lei tributária seja conhecida com antecedência, de modo que os contribuintes, pessoas naturais ou jurídicas, saibam com certeza e segurança a que tipo de gravame estarão sujeitos no futuro imediato, podendo dessa forma organizar e planejar seus negócios e atividades.

Por ocasião do julgamento da já citada ADI nº 939-7/DF, o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, citando o também Ministro e presidente da corte, Octavio Gallotti, defendeu que: Constata-se, pois, que a controvérsia residia não apenas no que diz respeito à extensão da proteção estabelecida pelo princípio da anterioridade, mas também no que concerne à sua qualificação como norma fundamental e, portanto, em relação à possibilidade sua mitigação ou supressão mediante reforma constitucional.

Não obstante os posicionamentos contrários, seguindo-se na linha de cognição até aqui construída, é possível arazoar que, nas hipóteses de revogação de benefícios tributários, por ocasionar

concretamente um alargamento da exação, devem ser observados os mandamentos assentados no art. 150, inciso III, alíneas ‘b’ e ‘c’, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Os princípios da anterioridade anual e nonagesimal, conforme já fartamente exposto, consubstanciam-se em limitações constitucionais ao poder de tributar e, nesta condição, materializam verdadeiras garantias do contribuinte. Assim, deve-se conferir-lhes a eficácia e alcance que originalmente se pretendeu, de forma que o mecanismo utilizado para a majoração de tributos não subjugue sua função protecionista.

No mesmo sentido tem se posicionado o STF, conforme se verifica a partir da análise do julgamento de embargos de declaração opostos contra decisão proferida em recurso extraordinário de nº 983.821 – SC, cuja relatoria coube à Ministra Rosa Weber. A julgadora destacou em seu voto que:

[...] o princípio da anterioridade expressa a idéia de que a lei tributária seja conhecida com antecedência, de modo que os contribuintes, pessoas naturais ou jurídicas, saibam com certeza e segurança a que tipo de gravame estarão sujeitos no futuro imediato, podendo dessa forma organizar e planejar seus negócios e atividades.

Por se tratar de garantia fundamental, que objetiva proteger o cidadão contra abusos estatais, a limitação constitucional ao poder de tributar analisada, conforme defendido, merece ser fortalecida e não mitigada. Para tanto, a interpretação extensiva e teleológica, que objetiva ajustar o sentido e o alcance da norma à essência do ideal constitucional originário, é a que melhor se aplica à matéria.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao disciplinar a competência tributária, atividade indispensável à existência do Estado e para a efetivação de seus objetivos essenciais, a magna-carta estabelece limitações que devem ser estritamente observadas pelos entes políticos, tanto em sua atividade criadora quanto em sua atividade legislativa reformadora.

O princípio da anterioridade, em sintonia com os ideais de segurança jurídica, confiança e estabilidade do sistema normativo, materializa a garantia de que a cobrança de tributos, criados ou majorados direta ou indiretamente, ressalvadas as exceções constitucionalmente alicerçadas, não se materialize abruptamente. Pela própria natureza da citada norma, o que se opera não é a proibição de criação ou ampliação de tributos, mas a exigência de que seja observado um lapso temporal mínimo entre a mudança legiferante e a efetivação dos novos comandos regulamentares.

Por se tratar de direito fundamental do contribuinte, erigida a esta condição a partir da análise sistemática da Carta Política, especialmente de seus arts.5 e 150, a garantia da “não-surpresa” está imune a triunfos que se prestem a subjugá-la. A vedação ao retrocesso e a limitação material estabelecida no art.60, IV, §4, da CRFB/88, são suficientes à contenção de qualquer tentativa de modificação negativa.

Qualquer tentativa de supressão de garantia fundamental do contribuinte, seja mediante processo legislativo ou através de simples interpretação restritiva, é inconstitucional.

A criação ou majoração de tributo, ainda que indireta, já que representa agravamento do ônus tributário que recai sobre o contribuinte, deve ser examinado sob a incidência do que estabelece o art. 150, inciso III, alíneas 'b' e 'c', da Constituição Federal. Aliás, a lei básica não foi taxativa em estabelecer que o princípio da anterioridade incidiria apenas e especificamente nas hipóteses de criação ou majoração propriamente dita do tributo, devendo, portanto, ser estendida a toda e qualquer espécie de alargamento tributário.

Assim, verifica-se que o ente político, ao revogar a concessão de benefícios fiscais cuja extinção resulte em majoração do tributo até então desonerado, deve observar o princípio da anterioridade, oportunizando ao sujeito passivo da relação que se organize para suportar o agravamento que sobre ele recairá. Não se tratando de situação excepcional que já foi assim qualificada na carta política, deve ser preservada nas relações fiscais o princípio da confiança e da estabilidade.

4 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema constitucional tributário**: de acordo com a emenda constitucional n.42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004.p. 154.

BORGES, José Souto Maior. **Teoria geral da isenção tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Código de Tributário Nacional. Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm Acesso em: 09 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7/DF**. Relator: Ministro Sydney Sanches. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=26690>. Acesso em: 30 set 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 983.821/SC**. Relatora: Min. Rosa Weber, 28 de setembro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15338846822&ext=.pdf> . Acesso em: 05 set. 2021.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 8. ed., rev. E amp. São Paulo: Malheiros, 1996.

CHAGAS, Richardson Hermes Barbosa; BATISTA NETO, Dilson Cavalcanti. Garantismo constitucional e democracia: o dilema da maioria penal e da proteção integral da criança e do adolescente. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 16(31): 237-256, jul.-dez. 2016. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-Dir_n.31_12.pdf . Acesso em: 27 set 2021.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à constituição 1988** - sistema tributário. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria geral do tributo, da interpretação e da exoneração tributária**. São Paulo: Dialética, 2003.

CORREIA, Sabrina Michele Souza de Souza. **Cláusulas Pétreas em Matéria Tributária: Federação e Direitos Fundamentais**. Curitiba. 2006. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito. p.99.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **O avesso do tributo**. 2. Ed. São Paulo: Almeida, 2016.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Instituições de Direito Público e Privado**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.75. Disponível em: <

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5207622/mod_resource/content/1/2020%20Instituicoes-de-Direito-Publico-e-Privado-Nelson-Godoy-Bassil-Dower.pdf> Acesso em: 14 dez 2021.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA NETO, Manoel Cavalcante de. **Direitos fundamentais dos contribuintes como limitação ao poder de tributar**. Recife, 2004. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito de Recife – Universidade Federal de Pernambuco, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 83.

SCAFF, Fernando Facury. O Estatuto Mínimo do Contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Direitos Fundamentais do Contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.456/7.

AS VERDADES E FINALIDADES DO PROCESSO PENAL E OS SOFISMAS DA TESE DE RELAÇÃO INTRÍNSECA ENTRE ADVERSARIAL SYSTEM E GARANTISMO**LAS VERDADES DEL PROCEDIMIENTO PENAL, SUS FINALIDADES Y LOS SOFISMAS DE LA TESIS DE LA RELACIÓN INTRÍNSECA ENTRE SISTEMA ADVERSARIAL Y GARANTIZISMO***RONALD GOMES LOPES¹; JOÃO MAURÍCIO ADEODATO²***RESUMO**

O artigo confronta as idealizações políticas sobre o conceito do processo penal “garantista” brasileiro. Entre o significante e significado de democracia, liberalismo e garantismo, analisa-se o conflito retórico existencial e estratégico entre processualistas publicistas versus individualistas. Se suas lentes prescrevem recortes éticos com prioridades e preterições; priorizando a verdade livre de um processo penal resolutivo em detrimento de um processo penal cuja verdade visa o axiológico-normativo ou vice-versa, o artigo investiga lugares comuns onde signos se confundem formando relações intrínsecas questionáveis, tais como “garantismo” e “adversarial system”, outrossim, duvidando da êndoxa que incompatibiliza relações entre “sistemas inquisitórios” e “garantismo”. A discussão encontra eixo polêmico na análise entre garantismo e poderes instrutórios do juiz; e a partir da etnometodologia destaca a questão da manipulação violenta da verdade pelas organizações criminosas no litisconsórcio passivo da ação penal, denunciando a incoerência do signo “garantismo” com a figura

do Estado-Juiz inerte, capaz de destituir a força da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas processuais penais. Verdade. Justiça. Democracia.

RESUMEN

El artículo confronta las idealizaciones políticas sobre el concepto de procedimiento penal "garantista" brasileño. Entre el significante y el significado de la democracia, el liberalismo y el garantista, se analiza el conflicto retórico existencial y estratégico entre procesualistas publicistas versus individualistas. Si sus lentes prescriben recortes éticos con prioridades y desusos; Priorizando la verdad libre de un proceso penal resolutivo en detrimento de un proceso penal cuya verdad apunta a loxiológico-normativo o viceversa, el artículo indaga en lugares comunes donde los signos se confunden formando relaciones intrínsecas cuestionables, como "garantía" y "sistema adversarial", además, dudando de la endoxa que yo concilia las relaciones entre los "sistemas inquisitoriales" y las "garantías". La discusión encuentra un eje polêmico en el análisis entre la garantía y las facultades instructivas del juez; y desde la

* Artigo recebido em 13/06/2022 e aprovado em 22/09/2023.

¹Graduado em Direito pelo Centro Universitário Vila Velha (2000). Atualmente é Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Processo Penal. Possui pós-graduação, especialização em Direito Penal e Processo Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Mestrando pelo programa de pós-graduação em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. E-mail: rglopes@mpes.mp.br

² Graduado pela Faculdade de Direito do Recife (1977), mestrado (1980), doutorado (1986) e livre docente (2011) pela Faculdade de Direito da USP e pós-doutorado na Universidade de Mainz pela Fundação Alexander von Humboldt (1988-1989). Fez outros estágios pós-doutorais de curta duração (três a quatro meses) nas Universidades de Mainz (1991), Freiburg (1995), Heidelberg (2000, 2003, 2006, 2009 e 2011), Hagen (2014) e Frankfurt (2018). Doutor Honoris Causa pelas Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo (2009). 2. Ensino e pesquisa: Professor assistente (1983) e titular (1990) por concursos públicos da Faculdade de Direito do Recife, da qual se aposentou em 2016. Orientador de mais de uma centena de teses de doutorado e dissertações de mestrado, monografias de Especialização e TCCs, tendo criado o programa de iniciação científica da Faculdade de Direito do Recife (1986). Pesquisador do CNPq desde 1984. E-mail: jmadeodato@gmail.com

etnometodología destaca el tema de la manipulación violenta de la verdad por parte de las organizaciones criminales en la acumulación pasiva de la acción criminal, denunciando la incoherencia del signo "garantía" con la figura del Estado. Es una fuerza inerte capaz de quitarle fuerza a la Constitución.

PALABRAS CLAVE: Sistemas procesales penales. Verdad. Justicia. Democracia.

1 INTRODUÇÃO

No meio jurídico, acadêmico ou forense e, especialmente, no âmbito dogmático processual penal, a palavra inquisitivo parece guardar um lugar comum, significando terrível violação de direitos humanos. Esse signo linguístico assumiu o atual sentido repugnante a partir de eventos históricos, compondo assim uma vil simbologia etiológica. Portanto, tudo quanto relacionado (processo inquisitivo, sistema inquisitorial, epistemologia inquisitória, inquirição etc.) contamina o juízo significando execrável e repulsivo veneno processual. A proposta aqui alinhavada pretende quebrar essa simbológica e genérica pseudoconcreticidade.

Concebe-se aqui que o problema não reside no uso de ingredientes inquisitivos, mas sobretudo na dosagem de sua instrumentalização, especialmente pelo emprego de pressupostos políticos ideológicos antidemocráticos (conservador ou progressista). Metaforicamente, não se atribui a culpa do homicídio à faca, mas sim daquele que a utiliza para sujar as mãos de sangue. O instrumento, além de nada motivar, guardará utilidades outras, para o bem ou para o mal. Em suma, o antídoto processual para garantir integrais direitos humanos pode estar no próprio veneno, em dosagem adequada e finalidade precisa, é claro.

Nos últimos tempos, tanto a epistemologia no plano legislativo, quanto a hermenêutica reproduzida nos plenários dos tribunais brasileiros, envolvem o processo penal numa travessia inexorável. Vive-se um período de franca transformação, indiscutível reflexo da redemocratização política. Nesse caminho, não há grave dissenso dogmático-doutrinário sobre a necessidade de ajustes visando suprimir presunções abusivas (presunção de culpa) e suas decorrentes violações de direitos individuais, ignorados pelos ritos penalizadores de antigos regimes totalitários (sejam quais forem seus extremos políticos), demandando-se não só um afinamento normativo processual penal equilibrado, mas também adaptações com os valores vertidos pelas normas da ordem democrática instaurada desde 1988. Contudo, constitui motivo de grande preocupação os caminhos pelos quais esse levante vem seguindo, sobretudo, diante da árdua tarefa de se enfrentar a complexidade dos atuais problemas sociais que desaguam sobre o tema do jus puniendi estatal no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Portanto, se esse diagnóstico parece óbvio de uma perspectiva descritiva – retórica material –, o mesmo não podemos dizer quanto às propostas normativas – retórica estratégica – a respeito dos rumos que esse processo penal toma nesse início de século. Quando termos como “liberalismo” e “democracia” se confundem, observa-se que a definição do significado de “garantismo” seja um dos divisores de águas relevantes para o enfretamento da atual tensão doutrinária processual penal sobre aquilo que bem sintetiza Douglas Fischer (2017) como “garantismo penal” x “garantismo integral”, termo com qual

hodiernamente acostumou-se a designar o conflito. Contudo, essa distinção ainda pende de análises sobre outros elementos de composições teóricas políticas que merecem investigações.

De toda sorte, é inquestionável que desde a promulgação da Carta de 1988, o Código de Processo Penal passa por uma avalanche reformadora jamais vista. Sejam impulsionadas, como afirma Pacelli (2015), inicialmente, pela doutrina das garantias de Luigi Ferrajoli e, posteriormente, como sustenta Máximo Langer (2017) pela influência pragmática liberal da cultura norte americana; ao cabo, observa-se a formação de amálgamas significativos teóricos fixando conceitos relacionando elementos políticos (liberalismo) com processuais (adversarial system) pela influência estadunidense, assim como elementos políticos (axiológicos) com processuais (inquisitive system) da cultura continental europeia.

Pode-se dizer, portanto, que se reuniram significados compondo uma espécie de “garantismo subjetivista adversarial” defendido por uma linha doutrinária liberal brasileira como sinônimo de epistemologia processual penal “democrática”. Noutra giro, encontra-se a resistência de um “garantismo objetivo ético” preservando um processo penal comprometido com a tutela axiológica normativa de integral proteção dos direitos humanos, responsabilidade estatal no cumprimento de deveres constitucionais positivos, o que reflete sobre a atividade do magistrado também comprometido com as convenções internacionais.

Grosso modo, compreende-se aqui que a origem deste distanciamento semântico sobre “garantismo”, que reflete sobre vários temas processuais penais, tem como ponto de partida a construção retórica de significados elaborados sobre a ontologia de tipos e sistemas processuais penais a partir de vieses políticos. Sobre as diferentes formas com que essas construções retóricas se realizam, obtêm-se também significantes distintos para o significado de “garantismo”. Com efeito, a tensão linguística confronta-se com a realidade, revelando como essas correntes concebem o dever ser do novo processo penal e, ao final, a discussão deságua sobre o tipo de verdade que se busca em cada epistemologia que se idealiza. Ou seja, para o garantismo adversarial vislumbram-se composições signas a partir: a) da filosofia da liberdade individualista; b) da política de prioridade resolutiva; c) eliminando-se interferências do estado, b) concebendo como imparcialidade estatal um juiz inerte. Por outra via, para o garantismo ético: a) a filosofia da proteção axiológica integral dos valores humanos; b) a política de prioridade e qualidade ética da decisão judicial e; c) a necessidade de controle mínimo estatal sobre a qualidade da justiça aplicada.

Ocorre que, após a vitória do liberalismo aliado sobre as ideologias totalitárias do eixo na segunda guerra mundial, dois reflexos operaram. Se na Europa emerge a doutrina das garantias, vários sistemas jurídicos de nações da América Central e Sul Americanos, assim como europeias continentais, passaram também a transplantar mecanismos resolutivos oriundos do processo norte americano, como afirma Mattei (2003). Esse movimento de americanização global, contudo, não fluiu como se esperava.

Sobre esse cenário, já foram lançados alertas de incompatibilidades dos enxertos americanos aplicados sobre outro sistema jurídico, como afirma Máximo Langer (2017); na medida em que, com as readaptações, países influenciados reproduziram distorções epistemológicas grotescas, seja quando comparados seus efeitos sobre ritos locais receptores (matriz civil law), seja quando comparados com o originário processo penal doador (matriz common law). O imbróglio reside nas verdades e finalidades distintas.

Com efeito, no plano político da busca da verdade, sabe-se que o processo estadunidense é peculiarmente marcado pelo pragmatismo liberal individualista e diverge drasticamente da concepção da verdade processual visada pelos países da Europa continental e suas periferias histórico-culturais. A tendência atual é que, para estes últimos, a verdade seja tomada por uma estrutura processual dotada de algum mecanismo teleológico do acerto fático visando assegurar proteções estatais axiológicas. Concebe, portanto, em termos mais absolutos, que a figura do juiz – como um oficial da axiologia do Estado – é o encarregado, independente de acordos da realidade firmado entre partes, sobre a definição de ocorrência dos eventos julgados, como afirma Garapon (1995), a partir de algum poder instrutório conferido ao Magistrado. Por outro lado, à luz do sistema adversarial, a verdade concebida pelo liberalismo estadunidense é pragmático-utilitarista-resolutivo, ou seja, definida pelo consenso das partes diante de um juiz observador, agente inerte sobre a construção dos fatos apurados.

Nesse quadro, a divergência sobre atual marcha epistemológica transformadora do Código de Processo Penal brasileiro tem como parâmetro esse enfrentamento de “verdades”, bem como sobre qual é a sua finalidade e a relação com “garantismo”. A verdade que se busca tem como prioridade a solução de conflito ou a aplicação de uma ética axiológica humanitária democraticamente definida? No primeiro caso, o cerne consiste em conceber o processo como instrumento de pacificação social, não se priorizando, contudo, como afirma Taruffo (2016), a qualidade ética da decisão. No segundo, a pacificação só opera se, no caso concreto, o crime for solucionado conforme os valores de uma norma abstrata democraticamente estabelecida no pacto social, a partir de um acerto fático-teleo-axiológico, o que demandará atuação do Juiz como agente político responsável pela verdade para aplicação da norma abstrata.

Com efeito, o presente artigo elabora uma análise crítica sobre essa divergência que deságua no conflituoso significado de “garantismo”. Adota como referencial metodológico a teoria retórica da norma e do direito subjetivo. Ela será aplicada sobre os discursos das correntes doutrinárias, sobre os novos rumos pelos quais o processo penal deveria se pautar. À vista disso, encontra-se no cerne do confronto concepções de verdades, elas estão relacionadas com propósitos políticos distintos, bem como sobre aquilo que se objetiva alcançar à luz desses projetos que visam estrategicamente alcançar o relato político

dominante. Ou seja, o discurso capaz de transformar não só o destino da legislação, como também as interpretações das atuais normas, preenchidas em sentido e alcances normativos, definidos pelos tribunais pátrios brasileiros.

Essa introdutória identificação das bases estruturais filosóficas, assim como dos desenvolvimentos estratégicos discursivos, aponta como as duas correntes alcançam desfechos distintos sobre o ponto central do debate; conceber a iniciativa probatória supletiva do magistrado como resquício processual venenoso-inquisitivo, antidemocrático e violador do contraditório ou concebendo-a como atividade publicista, normativo-axiológica democrática, obstinada a cumprir obrigações estatais positivas definidas pela Constituição Federal e pelos acordos internacionais de proteção aos integrais direitos humanos.

Nessa conjunção, procura-se investigar se a construção de amálgamas como “garantismo adversarial” é constituído por uma relação lógica intrínseca com um conceito de democracia ou se essa reunião é fruto de estratégias retóricas falhas. Investiga-se, outrossim, se há mesmo uma incompatibilidade absoluta (como defende o seguimento liberal doutrinário) entre sistema inquisitivo e garantismo. Isto é, seriam compatíveis ou absolutamente antagônicos?

Para execução da análise nos reportamos a alguns referenciais teóricos. Pela primeira linha, a busca da verdade pelo Estado é tomada como ambição distorcida e perigosa, como sustenta Aury Lopes Júnior (2019). Seria um retorno ao mundo inquisitivo medieval, por assim prescrever que o processo penal guarda como prioridade a solução de conflitos individuais, restando a verdade sem lugar de importância. Como é possível observar, esse argumento utiliza-se do símbolo (pathos) negativo sobre tudo aquilo que se reporte ao termo inquisitivo. Destaca, por outro lado, as benesses da democrática verdade livre e consensual, o “garantismo adversarial”. Para estes, qualquer atitude epistêmica capaz de conferir, ainda que mínima, atividade probatória ao juiz, representa o genérico e simbólico resquício totalitário.

Aury Lopes Júnior (2019), escorado sobre antigas teorias e doutrinas processuais penais de Goldschmidt (1935) e de Elio Fazzalari (1957), ataca a verdade visada no atual processo penal brasileiro, apontando-a como persistente natureza venenosa-inquisitiva. Prescreve, especialmente, naquilo que toca aos poderes instrutórios conferidos ao juiz brasileiro, mesmo após a reforma processual operada pela lei 11.690/2008, posição radical contra qualquer repulsiva e imparcial iniciativa do magistrado, ainda que de natureza probatória suplementar.

No oposto referencial teórico, concebe-se a ideia daquele seguimento para os quais a verdade, ainda que teleologicamente, deve ter um propósito específico para a jurisdição civil ou penal, daí concebendo-se a necessidade de conceder poderes razoáveis de atuação probatória ao magistrado, como

defendido por Gustavo Badaró (2019). No mesmo fluxo, Frederico Valdez Pereira (2020) sustentando que a definição dos fatos no processo penal depende da integração probatória do julgador; Jordi Ferrer Beltrán (2017) advogando que a justificação da decisão-ato deve fundar-se no pressuposto de uma proposição fática aceitável, além de Michele Taruffo (2016), para quem o magistrado deve justificar a sua decisão na simples construção dos fatos através de uma narrativa comprovada.

Em suma, definido o problema, as correntes, seus representantes, contrapontos referenciais, a metodologia retórica e a análise visando identificar as falhas e acertos elaborados em seus discursos; destaca-se que a trajetória aqui desenvolvida confrontará essas teorias através da etnometodologia as envolvendo nos dois temas mais preocupantes da atual realidade social brasileira, segurança pública e direitos humanos. De um lado, a escalada da violência reproduzida nos grandes centros por facções de organizações criminosas, do outro, a percepção sobre como as forças selvagens exógenas ao processo penal atuam na construção da “verdade” onde se manipula a culpa de “bodes expiatórios” em ações penais qualificadas pelo polo litisconsorcial passivo. Esse tema evidenciará falhas importantes sobre a prescrição da tese defendida pela linha da processualística individualista e consensualista da verdade que concebe o processo penal garantista como um jogo idealizado entre as partes prometendo a igualdade.

Ao final, a crítica apresentada demonstrará inexistir relação intrínseca, nem incompatibilidade absoluta, entre os conceitos e sistemas investigados. Demonstrará o quanto a versão defendida por uma visão individualista e liberal da verdade no processo penal, na atual realidade brasileira, pode ser tão injusta quanto os venenosos sistemas inquisitivos e processos inquisitórios do passado. Quando se toma como raio de análise um espectro mais amplo da realidade social brasileira, onde forças criminosas se apropriam da verdade livre proposta pelo garantismo adversarial, destaca-se como a sua tese cria um Estado que “lava as mãos” diante da violação de direitos, enfraquecendo a axiologia-normativa da Constituição Federal de 1988 e das convenções internacionais de direitos humanos.

2 A VERDADE CONSENSUAL À LUZ DO PROCESSO PENAL INDIVIDUALISTA: A GESTÃO DA PROVA E O CONTROLE SOBRE OS EVENTOS POR DETERMINAÇÃO EXCLUSIVA DAS PARTES

A retórica material, enquanto primeiro plano laboral da realidade, constitui a maneira com que os humanos constroem seu ambiente através da linguagem. Essa visão cética da realidade foi difundida por Friedrich NIEZSCHE (1922). Designada como retórica existencial, trata do primeiro campo de análise dos três níveis do método analítico dos discursos. Nietzsche a concebeu como dinâmica (dýnamis),

informando que a construção discursiva molda subjetivamente qualquer objeto que passa a ser desta ou daquela forma anunciado.

Seguimentos doutrinários aderentes a uma concepção liberal política individualista, v.g., pré-concebem em seus discursos uma classificação generalizante a respeito dos tipos de processos penais existentes. Compõem, assim, uma realidade classificatória binária do processo penal, atribuindo ao sistema penal adversarial um valor democrático positivo (o bom direito) e outro inquisitório antidemocrático negativo (o mal direito). Sua perspectiva binária simplista santificada e demonizada, de maneira generalizante, anunciando a sua visão do processual penal. Sintetiza, portanto, em dinâmica construção da realidade, fórmulas etiológicas: a cura do novo processo penal democrático e garantista (acusatório = adversarial system) em superação aos venenosos ritos dos antigos regimes totalitários, violadores de garantias individuais (processo penal inquisitório = inquisitorial system).

Nesse percurso, constata-se que, não distinguindo tipos de processos da classificação dos sistemas processuais, reproduz a realidade pela lógica aristotélica binária, a lógica do terceiro excluído (quando nega existir sistemas mistos). Por outra via, os processualistas publicistas, adeptos da verdade que visa um “fim axiológico-normativo”, preocupados com a qualidade da decisão jurídica desenvolvem a distinção conceitual entre tipos de processo (acusatório e inquisitório) os quais não se confundem com os sistemas processuais (adversarial e inquisitivo).

Em síntese, observa-se que a retórica estratégica de ambas se inicia, portanto, pela “generalidade” ou pela “especificação” de elementos conceituais previamente constituídos e que formaram os pressupostos dos seus discursos. Nesse aspecto, reunir sinteticamente tipos de processos com sistemas processuais ou distingui-los analiticamente, constitui o primeiro passo da retórica existencial de seus discursos ontológicos.

Como estratégia segunda, divergem processualistas individualistas dos publicistas sobre a existência ou não de uma teoria geral do processo (civil e criminal). Os primeiros distinguem a natureza epistemológica entre ambos, considerando a natureza “instável” no processo penal e a natureza “estável” no processo civil. Com efeito, negando-se a existência de uma função pública ao processo ou mesmo uma teoria geral que os alcance, advogam que essa proposta induz a criação de uma epistemologia inquisitiva dotada de controles estatais. Nesse caminho, os primeiros passam a conceber a doutrina das garantias somente nos restritos âmbitos processuais penais, ou seja, apenas na relação estabelecida entre o poder público punitivo e direitos individuais do réu, enquanto indivíduo dotado de liberdades e garantias. Com efeito, mira foco binário limitado, amplia liberdades individuais e pretere atuação pública do Estado, assim prescrevendo relação “instável” entre partes litigantes, apontando a intervenção do juiz como inquisitiva imparcialidade.

Por outra linha, publicistas defendem a existência de uma teoria geral do processo, reconhecem uma finalidade política-instrumental que mira a aplicação da norma de interesse estatal. Portanto, seja no processo penal ou no processo civil, sempre haverá função pública, voltada a cumprir a ética pactuada pelo coletivo democrático. Seu conceito de “garantismo” significa aplicação da norma abstrata (compromisso político) no caso concreto. Não restrito, contudo, ao plano processual penal. Garantismo, portanto, engloba todos os deveres prestacionais positivos pactuados na construção do ordenamento jurídico. Garantismo, significa cumprimento das obrigações estatais. Para muito além da mera igualdade formal prometida através da encapsulada visão processual penal adversarial.

Com efeito, necessário destacar que, ir além do processo, não significa negar o garantismo endo-processual; facilitando essa compreensão a seguinte fórmula: (garantismo processual penal + garantismo integral ético humanitário) = “garantismo ético democrático” ou “garantismo ético prestacional integral”. Garantismo, significa cumprir todos os direitos a uma só vez, ainda que eles se confrontem, não se pode eliminar um direito para cumprir outro.

Destarte, se a corrente publicista do processo penal separa a classificação dos tipos processuais penais (inquisitório/acusatório) da classificação dos sistemas (adversarial/inquisitivo), a proposta individualista aqui analisada parte da reunião dessas categorias, defendendo em cada uma delas uma natureza pura e ontológica (LOPES JÚNIOR, 2019). Portanto, liberais laboram ideais absolutos e imutáveis, independentes do tempo ou do espaço, atribuindo-se lhes condições eternamente inconciliáveis. Em suma, só existe dois tipos de processos penais ; o acusatório dotado de sistema adversarial e “garantista”, baseado em decisões fundadas sobre a verdade consensual, enquanto o outro sistema, dotado do inquisitive system, é baseado em decisões fundadas com violações de garantias processuais individuais, como a garantia do contraditório que se define pela imparcialidade do juiz destituído de poderes instrutórios.

Percebe-se, contudo, que ela aproveita imprecisões linguísticas sobre conceitos. Por exemplo, quando se socorre de definições sobre o sistema inquisitivo empregado em obras como a de Luigi Ferrajoli (2001, p.563), para quem “son típicamente característicos del sistema inquisitivo la iniciativa del juez em el ámbito probatório, la desigualdade de por entre acusação y la defensa y el carácter escritos y secreto de la instrucción.”

Sem adentrar nos contornos exatos daquilo que Ferrajoli pretendeu significar como “iniciativa probatória do juiz”, dado que comporta abertura semântica, os individualistas encarregaram-se estrategicamente de lhe atribuir um sentido genérico. Nessa senda, aporta-se em conjugado argumentativo, dotado de carga semântica histórica sobre o conceito de sistema inquisitivo, para firmar

que a atividade probatória complementar do juiz é ante garantista. Essa generalidade, contudo, comporta falhas, entimemas.

A proposta da processualística individualista brasileira, portanto, consiste em prescrever o democrático através de uma versão processual penal acusatória adversarial, que significa como garantista. A partir da realidade que se constrói por essa dinâmica material, verifica-se uma perspectiva que entende o passado como causa do presente (ADEODATO, 2014), elaborando uma ideia que não admite qualquer espécie de iniciativa probatória mínima conferida ao juiz. Reúne-se a esses argumentos a ideia de resquício e permanente crise do atual sistema processual penal brasileiro, que, diante da reforma introduzida pela Lei nº 11.690/08 (BRASIL, 2008), manteve a atividade probatória supletiva do magistrado, prescrevendo a necessidade de superação dessa norma por meio da depuração do processo penal.

Por tais razões, Aury Lopes Jr. (2019, p.192) designa como maniqueísta a distinção elaborada pela doutrina publicista, a separação entre “interesse público” e “interesse individual”, sobre a natureza do processo penal; sustentando que a limitação dos poderes do juiz constitui o fato fundante de todo o sistema processual democrático. Chama de “reducionismo ilusório e insuficiente o conceito de ‘sistema misto’; a gestão da prova e os poderes instrutórios do juiz.” Acusa que a doutrina da concepção mista guarda insuficiências teóricas em dois aspectos: a primeira, quanto à inexistência de sistemas não correspondentes com a realidade, apontando que o sistema misto não passa de uma maquiagem conceitual, é “(neo)inquisitório, para não induzir ninguém a erro.”(LOPES JÚNIOR. 2019, p.193). Argumenta que a tese não enfrenta a evidente questão da iniciativa probatória do juiz como atividade distinta do ato de julgar; ela se omite quanto a essa “identificação do núcleo fundante” (2019, p.194) do processo penal acusatório. Deveria admitir a natureza distinta entre as atividades de acusar e julgar. Numa análise crítica, contudo, nota-se que o sentido por ele empregado para essa expressão “iniciativa probatória suplementar” é propaganda como inquisitória, fato que demanda questionamentos.

A segunda insuficiência apontada por ele diz respeito à preservação do contraditório que, segundo argumenta, é violado quando o juiz interfere no jogo do processo. Nesse contexto, estabelece uma incompatibilidade absoluta entre o sistema inquisitivo e o princípio do contraditório. Destarte, conclui que, quando o juiz interfere sobre a produção probatória, ele viola o equilíbrio do jogo processual, assume atividade dupla (juiz e acusador), concebendo que essa prova tem natureza inquisitorial (LOPES JÚNIOR, 2019). Inutiliza-se, em síntese, a possibilidade da distinção conceitual entre processos e sistemas.

Com isso, Aury Lopes Jr (2019) argui que o código de rito penal brasileiro é repleto de resquícios autoritários inquisitivos, fora da atitude jurisdicional, atividades como: determinar a oitiva de testemunhas para além daquelas elencadas na denúncia (art.209 do CPP); decretar prisão preventiva sem pedido das

partes (art.310 do CPP); determinar interrogatório em qualquer momento (art. 196 do CPP); assim como determinar diligências ex officio, nos termos do art. 156, I e II do mesmo diploma legal.

Recusam-se tais correntes a admitir a existência de uma teoria geral do processo, ao contrário da corrente oposta, que não diferencia os fins da verdade no processo penal e no processo civil (GRINOVER, 2016). Para sustentar sua posição, Aury Lopes Jr (2015) encontra subsídios na antítese de James Goldschmidt (1874-1940), em cuja obra *Der Prozess als Rechtslage*, publicada em 1925, visava desconstituir a tese de Bülow (1868). Este sustentava que a natureza do processo, como ramo da teoria do direito público, conferia a existência de uma “relação jurídica”; propondo superá-la, aquele defendeu a antítese da “situação jurídica “como uma peculiaridade do processo penal.

Em síntese apertada, a tese da “relação jurídica processual” de Bülow propõe a sistematização do estudo existente na relação entre as partes e o juiz, como sujeitos do processo, dotados de direitos e obrigações, dentro da chamada *judicium est actum trium personarum*, defendida como teoria geral do processo; enquanto a tese oposta, que se predispunha a superá-la, através da teoria processual da “situação jurídica” defendida por Goldschmidt (1935) estabeleceu que, no processo penal, o direito das partes assume um dinamismo que se modifica no desenrolar da ação penal como uma mutação estrutural, que não pode sofrer interferência do Estado-Juiz, senão dos próprios litigantes.

Sustenta, portanto, que a dinâmica transformadora que a prova exerce no resultado do processo sobre os relatos diversos do evento criminoso apurado, não opera igualmente no processo civil e, por essa razão, aquilo que se concebia como direito subjetivo das partes, no âmbito do processo penal se degrada em mera possibilidade (de praticar atos para que o direito seja reconhecido). Essa circunstância, portanto, teria o condão de transformar as expectativas das partes sobre uma sentença desfavorável, seguida, portanto de um ônus processual, ou seja, de “encargos de praticar certos atos, cedendo a imperativos ou impulsos do próprio interesse, para evitar sentença desfavorável.”(CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 283)

Em poucas linhas, muito menos que a profundidade desse conflito teórico requer, distinguir, portanto, a concepção de processo penal do processo civil, evitando a proposta de uma teoria geral do processo, constitui uma estratégia para sustentar que a teoria da “relação jurídica” de Bülow seria muito bem aplicada ao processo civil, ao passo que a teoria da “situação jurídica” de Goldschmidt, segundo argumenta Aury Lopes Jr. (2019), estaria mais adequada à teoria do processo penal, prescrevendo que essa deveria ser a tese prevalecte em estágios políticos democráticos.

Por essa última perspectiva, justifica-se a impossibilidade do juiz criminal exercer qualquer iniciativa de atividade probatória, considerando que, pela concepção da epistemologia da incerteza (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 228), tomada pela proposta do processo como “situação jurídica”, onde a

verdade em constante mudança de expectativas das partes, no desenrolar da ação penal, não poderia sofrer qualquer atitude probatória do julgador, ainda que supletiva, pois violaria o contraditório, diante de um processo penal identificado como jogo de forças (duelo).

A antiga tese da “situação jurídica” ganhou continuidade no pensamento do italiano Elio Fazzalari (1925-2010) que também criticou a ideia do processo penal como “relação jurídica processual” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p. 287) sustentando sua natureza procedimental em constante contraditório. Para Aury Lopes Júnior, é inegável a influência que Goldschmidt exerce sobre Fazzalari (2019), para quem o processo penal é um procedimento destinado a superar uma estrutura formalista burocrática, a fim de potencializar o contraditório como “núcleo fundante” (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 250) que informa seu papel na democratização do processo penal. Papel a partir do qual se garante o direito à informação, à efetividade igualitária de armas e a oportunidade de um jogo justo entre as partes sem interferência política do juiz.

Em suma, reunindo fundamentos da teoria da “situação jurídica” de Goldschmidt com a concepção de “procedimento em contraditório” desenvolvida mais tarde por Fazzalari, Aury Lopes Júnior reforça no Brasil a proposta de uma concepção individualista, ora baseada na pureza dos tipos ideais dos processos inquisitivo e acusatório, para se atribuir à ideia de iniciativa probatória do juiz, ora com um sentido de atividade dotada de natureza inquisitorial e antidemocrática, ora como violadora do contraditório, construindo, destarte, um significado de relação intrínseca (garantismo adversarial), contudo, questionável. como veremos adiante.

3 A INICIATIVA INSTRUTÓRIA SUPLEMENTAR DO JUIZ COMO BUSCA TELEOLÓGICA DA VERDADE E A FUNÇÃO PUBLICISTA DO PROCESSO PENAL

Como destaca Ada Pellegrini Grinover (2016, p. 2), “A ambiguidade e indeterminação do binômio acusatório-inquisitório são conhecidas, sendo polivalente seu sentido”. Aqui reside um ponto fundamental de nossa abordagem. Isso porque, a priori, a discussão em torno dessa distinção tipológica é, até certo ponto, dogmaticamente incontroversa. Não traz divergência o conceito de processo penal acusatório, que se condensa sobre a premissa da distribuição de tarefas entre vários órgãos dotados de competências e finalidades precípuas.

Ou seja, as instituições públicas que compõem as engrenagens do jus puniendi estatal são funcionalmente separadas no conceito de processo penal acusatório. Ele pressupõe a coexistência de entidades distintas executando suas atividades específicas de investigar, acusar, defender e julgar. Por

outro lado, em passant, sobre a definição do processo penal inquisitivo, também não se encontram grandes divergências na dogmática. Há certa sedimentação quanto à definição de um processo em que o agente-juiz-inquisidor reúne todas essas funções, cujas atividades se concentram num único órgão de execução. Portanto, até esse ponto, não encontramos divergências relevantes, pois convergem individualistas e publicistas quanto a estas definições.

Processo acusatório só se concebe por meio de um modelo que garanta uma investigação desenvolvida por outro órgão, além de uma acusação e de uma defesa construídas por outros atores distintos do julgador. Como asseveram Jacinto COUTINHO (2001), e Geraldo PRADO (2005), o acúmulo de atividades seria capaz de conceder ao magistrado um estado psicológico do julgador que apenas pretende confirmar a própria investigação, legitimando seu próprio imaginário. Até aqui, repita-se, não há grandes controvérsias.

Não obstante, há ainda uma terceira classificação, que concebe a existência de um processo penal dotado de natureza mista; essa sim enseja controvérsias. A concepção mista pressupõe-se obrigatória separação entre “inquérito” e “ação penal”. Concentrando as características inquisitórias de investigação na fase administrativa e as características do sistema acusatório na fase processual. Nesse diapasão, “o juiz estaria impedido de acusar, e o magistrado encarregado da investigação estaria impedido de julgar o processo.” (ANDRADE, 2013, p. 44) Como é possível observar, há uma discricionariedade, uma dinâmica retórica material e estratégica, sobre o modo com que se estruturam esses conceitos e é sobre tal construção que se fundamentam as linhas de concepções diversas sobre o conceito de justiça que se realiza mediante diferentes modelos de processo penal.

Nesse contexto, a função precípua da elaboração dos tipos weberianos não é outra senão permitir que o estudo sobre determinado objeto seja feito a partir de uma análise comparativa com a realidade. Necessita, contudo, de um estudo próprio e adequado ao seu tempo. Nesse plano, vale pontuar que qualquer proposta de investigação, tomada a partir de uma classificação de tipos ideais concede plena liberdade para cada pesquisador escolher seus próprios critérios, mas sua coerência é dependente da realidade estudada. Ou seja, ainda que tomada por uma lente política, econômica, utilitária, filosófica, sociológica ou ideológica etc., esses critérios dependem da realidade que determina pontos de partidas. Por tais razões, Mauro Fonseca Andrade (2013, p. 49) assevera que:

Isso faz com que, em maior ou menor medida, vários dados de uma realidade histórica possam estar presentes ou completamente ausentes de sua configuração. Consequentemente, essa desvinculação com a realidade não permite a outros investigadores conhecerem elementos essenciais do objeto descrito pelo autor, que esteja sendo analisado, o que leva Weber a considerar os tipos ideais como verdadeiras utopias. (ANDRADE, 2013, p.49)

Com isso, Andrade esclarece que uma tentativa de classificação, tomada por critérios incoerentes no tempo e no espaço, conduziriam o classificador à inevitáveis conclusões equivocadas. Essas classificações, portanto, precisam estar alinhadas à realidade de seu tempo e o reaproveitamento de teorias ultrapassadas pode constituir discursos com sofismas, como se pretende demonstrar ao se concluir esse trabalho.

De toda sorte, para a processualista publicista Ada Pellegrini Grinover, a classificação elaborada sobre o processo penal acusatório-inquisitório não se confunde com a análise feita sobre a atividade probatória que o magistrado exerce no âmbito da ação penal. Nessa segunda análise, o que se discute é tomado por outra perspectiva; qual seja, sobre o tipo de sistema epistemológico adotado, distinção realizada entre o adversarial system, de matriz anglo saxônica, e o inquisitorial system, de matriz romano germânica (GRINOVER, 2016). Nesse propósito, concebe-se, portanto, a existência de um processo penal acusatório capaz de abrigar escolhas epistêmicas diversas, ou seja, tanto adversarial system, quanto inquisitorial system.

Por essa razão lógica, encontrar-se-á a versão do processo penal representado pela fórmula (acusatório + sistema inquisitorial). Nesse caso, o juiz não exerce qualquer papel investigativo na fase administrativa policial, nem detém função acusatória ou defensiva, senão limita-se a exercer sua exclusiva atividade julgadora. O ponto reside em questionarmos se a atividade julgadora é algo que se possa conceber ideologicamente de forma pura, com precisão matemática, plano ideal da exatidão absoluta. Concebemos, contudo, que essa pureza conceitual levaria o magistrado a desenvolver uma tarefa ineficiente, um julgamento podado, tomado pela inércia absoluta, aquilo que a verdade consensual define. Não se trata, portanto, de se defender a perigosa busca da certeza dos fatos, mas de garantir uma atividade julgadora que visa teleologicamente a verdade para se aproximar de um acerto fático.

Com efeito, compreende-se porque a versão do processo penal que se constitui pela postura inerte do magistrado não está intrinsecamente relacionada com o processo acusatório e, embora possa encontrar alguma relação, ela não é absoluta. Assim como tampouco sua postura ativa sobre uma iniciativa probatória está intrinsecamente ligada ao conceito de processo penal inquisitivo, mas sim sobre um sistema processual adequado ao seu tempo e espaço. Difere, portanto, a atividade investigativa e inquisitiva da fase administrativa daquela atividade probatória suplementar exercida pelo juiz na ação penal. Não há que se confundir, portanto, a investigação policial aberta sobre os eventos ocorridos, daquela que visa complementar os fatos deduzidos na alegação das partes no curso da ação judicial.

Nessa afinação, para o inquisitive system, o controle do fenômeno sobre o qual as partes alegam – que se adquire mediante a comprovação, com a verificabilidade fática por meio da prova – não pode

ficar sob o poder exclusivo do consenso das partes, na medida em que a decisão, como ato estatal, precisa conformar o caso concreto com a axiologia expressa na lei abstrata. À vista disso, estando o magistrado compromissado com o ordenamento jurídico estabelecido – no nosso caso, democraticamente estabelecido –, não se pode ignorar a necessidade de se conceder ao julgador uma atuação dotada de função ética estatal democrática. Concebe-se, destarte, um processo penal acusatório com ingredientes do inquisitive system, portanto, misto, acusatório e dotado de perspectiva publicista, uma forma de equilíbrio entre tendências opostas.

O juiz age aplicando a lei de acordo com a “verdade” que pode ser alcançada pelos meios de provas admitidos em direito, não restrito àquilo que as partes desejam provar. Nesse rumo, o que está em julgamento são os fatos apresentados pelas partes, portanto, tanto elas, quanto o juiz, podem exercer iniciativa de atividade probatória. As partes, prioritariamente no interesse próprio e, o juiz, supletivamente, no interesse de conformar sua decisão, conhecendo o fato que se confirma diante da prova para aplicar a ética definida pelo direito constitucional e democraticamente estabelecido. Destarte, não há que se confundir as duas categorias que se destinam a classificar processos de naturezas distintas e sistemas tomados por pontos específicos de apuração.

Quanto ao outro modelo processual penal possível, ele poderia ser sintetizado com a formulação seguinte: (acusatório + sistema adversarial). Concebe-se, com essa proposta, um processo penal que se assemelha a um jogo de forças entre as partes, como num duelo, um rito dotado de predominante liberdade das partes sobre a construção da verdade, o que se evidencia a partir da “força” de cada uma delas, de modo a se conceber nesse projeto um juiz inerte, naquilo que o impossibilita de tomar qualquer iniciativa probatória, conforme destaca-se na crítica ao modelo processual penal inglês e estadunidense por parte de Michele TARUFFO (2016, p. 135).

Trata-se de uma proposta baseada no individualismo que marca a cultura tradicional do conceito de democracia norte-americana (PACELLI, 2016). A liberdade do indivíduo está, portanto, fixada nessa escolha das opções oferecidas dentro do jogo processual. Entretanto, para parcela da dogmática processualista, essa proposta traz severos problemas de ordem pública, debate que envolve a questão ética da justiça em conflito com o utilitarismo, conteúdo destacado por David O. BRINK, (1989) na sua obra *Moral realism and the foundations of ethics*, cujo tema, embora, interligado, tem aprofundamento que foge de nosso propósito precípuo.

De toda sorte, ao revés, a proposta de um processo penal acusatório modulado pelo inquisitorial system, concebe um equilibrado impulso oficial com o qual se garante ao magistrado a possibilidade de iniciativa probatória supletiva, o que não significa propor um exercício de atividade investigativa preliminar, executada durante a fase do inquérito policial, nem mesmo com a total liberdade de investigar

um fato para além daqueles contornos definidos pelo titular da ação penal e contestado pela defesa. Essa atividade de iniciativa, portanto, limitar-se-á ao âmbito da ação penal e permitirá ao magistrado exercer a aplicação da lei ao caso concreto, não se coartando, contudo, qualquer manobra, arranjo ou rearranjos do fenômeno da conduta criminosa imputada que possam ser direcionados pela defesa, pela acusação ou por consenso das duas em detrimento do peso normativo-axiológico constitucional.

Qual seria, portanto, a finalidade precípua que se propõe com a proposta de um processo acusatório dotado de ingredientes do inquisitorial system ao se conceder ao magistrado essa iniciativa probatória supletiva? Para os adeptos desta corrente, como os princípios processuais penais são publicistas e como tais destinam-se a pacificar conflitos de acordo com a ética estatal democraticamente estabelecida, o magistrado tem um compromisso jurisdicional com esse dever constitucional. O problema do processo acusatório regido pelo adversarial puro, portanto, estaria na ideia de que sua finalidade de pacificação se limita ao plano do consenso entre as partes, sem vínculo com a ética estatal. (TARUFFO, 2016)

Com efeito, ao se conceber um processo acusatório dotado do inquisitorial system, fundem-se funções do processo penal com as finalidades políticas do próprio Estado. Portanto, vincula-se ao cumprimento do garantismo ético (humanitário integral), razão pela qual esses poderes não podem estar disponíveis e manipuláveis conforme interesses consensuais. Por essa perspectiva, a iniciativa instrutória do juiz no processo moderno é eminentemente política, destarte, “é inaceitável que o juiz aplique norma de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados” (GRINOVER, 2016, p.5), por opções utilitaristas e consensuais de processo penal individualista que ignora a ética do Estado e concebe garantismo somente no seu plano processual endógeno, encapsulado.

Isso não significa que o juiz execute atividade supletiva buscando alcançar a certeza absoluta da verdade sobre os fatos para aplicar a norma, mas tampouco lhe permite criar a circunstância elaborada pelo processo acusatório adversarial, a partir do qual as partes exercem controle probatório exclusivo, por interesses particulares manipulando o resultado do processo penal, o que esvaziaria a função publicista normativista, conduzindo um significado de garantismo restrito ao processo. Contra essa possibilidade, também Frederico Valdez PEREIRA (2020, p. 251) sustenta a necessidade de haver uma atividade judicial capaz de assegurar uma relação teleológica com a verdade. Ou seja, concebendo que “um dos pilares do modelo garantista do processo penal está no ideal de cognição e acertamento dos fatos, o que pressupõe prestigiar e otimizar a racionalidade na dinâmica probatória, a partir da busca da verdade dos fatos penalmente relevantes.”

Na mesma linha, grande parcela da doutrina europeia mais recente invoca o controle da racionalidade do processo penal a partir dessa atividade teleológica de busca da verdade, concedendo ao

juiz a iniciativa probatória suplementar daquilo que as partes alegam, viabilizando-se a instrumentalidade de força democrática na sua atuação. Destarte, WRÓBLEWSKI (1992, p. 152) defende que a base fática das decisões demanda encontrar apoio sobre um “enunciado existencial, tratado como um enunciado verdadeiro.”

Essa também é a posição fixada por Jordi Ferrer BELTRÁN (2017, p.82), para quem há uma diferença fundamental entre aquilo que se diz “estar provado” e aquilo que se diz ser “tido por provado”. Nesse último caso, conforme se abstrai de “concepções subjetivistas ou irracionais da prova” seria contrário ao conceito de “verdade de um enunciado probatório” pois a partir dessa ideia evidenciaremos uma função jurisdicional destituída de sentido, quando o juiz assume mera condição de fiscal de regras de num jogo de forças em competição.

Por tais caminhos, sustenta-se que, para uma definição de justiça mais coerente com a ordem ética constitucional, o processo penal deve guarnecer o julgador de elementos epistêmicos disponíveis e suficientes para que se resulte aceitar como racional uma proposição tomada como verdadeira na justificação da decisão alcançada por um raciocínio decisório lógico-político-ético, não apenas decisório lógico-competitivo-consensual, já que o juiz tem compromisso com deveres Estatais, hoje constitucionalmente determinados como compromissos democráticos. Por tais razões, Michele Taruffo (2016, p. 135) sustenta que, “historicamente, o adversarial system nunca funcionou enquanto método de busca da verdade”, considerando que ele oferece oportunidade utilitarista para que as partes possam ocultar provas e distorcer fatos.

Com essa manipulação, não havendo entre as partes interesse na obtenção neutra das informações que se prestam a apurar, evidencia-se em tal proposta a constituição de um processo penal inidôneo. Nesse aspecto, conclui que tal sistema é repreensível enquanto fundado “numa ideologia da justiça segundo a qual à verdade não se atribui qualquer valor positivo.”(TARUFFO, 2016, p. 135)

Como é possível constatar, a construção dessa linha doutrinária classifica os tipos de processo penal (acusatório-inquisitório) e, por outro lado, não confunde essa classificação com aquela do sistema adversarial anglo saxão ou inquisitivo romano germânico. Destarte, a partir de sua retórica essencial elabora a possibilidade de existência entre um processo penal acusatório e, ao mesmo tempo, dotado de sistema inquisitivo; permitindo que o juiz possa exercer atividade de conformação do fato à norma por iniciativa probatória supletiva no âmbito do processo penal, quando as partes não apresentem elementos suficientes de prova sobre aquilo que alegam. Trata-se, portanto, de uma atividade complementar, a fim de garantir a aplicação da ética, a axiologia do pacto político democrático, diante do caso concreto.

4 A INTERFERÊNCIA DAS FORÇAS CRIMINOSAS EXÓGENAS AO PROCESSO PENAL NA CONSTRUÇÃO DA VERDADE QUE SE MANIPULA ATRAVÉS DA TEORIA DA "SITUAÇÃO JURÍDICA"

Retoma-se aqui para a proposta de postura metodológica de análise teórica sobre aquilo que se extrai da atual realidade social como fator determinante de elaboração epistemológica e interpretativa das normas processuais penais equânimes ao seu propósito. O sentido apropriado é aquele em que se definem as características de um rito dotado de capacidade de reproduzir o justo no seu tempo e espaço, instrumentalidade sem a qual não pode se materializar o direito penal, senão mediante a concepção de um processo capaz de realizar o accertamento fático (BELTRÁN, 2017) para se sustentar por fundamentos uma decisão judicial.

Nesse propósito, não se pode perder de vista que, segundo a ordem jurídica brasileira, a dignidade humana constitui um núcleo fundamental, no que envolve o dever do Estado com seu "aspecto prestacional do mínimo existencial" (GUERRA, 2020, p. 272) consistente em determinar prestações de direitos que conformam com seu núcleo ético; aqui e agora, especialmente, destacando a dimensão do direito à liberdade física das pessoas, assim como na relação com que esse direito se vincula ao accertamento fático das decisões judiciais penais. Com efeito, condenar inocentes em decorrência de uma verdade consensual que se extraia dos interesses utilitaristas das partes certamente violaria regras fundamentais dentro do sistema jurídico brasileiro.

Nos referimos aqui ao mesmo enfoque dado por Frederico Valdez Pereira e Douglas Fischer (2020), quando tratam das obrigações processuais penais positivas, segundo orientação das cortes internacionais de direitos humanos. Também quando tratam da prova, da verdade e das obrigações processuais penais positivas, ao destacarem inúmeros julgados das cortes internacionais, envolvendo, inclusive o Brasil, determinando, em outras palavras, o dever da busca da verdade como um compromisso de proteção efetiva de ações destinadas a preservar os direitos humanos (PEREIRA; FISCHER, 2020). Concebe-se, nesse aspecto, o garantismo integral aplicável aos direitos das vítimas, que embora não ocupem posição de parte no processo penal, são portadoras de direitos e garantias no âmbito constitucional e internacional, entre eles o direito de ver o Estado punir corretamente aqueles que violaram seus direitos garantidos.

Contudo, para além de suas perspicazes visões a respeito da dinâmica conceitual do garantismo (PEREIRA; FISCHER, 2020) hoje concebido de forma integral, nossa proposta retorna ao enfoque processual, centrando-se agora sobre a figura de corréus. Analisando-os, entretanto, não só por uma perspectiva processual endógena, sobretudo pela realidade exógena que interfere no processo penal.

O propósito consiste em destacar que o réu não deixa de ter direitos violados, só pela ideia de violações de direitos processuais praticados pelo Estado-Juiz; pois na condição de fragilidade social, por vezes tratando-se de “bode expiatório”, dentro dessa mesma perspectiva de proteção garantista integral e de obrigatório dever atribuído ao Estado, um dos réus poderá ser subjugado pela hierarquia de uma organização criminosa.

Tática usualmente empregada diante da pluralidade do polo passivo de uma ação penal, o artifício das “bucha de canhão”, revela a situação de pessoas que suportam o peso da culpa no lugar dos verdadeiros infratores. Um inegável jogo de força entre os réus que se inicia no plano exógeno do processo e não se manifesta no âmbito probatório interno da ação penal, no âmbito de sua formalidade, especialmente na hipótese da verdade liberal, onde se pretende dar significado de garantismo como jogo de forças, sem intervenção do juiz.

O ponto sobre o qual se concentra como critério etnometodológico encontra-se, portanto, na análise da realidade reproduzida pelas organizações criminosas, a partir do aperfeiçoamento de suas estruturas e métodos operacionais (PELLEGRINI, 2008), no que implica reconhecer uma atuação criminosa nos processos qualificados pela pluralidade do polo passivo. Para se esquivar da persecução penal, a “graduação” superior de uma organização criminosa exerce influência capaz de manipular a culpa sobre os demais corréus, mas sobre esse jogo de forças exógenos a doutrina individualista não tem alcance ou não deseja ter.

Essa força exógena ao rito é capaz de reproduzir efeitos deletérios. Um desequilíbrio interno e velado no âmbito do processo penal, concebido como garantido “jogo limpo”, que a proposta adversarial não sustenta. Eliminando totalmente as garantias processuais formalmente trabalhadas pelo Estado-juiz, o processo torna-se materialmente inócuo, evidenciando o modo com que a trama criminosa estrutural pode driblar o acertamento fático da decisão judicial, violando severamente direitos humanos. Especialmente, se considerarmos essa epistemologia processual que deixa a verdade ao critério das partes, potencializando-se, ao cabo, senão a ética do Estado, a supremacia da ética spenceriana das organizações criminosas.

A etnometodologia permite compreender, portanto, a realidade por uma sucessão de eventos únicos não previsíveis e, nesse caminhar, o estado totalitário de ontem, não é o estado democrático de hoje. O processo penal de ontem não é o mesmo processo de hoje, nem o mundo exterior a ele é o mesmo, assim também como o conceito de garantismo de outrora assume outra dimensão na atualidade. A complexa transformação de tudo constitui razão suficiente para o emprego do método aqui adotado, assumindo uma posição que “desconfia de afirmações generalizadas, que assumem como verdades determinadas suposições específicas.” (ADEODATO, 2014, p. 243).

Daí a dificuldade que se enfrenta quando as teses sobre as quais se constroem teorias como a da “relação processual” de Goldschmidt são formuladas e se mostram compatíveis e relevantes para superação dos problemas políticos enfrentados no seu tempo e seu espaço. Diante de um estado totalitário, visando, sobretudo, priorizar a necessidade de se atingir o equilíbrio processual não alcançado naquele tempo-espaço, pela teoria da relação processual, dentro de uma concepção de relação estabelecida entre Estado-totalitário-juiz e réu, acusação e defesa sem garantias, parece crível e adequada a tese da “situação jurídica”.

Nesse rumo, ao se constatarem tais distinções, é possível detectar sofismas, que normalmente encontram-se omitidos nessas generalizações associadas às propostas omnicomprensivas da realidade ou derivadas de conclusões históricas etiológicas que em tudo vê causa e efeito. São sobre tais pontos de vista que o estudo se concentra, no propósito de se definir uma proposta processual penal mais próxima daquilo que se possa conceber dentro do atual contexto político e social conduzidos para orbitar dentro da lógica axiológica de preservação dos direitos humanos.

Nessa esteira, para se compreender os reflexos práticos e éticos, considerando os valores expressos pela ordem constitucional e internacional vigentes, sobre como a proposta de uma concepção processual penal individualista pode hoje reproduzir severos problemas relacionados aos direitos humanos, passamos a trabalhar com a análise das reais atuações funcionais do crime organizado. Nesse contexto, evidenciam-se de forma latente os problemas decorrentes da proposta que pretende ver o futuro processo penal assumindo uma absoluta ingerência do Estado-Democrático-juiz sobre a iniciativa da prova dos fatos alegados pelas partes. O ponto que se pretende destacar aqui é sobre como essa análise do processo não considera a circunstância da manipulação da verdade no polo passivo da ação penal onde é possível se exercer pleno controle, o que inviabiliza a compreensão tomada fora desse encapsulado mundo procedimental fundado em paradigmas passados.

É limitado porque o garantismo penal (unifocal) que se propagou no Brasil de forma exacerbada, restringe o conceito, em franca manipulação da doutrina Ferrajoliana, ao âmbito interno do processo penal, não reconhecendo (ou evita reconhecer) sua aplicação na integralidade da ordem democrática. A teoria das garantias concebe um Estado dotado de deveres e direitos capazes de garantir seu alcance sobre todos os indivíduos, no que inclui o dever de concretizar os direitos e garantias processuais dos réus, mas também a proteção dos direitos humanos das vítimas, das testemunhas e corréus expiatórios subjugados por exógenas forças criminosas.

Nessa linha de pensamento, a teoria da “situação jurídica” (GOLDSCHIMIDT, 1935), que sustenta a concepção do processo penal como um jogo travado em prevalente contraditório dinâmico e livre exercido entre autor e réu, não é mais suficiente para suportar a complexidade da realidade atual,

nem capaz de preservar uma igualdade que anuncia alcançar objetivamente. Por exemplo, ela inexistente na situação descrita entre corréus, por que sua concepção competitiva – acusação/defesa – ignora as forças externas ao processo, capazes de promover o desequilíbrio que se pretendeu um dia alcançar dentro de um desses polos, nesse chamado “jogo processual”, a que se atribuiu artificialmente e fora do tempo e do espaço, como dotado de natureza e epistemologia democrática garantista. Ela é “garantista” para o réu hierarquicamente superior e se desincumbe da análise de proteção sobre corréus inferiores na estrutura organizacional criminosa e no polo passivo da ação penal. Portanto, promove o que poderíamos chamar de seleção natural de condenações com atribuição de culpa manipulável pela verdade que se cria para prejudicar os mais frágeis e beneficiar os mais fortes.

Destarte, o garantismo não se restringe à figura de um réu específico no processo penal, ele alcança todo e qualquer indivíduo, sobre o qual o Estado tem compromissos de direitos e obrigações. Com efeito, a verdade que se busca não pode ficar ao sabor consensual das partes, nesse caso, ao sabor das organizações criminosas que controlam a verdade e a culpa do polo passivo da ação penal, sob pena de se inviabilizar completamente a função estatal. Essa teoria liberal spenceriana do processo penal nos levaria a conceber um Estado que executa e chancela a injustiça das organizações criminosas, contrariando tudo aquilo que se compreende como função do Estado democrático de direito.

Nesse domínio, se no funcionamento das organizações criminosas existem inimagináveis espécies de produtos negociáveis, como a própria liberdade no processo penal. Se na sua complexidade e capacidade criativa de se furta da impunidade e do conseqüente apenamento, é comum o uso da negociação do “banco dos réus”, no que envolve a compra da culpa com a assunção da propriedade da droga, a compra parcial da culpa com a permuta da imputação para crime menos gravosos ou com a compra de minorantes; enfim, se há um leque mercadológico de liberdades negociáveis nesse mundo ilícito exógeno ao formal rito processual, percebe-se a gravidade do problema decorrente da destituição da função publicista do processo penal, que se transforma numa prateleira de liberdades negociáveis ou coagidas entre réus dominantes e dominados no jogo de forças exógenas que modulam a verdade da culpa no polo passivo da ação penal.

Nesse fluxo defensivo passa-se a reproduzir provas sobre fatos que interessem ao resultado pretendido; confissões falsas de réus dominados, seleções de respostas no interrogatório de réus dominantes. Omitindo-se provas com relação a um e fornecendo elementos de provas com relação aos outros. Beneficiando-se a liberdade de culpados em detrimento da liberdade de fracos, enquanto o juiz inerte apenas fiscaliza a regra formal do jogo interno do processo sem qualquer possibilidade de atuar aferindo aquilo que no polo passivo litisconsorcial manipula. Sobre a manobra também o órgão de acusação não possuirá controle, a depender de sua postura assumida no caso concreto, passa a adotar um

posicionamento sobre o qual observa a impossibilidade de outro desfecho acusatório sustentável, que poderá ser estrategicamente mantido pela acusação, considerando satisfatório o resultado ofertado pelo polo passivo.

Nesse caso, deveria o juiz se manter inerte? O fato é que, na prática, muitos juízes intimidados por essa concepção doutrinária individualista liberal do processo penal, a partir de um movimento jurisprudencial também assumido nesse sentido, passaram a acreditar que ao se utilizarem da prerrogativa legal de iniciativa probatória supletiva estariam sendo imparciais e que, portanto, estariam agindo em atividade inquisitória, temendo assim provocar nulidades processuais nos tribunais superiores.

Portanto, a percepção sobre os fatores criminológicos dotados de forças exógenas atuantes na manipulação do processo penal nos permite constatar que a realidade com a qual nos encontramos inseridos hoje é muito mais complexa e totalmente distinta daquele contexto em que se veiculava a ideia do processo como um jogo de forças equilibradas pela dialética das partes e pela inércia de um juiz-Estado-totalitário. Naquele contexto particular procurou-se, sobretudo, equilibrar a disfunção procedimental estabelecida por um Estado totalitário dotado de um processo inquisitivo, em detrimento da defesa de um acusado desprovido de direitos individuais e garantias processuais; um quadro bem diverso do atual. Naquele propósito, as circunstâncias a partir das quais Goldschmidt concebeu o processo penal como um jogo, tratava-se de uma tese – de situação jurídica – a partir da qual procurou estabelecer um equilíbrio processual evitando a interferência do Estado-juiz-ditatorial; agente que se servia, através de um processo instrumentalizado, de fato inquisitivo, mas destinado a cumprir a ética de um governo totalitário, capaz de reprimir indivíduos destituídos de garantias em função da presunção de culpa.

Não se discute, portanto, o mérito e a importância da teoria de Goldschmidt, o que se discute é o aproveitamento inadvertido de uma tese deslocada de seu tempo e de sua realidade. Nessa senda, aquilo que se atribui como imparcialidade do juiz no jogo do processo penal concebido como “situação jurídica” determinada pela epistemologia da incerteza, a partir da visão de Goldschmidt em seu tempo próprio, não encontra correspondência com a realidade que se concebe no cenário real brasileiro hodierno. O diferente quadro atual nos revela que não haverá nesse jogo processual instabilidade epistemológica alguma, pois nele se permitirá manipular a culpa processual, quando houver pluralidade de réus subordinados às forças criminosas econômicas e ameaçadoras, geralmente defendidas por um único advogado para todos os réus e aquele que paga tem melhor direito de defesa.

Nesse cenário hipotético, nega-se a existência de conflitos entre defesas, construindo-se a verdade sobre a culpa conforme interesse da organização criminosa. Ao contrário do jogo inesperado de

incertezas, nesse contexto criminoso, tudo será previsível e darwiniano, um processo baseado na certeza da condenação do réu dominado diante da ausência do Estado.

Destarte, constata-se que a confusão sobre o significante e o significado daquilo que se designa como “imparcialidade” capaz de afetar a verdade do processo de ontem; hoje significa, através de uma atuação de iniciativa probatória supletiva, um instrumento que viabiliza o cumprimento dos deveres processuais penais positivos, dos compromissos com a aplicação da lei democraticamente estabelecida e com as convenções de direitos humanos.

Ao cabo, o que se negocia nessa espécie de processo penal liberal de verdades consensuais definidas pelas partes é a liberdade dos indivíduos desfavorecidos do tecido social serem subjugados pelas cúpulas criminosas. Forças que passaram a subordinar o Estado, usando seus artifícios criativos e suas próprias regras, enquanto atuam livremente dentro das estruturas encapsuladas de um processo penal controlado pelo crime para restringir e negociar as liberdades individuais de corréus desguarnecidos. Nesse ponto questiona-se, onde está o garantismo do adversarial system?

Esse é o caminho para o qual aponta-se uma proposta equivocada sobre a construção da verdade no processo penal. Rumo que promove um discurso “garantista” que se repete de maneira genérica e a partir do qual o processo penal acusatório puro orquestrado pelo adversarial system é condecorado como um modelo democrático e exemplar pelos tribunais brasileiros. Modelo que vem sendo defendido para inspirar propostas de reformas legislativas, além de promover interpretações baseadas em fundamentações deslocadas de seu tempo e espaço.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, visando responder aos dois principais problemas colocados em questão, quais sejam: a construção do amálgama “garantista adversarial” é constituído por uma relação lógica intrínseca com um conceito de democracia ou essa reunião é fruto de uma estratégica retórica dotada de sofismas? Por outro lado, há uma incompatibilidade, uma inconciliável relação entre sistemas inquisitivos e garantismo? Eles seriam compatíveis ou absolutamente antagônicos?

A resposta para estas indagações sintetiza-se com a seguinte conclusão. Apesar de alguma relação existente entre esses elementos, eles não podem ser considerados a partir de uma coesão intangível. Ou seja, não há uma relação intrínseca entre garantismo e sistema adversarial, assim como também não há uma incompatibilidade absoluta entre sistemas inquisitivos e garantismo.

Nessa senda, pode-se considerar que a iniciativa probatória supletiva conferida ao juiz, conforme prevê o código de processo penal brasileiro, constitui previsão normativa de natureza

inquisitória com o mesmo significado que se estabeleceu outrora? Se ela é típica do sistema inquisitivo, constata-se que os problemas derivados da proposta inquisitiva se encontram mais associados a uma ideologia do que a uma epistemologia. Tanto que nos vemos diante de uma função epistemológica (atividade probatória supletiva do juiz) a que se atribuiu natureza inquisitiva, mas que hoje se destina ao cumprimento do papel de proteção de direitos humanos em nome do garantismo integral, do garantismo ético democrático e humanitário.

Nessa direção, quer parecer-nos que o “acertamento fático das decisões judiciais” (MONTAGNA, 2016, p. 245) e as obrigações processuais penais positivas constituam fatores condicionantes de uma proposta normativa capaz de autorizar os juízes a exercerem a iniciativa de promover diligências complementares e de se utilizarem de meios de provas razoavelmente para elucidar os fatos (PEREIRA; FISHER, 2020). Essa medida está mais próxima daquilo que poderíamos conceber como processo penal democrático que a versão proposta pelo “garantismo adversarial” que permitiria um atuar processual criminoso atuante debaixo dos olhos de um magistrado inerte e de um Estado passivo diante dos próprios comandos constitucionais positivos.

Na hipótese de análise, evidencia-se como a concepção da “situação jurídica” que subsidia a tese garantista adversarial no processo penal pode se demonstrar falha diante da realidade das forças exógenas que atuam promovendo a impossibilidade de um equilíbrio processual que se pretende assegurar eliminando a capacidade de garantir direitos e condições de igualdade dentro do polo passivo múltiplo da ação penal. Nesse contexto, a iniciativa probatória supletiva do magistrado revela-se como medida de proteção da liberdade de corréus subjugados dentro das estruturas organizacionais criminosas, ao contrário daquilo que os consensualista significam como imparcialidade do juiz ou atividade violadora do contraditório. Destarte, conferindo-se ao Magistrado a possibilidade de atividade probatória supletiva, ele terá controle sobre a possibilidade de manipulação da culpa no polo passivo, cumprindo o dever de acertamento fático em atenção aos valores axiológicos estabelecidos no ordenamento jurídico.

Ademais, evidencia-se outro sofisma fundamental no argumento sobre a tese de que o juiz esteja exercendo uma atividade acusatória em acúmulo de sua função julgadora, capaz de caracterizar uma atividade “(neo)inquisitória” como afirma Aury Lopes Jr (2019, p. 193). Isso porque, na medida em que se determina a realização de diligências suplementares, o juiz não age sabendo ou prevendo encontrar prova da culpa ou inocência, ele não estará ciente do resultado probatório de sua diligência, estará agindo senão para conformar sua decisão aplicando a norma no caso concreto, buscando teleologicamente alcançar a correta aplicação da lei.

Em síntese, a partir das considerações aqui tecidas, restaram evidenciados aspectos antidemocráticos do processo penal acusatório adversarial, assim como pontos do inquisitive system

capazes de concretizar um conceito mais coerente com a ideia de um garantismo ético integral, humanitário, constitucional. O exemplo da manipulação do polo passivo das ações penais foi tomado, contudo, apenas como um dado de muitas outras circunstâncias capazes de demonstrar as incoerências dos discursos que se propagam formando uma éndoxa – uma opinião coletiva e generalizada – repedita e equivocada.

Constata-se, outrossim, inexistir essa propalada relação intrínseca artificialmente construída em retórica dogmática para engessar a ideia de garantismo com o adversarial system. Nesse caminho, cumpre evidenciar que as últimas reformas processuais penais sofreram forte influência do processo penal estadunidense e que, diuturnamente, novas interpretações buscam restringir ainda mais a atuação do juiz no processo penal ao argumento de que seriam medidas democráticas e garantistas destinadas a superar instrumentos de estágios totalitários passados, dando um significado específico ao conceito de “garantismo”, o que não constitui discursos dotados de razão lógica, na medida em que esse sentido empregado é construído dentro de um universo autorreferente e deslocado da atual realidade política e social.

Finalmente, outra importante discussão recente ligada a todo esse contexto, a tese do silêncio parcial do réu, segundo a qual o acusado pode selecionar respostas de seu interrogatório, negando responder as perguntas formuladas pelo juiz, ou pelo Ministério Público, manipulando o discurso; revela-se como problema especialmente agravado nas hipóteses de litisconsórcio sem conflito do polo passivo envolvendo organizações criminosas. Trata-se de mais uma versão “garantista adversarial” sem correspondentes (o silêncio seletivo é vedado nos EUA) e tem gerado polêmicas e inseguranças sobre aquilo o que é dever processual do juiz. Contudo, consta-se que, pelas razões lógicas aqui apresentadas, essa versão doutrinária sobre a manipulação do interrogatório compõe apenas outro viés que reforça a ideia de um processo penal que se instrumentaliza nos interesses de forças econômicas criminosas atuantes dentro da realidade complexa dos tempos atuais, em tempos de pulverização da ética e da privatização das ordens sociais.

6 REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. 2.ed., São Paulo: Noeses, 2014.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**, 2.ed., Curitiba; Juruá, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BELTRAN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm. Acesso em 24 de jun. 2023.

BRINK, David O. *Moral realism and the foundation of ethics*. Cambridge: Cambridge studies in philosophy, 2001.

BÜLOW, Oskar Von. Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN. 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 12 ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1996.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo penal brasileiro**, Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, Nota Dez Editora, n.1, 2007.

FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. Ed. Madri : Trotta, 2000.

FISCHER, Douglas. O que é o garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.) **Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações Processuais Penais Positivas – Segundo as Cortes Europeia e Interamericanas de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. Prova, verdade e as obrigações processuais penais positivas. In: QUEIROS, Ronaldo Pinheiro de (Org.) **Altos estudos sobre a prova no processo penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

GARAPON, Antoine. *French Legal Culture and the Schoc of Globalization*. *Social and Legal Studies*, 4; 493-506, 1995.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Verdade real ou verdade formal? Um falso problema. In: **Verdade e prova no processo penal, estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo** / Ada Pellegrini Grinover ...[et. al.]; coordenador PEREIRA, Flávio Cardoso, - 1. ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

GUERRA, Sidney. **Curso de direitos humanos**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 1991.

LANGER, Máximo. *From legal transplants to legal translations: The Globalization of the plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure*. In: **Harvard International Law Journal**. v. 45. n. 01, 2004, p.01-65.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo penal; introdução crítica**. São PAULO: São Paulo, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. O problema da verdade no processo penal. In: **Verdade e prova no processo penal, estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo / Ada Pellegrini Grinover ...[et. al.]**; coordenador PEREIRA, Flávio Cardoso, - 1. ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

MATTEI, Hugo. *A theory of imperial law: a study on the U.S. hegemony and the latin resistance*. IND.J.GLOBAL LEGAL STUD, 2003.

MONTAGNA, Mariangela., *Necessità della completezza delle indagini*. In: GAITO, Alfredo (a cura di). **I principi europei del processo penale, Giurídica**. Editrice, p.35).

NIETZSCHE, Friedrich. *Retorik. Darstellung der antiken Rhetorik; Vorlesung Sommer 1874, dreistündig. Gesammelte Werke. Band 5. München: Musarion Verlag, 1922.*

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais penais e processuais penais**. 2.ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio. Verdade judicial e sistema de prova no processo penal brasileiro. In: **Verdade e prova no processo penal, estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo / Ada Pellegrini Grinover ...[et. al.]**; coordenador PEREIRA, Flávio Cardoso, - 1. ed. – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

PELLEGRINI, Angiolo. **Criminalidade organizada**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Verdade e processo penal: estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo / Ada Pellegrini Grinover ... [et.al]**, 1. ed. Brasília, DF; Gazeta Jurídica, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Fundamentos do justo; processo penal convencional: as garantias processuais e o valor instrumental do devido processo legal**. 1.ed., Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3.ed., Rio de Janeiro; Editora Lumen Iures, 2005.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade; o juiz e a construção dos fatos**, 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

WRÓBLEWSKI, J. *The judicial application of law*. Dordrecht/Boston/London:Kluwer,1992.

O CONTRABANDO DE MIGRANTES: A OCORRÊNCIA DO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL NO CONTEXTO BRASILEIRO NA ÚLTIMA DÉCADA**MIGRANT SMUGGLING: THE OCCURRENCE OF TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME IN THE BRAZILIAN CONTEXT IN THE LAST DECADE***JOSEANE MARIÉLE SCHUCK PINTO¹, RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER²***RESUMO**

A migração é um fenômeno social complexo, estima-se que exista, de acordo com os últimos dados aferidos e divulgados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, no cenário internacional, 258 milhões de migrantes (ACNUR, 2019). Esses deslocamentos não ocorrem de forma segura, ordeira e regular. Ao contrário, o fenômeno social da migração, como mencionado, gera implicações na vida daqueles que se deslocam e cruzam fronteiras transnacionais, como o registrado nas divisas territoriais brasileiras. Em geral, esses deslocados são migrantes vítimas da violência sexual e de gênero. E nesse cenário há inclusive crianças que são detidas para fins de determinar seu status de migração, além de serem estereotipadas como “ilegais”. Todavia, é relevante destacar que nenhum ser humano pode ser considerado juridicamente ilegal. Nesse sentido, o artigo se apresenta como uma pesquisa qualitativa, a partir do procedimento metodológico dedutivo. O levantamento de dados ocorrerá por meio da análise documental e bibliográfica, em nível nacional e internacional, especialmente artigos de periódicos internacionais especializados sobre o tema. Além disso, serão consultadas as legislações e normativas elaboradas pelos Poderes Legislativo e Executivo no Brasil, no tocante a políticas existentes sobre o tema de estudo. Será efetuado

o levantamento das convenções, dos protocolos, e de outros instrumentos internacionais que visem auxiliar na compreensão da realidade estudada.

PALAVRAS-CHAVE: Migração. Refúgio. Fronteiras. Humano. Ilegal.

ABSTRACT

Migration is a complex social phenomenon, estimated to exist, according to the latest data from the United Nations High Commissioner for Refugees, on the international stage, 258 million migrants (UNHCR, 2019). These offsets do not occur safely, orderly, and regularly. On the contrary, the social phenomenon of migration, as mentioned, generates implications for the lives of those who move and cross transnational borders, such as that recorded in Brazilian territorial currencies. In general, these displaced persons are victims of sexual and gender-based violence. And in this scenario there are even children who are arrested for the purpose of determining their migration status, as well as being stereotyped as "illegal." However, it is important to point out that no human being can be considered legally illegal. In this sense, the article presents itself as a qualitative survey, based on the deductive methodological procedure. The data collection will take place through documentary and bibliographic analysis,

* Artigo recebido em 09/04/2022 e aprovado em 10/08/2022.

¹ Advogada. Mestre e Doutoranda em Ciências Sociais pela Unisinos. Professora do curso de Graduação em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - RS. E-mail: joseane.ms@terra.com.br

² Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professora-adjunta da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professora dos cursos de Graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP – RS. Professora pesquisadora do CNPq e FAPERGS. E-mail: fabiana7778@hotmail.com

at national and international level, especially articles from specialized international journals on the topic. In addition, the laws and regulations drawn up by the Legislative and Executive Branches in Brazil will be consulted on existing policies on the subject of study. A survey of conventions, protocols, and other international instruments to assist in understanding the reality studied will be carried out.

KEYWORDS: Migration. Refuge. Borders. Human. Illegal.

1 INTRODUÇÃO

A contemporaneidade revela a migração como um fenômeno social complexo, estimando-se que exista, de acordo com os últimos dados aferidos e divulgados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, no cenário internacional, 258 milhões de migrantes (ACNUR, 2019). Esses deslocamentos não ocorrem de forma segura, ordeira e regular. Ao contrário, o fenômeno social da migração, como mencionado, gera implicações na vida daqueles que se deslocam e cruzam fronteiras transnacionais, como o registrado nas divisas territoriais brasileiras. Em geral, esses deslocados são migrantes vítimas da violência sexual e de gênero. E nesse cenário há inclusive crianças que são detidas para fins de determinar seu status de migração, além de serem estereotipadas como “ilegais”. Todavia, é relevante destacar que nenhum ser humano pode ser considerado juridicamente ilegal.

Diante deste panorama, sublinha-se que nem todas as pessoas que migram têm as oportunidades legais de fazê-lo. A obtenção do documento hábil para transpor a fronteira nacional é privilégio de poucos. Tal conduta faz com que sejam considerados migrantes indocumentados ou irregulares.

Sendo assim, o termo documentado diz respeito aos que adentram no território de outro Estado com a certificação identitária própria para tanto, perfectibilizada através da concessão de visto. Já, os denominados migrantes indocumentados são aqueles que na sua maioria chegam a outro Estado em situação irregular, isto é, de forma clandestina, contando com o auxílio de intermediários para a realização do deslocamento, e sem os documentos necessários à fixação de migrante no país que adentram (OIM, 2020).

Por consequência, resta a alternativa do deslocamento por meio do auxílio de atravessadores, que por sua vez visam exclusivamente ao lucro. A atuação dos denominados “coiotes” está cada vez mais complexa: com controle nas fronteiras nacionais e requisição de vistos. À prática, denomina-se contrabando de migrantes³, visto caracterizar-se como crime organizado internacional e altamente lucrativo (UNODC, 2021).

Entretanto, o que se percebe por parte dos Estados é uma abordagem soberanista, na qual a política de governo determina as regras de ingresso e saída de migrantes em seus territórios nacionais. Desta feita, a presente pesquisa traz o seguinte questionamento: *qual será a capacidade de um Estado, no caso em apreço, o Brasil, em intervir na migração indocumentada?* Sem contar a fraqueza dos Estados, evidenciada nos espaços transnacionais cuja ocupação ocorre por meio das atividades econômicas, corroborando assim para o fracasso dos Estados-nação no controle dos fluxos migratórios internacionais. Assim, objetiva-se

³ O “contrabando de migrantes é um crime que envolve a obtenção de benefício financeiro ou material pela entrada ilegal de uma pessoa em um Estado, no qual essa pessoa não seja natural ou residente”.

uma investigação das bases políticas e jurídicas de cooperação adotadas pelo Brasil, almejando averiguar de que maneira o país vem enfrentando e prevenindo o contrabando transnacional de migrantes em seu território.

Quando o destino migratório é o Brasil, a atuação dos contrabandistas também é percebida⁴. Em 2004, o país editou o Decreto Nº 5.016 e promulgou o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea.

Desse modo, a temática em questão se justifica por sua relevância jurídica e social, pois migrar é um direito humano e caracteriza-se por ser um fenômeno complexo e com desdobramentos no cenário brasileiro.

Assim, ainda que a migração no Brasil não alcance o montante de 1% da população, o país recebe pessoas de diversos locais do mundo, com destaque para a migração Sul-Sul. A migração haitiana, por exemplo, iniciada com força no ano de 2010, se mantém como o principal coletivo de migrantes no mercado de trabalho formal. Inclusa neste contingente está a migração venezuelana, que desde 2015 aporta fluxos migratórios crescentes ao Brasil. Esses, destacam-se entre os trabalhadores regulares, sendo, no primeiro semestre de 2018, a primeira nacionalidade em emissão de carteiras de trabalho, conforme os dados do observatório das migrações internacionais. Ambos os casos trouxeram grandes desafios, não somente para o governo brasileiro, na gestão de políticas migratórias, mas também às diversas instituições públicas e privadas, ONGs e à sociedade civil, que cumprem papel histórico na acolhida dos migrantes (TORELLY; KHOURY; VEDOVATO; GONÇALVES, 2017).

Em face disso, o presente estudo se apresenta como uma pesquisa qualitativa, a partir do procedimento metodológico dedutivo. O levantamento de dados ocorrerá por meio da análise documental e bibliográfica, em nível nacional e internacional, especialmente artigos de periódicos internacionais especializados sobre o tema. Além disso, serão consultadas as legislações e normativas elaboradas pelos Poderes Legislativo e Executivo no Brasil, no tocante a políticas existentes sobre o tema de estudo. Será efetuado o levantamento das convenções, dos protocolos, e de outros instrumentos internacionais que visem auxiliar na compreensão da realidade estudada.

O objeto de estudo, portanto, encontra-se ancorado nas questões decorrentes da mobilidade humana e suas intercorrências no cenário transnacional, o qual contará com a revisão de literatura, a partir do referencial teórico de Manuel Castells e Claire Brolan. Castells observa que tal exame se faz importante

⁴ “Um grupo de imigrantes foi resgatado de um barco à deriva na Baía de São Marcos, no Maranhão. Segundo a Capitania dos Portos, eles estariam perdidos no mar há 35 dias. Os estrangeiros são oriundos do Senegal, Nigéria e Guiana, segundo informações da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos ao portal G1. Além deles, dois "coiotes", pessoas pagas para fazer a imigração ilegal, do Rio de Janeiro estavam na embarcação” (O GLOBO, 2018).

na medida em que a livre circulação de bens, mercadorias e pessoas impulsionam às oportunidades de negócios nos diversos países do mundo, inclusive aqueles relacionados à atividade ilícita, unidos à velocidade no contexto global da evolução tecnológica, dos meios de transporte e comunicação.

Do mesmo modo, Brolan refere que o contrabando de migrantes afeta quase todos os países, seja como um país de origem, de trânsito ou de destino. Não se trata apenas do lucro auferido com a prática criminosa, abarca também outras atividades ilícitas, como o tráfico de drogas e de armas, além de comprometer severamente a vida humana.

Por fim, o presente artigo divide-se em duas seções, sendo a primeira intitulada: A prática do crime organizado transnacional na migração: contrabando de migrantes ou tráfico de pessoas? Na segunda seção se abordará a “ Migração indocumentada: as bases políticas e jurídicas do Brasil na prevenção e enfrentamento do contrabando de migrantes”.

2 A PRÁTICA DO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL NA MIGRAÇÃO: CONTRABANDO DE MIGRANTES OU TRÁFICO DE PESSOAS?

Ainda nos dias de hoje, é bastante comum o exercício de relacionar os deslocamentos de pessoas em uma ordem de “ migração internacional”. No entanto, observando-se o avanço da sociedade e sua relação com a globalização, o qual corrobora negativamente com os contextos de mobilidade humana, a complexidade existente nas dinâmicas fronteiriças, que são vivas, manifesta-se pelas relações sociais, culturais, econômicas e políticas. Isso se dá a partir dos intensos fluxos migratórios contemporâneos, que ganham um escopo até mesmo de transcender o fenômeno da globalização, que por sua vez remontam, para além da mobilidade geográfica, ou seja, caracterizam-se como desafios múltiplos a serem enfrentados na esfera de processos contínuos de desterritorialização.

Nesse sentido, o conceito de transnacionalismo⁵ vem a influenciar estudiosos da área das migrações, em especial nas duas últimas décadas, dado o amplo papel que a migração internacional assume para além de um deslocamento entre um país de origem e um de destino. Com isso, observa-se que surge um novo tipo de migração populacional – o transnacionalismo (SCHILLER; BASCH; BLANC-SZANTON, 1992, tradução livre).

⁵ Cinco são as premissas para o conceito de transnacionalismo no estudo das migrações: 1) o primeiro é o conceito de unidade social e de análise, que, ao invés de campo de ação social utiliza uma unidade aberta, cujas fronteiras de ação estão sujeitas a mudanças constantes; 2) a segunda é que a experiência dos transmigrantes é indissolúvelmente ligada à transformação do capitalismo global – portanto segundo o autor, é necessário situar a migração no contexto das transformações de classe; 3) a terceira é que o transnacionalismo se baseia na vida cotidiana do povo; 4) a quarta refere-se aos processos múltiplos de construção identitária, que está construindo identidades diferentes entre si; e, 5) a última é que a existência de transmigrantes obriga os estudiosos a reconceitualizar as categorias de nacionalismo, etnicidade e raça (JONES, 1992, p. 219).

O transnacionalismo sugere a expressão transmigrantes, e essa transformação implica a revisão de conceitos que giram em torno do Estado-nação, da soberania e da governança migratória. Transmigrantes, portanto, ultrapassam as fronteiras nacionais, as quais possuem concepção de identidade, de direitos e de legislação totalmente discrepantes em relação aos conceitos tradicionalmente conhecidos sobre as realidades transmigracionais. (DURAND; LUSSI, 2015). Migrantes, entretanto, em sua maioria, mantêm diferentes identidades, pois estão ligados a mais de uma nação.

À vista disso, a lente através do transnacionalismo pode contribuir para a compreensão além da lógica binária – país de origem e país de destino – para uma lógica que abarca a mobilidade humana, enquanto movimento de saída, de trânsito e de chegada, e toda a bagagem experienciada por aqueles que se deslocam.

As raízes históricas e identitárias não se apagam ou são esquecidas pelos atores da migração. Quando os transmigrantes chegam aos locais de destino e passam a fazer parte daquele local, trazem consigo a língua, a cultura, os valores, os ideais políticos. Nesse sentido, é possível que resida aí um dos maiores desafios do século XXI, haja vista os Estados serem provocados a refletir sobre questões de fronteira e políticas migratórias para aqueles que chegam, processo que carrega em si significativas implicações.

Dessa forma, os fluxos migratórios em direção à América do Sul, especialmente em relação ao Brasil, vêm se intensificando com o ingresso de pessoas sem documento hábil para fazê-lo, ou seja, o visto. Adentram nos territórios de forma indocumentada, auxiliados em sua maioria pela rede do crime organizado internacional, mais conhecidos como “coiotes”.

É nítida a influência dos sistemas de redes interligadas à atividade desempenhada pelos “coiotes”, ou seja, a expansão e diversificação do cometimento desta prática criminosa transnacional em prol das redes de contrabando de migrantes, integradas ao sistema-mundo e vinculadas a organizações e associações criminosas internacionais. Sendo assim, torna-se primordial o estudo da sociedade em redes proposta por Castells, com destaque para o seguinte ponto:

[...] as atividades criminosas e organizações ao estilo da máfia de todo o mundo também se tornaram globais e informacionais, propiciando os meios para o encorajamento de hiperatividade mental e desejo proibido, juntamente com toda e qualquer forma de negócio ilícito procurado por nossas sociedades [...] (CASTELLS, 2016, p. 62).

Sobre a questão, Brolan (2002) refere que o contrabando de migrantes afeta quase todos os países, seja como um país de origem, de trânsito ou de destino. Não se trata apenas do lucro auferido com a prática criminosa, esse tipo de crime engloba outras atividades ilícitas, como o tráfico de drogas e de armas, além de comprometer severamente a vida humana:

In the absence of practical and legal means in which to leave their country and enter another, refugees are resorting to the questionable aid of people smugglers. The reality is that smugglers are sometimes the only option left for desperate people trying to save their lives. As UNHCR reports, many refugees make use of smugglers `either because they have no other means of reaching safety or because they believe it will open up more viable and durable protection methods [...] Today human smuggling concerns nearly every country, either as a country of origin, of transit, or of destination. The British Home Office estimates that thirty million people are smuggled across international borders each year in a trade worth between £12±40 billion annually. Yet, this is a clearly dangerous `trade'. Not only is the money earned from smuggling often used for other illicit criminal activities, such as drug trafficking and the arms trade, but also it is an activity which seriously jeopardizes human life (BROLAN, 2002, p. 577).

O fenômeno da prática do contrabando de migrantes se espalha pelo cenário mundial e atinge um alcance transnacional, porém, no início da década de 1990 é que se iniciam os debates entre os membros da sociedade global acerca de um possível enfrentamento e prevenção ao crime organizado internacional. No entanto, há que se referir que países como a Austrália, o Canadá, a Nova Zelândia e os Estados Unidos se mostraram contrários à ideia de uma nova Convenção Internacional sobre o tema (VLASSIS, 2000).

Diante disso, pergunta-se: afinal o que é o contrabando de pessoas migrantes – *people smuggling*? De acordo com o Artigo 3 (a) do Protocolo de Contrabando, o contrabando de migrantes é entendido como:

[...] a aquisição, a fim de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro material, da entrada ilegal de um pessoa em um Estado Parte do qual a pessoa não é nacional ou residente permanente. O Artigo 3 (b) do Protocolo de Contrabando descreve 'entrada ilegal' como o cruzamento de fronteiras 'sem cumprir com o requisitos necessários para a entrada legal no Estado receptor. O Artigo 3 (c) do Protocolo de Contrabando estabelece ainda que 'viagem fraudulenta ou documento de identidade' pode incluir documentos falsos feitos ou alterados por pessoas em nome do estado, documentos tendo sido indevidamente emitido ou obtido por meio de declarações falsas, corrupção ou coação, ou documentos que estão sendo usados por uma pessoa que não seja o titular legítimo [...].

O Artigo 6 (1) do Protocolo de Contrabando afirma que o crime de o contrabando de migrantes foi cometido quando dois fatores estão presentes. Em primeiro lugar, o ato de contrabando de migrantes deve ter sido cometido intencionalmente, a fim de obter, direta ou indiretamente, um financiamento ou outro benefício material. Artigo 6 afirma que o indivíduo deve ter sido envolvido no ato físico real de contrabandear migrantes, ou produzir documentos de viagem ou identidade fraudulentos (conforme definido no Artigo 3 (c) ou aquisição, fornecimento ou posse de tal documento com o propósito de permitir o contrabando de migrantes. Artigo 4 dispõe que os atos do artigo 6.º devem ser de natureza transnacional e deve envolver um grupo criminoso organizado (NAÇÕES UNIDAS, 2012, p. 5).

Vale mencionar que nem a Convenção de Palermo, tampouco o seu Protocolo de Contrabando define o termo transnacional. Apesar dessa omissão, o termo “transnacional” se refere ao crime

organizado, o qual normalmente se relaciona à atividade transfronteiriça envolvendo a exclusão explícita do Estado. À direção desse pensamento, Brolan esclarece:

However Hobsbawm's definition, in relation to people smuggling, is somewhat flawed since this type of organized crime does function and prosper, in some circumstances, by way of the ostensible involvement or inclusion of the transit state. This involvement occurs through organized criminal rings employing state representatives, namely law enforcement officials. This is arguably evidenced by the smuggling rings in Eastern Europe who could not succeed as well as they do without the inclusion of state 'help'. People smugglers, knowing the average salary of Central and Eastern European border police is approximately \$20 US per day, have little to no problems getting their clientele through by bribing border police (2002. p. 585).

Em face disso, observa-se que a abordagem da temática relativa à mobilidade humana ganha um viés securitário dentro das estruturas das Nações Unidas, quando aponta as normativas envolvendo o “tráfico de pessoas” e o “contrabando de migrantes”. Não resta dúvida de que o objetivo das normativas é a repressão da prática criminosa. Os documentos, entretanto, deixaram de olhar para o elemento primordial, isto é, para além da criminalização, que é a proteção e a manutenção da vida daqueles que se deslocam e utilizam os serviços prestados pelas redes transnacionais de contrabandistas.

Ocorre que até os dias atuais, apesar da passagem de três décadas, o discurso da sociedade internacional se mostra conservador, tendo em vista que continuam a criminalizar os migrantes, o que não deve ser admitido, pela simples razão de que migrar é um direito humano. Sendo assim, na medida em que não há uma migração ordenada, segura e regular, permite-se e corrobora-se, com isso, à atuação criminosa dos “coiotes”, que ganham cada vez mais espaço na falta de intervenção dos Estados e das Organizações Internacionais, a exemplo do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e a Organização Internacional para as Migrações, cujas omissões acabam por contribuir para tal crime (OIM).

Além do mencionado, sublinha-se acerca da diferença entre o contrabando de migrantes e o tráfico de pessoas. Segundo o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) – o tráfico de pessoas se perfectibiliza pelo recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força. Há ainda outras formas de coerção, como o rapto, a fraude, o engano, o abuso de poder ou uma posição de vulnerabilidade. Ademais, pode ocorrer como forma de dar ou receber pagamentos e/ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa ter controle sobre outra, com o propósito final da exploração (UNODC, 2021).

Em contrapartida, o contrabando de migrantes é um crime que envolve a obtenção de benefício financeiro ou material pela entrada ilegal de uma pessoa em um Estado, no qual essa pessoa não seja natural ou residente.

Reitera-se, entretanto, que o contrabando de migrantes afeta quase todos os países do mundo. Ele mina a integridade dos Estados e comunidades. O custo desta prática criminosa atinge milhares de vidas a cada ano. O UNODC, como guardião da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (UNTOC) e seus Protocolos, presta assistência aos Estados em seus esforços para implementar o Protocolo contra o Contrabando de Migrantes por via Terrestre, Marítima e Aérea (Protocolo dos Migrantes) (UNODC, 2021).

Outro diferencial está o fato de a pessoa traficada ser vista como vítima desse delito, ao passo que o migrante contrabandeado é considerado pelos Estados como um “imigrante ilegal”, um invasor, ou pior do que isso, um criminoso que procurou os serviços de grupos que contrabandeiam migrantes, não uma vítima desterritorializada (DITMORE; WIJERS, 2003).

As distinções entre contrabando de migrantes x tráfico humano costumam ser muito sutis e, às vezes, se sobrepõem quanto aos limites que definem um ou outro. Nesta linha, portanto, é que reside a dificuldade em distinguir um caso de tráfico de pessoas do contrabando de migrantes. Com isso, identificar se um caso é de tráfico de pessoas ou contrabando de migrantes pode ser muito difícil por uma série de razões. A respeito desse tópico, o documento temático elaborado pela UNODC oferece uma breve visão geral do crime de contrabando de migrantes e sua relação com o tráfico de pessoas:

Algumas pessoas traficadas podem começar sua jornada concordando em serem contrabandeadas para um país, mas se encontram enganados, coagidas ou forçadas a uma situação de exploração mais tarde no processo (por exemplo, ser forçado a trabalhar por salários extraordinariamente baixos para pagar para o transporte).

Os traficantes podem apresentar uma "oportunidade" que soa mais como contrabando para o potencial vítimas. Eles podem ser solicitados a pagar uma taxa em comum com outras pessoas contrabandeadas.

No entanto, a intenção do traficante desde o início é a exploração da vítima. A 'taxa' era parte da fraude e do engano e uma forma de ganhar um pouco mais de dinheiro.

O contrabando pode não ser a intenção planejada no início, mas um "bom demais para perder" oportunidade de traficar pessoas se apresenta aos contrabandistas / traficantes em algum ponto em o processo.

Os criminosos podem contrabandear e traficar pessoas, empregando as mesmas rotas e métodos de transportá-los (UNODC, 2010, p. 6, tradução livre).

Em suma, o que começa como uma situação de contrabando poderá evoluir para uma situação de tráfico. No entanto, é importante haver distinção entre o tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes, bem como as condutas relacionadas ao caso específico. Essa caracterização pode se dar a partir de três eixos distintos:

- a) os elementos constitutivos das respectivas infrações são diferentes;
- b) a resposta e a assistência necessárias variam, a depender das condutas típicas praticadas;

c) ser reconhecido como um migrante contrabandeado ou vítima de tráfico traz sérias implicações para a pessoa vítima do ilícito cometido pelo crime organizado internacional.

Assim, o contrabando de migrantes e as atividades a ele relacionadas geram enormes lucros para a rede envolvida na prática do crime, além de fomentar a corrupção e o crime organizado nos países de origem, trânsito e destino. O contrabando de migrantes, não raras as vezes, cobra um preço muito alto – a vida das pessoas deslocadas. Após levantamento e análise de fontes sobre pessoas contrabandeadas, conclui-se que os dados podem ser incompletos para um diagnóstico preciso do número de pessoas que são contrabandeadas a cada ano e as rotas e métodos usados por aqueles (coiotes) que cometem tal ilícito.

O que pode auxiliar na compreensão deste fenômeno é o documento temático elaborado pela UNODC, o qual indica as evidências e fatores disponíveis para a análise:

Criminals are increasingly providing smuggling services to irregular migrants to evade national border controls, migration regulations and visa requirements. Most irregular migrants resort to the assistance of profit-seeking smugglers. As border controls are improved, migrants are deterred from attempting to cross them irregularly on their own and are diverted into the hands of smugglers. The smuggling of migrants is a highly profitable business in which criminals are at low risk of detection and punishment. As a result, the crime is becoming increasingly attractive to criminals. Smugglers of migrants are becoming more and more organized, establishing professional networks that transcend borders and regions. Smugglers of migrants constantly change routes and methods in response to changed circumstances, often at the expense of the safety of the smuggled migrants. Thousands of people have lost their lives as a result of the indifferent or even deliberate actions of smugglers of migrants (UNODC, 2010, p. 13).

Tais evidências e fatores apontam à urgência no enfrentamento e à prevenção deste crime pelos atores principais, por meio de uma cooperação internacional, sobretudo em escalas regionais. Ao encontro disso, vale ressaltar o que pontua Eduardo Corrêa (2016), na medida em que a interconexão global socioeconômica em confronto com o fenômeno da delinquência transnacional passa por um processo de reconfiguração subjetiva, constituindo-se com um novo espaço de atores, nacional e internacionalmente, protagonistas do produto normativo, ou seja, do direito penal. O que qualifica estes novos atores, a despeito de seus diversos interesses, os aproxima de algo em comum, a articulação transnacional.

Um outro aspecto relevante, relaciona-se à incapacidade dos Estados e das instituições para dar uma resposta ao problema global. Com isso, aparece, a partir dos anos 70, a constituição de ONG's, que passam a fomentar ações em prol de temas como o ambientalismo, direitos humanos, feminismo e corrupção, entre outros. Essas instituições tomam lugar, em certa medida, dos espaços que antes caberiam aos Estados intervir. Tal fato, permitiu a mudança da política criminal, ou seja, o direito penal como instrumento central de alcance dos objetivos almejados pelos novos atores globais.

Os Estados não mais são concebidos a partir do modelo westfaliano, com a presença e garantia da soberania nacional. Passa-se à uma reconfiguração, que busca ganhar uma corrida econômica e geopolítica global, através da organização de blocos econômicos regionais, os quais se constituem em redes de cooperação entre governos, instituições e economias localizadas em determinadas regiões, com alcance de fóruns de discussão sobre políticas criminais. Faz-se destaque ainda à internacionalização do direito, sublinhando que este assume um papel de orientação das deliberações políticas dos Estados, na medida em que se revela uma descentralização/descharacterização de um espaço de tomada de decisão no cenário internacional (PITREZ, 2016).

A motivação global para a migração excede em muito as possibilidades limitadas para atravessar as fronteiras. Em resposta a medidas de controle de fronteiras melhoradas, migrantes indocumentados recorrem a serviços prestados por contrabandistas que buscam lucros. Isso, por sua vez, promove a atuação em rede e o aperfeiçoamento dessas práticas delituosas, visto o aumento dos preços pelos serviços cobrados, sobretudo àquelas operações sofisticadas, como o contrabando pelo uso de vistos obtidos de modo fraudulento, que podem ser utilizados para ignorar controles de fronteira. Ao mesmo tempo, dentro do segmento de baixo custo do mercado de contrabando de migrantes, os contrabandistas oferecem serviços "baratos"⁶, mas altamente perigosos para a saúde e para a vida daqueles contrabandeados (BURMA..., 2008). Isso resultou em um aumento no número de mortes nos últimos anos (UNODC, 2010).

Consoante ao fato está o relatório de 2019, do Projeto Migrantes Desaparecidos, da Organização Internacional para as Migrações. Estima-se que pelo menos 30.510 pessoas morreram em migrações irregulares entre 2014 e 2018. O relatório também aponta o seguinte: "à falta de fontes oficiais de informação sobre mortes durante migrações e à conseqüente falta de detalhes sobre a maioria dos que morrem durante movimentos migratórios, esses números são compreendidos como uma estimativa mínima, segundo a OIM" (UNODC, 2019).

Em concordância com o aferido pela Organização das Nações Unidas, o contrabando de migrantes movimentava mais de sete bilhões de dólares anualmente nas principais rotas, além de ser o responsável pelo acometimento de desaparecimentos forçados:

Há um vínculo direto entre desaparecimentos forçados e migrações, mas os governos e a comunidade internacional não estão dando a devida atenção. O alerta é de um grupo

⁶ "Cinquenta e quatro migrantes birmaneses foram encontrados mortos depois de sufocarem em um caminhão contrabandeando-os para o sul da Tailândia. Mais de 100 pessoas foram embaladas em um recipiente medindo 6 m por 2 m. Muitos dos sobreviventes estavam gravemente doentes por desidratação e falta de oxigênio. O motorista abriu as portas do veículo depois que os migrantes bateram nas paredes - mas ele fugiu a pé quando viu o que tinha acontecido. Os [sobreviventes] disseram que tentaram bater nas paredes do recipiente para dizer ao motorista que estavam morrendo, mas ele disse para calar a boca como a polícia os ouviria quando cruzavam os postos de controle. Um sobrevivente de 30 anos contou como ele acreditava que todos pereceriam no caminhão: 'Eu pensei que todos iriam morrer. Eu pensei que ia morrer. Se o caminhão tivesse conduzido mais 30 minutos, teria morrido com certeza'".

de especialistas independentes das Nações Unidas, em um novo relatório ao Conselho de Direitos Humanos da ONU lançado nesta segunda (11/09/2017). “O desaparecimento forçado de migrantes é uma questão séria que precisa ser reconhecida e abordada globalmente”, afirmou o Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários. “Os Estados e a comunidade internacional como um todo não estão a atenção necessária a essa questão. Devido à sua natureza e ao seu caráter transnacional, eles fecham os olhos, preferindo transferir a culpa, seja para outro Estado ou para um grupo criminoso”, ressaltaram os especialistas. O relatório observa que algumas pessoas que migram devido a uma ameaça ou risco de desaparecimentos forçados em seus países acabam desaparecendo durante a viagem migratória ou no país de destino. Isso pode acontecer como resultado de sequestros por razões políticas, no contexto de detenções ou deportações, bem como por contrabando e tráfico, explica o relatório. “É essencial que cada nação leve essa questão a sério, fortalecendo urgentemente medidas para prevenir e combatê-la a nível nacional”, acrescentaram os relatores. “Devido ao seu caráter transnacional, os Estados devem reforçar a cooperação entre si, bem como com organizações internacionais relevantes nos níveis regional e mundial”, observaram. O documento também adverte que o deslocamento está cada vez mais precário. As longas e perigosas jornadas – associadas, entre outras coisas, a políticas migratórias rígidas de alguns países – criaram uma situação que expõe os migrantes a maiores riscos de se tornarem vítimas de violações dos direitos humanos, incluindo desaparecimentos forçados (ONU, 2017).

Percebe-se que a atividade é extremamente lucrativa e em expansão. Uma das razões do fortalecimento das redes de contrabando de migrantes pode estar relacionada à inércia dos Estados, seja no (des)controle de suas fronteiras, seja na medida em que não elaboram políticas voltadas ao enfrentamento do problema. Por outro lado, o Estado pode ter implementado políticas públicas na busca da redução de ingresso indocumentado de migrantes em seu território, contudo, há de se verificar a eficácia e efetividade dessas medidas.

Dito isso, aponta-se como fundamental, a análise aprofundada dessas realidades no cenário brasileiro, a fim de averiguar a agenda da política interna do país no tocante ao enfrentamento e prevenção do contrabando de migrantes. Como visto, os migrantes ou transmigrantes são as principais vítimas dessas relações transnacionais, que por vezes contribuem para o descarte humano e para os processos de exclusão e aprofundamento das já existentes vulnerabilidades.

3 MIGRAÇÃO INDOCUMENTADA: AS BASES POLÍTICAS E JURÍDICAS DO BRASIL NA PREVENÇÃO E ENFRENTAMENTO DO CONTRABANDO DE MIGRANTES

No panorama da migração, os considerados indocumentados ganharam proporções sem precedentes no Brasil, sobretudo a partir de 2010, quando o Haiti, devido aos problemas estruturais no campo político, socioambiental e econômico – condição agravada pelo terremoto de 2010 – alavancou o significativo fluxo de haitianos em direção ao país, visto o fechamento de fronteiras na América do Norte. Tal fato gerou a escolha pelos haitianos dos deslocamentos em direção ao Equador, Colômbia,

Venezuela, Peru, Bolívia, Chile, Argentina e Brasil. Em relação ao percurso migratório até o Brasil, a maioria ocorre através das redes ilegais de atravessadores. Nos pacotes, incluem-se viagens de avião para o Panamá e Equador, com destino ao Peru ou à Bolívia, com a promessa de chegar aos estados brasileiros do Amazonas e do Acre, respectivamente (PINTO, 2018).

No que se refere à migração indocumentada no Brasil, por exemplo, o órgão governamental responsável pelo seu enfrentamento é o Ministério da Justiça. Os primeiros fluxos de haitianos que o país recebeu passaram a solicitar o *status* de refugiado, no entanto após a análise do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), o entendimento foi da não concessão de refúgio, por razões políticas, uma vez que o país passaria a receber um elevado número de migrantes.

Todavia, frente à necessidade de enfrentamento da questão pelo governo brasileiro, o Conselho Nacional de Imigração (CNIg) assumiu a responsabilidade e, após diversas reuniões consultivas, criou uma resolução normativa em 2011, a fim de conceder o visto por razões humanitárias aos haitianos, que conferiu a esses sujeitos o direito de trabalhar e permanecer no Brasil.

Em 2012, surgiu a resolução normativa n.º 97 para melhor administrar os deslocamentos, essencialmente, com o intuito de coibir as redes de contrabando de migrantes e a ação dos “coiotes”, preservando o direito humano de migrar e o respeito a sua dignidade inalienável. A medida mantém a concessão de 100 vistos mensais pela embaixada brasileira em Porto Príncipe, capital do Haiti, com validade de dois anos (CNIG, 2011).

Ainda em 2012, o CNIG convocou uma reunião extraordinária para a discussão do texto de Resolução Normativa que fosse capaz de conter o ingresso irregular no país. A conclusão do Conselho foi no sentido de reduzir a emissão do número de vistos para o limite de 1.200 anuais. Segundo o CNIg a decisão buscava “[...] evitar que a concessão dos vistos venha a fomentar uma diáspora haitiana” (CNIG, 2012, p.1). Surge a Resolução Normativa n.º 97, de 12 de janeiro de 2012, com vigência de dois anos, a qual permite a concessão de visto pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil, na Embaixada brasileira em Porto Príncipe. O requisito indispensável para que o solicitante possua passaporte válido é o atestado (negativo) de antecedentes criminais e um comprovante de residência no Haiti.

Essa Resolução propiciou a delimitação no tocante à migração formal e assegurou ao haitiano a possibilidade de trabalho no Brasil sem a exigência de contrato prévio de trabalho ou qualquer qualificação profissional. Ademais, promoveu o alcance de direitos e deveres como qualquer estrangeiro em situação regular no país, salvo os acordos bilaterais existentes, para explicitar, serviço público de saúde, educação pública – que dependem da forma de colaboração entre União, Estados e Municípios.

Além disso, a Resolução Normativa n.º 97, mostra-se relevante por trazer à tona o seguinte questionamento: até que ponto a medida adotada pelo Conselho objetiva a prevenção e o enfrentamento da prática do contrabando de migrantes?

Para responder a isso, é preciso uma ampla compreensão acerca das políticas migratórias restritivas de trânsito e destino, que diminuíram as possibilidades de uma migração regular, legal e segura através do mundo. Este fenômeno resultou no aumento de um regime de migração clandestina, na qual contrabandistas facilitam o movimento dos migrantes, providenciando para eles documentos de viagem e de identificação falsos. Este é um regime nascido do desejo e da necessidade das pessoas, produzido, em parte, pela demanda por trabalho explorado e barato através das fronteiras (KAPUR, 2005).

Diante da questão social acerca dos deslocamentos através da migração indocumentada, e, por conseguinte, da atuação da rede de contrabandistas, o Brasil adota a Lei n. 5.016/2004, que considera crime qualquer prática intencional, no sentido de obter lucro, direta ou indiretamente, através do contrabando de migrantes, incluindo a elaboração de documentos falsos e o transporte de pessoas irregulares via terrestre, marítima ou aérea. Entretanto, a OIM continua a apontar à existência de redes de contrabando de migrantes haitianos, sobretudo em direção ao Brasil.

Em relação à atuação da rede de contrabandistas de migrantes, traz-se o relato concedido pela Delegada Federal Ana Gabriela Becker:

Os coiotos atuam principalmente nas rodoviárias, fazendo abordagem a estrangeiros barrados por falta de papéis. O Rio Grande do Sul não seria destino, apenas ponto de passagem. Os indícios são de que Uruguaiana funcionaria como entreposto para estrangeiros que vão de São Paulo a Buenos Aires ou fazem o caminho inverso (Informação verbal)⁷.

O relatado pela delegada vem corroborar com o panorama do contrabando de migrantes e aquilo que foi noticiado no Brasil sobre o resgate de um grupo de migrantes, em um barco à deriva na Baía de São Marcos, no Maranhão, na noite de 19 de maio de 2018. Além deles, dois "coiotos" do Rio de Janeiro estavam na embarcação. Segundo a Capitania dos Portos e informações da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, eles estariam perdidos no mar há 35 dias, e são oriundos do Senegal, Nigéria e Guiana (IMIGRANTES..., 2018).

Sobre as incursões realizadas pela Polícia Federal, em 2020, destaca-se a ocorrida em Eptaciolândia, no Acre. Neste ocorrido, a PF prendeu em flagrante um indivíduo com nacionalidades libanesa e egípcia, pelo crime de promoção de migração ilegal (art. 232-A, Código Penal). Este delito foi trazido pela Lei de Migração N.º 13.445 de 2017, e visa criminalizar a atuação dos "coiotos", nome pelo qual são conhecidos os agentes que conduzem ou promovem os meios para que imigrantes cruzem as fronteiras de um país de forma clandestina, mediante retribuição financeira:

⁷ Entrevista concedida por BECKER, Ana Gabriela. Entrevista I. [jul. 2012]. Entrevistador: Ana Maria Mattos. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://diariogaucha.clicrbs.com.br/rs/dia-a-dia/noticia/2012/07/saiba-como-os-coiotos-atuam-na-fronteira-do-brasil-com-a-argentina-3825811.html>. Acesso em: 20 mai. 2021.

[...] A prisão foi realizada durante uma barreira policial feita pela Polícia Federal, em Epitaciolândia, após recebimento de denúncia anônima, a qual informou que na noite do dia 08/10/2020 teriam chegado a uma Pousada no município de Brasília/AC, cerca de 10 imigrantes ilegais, sendo nove provenientes do Iêmen e um da Síria, acompanhados por um indivíduo com nacionalidades egípcia e libanesa, e que supostamente seria o coioite e que estaria organizando a viagem e entrada ilegal no país. Durante os depoimentos os estrangeiros revelaram a rota que utilizaram para chegar ao Brasil, passando por países como Equador, Colômbia, Panamá, Peru, e, por fim, Brasil, sendo seu destino São Paulo. A Polícia Federal contou ainda com o apoio da INTERPOL e a colaboração da Adidância da Polícia de Imigração e Alfândega da Homeland Security Investigations (HSI), do governo americano, que prestaram informações essenciais para a identificação do coioite e do trajeto percorrido pelo grupo até chegarem ao Brasil. Sabe-se que o Município de Assis Brasil, que faz fronteira com o Município de Iñapari, no Peru, é uma das principais portas de entrada de imigrantes ilegais no país, com a atuação frequente de coioites na região que fomentam a entrada ilegal destas pessoas. A pena pelo crime de promoção de migração ilegal pode chegar a mais de cinco anos de prisão em regime fechado (BRASIL, 2020).

Na atualidade, observa-se, conforme as diversas matérias veiculadas na mídia, uma atuação por parte da Polícia Federal através de operações, com vistas a coibir a prática do contrabando de migrantes no país. O caso mais recente, noticiado em março de 2021, foi o descrito pelo Coordenador da Missão Paz, o padre Paolo Parise⁸, responsável pelo acolhimento de grupos de migrantes em São Paulo, ao relatar casos de pessoas que pagam para adentrarem nas fronteiras do Brasil, sobretudo na divisa com o Peru (RADIO BANDEIRANTES, 2021).

Na mesma linha, sublinha-se a recente ação conjunta de prevenção ao tráfico de pessoas, divulgada em abril deste ano. Em que pese o programa não deixar claro se tratar de contrabando de migrantes, a interpretação de suas diretrizes possibilita vislumbrar a inserção do contrabando como foco principal da atuação. A ação é composta pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), da Polícia Federal e da Organização Internacional para as Migrações (OIM), apoiada financeiramente pelo programa Eurofront da União Europeia.

Na medida em que ingressam no país de destino, muitos seguem na condição de migrantes irregulares, pois não buscam a autoridade competente – a Polícia Federal – a fim de proceder à adequada regularização migratória. Verifica-se, portanto que a condição não é de “ilegalidade”, mas sim de “irregularidade” no âmbito documental, que deveria ser sanada quando da sua regularização.

⁸ Rádio Bandeirantes 01/03/2021 • 09:18 - Atualizado em 01/03/2021 • 09:21. Relata casos de pessoas que pagaram até R\$ 600 para entrar no país. Paolo Parise afirma que o movimento migratório se concentra hoje principalmente entre angolanos, cubanos, venezuelanos e haitianos. Segundo o coordenador da Missão Paz, muitos permanecem em situação de extrema vulnerabilidade por estarem irregulares no país. Na semana passada a Polícia Federal fez uma operação contra os coioites responsável pela entrada irregular. O grupo estaria agindo na fronteira do Brasil com o Peru, e as investigações continuam. Segundo a Agência de Refugiados da ONU no Brasil, apenas 32 países não impuseram nenhuma restrição de acesso durante a pandemia. Além disso, é oferecido auxílio com documentação e abrigo para imigrantes que vivem em situação irregular e de vulnerabilidade.

Na prática, a expedição do baixo número de vistos temporários na embaixada do Brasil, em Porto Príncipe, tem fomentado novos obstáculos aos haitianos. Um deles está atrelado à intensa procura por outras rotas ilegais que levem ao Brasil, já que não possuem a documentação hábil para migrar legalmente. O percurso dos haitianos até a chegada ao Brasil, na maioria das vezes, envolve uma série de redes ilegais de contrabando de migrantes, que se difere do contexto do tráfico de pessoas. A ocorrência de contrabando de migrantes é intermediada por atravessadores ou “coiotes”.

A atuação tem se intensificado e se evidencia por incluir viagens de avião para o Panamá e Equador, a fim de levar o deslocamento até o Peru ou à Bolívia, como meio de chegar aos estados brasileiros do Amazonas e do Acre, respectivamente. No mesmo sentido, vem colaborar com a frequente prática de contrabando de migrantes o depoimento do haitiano Jonas, que migrou de forma indocumentada para o Brasil, em 2013, ou seja, sem os documentos necessários para o ingresso no país. Ao ser questionado sobre a sua vinda para o território brasileiro, relatou em entrevista que:

“[...] paguei coiote lá no Haiti mesmo. Ele pega esse dinheiro e vai junto e entra com nós pela República Dominicana e compra bilhete pra nós, e não sabe nada mais depois”. Após, continuei a pergunta: “E o restante do trajeto vocês viajam sozinhos? É necessário pagar novamente?” Jonas responde: “Depois nós chega ao Equador e vem outro coiote e pergunta: ‘Jonas?’ [...] ele já sabe todos os nomes, é tudo organizado. Sim, paguei primeiro no Haiti, 1300 (USD) e, depois, no Equador, eu pago 1500 (USD)”. Jonas, questionado de que forma ocorre o restante do trajeto após o Equador até chegar à fronteira do Brasil, se houve a necessidade de percorrer algum trecho caminhando, responde que: “Depois do Equador, até Acre de ônibus, eu não precisa (sic) caminhar, tem pessoa que precisa fazer isso, que passa isso. Eu não” (Informação verbal)⁹.

A partir desse cenário, averiguar as bases jurídicas e políticas do Brasil, além da cooperação internacional sobre o tema são essenciais para a compreensão do problema que gira ao redor do crime organizado transnacional, pois este, torna-se, na contemporaneidade, uma atividade altamente lucrativa. Além do mais, atinge diretamente aqueles que acabam sendo vítimas dos “coiotes”, por ocuparem uma posição de vulnerabilidade social, na medida em que são obrigados a abandonar seu país, a fim de manterem-se vivos.

Ao encontro desse trabalho, o governo brasileiro participa da Ação Global para Prevenir e Combater o Tráfico de Pessoas e o Contrabando de Migrantes (GLO.ACT). A GLO.ACT é uma iniciativa conjunta de quatro anos (2015-2019) da União Europeia (UE) e do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (ONU, 2017).

⁹ O nome do entrevistado é fictício para preservar a sua privacidade.

A Ação Global visa beneficiar diretamente as organizações da sociedade civil, bem como atender vítimas de contrabando de migrantes, na medida em que foi elaborada sobre seis eixos, sendo eles os seguintes:

- 1) estratégia e desenvolvimento de políticas públicas;
- 2) assistência legislativa;
- 3) fortalecimento de capacidades;
- 4) cooperação regional e inter-regional;
- 5) proteção e assistência às vítimas de tráfico de pessoas e migrantes contrabandeados;
- 6) assistência e apoio às crianças vítimas de tráfico de pessoas e migrantes contrabandeados.

Observa-se, que o olhar voltado para o tema relativo à migração de indocumentados, e por conseguinte a atuação da rede de coitotes nesses fluxos migratórios em direção ao Brasil, é recente. A sua inclusão nos debates em âmbito de Estado e do diálogo com as organizações Internacionais se acentua a partir do ano de 2018. No entanto, ainda de forma tímida, ao passo que não há ações concretas voltadas diretamente a sua prevenção e enfrentamento no contrabando de migrantes.

O que fica evidente pelas práticas apresentadas e abordadas no decorrer deste artigo é o protagonismo de ações voltadas ao tráfico de pessoas e em segundo plano o contrabando de migrantes é mencionado, porém sem políticas específicas, tampouco mecanismos de cooperação regional ou internacional para uma adequada intervenção.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto de migração indocumentada, surge o papel dos contrabandistas de migrantes, conhecidos como “coitotes”. Tal atuação, considerada criminosa pelas Organizações Internacionais, acaba por minar a capacidade dos Estados em reduzir as oportunidades disponíveis para que os migrantes se desloquem para outros países de forma documentada e segura. Independentemente do custo para os deslocados, cada vez mais, o custo do contrabando de migrantes tornou-se a própria vida humana.

A análise dos deslocamentos ocorridos entre o período de 2012 a 2020 em direção ao Brasil, por exemplo, demonstra um panorama caracterizado pela ausência de medidas adotadas pelos países da América do Sul, com finalidade de restringir a ocorrência da migração de forma segura, ordenada e regular, fator que corrobora sobremaneira para a atuação do crime organizado transnacional do contrabando de migrantes.

Outro aspecto que se apresenta é a dificuldade da efetivação da política migratória, a qual contribui com a atuação das Organizações Internacionais criminosas, que ganham espaço dentro da categoria do contrabando de migrantes. Na prática, a partir de 2011, até os dias atuais, o Brasil é o país

de destino de haitianos, e a maioria dos casos de mobilidade humana se dá por meio dos serviços prestados pelos “coiotes”. Em 2015, o país contou em seu território com a chegada do fluxo de deslocados oriundos da Venezuela, acentuada a partir da crise pandêmica global, sendo perceptível a atuação da rede criminoso transnacional no contrabando de migrantes.

Sobre o enfrentamento e a prevenção da ocorrência de tal prática delituosa, menciona-se a ação realizada pelo Brasil em parceria com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), que iniciou suas ações no confronto ao tráfico de pessoas (ETP) e contrabando de migrantes no Brasil em 2002, com a assinatura de um projeto de cooperação técnica com o Ministério da Justiça. Entre as ações de cooperação contempladas, estão a de fortalecimento de políticas públicas para o ETP, as de capacidades institucionais de prevenção e criminalização do tráfico de pessoas, bem como as de proteção e assistência às vítimas. Esse apoio assistencial se dá no campo legislativo, ocupando-se de que as normas nacionais estejam em conformidade com os padrões internacionais, e também ao incentivo à cooperação regional e internacional no ETP, à promoção de campanhas de conscientização, e à realização de pesquisas e levantamento de dados que possam orientar a formulação de políticas públicas e programas de ETP, entre outras.

Além disso, o Escritório de Ligação e Parceria do UNODC no Brasil coordena nacionalmente a Ação Global para Prevenir e Combater o Tráfico de Pessoas e o Contrabando de Migrantes. Trata-se de uma iniciativa conjunta, com duração de quatro anos (2015-2019), que envolveu a União Europeia e o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), implementada em parceria com a Organização Internacional para Migrações (OIM) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF).

Em que pese as ações mencionadas, realça-se que a atuação do Brasil ainda é incipiente na prevenção e enfrentamento ao contrabando de migrantes e às atividades a ele relacionadas, que por sua vez geram enormes lucros para a rede envolvida na prática do crime, além de fomentar a corrupção e o crime organizado nos países de origem, trânsito e destino.

Nota-se ainda, que as práticas adotadas pelo país, enquanto governança, concede ênfase ao tráfico de pessoas, por meio de políticas e campanhas. Contudo, não há um cenário que vislumbre a discussão e a criação de políticas criminais sobre o tema migratório.

Embora o contexto contemporâneo se caracterize pela prática de frequentes operações por parte da Polícia Federal contra o contrabando de migrantes e a lavagem de dinheiro, não se observa a ocorrência de uma cooperação inter-regional ou internacional, como instrumento para combater de maneira eficaz a criminalidade organizada transnacional. O contrabando de migrantes e as atividades a ele relacionadas geram enormes lucros para a rede envolvida na prática do crime, além de fomentar a corrupção e o crime organizado nos países de origem, trânsito e destino.

5 REFERÊNCIAS

ACNUR. Agência da ONU para Refugiados, 2019. Disponível em: www.acnur.org. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública – Comunicação Social da Polícia Federal do Acre. Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2020/10-noticias-de-outubro-de-2020/policia-federal-prende-coiote-no-acre>. Acesso em: 02 jun. 2021.

BROLAN, Claire. An analysis of the human smuggling trade and the protocol against the smuggling of migrants by Land, Air or Sea (2000) from a refugee protection perspective. **International Journal of Refugee Law**, v. 14, n. 4, 2002.

BURMA migrants suffocate in lorry. **BBC News Channel**. UK, 10 de abr. 2008. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/7339939.stm>. Acesso em: 20 maio 2021.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 17 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. Reunião extraordinária de janeiro de 2012. x reunião ordinária de 2011. **Ata**, Brasília, 14 de dez. 2011

CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. X Reunião Ordinária de 2012. **Ata**, Brasília, 12 de dez. de 2012.

DITMORE, Melissa; WIJERS, Marjan. The negotiations on the UM protocol on trafficking in person. **Nemesis**, n. 4, p. 79-88, 2003.

DURAND, Jorge; LUSSI, Carmem. Metodologia e teorias no estudo das migrações/Jorge Durand; Carmem Lussi. Jundiaí: **Paco Editorial**, 2015, 136 p.

IMIGRANTES à deriva por 35 dias são resgatados no litoral maranhense. **O Globo Política**, 20 de maio de 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/imigrantes-deriva-por-35-dias-sao-resgatados-no-litoral-maranhense-22700096>. Acesso em: 20 maio 2021.

JONES, D. Which Migrants? Temporary or Permanent? July 1992 Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1749-6632.1992.tb33494.x>. Acesso em: 20 maio 2021.

KAPUR, Ratna. Travel plans: border crossings e the rights of transnational migrants. **Harvard Human Rights Journal**, Cambridge, v. 8, 2005.

NACIONES UNIDAS. Reservados todos los derechos. Producción de la publicación: Sección de Servicios en Inglés, **Publicaciones y Biblioteca**, Oficina de las Naciones Unidas en Viena, julio de 2012, p. 5.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÕES (OIM). ONU MIGRACIÓN. Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020. Disponível em: <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2020>. Acesso em jan. 2021.

PINTO, Joseane M. Schuck. **Os deslocamentos forçados de haitianos e suas implicações** – desafio global na sociedade de risco. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PITREZ, Eduardo Correa de A. Conexión derecho penal: la reconfiguración subjetiva, normativa y funcional de la política criminal en la sociedad red. In: Ana Isabel Pérez Cepeda. (Org.). **Política Criminal Ante el Reto de la Delincuencia Transnacional**. 1ed.Valência/Salamanca: Tirant lo Blanch/Ediciones Universidad Salamanca, 2016, p. 35-71.

IMIGRANTES ilegais chegam a pagar R\$ 600 para entrar no Brasil durante pandemia. **Radio** Bandeirantes. São Paulo. 01 de mar. De 2021. Disponível em: [https://www.band.uol.com.br/noticias/imigrantes-ilegais-chegam-a-pagar-r\\$-600-para-entrar-no-brasil-durante-pandemia-16325661](https://www.band.uol.com.br/noticias/imigrantes-ilegais-chegam-a-pagar-r$-600-para-entrar-no-brasil-durante-pandemia-16325661). Acesso em: 20 maio 2021.

SAIBA como os "coiotes" atuam na fronteira do Brasil com a Argentina. **Clicrbs**. Porto Alegre, 19 de jul. De 2012. Disponível em: <http://diariogaucha.clicrbs.com.br/rs/dia-a-dia/noticia/2012/07/saiba-como-os-coiotes-atuam-na-fronteira-do-brasil-com-a-argentina-3825811.html>. Acesso em: 20 maio 2021.

SCHILLER, Nina Glick; BASCH, Linda; BLANC-SZANTON, Cristina. Towards a definition of transnationalism introductory remarks and research questions. **Annals of the New York Academy**. July 1992. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/j.1749-6632.1992.tb33482.x>. Acesso em: 20 maio 2021.

TORELLY, Marcelo; KHOURY, Aline; VEDOVATO, Luís Renato; GONÇALVES, Veronica Korber. **Política de refúgio do Brasil consolidada** – Brasília: Organização Internacional para as Migrações. Agência das Nações Unidas Para as Migrações, Ministério da Justiça, 2017.

ONU. **United Nations office on drugs and crime** (UNODC). Disponível em: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/index.html>. Acesso em maio de 2021.

UNODC. **A short introduction to migrant smuggling**. 2010. Disponível em: <http://apmagnet.ilo.org/resources/a-short-introduction-to-migrant-smuggling> Acesso em: 20 maio 2021.

UNODC . ONU: mais de 30 mil migrantes morreram no mundo em travessias irregulares em 2014-2018, 2019. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2019/01/onu_-mais-de-30-mil-migrantes-morreram-no-mundo-em-travessias-irregulares-em-2014-2018.html. Acesso em maio 2021.

VLASSIS, Dimitri. **Overview of the provisions of the United Nations Convention against transnational organized crime and its protocols**, 2000, p. 481.

ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS: ELEMENTOS ESTATAIS E FATORES DE PERSUASÃO**RELIGIOUS EDUCATION IN PUBLIC SCHOOLS: STATE ELEMENTS AND PERSUASIVE FACTORS***LUCAS SOUZA CARVALHO,¹ DJAMIRO FERREIRA ACIPRESTE SOBRINHO²***RESUMO**

A presente pesquisa trata a respeito do ensino público religioso, com enfoque em fatores de persuasão social influentes na condução de práticas educativas. A investigação recai sobre o poder que a religião exerce nas escolas públicas brasileiras, ao ter como orientação a laicidade exigida à Administração Pública. O trabalho parte do pressuposto da religião como aparelho ideológico de Estado. Objetiva perscrutar aspectos conexos à notoriedade da disciplina de ensino religioso e sua condução pelos agentes escolares. O artigo possui o propósito de analisar o tema e responder a problemática: as práticas educativas no tocante ao ensino religioso executadas nas escolas públicas estão pautadas na separação entre Estado e igreja? A pesquisa detém abordagem qualitativa, comporta natureza básica, objetiva ser descritiva, aplica o método dialético, tem ao procedimento as técnicas bibliográfica e documental, bem como da observação. Verificada a afronta ao distanciamento entre Estado e igreja, afirma que a imparcialidade do comportamento dos agentes públicos frente ao ensino religioso e à presença da religião no âmbito escolar se faz adequada e fundamental ao respeito dos valores estatais e à indispensável separação entre os campos estatal e religioso.

PALAVRAS-CHAVE: Aparelhos ideológicos; Laicidade; Ensino público religioso.

ABSTRACT

This research is about religious public education, focusing on factors of social persuasion that influence the conduct of educational practices. The investigation focuses on the power that religion exerts in Brazilian public schools, having as orientation the secularity required by the Public Administration. The work starts from the assumption of religion as an ideological State apparatus. It aims to scrutinize aspects related to the notoriety of the subject of religious education and its conduct by school agents. The article has the purpose of analyzing the theme and answering the problem: are the educational practices regarding religious education carried out in public schools based on the separation between State and church? The research has a qualitative approach, has a basic nature, aims to be descriptive, applies the dialectical method, has bibliographic and documental techniques for the procedure, as well as observation. Looking at the affront to the distance between the State and the church, it states that the impartiality of the behavior of public agents in relation to religious education and the presence of religion in the school environment is adequate and fundamental to the respect of state values and the indispensable separation between the state and religion fields.

KEYWORDS: Ideological apparatus; Secularity; Religious public education.

¹* Artigo recebido em 26/06/2022 e aprovado em 01/09/20123

Fiscal de Tributos – Brejo Santo, Ceará. Bacharel em Direito, pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário, pela Universidade Regional do Cariri (URCA). E-mail: ludream@outlook.com

² Professor Efetivo do Departamento de Direito na Universidade Regional do Cariri - URCA. Doutor em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. E-mail: djamiro.acipreste@urca.br

Antes de ser uma questão propriamente religiosa ou mesmo pedagógica, a presença da religião na escola pública é uma questão política, com antigas e profundas raízes históricas.
Luiz Antônio Cunha

1 INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho é o ensino público religioso, que alcança as áreas do direito constitucional, do direito administrativo e da gestão pública. O enfoque recai sobre fatores de persuasão social religiosos capazes de influenciar na condução de práticas educativas potencialmente subvertedoras do sistema organizatório estatal. O interesse pela temática acima apresentada passa a existir porque a sua repercussão transcende os aspectos formais do Direito e leva a uma discussão espargida.

No Brasil vige a laicidade, que é, em termos resumidos, o posicionamento estatal que se abstém de adotar qualquer religião como oficial, de modo a impedir que decisões estatais possam ser tomadas com base em preceitos religiosos. Não obstante, a laicidade não implica em um Estado que não respeita a liberdade religiosa, tanto é que o texto constitucional brasileiro estipula, por exemplo, o ensino religioso facultativo em escolas públicas de ensino fundamental.

A religião pode influenciar um conjunto de agentes atuantes em uma comunidade, inclusive na educação. Existem entidades educacionais edificadas por organizações religiosas e o associativismo religioso pode funcionar como financiador do desenvolvimento da escolaridade, por exemplo, ao proporcionar atividades educativas aliadas a ações culturais e assistenciais hábeis a instruir indivíduos de múltiplas idades.

Apesar disso, ao se levar em consideração os processos de secularização e laicização a que foi submetido o Brasil, faz-se importante uma averiguação no ordenamento jurídico atual que possibilita o implemento da prestação do serviço educacional pela gestão pública. A partir do pressuposto da religião como aparelho ideológico de Estado, indaga-se sobre a importância do componente social religioso no desenvolvimento da educação de nível fundamental.

A investigação incide sobre o poder exercido pela religião na sociedade, em especial, na Administração Pública, notadamente, em relação à educação e a conduta dos agentes públicos no tocante ao respeito à laicidade, ao se ter como valor a neutralidade do ensino laico. Posto isso, dá-se a problematização da pesquisa: as práticas educativas no tocante ao ensino religioso executadas nas escolas públicas estão pautadas na separação entre Estado e igreja?

1.1 Objetivos

Guiado pela laicidade exigida à Administração Pública, o objetivo geral consiste em desenvolver um estudo acerca do ensino religioso nos estabelecimentos escolares públicos, ao abordar aspectos ligados à importância da disciplina de religião e perquirir a condução da mesma pelos agentes públicos. O texto busca se concentrar no levantamento de informações para a compreensão do tema, por conseguinte, não objetiva a modificação da realidade de maneira direta.

Para alcançar o objetivo geral almejado pelo presente trabalho, aspira-se como objetivos específicos: perceber a relação entre a religião e o poder, para isso, busca-se visualizar a força da religião como aparelho ideológico de estado, bem como da autoridade do professor; após discorrer sobre secularização e laicidade, estabelecer a relação entre o sistema de organização estatal quanto à religião e o sistema escolar público; analisar a legislação e a obrigatoriedade do ensino religioso, a possibilidade de tê-lo confessional, e também, concatenar à problematização com vistas à compreensão do serviço público.

1.2 Procedimentos metodológicos

Quanto ao percurso metodológico, a pesquisa qualitativa busca compreender a temática e atribuir valor a tal apreciação. A pesquisa de natureza básica dispõe-se a levantar dados e entendê-los, a fim de oportunizar conhecimentos àqueles que valer-se-ão de sua utilidade investigativa. Em relação aos objetivos, visa averiguar a problemática e identificar os seus fatores com o intuito de gerar informações suscetíveis de aproveitamento para a solução do problema, deste modo, caracteriza-se descritiva. Para tanto, recorre a levantamento bibliográfico para colher informações acerca do tema proposto.

A valia do método de abordagem dialético tem por escopo a intelecção apropriada do conteúdo versado. Vale-se da aceção do texto constitucional em relação à posição do Estado diante do elemento religioso para progredir na análise da problemática até findar em pertinentes conclusões sobre o ambiente público escolar, sem deixar de levar em consideração que o exame da matéria não pode abster de avaliar a contextualização em torno do problema de pesquisa, ainda que as respostas alcançadas evidenciem contradição entre o ponto de partida e a realidade.

No que se refere aos procedimentos, compõe-se: bibliográfica, porque utiliza livros e artigos com o propósito de visualizar o conteúdo ideológico e doutrinário do contexto; documental, com a consulta de leis e jurisprudência; e usa a técnica da observação, com a intenção de tornar oportuna a gnose acadêmica após o entendimento do assunto.

2 RELIGIÃO COMO INSTRUMENTO SOCIAL E ESTATAL DE PODER

Desde os primórdios das civilizações, o poder instituído e a religião coexistem em relações discrepantes ou concordantes, não obstante, vitais à peculiaridade de cada sociedade.

Os homens não tiveram, no princípio, outros reis senão os deuses, nem outro governo senão o teocrático. [...].

Devido ao simples fato de se colocar Deus à frente de cada sociedade política, deduz-se que houve tantos deuses quanto povos. [...]. (ROUSSEAU, 2011, p. 131).

Para Alexis de Tocqueville (2005), desde o orto, existe a conciliação da religião com a política, isto é, um estado de compatibilidade ou concórdia, um alinhamento de intentos. O autor toma o desenvolvimento dos Estados Unidos da América como exemplo dessa coexistência ímpar (TOCQUEVILLE, 2005).

Ao lado de cada religião encontra-se uma opinião política que, por afinidade, lhe é adjunta.

Deixem o espírito humano seguir sua tendência, e ele ajustará de maneira uniforme a sociedade política e a cidade divina; ele procurará, se ousar dizê-lo, harmonizar a terra com o céu. (TOCQUEVILLE, 2005, p. 338).

Das condições e forças que acompanham o estabelecimento de um Estado, em outros termos, que não se limitam a impor características primevas da sua formação, mas que também direcionam os rumos da sua sociedade, é válido dizer que o campo ideológico religioso é um fator de peso.

2.1 Religião na qualidade de aparelho ideológico de estado em Althusser

Louis Althusser (1980) parte da teoria descritiva marxista do Estado, que faz diferenciação entre Poder de Estado e Aparelho de Estado, e adiciona concepções ao último termo. Desse acréscimo, relacionados ao Aparelho Repressivo de Estado, têm-se os Aparelhos Ideológicos de Estado (ALTHUSSER, 1980). Estes são elementos cruciais à compreensão do tema apresentado.

Denominam-se “[...] Aparelhos Ideológicos de Estado um certo número de realidades que se apresentam ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas. [...]” (ALTHUSSER, 1980, p. 43). Dirigem-se a um ponto em comum, o da reprodução das relações de produção (ALTHUSSER, 1980). Dentre outros, compõem-no o Aparelho Ideológico de Estado Religioso e o Escolar (escolas públicas e particulares) (ALTHUSSER, 1980).

O Aparelho de Estado (AE) Repressivo é representado por instituições que atuam mediante a violência e são de domínio inteiramente público. Um Aparelho Ideológico de Estado (AIE) opera por meio da ideologia e pode pertencer ao domínio público ou ao privado, mas se constitui,

predominantemente, em instituições privadas. Observa-se que o AE Repressivo ou Ideológico age, concomitantemente, com uso da violência e da ideologia, contudo um desses modos é o principal. (ALTHUSSER, 1980). “[...] (Não há aparelho puramente ideológico). Assim a escola e as Igrejas «educam» por métodos apropriados de sanções, de exclusões, de seleção, etc., não só os seus oficiantes, mas as suas ovelhas. [...]” (ALTHUSSER, 1980, p. 47).

Desde já, pode-se perceber que a separação entre o Estado e a igreja é fundamental, visto que se esta pertencesse àquele, o Estado poderia se valer, excessivamente, da força para repreender condutas incompatíveis com o credo oficial, pois ele permaneceria regido por deliberações religiosas.

Ora, no período histórico pré-capitalista, que examinamos a traços largos, é absolutamente evidente que existia um Aparelho Ideológico de Estado dominante, a Igreja, que concentrava não só as funções religiosas mas também escolares, e uma boa parte das funções de informação e de «cultura». Não é por acaso que toda a luta ideológica do século XVI ao século XVIII, a partir do primeiro impulso dado pela Reforma, se concentra numa luta anticlerical e anti-religiosa; não é por acaso, é em função da própria posição dominante do Aparelho Ideológico de Estado religioso. (ALTHUSSER, 1980, p. 58-59).

Para Althusser (1980), com o desenvolvimento capitalista, o novo AIE dominante é o escolar. Este, tomou o lugar da igreja e se estabeleceu de extrema importância à “[...] reprodução das relações de produção [...]” (ALTHUSSER, 1980, p. 68). Houve a substituição do duo igreja e família pelo duo escola e família (ALTHUSSER, 1980).

A renovação do contingente de trabalho atende ao fluxo de interesses vigentes da ordem instalada na sociedade com destaque para a preponderância da ideologia. Qualquer classe que detenha o Poder de Estado por considerável período precisou ter, simultaneamente, a hegemonia com os AIE's. (ALTHUSSER, 1980).

Na escola são ensinados um conjunto de conhecimentos práticos, bem como ditames sociais e outras tantas competências. Detrás das finalidades precípuas de ensino, também há a serventia à ideologia reinante ou da continuidade das práticas dela. (ALTHUSSER, 1980). A escola tem o potencial de ser tanto objeto de veiculação da ideologia dominante quanto sujeito resistente do combate entre a classe dominada e os detentores do Poder. Dado que “[...] os Aparelhos Ideológicos de Estado podem ser não só o *alvo* mas também o *local* da luta de classes e por vezes de formas renhidas da luta de classes. [...]” (ALTHUSSER, 1980, p. 49).

Os docentes, que são instrutores da sociedade e propagadores de ideais diversos, também estão incumbidos do assentamento de conteúdos ideológicos nas instituições escolares. Posto isto, pode-se considerar que diante da situação em que o professor, agente público, direciona sua explanação à exclusiva

corrente religiosa, com omissão ou indiferença às outras, a Administração Pública assume preferência por aquela veiculada invariavelmente, e assim, desvirtua-se da imparcialidade quanto às religiões.

Mais grave o erro das ocasiões em que os governos transmitem em seus canais de comunicação que ações estatais foram possíveis (ou abençoadas por) graças a determinado ente divino ou falecido “homem santo”. Com isso, o Estado traz a si um status que o adjectiva como religioso, contrário, portanto, à posição laica brasileira. Em tais casos, está presente o que se pode chamar de disseminação ideológica ilídima.

2.2 O professor como autoridade ideológica

A busca por poder mediante a ideologia tem nos estabelecimentos escolares públicos um personagem especial, o professor. Autoridades dotadas de imensa influência, eles estão encarregados de assumir uma posição correspondente aos valores estatais de neutralidade quanto à questão religiosa, proibidos de ações proselitistas e desrespeitosas à diversidade.

Porém, parte dos docentes pode findar em ser responsável pela difusão de ideologias variadas que refletem seus próprios ideais, em desrespeito ao posicionamento estabelecido por quem representam. Em tais casos, uma repreensão recai sobre os agentes públicos que vulgarizam a Administração Pública mediante disseminações ideológicas ilídimas.

Aquele que assume posição religiosa para tencionar seus ensinamentos à investida de fazer prova da sua fé e da validade das determinações que ela estabelece age não como agente público, mas como autoridade carismática que tenta legitimar o domínio da seita.

Nas discussões seguintes, a expressão “carisma” deve ser compreendida como referindo-se a uma qualidade extraordinária de uma pessoa, quer seja tal qualidade real, pretensa ou presumida. “Autoridade carismática”, portanto, refere-se a um domínio sobre os homens, seja predominantemente externo ou interno, a que os governados se submetem devido à sua crença na qualidade extraordinária da pessoa específica. [...] O domínio carismático não é controlado segundo as normas gerais, tradicionais ou racionais, mas, em princípio, de acordo com revelações e inspirações concretas, e, nesse sentido, a autoridade carismática é “irracional”. É “revolucionária” no sentido de não estar presa à ordem existente: “Está escrito... mas eu vos digo...!” (WEBER, 1982, p. 340).

A posição em que o Estado coloca o docente e a confiança depositada pelos pais consolidam a autoridade dele sobre os alunos e são suficientes para o êxito da conversão. No entanto, o Estado brasileiro laico não admite o uso irrazoável e ilegítimo do AIE escolar estatal. A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 19, inciso I (BRASIL, 1988), é inteligível e cognoscível quanto ao posicionamento da Administração Pública em relação ao assunto.

Nas suas comunidades, quaisquer professores poderão ser autoridades ideológicas, garantido o proselitismo das suas consciências e crenças. Porém, dentro das salas de aula de escolas públicas, eles deverão se abster de atuar como líderes religiosos porque a influência sobre os alunos não deve ser usada como meio de propagação da sua credulidade.

3 ESCOLAS PÚBLICAS ENQUANTO CENÁRIO DE REPRODUÇÃO POLÍTICA E SOCIAL

As escolas objetos de análise no presente trabalho, assim como os agentes e atividades a elas relacionados, estão submetidas ao regime jurídico administrativo. Por isso, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público fazem parte dos seus princípios básicos, além de outros inerentes à organização administrativa. Devido a sua natureza, de personalidade jurídica de direito público, os bens vinculados às atividades de ensino gozam de privilégios. Com prerrogativas e limitações, os estabelecimentos escolares têm orientação em normas que buscam tutelar os interesses da coletividade.

A performance da atividade escolar estatal obedece a um axioma básico que gere a Administração Pública, o princípio da impessoalidade ou imparcialidade. A prejudicialidade da atuação não parcial parte da percepção que determinadas interferências põem em risco as pretensões sociais, já que os agentes parciais ambicionam a satisfação de seus próprios desejos ao invés de atender às necessidades da coletividade.

Tanto é verdade que tal instrução está no caput do artigo 37º da Constituição Federal de 1988 (CF/1988), que prevê a obediência do Poder Público ao princípio da impessoalidade (e outros), e seu parágrafo 1º estabelece mandamentos no tocante à publicidade, relativos à proibição de “[...] nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.” (BRASIL, 1988, s/p).

Consoante a Teoria do Órgão ou da Imputação Volitiva, de Otto Friedrich von Gierke, é imputada à pessoa jurídica qualquer atuação decorrente de seu agente público, dado que os órgãos públicos são compostos por pessoas físicas que externam a pretensão do ente jurídico, “[...] de tal modo que os agentes, quando manifestam sua vontade, é como se assim fosse a vontade do Estado não sendo, portanto, vontades distintas. [...]” (CARVALHO, 2016, p. 154). Adverte-se que a pessoa física deve manifestar a vontade do Estado, e não o contrário, pois é a pretensão estatal que é passada mediante o agente público (CARVALHO, 2016).

Em consideração à Teoria do Órgão não somente a atuação do Estado precisa ser impessoal, como também a do próprio agente que o representa. Pontua-se que é exigido de ambos um

comportamento isento de favoritismos e discriminações. Trata-se de simples correlação: assim como é vedado aos agentes públicos a violação à impessoalidade, como quando do uso símbolos ou imagens que os promovam; deve ser vedado que a Administração Pública utilize símbolos ou declarações que violem a impessoalidade.

Se era impossível haver participação política de um credo de poucos adeptos, hoje, em razão da imparcialidade, há mecanismos que garantem o envolvimento de variadas vertentes dos sistemas de crenças. Alunos de escolas de governo não são mais obrigados a participarem de atos relacionados à crença dominante, pois cabe aos próprios estudantes optarem por isso, do contrário, estar-se-ia diante de um Estado parcial.

3.1 Secularização e laicidade

A ideia de impessoalidade ou imparcialidade na Administração Pública remonta à noção de secularização e de laicidade, visto que o advento da modernidade pôs fim à performance controlada pelo poder religioso para dar passagem ao Estado secular. Dito isso, convém esclarecer em que consiste a secularização, além de diferenciá-la dos conceitos de laicidade e laicismo.

[...] A secularização se refere ao declínio da religião na sociedade moderna e a perda de sua influência e de seu papel central e integrador. O processo de secularização relaciona-se com o enfraquecimento dos comportamentos e práticas religiosas. A laicidade é sobretudo um fenômeno político, vinculando-se com a separação entre o poder político e o poder religioso. Expressa a laicidade, a afirmação da neutralidade do Estado frente aos grupos religiosos e a exclusão da religião da esfera pública. [...]. (RANQUETAT JR., 2008, p. 11).

A religião deixou de ser o eixo estatal para atuar como coadjuvante no processo de formação político-social. Os costumes, outrora ditados pelas autoridades hieráticas, são sobrepujados pelas satisfações da vida privada. Antes, onde imperava a supremacia do interesse religioso, agora vige a supremacia do interesse público. O beneplácito democrático está abotoado ao juízo de respeito que fora oportunizado pela noção de imparcialidade.

O mandamento constitucional que veda à Administração Pública o estabelecimento, subvenção, relação de dependência ou aliança com instituições religiosas expressa o que se enxerga por laicidade. Quando laico, o Estado não pode, por exemplo, custear qualquer ordem religiosa por meio de recursos públicos (SEPULVEDA; SEPULVEDA, 2016).

Não obstante o processo de secularização e adoção de um modelo estatal de laicidade, em geral, não há embaraço por parte do Estado ao exercício das liberdades religiosas, pois que precisa respeitá-las.

A ideia de Estado laico não traz antagonismo e resistência ao fenômeno social relevante que é o religioso, o posicionamento estatal não se configura um laicismo. Este consiste na abolição da religião da sociedade, uma laicidade extremada com características aguerridas (RANQUETAT JR., 2008)

O implemento da dissociação entre política e religião advém, sobretudo, do liberalismo. Este possui significação de doutrina de viés político “[...] que sustenta as liberdades individuais perante o Estado.” (GUIMARÃES, 2012, p. 421). Três aspectos consagram o modelo liberal: as práticas religiosas, por mais estranhas que pareçam, pertencem, legitimamente, à esfera privada; neutralidade estatal; separação entre estado e igreja (BURITY, 2001).

O triunfo dos ideais liberais no desenvolvimento das sociedades democráticas foi fator de estabilização da relação entre o poder religioso e o secular. No caso do Brasil, a influência iluminista, com orientação liberal, colaborou para a promulgação da Constituição de 1891, que desuniu, no plano jurídico-constitucional, os dois poderes (EMMERICK, 2010).

Entretanto, o desenvolvimento histórico está atrelado a não estagnação dos mecanismos sociais, disso, inclui-se a transformação até mesmo do pilar liberal nas sociedades atuais. Nos últimos tempos, tal molde sofreu com a perda de espaço para o elemento místico, pois a autonomia estatal cada vez mais tem sido influenciada pela tendência daquele.

Tal dado é explicado por Joanildo A. Burity (2001) como um deslocamento de fronteiras público/privado que incide no trato entre política e religião. Há uma “desprivatização” ou “publicização” do religioso, ocorre o retorno do mesmo à esfera pública, um “realinhamento” político-religioso em uma ordem pós-secular (BURITY, 2001, p. 29). O deslocamento de fronteiras é externado por indicadores, dentre eles estão: o aumento da atuação regulatória estatal passa a envolver domínios anteriormente marcadas pelo aspecto privado; a expansão da oferta religiosa, além da concorrência entre religiões e dissidências inter-religiosas, com a conseqüente inevitabilidade de imissão estatal; a diminuição da neutralidade na Administração Pública em face de problemáticas que envolvem movimentos sociais e culturais (BURITY, 2001).

3.2 Sistema de organização estatal quanto à religião

O Brasil é um país laico e, tal como as sociedades modernas, influenciado pelo processo de secularização. Pergunta-se sobre se as condutas dos agentes públicos, o comportamento dos professores, correspondem à posição abraçada pelo Estado. Dito de outro modo, será que o sistema escolar público está condicente com a ideologia estatal? Mas antes, precisamente, como o Estado brasileiro laico se organiza estruturalmente quanto à matéria?

Para compreender o papel desempenhado pelo sistema escolar no tocante à religião, faz-se necessário entender qual modelo de liame Estado-igreja o Brasil apresenta atualmente. A fim disso, passa-se à exposição de alguns padrões para posterior tentativa de arremate acerca do vigente.

Winfried Brugger estabelece três modelos explanadores da relação entre Estado e igreja: “separação”; “igualdade”; e “aproximação” (BRUGGER, 2010, p. 17). O autor traz vantagens e desvantagens, mas todos os modelos partem de pressupostos relacionados ao Direito moderno, são eles: “cisão”; “liberdade”; e “igualdade” (BRUGGER, 2010, p. 17).

Ao levar em consideração as premissas indicadas acima, exclui-se, sem tardar, a discussão sobre a possibilidade de identificação material. Tal espécie de sistema, além de perturbar a identificação da estrutura e do poder de coerção, inviabiliza a livre manifestação de fé e a igualdade religiosa (BRUGGER, 2010). Logo, as arguições que serão citadas levam em conta as noções de juridicidade e liberdade (BRUGGER, 2010).

Inicialmente, elenca-se o modelo de liberdade das religiões por meio de acentuada distância e separação estrita (BRUGGER, 2010). É certo que o mesmo promove o aprimoramento da religiosidade, visto que não há interferência por parte do Estado nos ditames dos costumes dos fiéis. Além da vantagem de liberdade de práticas para as diversas religiões ante a regulamentação do Estado, também é somada a de um papel estatal que não traz desequilíbrios no trato com as organizações religiosas devido à posição de distância quanto às suas questões (BRUGGER, 2010). O modelo de separação torna inexata a conexão entre a moral estatal prevista constitucionalmente e a moral religiosa, disso, esta fonte desempenha papel de orientação (BRUGGER, 2010).

Porém, tal molde torna difícil a regulamentação ou proibição de situações e comportamentos, pois o Estado se encontra distante, externamente (BRUGGER, 2010). Para esse modelo, qualquer sistema de crença é igualmente válido para o Estado, mesmo que recuse valores constitucionais (BRUGGER, 2010). “[...] Religiões são simplesmente concorrentes no amplo e desenfreado mercado da transcendência. [...] (BRUGGER, 2010, p. 19-20).

Essa indiferença, ocasionada pelo distanciamento, não é absoluta, porque a intervenção estatal se faz cogente quando da violação ao Direito. Eventuais desavenças entre forças sociais e religiosas têm que ser solucionadas, em relação à perspectiva do Estado, na concorrência delas. Cabe ao Poder Público e ao ordenamento jurídico vedar a violência. Sobre esta, abrange, inclusive, a psíquica, o que demanda intervenções internas. (BRUGGER, 2010).

O autor esclarece que é coerente a designação do modelo estrito de separação e distanciamento em um contexto de fortes agitações religiosas ou prenúncio do Estado ser suplantado pela religião (BRUGGER, 2010).

O segundo modelo é o da “igualdade das religiões como valor preferencial”, onde o ponto primacial da segurança da liberdade por meio da ausência de proximidade é tomado pela segurança da igualdade (BRUGGER, 2010, p. 22). A distanciação não é tão relevante, contanto que não ocorra uma união material não permitida entre Estado e igreja (BRUGGER, 2010).

Aqui a noção de igualdade é estrita, ainda quando ocasione a diminuição do distanciamento. Religiões minoritárias possuem maiores chances de serem reconhecidas. As providências tomadas podem advir do conhecimento das problemáticas em atenção à cláusula do Estado social. (BRUGGER, 2010).

Tomemos como exemplo a apresentação de um símbolo da religião majoritária numa escola pública, como o da cruz cristã num país fortemente acentuado pelo Cristianismo. Tal apresentação é claramente ilegítima do ponto de vista do modelo distanciado. Mas isso se apresenta diferentemente no âmbito da prioridade do Direito material de igualdade: Nele depende, primordialmente, se ao lado do símbolo da religião tradicional também são colocados aqueles símbolos que são representativos para as religiões dos alunos minoritários na respectiva classe ou escola; o mesmo deveria valer para convicções não religiosas e símbolos de natureza secular.²⁹ [...] (BRUGGER, 2010, p. 23).

A exigência de acentuada igualdade por parte dos fiéis dificulta a relação com poder estatal. Adverte-se acerca da possibilidade de dúvidas sobre o bom emprego do princípio diante da proximidade da esfera estatal. Por conseguinte, há forte tendência de que o secular esteja atado ao elemento religioso. (BRUGGER, 2010).

Por último, o terceiro modelo prega a proximidade da religião civil com a moral constitucional, de modo que tais poderes se complementem e cooperem ao ter em vista a noção de moralidade ou cidadania. Observa-se que, mesmo aqui, há necessidade de separação entre Estado e igreja, logo, são vedadas coerções e desvantagens jurídicas. (BRUGGER, 2010).

No entanto, existe o risco de confusão entre as alçadas política e religiosa, visto que “[...] não está distante a dúvida de que os âmbitos político e religioso se misturam. Mesmo assim essa conclusão não é imperativa. [...]” (BRUGGER, 2010, p. 30). Também há elevada tendência à reconhecença das dominações religiosas em detrimento das minorias (BRUGGER, 2010). Características não bem vistas para um ordenamento jurídico democrático, um empecilho à imparcialidade.

Tal padrão traz as ideias de distanciamento e igualdade não bem desenvolvidas quando em comparação aos outros dois aludidos anteriormente. O primeiro não comporta favoritismo, proibido pela distância. Enquanto o segundo admite uma inclinação para comunidades de fé minoritárias, o terceiro o faz com o credo tradicional. O autor diz que as vantagens e desvantagens dos três modelos são equivalentes. (BRUGGER, 2010).

Ao se ter como base as classificações propostas, pautadas nos três pressupostos mínimos, pode-se depreender que o Brasil não pode ser taxado em qualquer uma de modo preciso, diante da multifacetada e extensa questão cultural, além da incompatibilidade verificada entre o “dever-ser” e o “ser” estatal.

Teoricamente, o caso do Brasil seria o do modelo de separação, entretanto, apenas formalmente, com pendor ao modelo de igualdade, apesar de haver ocasiões que se enquadram na proximidade. Supostamente, a ideologia do Estado brasileiro é de um distanciamento relativo, na medida em que aceita a colaboração que vise atingir o interesse público.

O texto constitucional, em seu artigo 19, inciso I, já citado anteriormente, estabelece vedações aos entes federados quanto ao componente religioso, mas ressalva, de acordo com a lei, a colaboração de interesse público (BRASIL, 1988).

Com base no dispositivo referido, por efeito do trecho que salvaguarda a colaboração, para Thiago Rafael Vieira e Jean Marques Regina o modelo do Brasil é o “sistema de laicidade colaborativa” (REGINA; VIEIRA, 2019, p. 144).

Fabiana Maria Lobo da Silva classifica a relação Estado-igreja em dois modelos: o primeiro é chamado de “identificação do poder político com o poder religioso (monismo)”, tal qual os Estados teocráticos; o segundo é o de “não identificação do poder político com o poder religioso (dualismo)” (SILVA, 2015, p. 281).

O modelo de não identificação se divide em “união do Estado com uma confissão religiosa”, como os Estados confessionalistas, e “separação entre Estado e Igrejas”, cuja separação pode ser “absoluta” ou “relativa (com coordenação)” (SILVA, 2015, p. 281).

Ao destacar a viabilidade de colaboração de interesse público, a autora coloca o Brasil na separação relativa ou com coordenação (SILVA, 2015). Tal como a Espanha, “[...] em que se permite a colaboração entre o Estado e as Igrejas para a consecução de matérias mistas, comuns, a exemplo do ensino religioso; [...]” (SILVA, 2015, p. 281).

É oportuno anotar que a discussão não está limitada a classificar um modelo. Rulian Emmerick distingue a separação entre Estado e igreja daquela entre política e religião, pois “[...] a relação entre religião e política na arena pública, em especial no campo das disputas políticas pelo poder, é algo mais complexo que merece estudos que vão além dos modelos teóricos da secularização e da separação Igreja/Estado. [...]” (EMMERICK, 2010, p. 145). Para o autor, o caso do Brasil possui conjuntura que difere o plano normativo do plano analítico, o que gera consequências negativas (EMMERICK, 2010).

Ante a inexatidão técnica e prática, direciona-se a análise à questão principal visada aqui no tocante à compreensão do modelo adotado. O ponto a que se almejou chegar com este tópico foi inferir

que a complexidade de avaliação do ensino público religioso é um reflexo da complexidade do sistema de organização estatal no que tange à religião.

Sem sua adequada compreensão as políticas educacionais podem tencionar a ferir direitos individuais, como o da liberdade de consciência e de crença, e subverter o sistema organizatório estatal, por exemplo, a partir do momento em que bens e instrumentos de governo satisfazem sobremaneira um credo.

Devido à falta de manifestação de uma posição resolutiva e específica, há espaço para que as práticas educativas não correspondam aos valores consagrados pelo texto constitucional. Isto quer dizer que as ações dos agentes escolares podem ser suficientes para a violação da ideologia estatal.

A incongruência da Administração Pública em estabelecer um padrão de atuação diante de problemáticas religiosas nas escolas públicas prejudica a educação. Tal conjuntura pode ser investigada pela relação de causa e consequência, respectivamente, do sistema de organização estatal quanto à religião e o sistema escolar público. A incógnita ou ausência de um posicionamento deixa um recinto conveniente para ocorrência de disputas por esse AIE.

3.3 Batalha pelo espaço público

Há uma batalha entre os sistemas de crenças por mais espaço nas escolas públicas com intuito de angariar mais fiéis à causa (SILVA; MENDONÇA; CASTELO BRANCO; FERNANDES, 2014). A tomada desse local é bastante concorrida, e a disciplina escolar de ensino religioso consiste em um valoroso instrumento de reação à secularização e de recuperação de influência política (SEPULVEDA; SEPULVEDA, 2016).

A constante contenda visa aos benefícios de dominar o aparelho ideológico escolar. A estratégia autoritária não é nova nem se limita ao território brasileiro. De qualquer modo, consiste em um alerta acerca de até que ponto a influência do mercado religioso pode alcançar. Ele instrumentalizou a escola pública como um recinto de disputas (CUNHA, 2006).

É pertinente mencionar que a presença da religião nas escolas públicas não se limita à disciplina curricular (SILVA; MENDONÇA; CASTELO BRANCO; FERNANDES, 2014). Ela está manifesta na exibição de símbolos religiosos, bíblias, realização de orações e missas, além de outros atos favorecedores de religiões, que consistem em maneiras de doutrinação e colonização das escolas (SEPULVEDA; SEPULVEDA, 2016). Essa estada religiosa “[...] sinaliza a já mencionada ambiguidade entre o público e o privado. Tal equívoco é decorrente de articulações e do embate de forças entre diferentes grupos políticos.” (SEPULVEDA; SEPULVEDA, 2016, p. 150).

Diante da pessoalidade desses modos de veiculação do divino nos estabelecimentos públicos, a imparcialidade do posicionamento estatal resta prejudicada. Nota-se que, em relação à religião, a posição de neutralidade é a principal dificuldade para as instituições escolares públicas (SILVA; MENDONÇA; CASTELO BRANCO; FERNANDES, 2014).

A atuação do elemento religioso de maneira irrestrita nas instituições de ensino pertencentes ao Poder Público é capaz de contribuir para discriminações religiosas, causar prejuízos à educação, como também conspurcar o ambiente dito laico. A violência simbólica naturaliza a presença da religião nessas instituições (SILVA; MENDONÇA; CASTELO BRANCO; FERNANDES, 2014).

Possivelmente, a batalha do mercado religioso pelo espaço público existiria ainda se o Estado fosse intransigente quanto à admissibilidade da religião nas escolas públicas, mas, talvez, em menor grau, visto que ela não estaria legitimada pelo aval constitucional.

Para as situações de não cumprimento dos preceitos constitucionais da laicidade, liberdade e diversidade religiosa, sugere-se inovação legislativa capaz de solidificar os mandamentos da CF/1988, com a implementação de estratégias de fiscalização do serviço educacional por meio do controle interno da Administração Pública, e ainda, políticas de afirmação voltadas à inclusão de minorias religiosas. Em suma, alvitra-se a prestação educacional congruente.

Perante o exposto, pode-se perceber que o ambiente escolar está marcado por tentativas de disseminação ideológica influenciadas pela concorrência das religiões. O ápice dessa influência é a existência da disciplina de ensino religioso e do modo como a mesma é ofertada nas salas de aulas.

4 ENSINO RELIGIOSO

No Brasil, o ensino religioso compõe o itinerário das aulas das escolas públicas de nível fundamental. Convém verificar como o ordenamento jurídico aborda a matéria, bem como examinar a repercussão da sua obrigatoriedade e da possibilidade de um ensino confessional.

Inicialmente, adverte-se que a obrigatoriedade se refere à existência da disciplina nas escolas públicas de ensino fundamental, não sobre uma exigência de participação nas aulas, pois o próprio texto constitucional estipula que a presença do estudante é facultativa. A facultatividade funciona como uma escusa de consciência.

Também, de antemão, observa-se que ensino religioso e ensino religioso confessional são expressões distintas. A primeira, tem sentido amplo capaz de abranger a formação em diversas religiões e abarcar variadas maneiras de ensiná-las, além disso pode conter caráter científico. A última, trata-se de um dos modos de instrução com aprendizado voltado a uma crença específica, restringe-se às doutrinas por ela admitidas, comumente de conteúdo não racional.

4.1 Legislação alusiva

O artigo 210, parágrafo 1º, da CF/1988, juntamente com o artigo 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), orientam a prestação do serviço público educacional religioso nas escolas brasileiras de nível fundamental.

Tanto a CF/1988 (BRASIL, 1988) quanto a LDB (BRASIL, 1996) estabelecem que o ensino religioso é de matrícula facultativa e aludem à questão do respeito. Tal ensino há de ser perduravelmente facultativo porque diz respeito ao direito à liberdade de religião em sua dimensão negativa (SILVA, 2015).

A mesma Lei, 9.394 de 1996, assinala a proibição ao proselitismo e prevê algumas providências acerca dos conteúdos da disciplina e no tocante aos professores responsáveis (BRASIL, 1996). Não há, portanto, de acordo com o que se extrai do texto, a possibilidade de imposição de participação nas aulas relacionadas à religião, em vista da facultatividade. Nem é possível que professores tentem utilizar sua posição para a catequização em prol de suas crenças, em atenção à diversidade religiosa e à vedação ao proselitismo.

4.2 Obrigatoriedade

A obrigatoriedade, no currículo escolar, da educação religiosa é um tema controvertido. Entre as indagações, destacam-se aquelas sobre o modo que as aulas são conduzidas. O conteúdo deve ser ensinado como história das religiões e cultura literária ou apresentado como nas chamadas “escolas dominicais”? Os professores serão laicos ou ostensivos membros das religiões?

A disciplina de religião deve ser ministrada como cultura literária (DAWKINS, 2007). Ainda mais nas escolas pertencentes ao Estado, esse dever não pode ser ignorado. Toma-se como exemplo o sistema de crença de maior número de adeptos no Ocidente, o cristianismo e sua fonte, o livro da Bíblia. Esta deve integrar a educação como uma fonte literária, para o amplo desfrute do patrimônio literário (DAWKINS, 2007). “[...] A mesma coisa aplica-se às lendas dos deuses gregos e romanos, e aprendemos sobre eles sem que ninguém peça que acreditemos neles. [...]” (DAWKINS, 2007, p. 434). Encarar o ensino da religião como o ensino do componente social religioso sob pontos de vista críticos, relacionados a conhecimentos como os de literatura ou de outras disciplinas, pode ser uma maneira de o colocar na escola.

Já que o Estado tem o dever de ser neutro e tolerante ao fenômeno religioso, ao invés de proporcionar espaço na grade curricular comum, menos contraproducente é a medida de providenciar

que o ensino seja disponibilizado como atividade extracurricular. Porém, para isso há a necessidade de alteração da CF/1988.

O constituinte entendeu que o componente social religioso é relevante ao desenvolvimento da criança ao ponto de fazer parte da sua formação básica escolar. No entanto, a mesma compulsoriedade denota uma fissura no alicerce da separação Estado-igreja.

Tal condição obrigatória pode refletir no enfraquecimento do princípio da laicidade (SEPULVEDA; SEPULVEDA, 2016). A mistura compulsória, isto é, a imposição do ensino público religioso, também indica o fenômeno da “desprivatização” ou “publicização” da religião, mencionado anteriormente. Pior seria o caso de estipular a confessionalidade desse tipo de ensino.

Em resposta à segunda indagação, para o respeito à imparcialidade da manifestação estatal, os professores devem ser laicos. O responsável por lecionar os conteúdos religiosos não pode ser específico de uma ordem religiosa, pois não é legítimo que assuma uma posição de representação da crença.

4.3 Ensino confessional

A escolha do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.439, proposta em 2010 e julgada em 2017, não obistou que a disciplina de religião fosse de caráter confessional (BRASIL, 2017). A deliberação contribuiu para a violação da vedação ao proselitismo disposta na LDB.

Contudo, a presença da religião na escola pública mediante o ensino religioso confessional representa um flagrante retrocesso da sociedade. É contraditório permitir que Estado e religião sejam coautores na composição da educação pública.

A política adveio da imprescindibilidade da disjunção de forças imiscíveis (CHAUÍ, 2000). “Os gregos criaram a política porque separaram o poder político e duas outras formas tradicionais de autoridade: a do chefe de família e a do sacerdote ou mago;” (CHAUÍ, 2000, p. 31). As decisões aptas ao bem coletivo não poderiam derivar de um grupo restrito que acreditava que a satisfação de divindades era também as mesmas da sociedade. Com fundamento nessa ruptura foi que a sociedade democrática pôde ser estabelecida. Por efeito disso, reunir tais poderes corresponde a um depauperamento social. A educação pública não pode ser acaudilhada pela religiosidade.

A admissibilidade de um ensino confessional ignora uma questão elementar: as crianças, mais precisamente, a escolha delas. Elas não detêm capacidade para deliberem acerca de escolhas de fé e sistemas de crença. Diante desse cenário, ocorre que não há preocupação sobre o impacto de uma pseudoescolha indicada pelos pais. Contudo, o mesmo tratamento não pode acontecer por parte do Estado.

O corpo social, “[...], incluindo o setor não religioso, já aceitou a idéia absurda de que é normal e correto doutrinar crianças pequenas na religião de seus pais, e colocar rótulos religiosos nelas [...]” (DAWKINS, 2007, p. 432). Mais do que atender a alguma necessidade desenvolvidora das crianças, o ensino religioso atende a um capricho dos pais. Em decorrência das suas fés, eles se sentem obrigados a disciplinar os filhos em conformidade e, já que a CF/1988 admite o ensino religioso, acham que têm o direito de verem os filhos ensinados conforme o que entendem como correto.

Sob a ótica do modelo de igualdade, o ensino confessional não feriria a isonomia constitucional se fossem ofertadas aulas de todas as religiões praticadas pelos pais de estudantes do ensino fundamental. Para tanto demandaria um investimento elevado do Estado em suprir a necessidade de cada um.

Sabe-se que grande parte da população brasileira adota o sistema de crença cristão, a vertente do catolicismo principalmente. A força é tão descomedida que é aceitável se referir à existência de um caráter estatal do catolicismo (MONTERO, 2011). Ao ter isso em consideração, a aprovação de um ensino religioso confessional torna muito mais oportuno o advento de episódios de intolerância religiosa, inclusive com violência simbólica.

Do ponto de vista do modelo da distância, não há como vislumbrar tamanha aproximação. Sob a ausência de proximidade, seria inadmissível que doutrinas religiosas fossem acolhidas em instituições públicas e, pior, que os próprios estabelecimentos ensinassem essas doutrinas.

Não há como um agente estatal estipular de que forma qualquer preceito místico deva ser lecionado, visto que seria o mesmo que afirmar que determinada perspectiva de encarar um assunto religioso é a apropriada, pois tal prática foi legitimada pelo Governo ao ponto de ser ensinada em suas escolas. Isso causaria revoltas. Ainda que os conteúdos fossem indicados pelas denominações religiosas, nos moldes do parágrafo 2º, do artigo 33, da LDB, o aval público acarretaria o mesmo efeito.

A liberdade religiosa não significa permissão de ingerência nos espaços e atos públicos (BRASIL, 2011). O Poder Público não pode financiar o ensino religioso confessional, mesmo na hipótese de permitir que o seu espaço seja utilizado para fins educativos pelas próprias religiões. O Estado não pode ter um papel positivo, visto que não está apto a disseminar qualquer conteúdo religioso. Ele deve adotar um posicionamento negativo, de abstenção, o mínimo regulatório possível, de deixar à iniciativa privada que proporcione a educação religiosa conforme as doutrinas respectivas.

As tentativas do Estado de propiciar aos alunos uma educação conforme os preceitos das “suas” religiões interferem e ferem a esfera privada, além de subverter a noção do que é público. Diante disso, o ensino confessional pode ser realizado nos estabelecimentos privados, jamais nas escolas públicas.

Ao se ter em vista a possibilidade de um ensino religioso confessional em instituições públicas, faz-se oportuno tecer uma consideração para o possível aproveitamento da disciplina. Pontua-se que a questão da religião civil não pode ser ignorada.

Há de se considerar que “[...] o sistema social faz exigências ao sistema educacional, que acaba por determinar os fins da educação. [...]” (PRANDI, 2009, p. 139). Nas escolas públicas, é predominante o entendimento de que a disciplina sobre o ensino de religião serve para apregoar o catolicismo (CUNHA; BARBOSA, 2011).

Não obstante, o fato da maioria dos estudantes pertencerem a ascendências que adotam o cristianismo não quer dizer, obrigatoriamente, que as aulas sejam voltadas ao ensino da doutrina cristã. Apesar do elo entre cultura e religião, o ensino público não deve ser, necessariamente, um reflexo dessa correspondência. A aprendizagem “[...] não pode se reduzir a cópias ou reproduções de uma realidade, na qual a escola se encontra inserida.” (SANTOS; INFORSATO, 2011, p. 82). Por isso, tem-se forçosa a adequação das exposições caso haja qualquer aluno de grupo religioso diverso do habitual.

A despeito da observação de professores laicos em atenção à imparcialidade na Administração Pública, diante do ensino confessional há de se tolerar que haja vários professores responsáveis pelos respectivos sistemas de crença. Porém, com mais custo estatal.

Em síntese, sobre a admissibilidade do ensino confessional, consiste em um paradoxo consentir que a educação pública seja realizada pelo Estado e religião conjuntamente. Sob a perspectiva do modelo de separação, tal aproximação é inaceitável. Acrescenta-se que as tentativas de igualar a prestação do ensino confessional demandariam maior custo à máquina pública. Em vista da posição de abstenção, é coerente que o Estado deixe à iniciativa privada a função de oportunizar o ensino religioso confessional, pois este é inapropriado aos estabelecimentos públicos. Não se pode confundir as competências de cada um, âmbito público com o privado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do tempo, a coabitação dos poderes estatal e religioso corrobora com a afirmativa de que a força ideológica da religião é um fator que não se pode ignorar. Tanto é que foi imprescindível que houvesse a separação entre Estado e igreja, na política sobretudo. Todavia, o elemento místico encontrou outras formas de conservação, por exemplo, ao tentar fazer parte da condução do principal Aparelho Ideológico de Estado contemporâneo, as escolas.

A atuação nos estabelecimentos escolares públicos é regida pelo princípio da imparcialidade, de modo a não permitir favoritismos e discriminações. Relacionadas a tal valor estão as noções de secularização e de laicidade, que remontam à chegada da modernidade com a ascensão do liberalismo. Apesar disso, cada vez mais a força religiosa ganha espaço e a organização estatal moderna entra em processo de regressão com indicativos da de outrora.

Foram expostos padrões da associação Estado-igreja e, posteriormente, a tentativa de adequar algum deles à estruturação brasileira de forma peremptória. Observou-se uma discrepância do “dever-ser” com o “ser” estatal. A dificuldade em estabelecer o enquadramento da estrutura organizacional do Brasil quanto ao fenômeno religioso é indicativa de consequências lesivas às políticas educacionais e ao comportamento dos agentes estatais, de modo a aumentar a pretensão pelo AIE escolar.

Foi colocada em evidência a batalha pelo espaço nas escolas públicas, alvos de interesses das denominações religiosas. Locais onde a influência não fica restringida à disciplina de religião, mas abarca diversos comportamentos fomentadores de desrespeito institucional.

O trabalho trouxe críticas aos agentes escolares que utilizam a escola para a disseminação de suas crenças religiosas. A pesquisa também desaprovou as situações onde apenas um sistema de crença é ensinado aos estudantes, o que vai de encontro aos valores norteadores de uma educação inclusiva.

Apontou-se que o ensino público religioso deveria ser ensinado como cultura literária. Também foi indicado que o mesmo até pudesse compor o currículo escolar público, mas de modo extracurricular. Além disso, em acatamento à imparcialidade, os professores teriam de ser laicos. Em razão da situação de não cumprimento dos preceitos exigidos no trato do tema, recomendou-se inovações legislativas para a fiscalização da prestação educacional pelo controle administrativo interno e para políticas voltadas a incluir minorias religiosas.

Conquanto consista em ponto discutível e de complexa elucidação, foi possível compreender que a prestação do serviço educacional posta à observação pelo presente trabalho, quer dizer, do papel das escolas públicas e dos seus agentes responsáveis pelo ensino de religião, está vinculada à relação estabelecida entre a organização estatal e o sistema público escolar.

Se o modelo estudado tolera e até propicia mecanismos de proteção, nada mais justo que as ações escolares sejam voltadas à tolerância e à variedade cultural, desde que pautadas no fundamento da relação Estado-igreja no país, de neutralidade e exclusão da religião da esfera pública, isto é, na laicidade.

Por todo o exposto, em atenção à problemática, foi constatado que há afronta à secessão entre Estado e igreja quando da execução de práticas educativas nas escolas públicas. Portanto, em reação ao problema, a posição dos agentes públicos no tocante ao ensino religioso deve ser guiada em direção a um comportamento imparcial que, além de imprescindível à ideia de respeito, faz-se basilar à perpetuação da separação entre os campos estatal e religioso exigida à Administração Pública.

É importante sublinhar que a pesquisa acerca da religião nas escolas públicas, notadamente, sobre o ensino religioso, é tomada por polêmicas. Este breve estudo não pôde esmiuçar o tema em muitos aspectos, mas com as informações alcançadas se espera que possa ser útil, principalmente, ao contribuir para suscitar o debate.

7 REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do estado**. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. 3. ed. Lisboa: Editorial Presença/Martins Fontes, 1980. 120 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.394 de 20 de Dezembro de 1993**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF, 20 dez. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.439**. Ementa: ensino religioso nas escolas públicas. conteúdo confessional e matrícula facultativa. respeito ao binômio laicidade do estado/liberdade religiosa. igualdade de acesso e tratamento a todas as confissões religiosas. conformidade com art. 210, §1º, do texto constitucional. constitucionalidade do artigo 33, caput e §§ 1º e 2º, da lei de diretrizes e bases da educação nacional e do estatuto jurídico da igreja católica no brasil promulgado pelo decreto 7.107/2010. ação direta julgada improcedente. Relator Ministro Roberto Barroso. Redator Ministro Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 27 set. 2017. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 27 set. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. Tópicos da legislação brasileira: a laicidade do estado e a liberdade religiosa. p. 67-71. 5 p. *In: Diversidade religiosa e direitos humanos*: reconhecer as diferenças, superar a intolerância, promover a diversidade. ISBN 978-85-60877-16-4. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República; organização Marga Janete Ströher, Deise Benedito, Nadine Monteiro Borges. – Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2011. 72 p. Disponível em: https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPDH/caop_dh/Diversidade_Religopsa_e_Direitos_Humanos_colet%C3%A2nia.pdf. Acesso em: 14 dez. 2021.

BRUGGER, Winfried. Separação, Igualdade, Aproximação. Três Modelos da Relação Estado-igreja. Tradução do alemão pela Profa. Msc. Elisete Antoniuk. Revisão da tradução e notas pelo Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 7, n. 7, (jan./jun. 2010), p. 14-32. ISSN 1982-0496. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/243>. Acesso em: 9 dez. 2021.

BURITY, Joanildo A. Religião e Política na Fronteira: desinstitucionalização e deslocamento numa relação historicamente polêmica. **Revista de Estudos da Religião**, n. 4, p. 27-45, 2001. ISSN 1677-1222. Disponível em: https://www.pucsp.br/rever/rv4_2001/p_burity.pdf. Acesso em: 6 dez. 2021.

CARVALHO, Matheus. Organização administrativa. In: CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2016. 1.184 p. p. 147-232.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo, SP: Ed. Ática, 2000. 567 p. p. 1-38. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/533894/mod_resource/content/1/ENP_155/Referencias/Convitea-Filosofia.pdf. Acesso em: 24 jan. 2022.

CUNHA, Clera Barbosa; BARBOSA, Cláudia. O ensino religioso na escola pública e suas implicações em desenvolver o senso de respeito e tolerância dos alunos em relação aos outros e a si próprios. **Revista Sacrelegens**, Juiz de Fora, v. 8, n. 1, p. 164-181, dez. 2011. e-ISSN 2237-6151. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/sacrelegens/article/view/26528>. Acesso em: 14 dez. 2021.

CUNHA, Luiz Antônio. Ensino Religioso nas Escolas Públicas: a propósito de um seminário internacional. **Educação e Sociedade**, Campinas, v. 27, n. 97, p. 1235-1256, set./dez. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/Vq4gGmvQLsTzdpqgStgqV3L/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 4 fev. 2022.

DAWKINS, Richard. **Deus, um delírio**. Tradução de Fernanda Ravagnani. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2007. 520 p.

EMMERICK, Rulian. As relações igreja/estado no direito constitucional brasileiro. Um esboço para pensar o lugar das religiões no espaço público na contemporaneidade. **Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana**, [S.l.], n. 5, p. 144-172, ago. 2010. ISSN 1984-6487. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludySociedad/article/view/383/744>. Acesso em: 9 mar. 2022.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 15. ed. São Paulo, SP: Rideel, 2012.

MONTERO, Paula. O Campo Religioso, Secularismo e a Esfera Pública no Brasil. **Boletim CEDES**, out./dez. 2011. 7 p. ISSN 1982-1522. Disponível em: http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/out_2011/campo.pdf. Acesso em: 14 dez. 2021.

PRANDI, Luiz Roberto. Tendências do processo didático-pedagógico no ensino superior na contemporaneidade. **Revista Akrópolis**, Umuarama, v. 17, n. 3, p. 137-142, jul./set. 2009. ISSN 1517-5367. Disponível em: <https://revistas.unipar.br/index.php/akropolis/article/view/2852>. Acesso em: 14 dez. 2021.

RANQUETAT JR., CESAR A. Laicidade, Laicismo e Secularização: definindo e esclarecendo conceitos. **Revista Social e Humanas**, v. 21, n. 1. jan./jun. 2008. 14 p. ISSN 0103-0620. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/773/532>. Acesso em: 2 dez. 2021.

REGINA, Jean Marques; VIEIRA, Thiago Rafael. **Direito religioso: questões práticas e teóricas**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre, RS: Concórdia, 2019. 552 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. 1762. **O contrato social: princípios do direito político**. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2011. – (EDIPRO de bolso). 144 p.

SANTOS, Robson Alves dos. INFORSATO, Edson do Carmo. Aula: o ato pedagógico em si. *In*: UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA. Prograd. **Caderno de Formação: formação de professores didática geral**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011, p. 80-85, v. 9. 26 mai. 2011. Disponível em: <https://acervodigital.unesp.br/handle/123456789/584>. Acesso em: 14 dez. 2021.

SEPULVEDA, José Antonio; SEPULVEDA, Denize. O Pensamento Conservador e sua Relação com Práticas Discriminatórias: a importância da laicidade. **Revista Teias**, v. 17, n. 47, (Out.-Dez., 2016): O avanço do conservadorismo nas políticas curriculares. p. 141-154. ISSN 1518-5370 e-ISSN 1982-0305. DOI: <https://doi.org/10.12957/teias.2016.24767>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistateias/article/view/24767>. Acesso em: 13 dez. 2021.

SILVA, Allan do Carmo; MENDONÇA, Amanda André de; CASTELO BRANCO, Jordanna; FERNANDES, Vânia. Desafios à Laicidade nas Escolas Públicas no Estado do Rio de Janeiro. **Revista Teias**, v. 15, n. 36, 26-42, (2014): Estado, Educação Pública e Laicidade. ISSN 1518-5370 e-ISSN 1982-0305. DOI: 10.12957/teias. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistateias/article/view/24382>. Acesso em: 14 dez. 2021.

SILVA, Fabiana Maria Lobo da. Liberdade de religião e o ensino religioso nas escolas públicas de um Estado laico: perspectiva jusfundamental. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 206, p. 271-298, abr./jun. 2015. ISSN 2596-0466. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/512459>. Acesso em: 14 dez. 2021.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Tradução de Eduardo Brandão; prefácio, bibliografia e cronologia de François Furet. 2 ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, (Coleção Paidéia), 2005. 560 p. p. 338-354.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Organização e introdução de H. H. Gerth e C. Wright Mills. Tradução de Waltensir Dutra; revisão técnica de Fernando Henrique Cardoso. 5 ed. Rio de Janeiro, RJ: LTC Editora, 1982. 530 p. p. 283-346.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS: DA LEGITIMIDADE PARA SER PARTE NO INCIDENTE E DO LITIGANTE EXCLUÍDO

INCIDENT OF REPETITIVE DEMANDS RESOLUTION: LEGITIMACY TO BE PART OF THE INCIDENT AND THE EXCLUDED LITIGANT

MARINA BARROS MOURA DE CARVALHO;¹JOÃO CLAUDINO DE LIMA JUNIOR²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo entender o microsistema processual do Incidente de resolução de demandas repetitivas, por conseguinte estudar os legitimados para instaurá-lo e a forma de se efetivar a representação adequada daqueles que não são partes no caso modelo, mas possuem interesse subjetivo no incidente. A decisão proferida no referido instituto será obrigatoriamente aplicada em demandas com a mesma questão de direito em discussão, por isso a importância em apresentar meios que resguardem a representação dos litigantes que não são legitimados para propor o incidente, mas serão afetados por sua decisão. A finalidade deste estudo consiste em apresentar meios, propostos pelo Código de Processo Civil de 2015 e por doutrinadores, capazes de minimizar o potencial prejuízo causado as partes que não possuem legitimidade para atuarem diretamente no incidente. Encontra-se no instituto entes legitimados não apenas para sua instauração, mas com função de defender os interesses daqueles que não tiveram oportunidade de participação, bem como também é possível intervenção de terceiros com a mesma função. Portanto a representação dos excluídos do incidente será viabilizada não apenas pelos agentes responsáveis em propor, mas também

por interessados, com capacidade técnica e jurídica, com interesse jurídico na demanda. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, com consulta ao assunto em: periódicos, artigos, livros, teses que possibilitaram que este trabalho tomasse forma e assim prosseguíssemos na sua dissertação.

PALAVRAS-CHAVE: Demandas repetitivas, CPC, IRDR.

ABSTRACT

The current work aims to understand the procedural microsystem of the Incident for the resolution of repetitive demands, to study the ones legitimated in order to establish it, as well as the way to carry out the appropriate representation of those that are not part of the model case but have a subjective interest in the incident. The decision rendered in the referred institute shall be mandatorily applied in Claims with the same question of law in discussion, hence the importance of presenting means to protect the Representative of litigants who are not of law in discussion. The purpose of this study is to present means proposed by the 2015 Code of Civil Procedure and by scholars, capable of minimizing the potential damage caused to parties who do not have the legitimacy to act directly in the incident. The institute has entities

¹* Artigo recebido em 26/08/2021 e aprovado em 08/07/2022.

Mestre em direitos e garantias fundamentais pela FDV (faculdade de direito de Vitória) e doutoranda em direito empresarial pela UNINOVE (universidade nove de julho). Sou juíza de direito da segunda vara de família de Vitória/ES. Meu vínculo institucional atual é com a UNINOVE. E-mail: robson.jus@outlook.com.br

²* Artigo recebido em 16/02/2016 e aprovado em 25/10/2016.

Assistente em Administração no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará (IFCE). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri (URCA). E-mail: robson.jus@outlook.com.br

that are legitimized not only for its establishment, but with the function of defending the interests of those who did not have the opportunity to participate, as well as the possible intervention of third parties with the same function. Therefore, the representation of those excluded from the incident will be made possible not only by the agents responsible for proposing, but also by interested parties, with technical and legal capacity, with a legal interest in the demand. The methodology used was the bibliographical review, with consultation of the subject in periodicals, articles, books, theses that allowed this work to take shape and so we could proceed in its dissertation.

KEYWORDS: Repetitive demands, CPC, IRRD.

1 INTRODUÇÃO

Pretendemos com o referido trabalho abordar o Código de Processo Civil (CPC), Lei Federal nº13.105/2015, que criou o Instituto de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), inspirando-se no direito Alemão, conforme sua exposição de motivos objetivando a uniformização da jurisprudência em demandas, que tramitem no juízo de primeiro grau, nas quais as matérias de direito, essenciais à resolução da lide, sejam idênticas e repetidas.

Outrossim, o incidente além de favorecer à segurança jurídica proporcionando aos litigantes isonomia nas decisões resultantes de litígios cuja questão de direito seja idêntica, impõe celeridade a tais feitos desafogando a sobremaneira e o judiciário.

Contudo, o problema recai sobre a decisão proferida no incidente que terá efeito vinculante obrigatório em todos os processos pendentes e futuros, semelhantes ao caso objeto do incidente, atingindo inclusive, partes que não participarão da discussão do IRDR. Nesse caso, a fim de resguardar o direito de ação dos litigantes excluídos.

Sobre esse viés iremos analisar o que a literatura aborda haja vista que para afastar o manto da inconstitucionalidade do instituto é importante resguardar a garantia ao direito de ação e ao contraditório das partes envolvidas nos processos pendentes e futuros, mas, não, necessariamente, presentes no incidente.

Além disso, o interesse para realização deste estudo é que o legislador, visando contornar esse imbróglio, dentro do microsistema de julgamento de demandas repetitivas, traz mecanismos que oportuniza aos litigantes excluídos o contraditório e oferece à discussão da questão de direito amplitude, evitando assim eventual inconstitucionalidade, ante a proibição do exercício do direito de ação perante as partes que não participaram diretamente do incidente.

Assim sendo, objetivamos em primeiro momento analisar os aspectos gerais do IRDR. Em seguida com base na doutrina vislumbrando os agentes contidos em seu processo (Juiz, Ministério Público, Defensoria Pública e as partes da demanda repetitiva). Já o nosso segundo objetivo se debruça em estudar a representação adequada daqueles que não são partes no caso modelo, mas possuem interesse subjetivo no incidente.

Ademais, O interesse para realização da pesquisa surgiu no decorrer da observância dos fatos por ser um instituto inovador, ainda muito recente no direito processual pátrio e sem precedentes em norma processual. Observa-se o potencial prejuízo que o incidente de resolução de demandas repetitivas pode causar as partes na relação processual em demandas recorrentes, excluídas do incidente. Por isso, a

importância em observar os mecanismos propostos pelo CPC/2015 que oferecem à solução possível para suprir a ausência de participação direta no IRDR, daqueles que serão afetados pela decisão que desse resultará.

Para tanto, como forma de subsidiar a nossa investigação trouxemos a colaboração teórica de alguns pensadores para melhor compreensão do assunto, por meio da revisão bibliográfica, analisaremos as interpretações de livros, periódicos e pesquisas tanto quantitativas quanto qualitativas levando em consideração a colaboração teórica e metodológica do novo CPC 2015 em contra ponto iremos averiguar o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni acerca dos legitimados para instauração do incidente e a representação dos litigantes excluídos, bem como as demais contribuições que são de extrema importância para esta pesquisa demonstrando como o CPC/2015 assegura aos litigantes excluídos do incidente o direito de ação, incluindo o contraditório e a ampla defesa, a partir da atuação de legitimados para instauração do IRDR e de interessados chamados à lide.

Outrossim, a metodologia escolhida por nós para a realização desse estudo é a revisão bibliográfica. Logo, consultamos vários arcabouços pertinentes ao assunto em: periódicos, artigos, livros, teses que possibilitaram que este trabalho tomasse forma e assim prosseguíssemos na sua dissertação.

Ademais, segundo Marconi e Lakatos (1922), a pesquisa bibliográfica corresponde ao levantamento de várias pesquisas sejam elas virtuais ou não já publicadas que possibilitar-se-á ao discente o embasamento da escrita com a finalidade que fazer com que o pesquisador tenha um leque de conteúdo sobre um determinado assunto, auxiliando assim o cientista na elaboração de suas análises.

2 Criação do IRDR

A partir de 1980 o poder Judiciário apresentou algumas alterações especialmente no tange o acesso à justiça, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que promoveu ao status Constitucional os direitos e as garantias dos cidadãos, consolidando várias mudanças que vinham ocorrendo, como: a criação dos Juizados de Pequenas Causas, em 1984, e o surgimento da Lei da Ação Civil Pública, em 1985. Paralelamente a isso, a sociedade também passava por mudanças sociais e econômicas e por avanços tecnológicos. (GIANNATTASIO et al., 2010)

Surgia para o Direito Processual Civil a necessidade de adequação às novas demandas levadas ao judiciário, uma vez que os Tribunais Brasileiros se mostravam ineficientes para lidar com essa avalanche de processos envolvendo as mesmas matérias. Alguns ajustes, ainda durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, Lei Federal nº5.925/1973, foram formulados pelo legislador, ao introduzir no sistema processual os procedimentos atinentes ao julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos, que de acordo com Wambier, menciona as Leis 11.418/2006 e 11.672/2008,

que acrescentaram ao antigo Código de Processo Civil os artigos 543-B e 543-C. (WAMBIER 2019 p. 304).

Ademais, O CPC/1973, não dispusera de mecanismos processuais adequados às demandas que eram apresentadas repetidas vezes ao Poder Judiciário, com idêntica matéria de direito e, na maior parte dos casos, de pouca complexidade, de modo que se tornou necessário estabelecer regras processuais capazes de garantir uma mesma resposta às partes envolvidas.

Como afirma os autores Temer e Mendes (2015), “tais demandas classificam-se como isomórficas, criando-se uma terceira categoria de causas, ao lado das demandas puramente individuais heterogêneas e das demandas coletivas propriamente ditas” Os renomados autores acrescentam, ainda, que “o processo civil clássico, de bases essencialmente individuais, demonstrou-se incapaz de contingenciar essa explosão de demandas isomórficas”. (TEMER e MENDES, 2015, p. 2015)

O aumento desses conflitos em massa demandou resolução pelo CPC/2015, por isso, de forma inovadora, criou-se, conforme preceitua Wambier, o microsistema do julgamento de casos repetitivos, visando dar maior racionalidade e celeridade ao tratamento de litígios de massa desde as instâncias ordinárias. (WAMBIER, 2019, p.344)

No bojo da exposição de motivos do CPC/2015, o legislador de 2015, expõe o seu objetivo de proporcionar melhores condições para operacionalizar formas de uniformização do entendimento dos Tribunais Brasileiros acerca de teses jurídicas em busca de garantir o princípio constitucional da isonomia entre as partes de processos distintos, mas com idêntica questão prejudicial de direito a ser discutida, criando para tanto o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). (CPC, 2015, p.29).

3 Aspectos gerais do IRDR

O IRDR, instituto de caráter inovador, previsto nos artigos 976 a 985 do CPC/2015, é um importante instrumento processual, que garante aos litigantes de ações presentes e futuras, que tratem de assuntos iguais, a aplicação do mesmo entendimento. A medida tem o objetivo de efetivar o princípio da segurança jurídica, na medida em que uniformiza as decisões dos Tribunais sobre casos repetidos, bem como fomenta a celeridade processual. Nesse sentido:

Assim, enquanto membro dessa comunidade, vincula-se ao Estado, adquirindo daí personalidade e relacionando-se com este por quatro espécies de situações jurídicas (*status*), seja como sujeito de deveres, seja como titular de direitos. Assim, pelo fato de ser membro do Estado, o indivíduo qualifica-se sob diversos aspectos. As possíveis relações nas quais pode encontrar-se com o Estado colocam-no numa série de condições juridicamente relevantes, daí resultado os quatro *status*: *status subjectionis* ou *status* passivo, *status negativus* ou *status libertatis*, *status civitatis* ou *status* positivo e *status*

activus (CUNHA JÚNIOR, 2015, p.456). “O IRDR surgiu como meio para facilitar e acelerar a resolução de demandas múltiplas, que dependem de análise e decisão de uma “mesma” questão de direito (art.976, I, CPC). Pretendeu-se igualmente evitar decisões diferentes para uma mesma questão, frisando-se que a instauração do incidente depende risco à isonomia e à segurança jurídica”. (CPC, 2015, p.22).

Segundo Dirley da Cunha Júnior (2015), pelo *status subjectionis* ou *status passivo*, nota-se uma subordinação do indivíduo aos poderes estatais, sujeito a um conjunto de deveres, e não de direitos. Já pelo *status negativus* ou *status libertatis*, ao indivíduo é reconhecido, por ser dotado de personalidade, uma esfera individual de liberdade imune à intervenção estatal. Assim, o indivíduo goza de um poder juridicamente delimitado no qual o Estado não pode interferir, salvo para garantir o exercício do próprio direito. Cuida-se, nesse diapasão, de liberdades asseguradas em face do Estado, comportando uma garantia frente à intromissão do ente estatal em determinadas matérias.

Ainda consoante Dirley da Cunha Júnior (2015), no *status positivus* ou *status civitatis*, ao indivíduo são franqueadas as instituições estatais para exigir do próprio Estado determinadas prestações positivas que possibilitem a satisfação de certas necessidades. Trata-se de uma situação positiva, da qual derivam autênticos direitos públicos subjetivos. Por fim, no *status activus*, assegura-se ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade política estatal, como membro da comunidade política, o que se pode ser, por exemplo, por meio do voto. Dessa forma, é cabível o IRDR, de acordo com o CPC/2015, quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Assim, a exposição de motivos do referido normativo evidencia o caráter inovador do instituto processual, ao possibilitar que um processo, ainda, em primeiro grau, seja utilizado como caso modelo para fixação de tese jurídica de aplicabilidade vinculante. Compreende-se, portanto: “O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes”. (CPC, 2015, p.30)

Logo, infere-se do texto normativo, a preocupação do legislador em frear, ainda no primeiro grau, a multiplicidade de demandas envolvendo uma mesma questão de direito, ao dar legitimidade ao juiz de requerer o pedido de instauração do incidente (CPC, 2015, art.977, I), demonstrando, assim, seu objetivo de desafogar o Poder Judiciário, sobretudo, no juízo de primeiro grau.

Contudo a instauração do IRDR, de ofício, pelo juiz gera controvérsia por inserir a possibilidade de instauração a partir de causas pendentes de julgamento no juízo de primeiro grau. Uma parte da doutrina entende não ser isto possível em virtude do art.978, do CPC/2015, em seu parágrafo único, conferir competência ao órgão colegiado para o julgamento da causa que originou o incidente, assim

dispõe tal dispositivo: “O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

Por outro lado, para Marinoni tal afirmação acima não se refere à competência do juiz de primeiro grau em resolver a demanda que originou o incidente, mas a cabe ao órgão competente para julgar a questão de direito em ações originárias do tribunal, ou seja, esse órgão: “Assume a competência para julgar, por exemplo, o mandado de segurança, que de competência originária do tribunal constitui uma das demandas caracterizadas como repetitivas”. (MARIONI, 2019, p.127)

Já os fundamentos levantados por aqueles que são contrários à possibilidade de uma causa pendente de julgamento no primeiro grau originam o incidente, seria a necessidade de evitar o caráter preventivo do instituto. Contudo, conforme se explicará adiante, essa não foi a intenção do legislador, quando impõe como requisito de admissibilidade do IRDR a demonstração pelo suscitante da efetiva pluralidade de demandas. Dessa posição compartilha Temer:

“Com efeito, o requisito da efetiva repetição (e não potencial) não pode ser afastado, sendo expresso claramente no art. 976, I. Quaisquer interpretações que sejam dadas aos outros aspectos do instituto – como, no caso, a possibilidade ou não de instaurá-lo a partir do primeiro grau – não têm o condão de alterar tal exigência.” (TEMER, 2020, p.111-112)

Nessa visão a instauração do IRDR a partir de processos em trâmite no primeiro grau de jurisdição, ainda que não haja causa pendente de julgamento no respectivo tribunal, além de decorrer de expressa opção legal, concretiza o objetivo do instituto, qual seja desafogar o judiciário, sobretudo, no primeiro grau de jurisdição. (TEMER, 2020, p. 114)

É importante destacar que a inadmissibilidade do IRDR quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva (CPC, 2015).

Para instauração do referido incidente não basta ser previsível a multiplicidade de processos que envolvam idêntica questão de direito, mas deve ser efetiva a pluralidade de demandas com decisões díspares sobre uma mesma norma de direito. Dessa forma entende Júnior que “o incidente não foi concebido para exercer uma função preventiva, mas repressiva de controvérsias jurisprudenciais preexistentes” (THEODORO JUNIOR, 2020).

Caso o incidente não seja admitido pelo Tribunal competente para o seu julgamento, em virtude da ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade, pode ser novamente suscitado, uma vez satisfeito o requisito ausente (CPC, 2015, art.976, §3º).

Cabe, portanto a quaisquer dos legitimados no art.977, do CPC, 2015 IRDR dirigir o IRDR ao Tribunal, sendo distribuído ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal para realização do juízo de admissibilidade e eventual julgamento. Em havendo a admissibilidade do incidente, a norma impõe ao relator a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso (CPC, 2015, art.977-982).

Com o julgamento do IRDR, por meio do caso modelo o Tribunal fixa tese jurídica que será aplicada a todos os processos, pendentes e futuros, sob sua jurisdição, inclusive àqueles que tramitam nos juizados especiais do respectivo Estado ou região. Do mesmo modo, interpostos recurso extraordinário ou especial contra decisão que julgar o incidente, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito. Resta evidente o caráter vinculante da tese jurídica resultante do julgamento do incidente. (CPC, 2015, art. §2º 185-987)

Observe que os processos pendentes de julgamento, não se resolvem com a simples aplicação da tese jurídica fixada pelo tribunal, haja vista que a questão de direito, pressuposto para instauração do incidente, deve ser prejudicial à resolução da lide, mas não é o seu objeto. Assim a tese jurídica fixada no precedente vincula-se aos processos repetitivos apenas no que diz respeito à questão de direito em comum. Sobre esse assunto Marinone discorre:

“Sublinhe-se que os casos pendentes não são resolvidos pela decisão do incidente. Isso porque as demandas repetitivas têm a questão objeto do incidente apenas como prejudicial. Os objetos das demandas repetitivas não se confundem com o objeto do incidente. Enquanto o objeto do incidente é uma mesma questão de direito, ou seja, uma questão idêntica, as demandas repetitivas têm os mais diversos objetos. Ainda que as demandas repetitivas estejam à coisa julgada da decisão sobre a questão idêntica, exigem o julgamento do pedido ou do mérito”. (MARINONE 2019 pag.170)

A preexistência de tese fixada em IRDR além de servir para unificação da jurisprudência alcança a celeridade almejada quando da criação do instituto processual. Entretanto, é importante atentar-se para o seu caráter vinculante e seus reflexos em processos nos quais as partes não tiveram efetiva participação no incidente. Em razão disso há de se oportunizar aos legitimados e àqueles que possuam interesse jurídico sobre a questão de direito efetivo contraditório e ampla defesa.

4 Legitimidade para instauração do incidente

O artigo 977 do CPC/2015 prevê que compete ao juiz de primeiro grau ou ao relator, mediante ofício, bem como as partes, ao Ministério Público e a Defensoria Pública, mediante petição, a instauração do incidente dirigido ao presidente do Tribunal.

A instauração do IRDR, de ofício pelo juiz de primeiro grau confere maior agilidade ao instituto e, por conseguinte, maior celeridade às demandas repetitivas seja porque a iniciativa de suscitar o incidente é conferida ao órgão que primeiro identifica as causas múltiplas, seja porque o julgamento do IRDR com origem em processo sem decisão de primeiro grau implica, quando fixada a tese jurídica pelo Tribunal, em diminuição do tempo de tramitação da demanda no juízo de primeiro grau, no qual há a extinção da lide, com sentença de mérito, evitando, assim, a multiplicação de causas repetitivas.

O texto legal aponta quem são os legitimados, apenas, para instauração do incidente. Não necessariamente a legitimidade para suscitar o incidente decorrerá da legitimidade para causa, por isso Temer entende que a “legitimidade para a iniciativa de instaurar o incidente é uma legitimidade extraordinária específica para o ato processual”. (TEMER, 2020, p.108)

Nem sempre a parte suscitante possuirá interesse jurídico na demanda que originou o incidente, é o caso do juiz e do relator que, como explica Marinoni, têm “interesse na consequência que o incidente gera em proveito da administração pública”. A atribuição de legitimidade ao Ministério Público e a Defensoria Pública decorre das suas atribuições constitucionais, sendo um meio encontrado pelo legislador de resguardar o interesse público e, principalmente, o interesse daqueles que não foram partes no incidente, mas possuem interesse jurídico na questão de direito em discussão, os litigantes excluídos. (MARINONI 2019, p.134)

Sobre a proteção dos direitos dos litigantes excluídos por meio do Ministério Público e da Defensoria Pública, Marinoni atribui a esses entes públicos o “dever de participar do processo de modo a adequadamente defende-los”. Por isso, mesmo quando o Ministério Público não for o requerente, intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono, nos moldes do art.976, §2º do CPC/2015. (MARINONI 2019, p.134)

Além disso, o incidente pode ser instaurado em razão de requerimento das partes de uma das demandas repetitivas, nesse caso a representação adequada do litigante excluído se torna ainda mais importante visto que por tratar-se de direitos individuais homogêneos a decisão proferida se refletirá em outras demandas cujas partes não participaram efetivamente do incidente, abrindo-se a possibilidade de sentenças favoráveis aos litigantes que habitualmente violam direitos em massa, sem efetiva participação das partes prejudicadas.

Para resguardar o direito de ação do litigante excluído, entende ser fundamental viabilizar no incidente sua representação adequada, evitando, assim, a não violação do seu direito de influir sobre o convencimento da Corte. (MARINONI,2019, p. 135)

5 Representação adequada dos litigantes excluídos

O IRDR pode ser instaurado, em consonância aos artigos debatidos, por iniciativa do juiz ou relator, de quaisquer das partes dos processos pendentes e “por instituições públicas essenciais à função jurisdicional do Estado”, como conceitua: (TEMER,2020, p. 108)

É observável que o art.977, do CPC, limitou-se a legitimar apenas aqueles que podem suscitar o incidente, não dispondo a respeito da legitimidade daqueles que possuem interesse na demanda, em virtude dos efeitos reflexos da decisão. (CPC, 2015, art.977)

Sob esse ponto de vista, conferir uma representação adequada, oportunizando a ampla defesa e o contraditório ao grupo de pessoas que serão atingidos pela tese fixada, mas que não participaram de forma direta do incidente é dever do órgão julgador, uma vez que o IRDR proíbe a relitigação da questão de direito nas demandas repetitivas. (MARINONI 2019, p.80)

É importante destacar que conforme estudo do Observatório Brasileiro de IRDR's (ZUFELATO et al., 2019), as partes de demandas repetitivas foram quem mais suscitararam o incidente, durante o período pesquisado, entre 2016 e 2018. Dos 677 casos analisados, 401 casos tiveram sua instauração suscitada pela parte, correspondendo a quase 60% do total dos casos analisados. Na sequência apareceram como suscitantes: Membros dos Tribunais, Ministério Público e Defensoria Pública, correspondendo a 32%, 5% e 0,5% dos casos analisados, respectivamente.

Isso nos mostra o quanto as partes de demandas repetitivas vêm utilizando tal instrumento processual e por isso a importância em cuidadosamente oportunizar o contraditório e a ampla defesa aos legitimados com interesse subjetivo no incidente, mas sem legitimidade para sua instauração. Isso ocorre porque muitas vezes aqueles legalmente legitimados para instauração do incidente não possuem capacidade jurídica, e até mesmo econômica, para representar adequadamente todos àqueles que estarão vinculados à tese jurídica fixada pelo Órgão Julgador do incidente.

Para tanto o CPC traz procedimentos com a finalidade de chamar à lide aqueles que possuem interesses subjetivos no julgamento do incidente, mas não foram legalmente legitimados para suscitar sua instauração. A começar pelo art. 979, CPC que dispõe: “A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”. (CPC, 2015, art.979)

Outrossim, para Marinoni o referido artigo objetiva intensificar a comunicação aos eventuais interessados que podem intervir no processo como *amicus curis*, nos termos do art.983, CPC/2015, além de oportunizar aos legitimados para tutela dos direitos individuais homogêneos, a intervenção no processo como representantes adequados. (MARIONI, 2009, p.140)

Admitido o incidente o relator poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente (art.982, II, CPC/2015), como forma de dá amplitude e profundidade ao debate, ampliando o contraditório para além das partes que suscitaram o incidente. Perceba a intensão do legislador em trazer para a lide informações oriundas de interessados na demanda, com a função de influenciar na decisão do julgador.

O art. 983 do CPC/2015, também, amplia o contraditório (LEMOS,2020, p.606) aos dispor que o relator ouvirá “os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”, trazendo, dessa forma, para o procedimento a figura do *amicus curiae*, ou seja, o terceiro sem interesse jurídico na demanda, mas com capacidade técnica para auxiliar o órgão jurisdicional em sua decisão.

A utilidade do *amicus curiae* será aperfeiçoar ainda mais as decisões proferidas pelo judiciário no IRDR, concedendo apoio técnico ao órgão competente para proferir a tese jurídica, sobretudo, porque, eventualmente, tal matéria pode, ainda, não ter sido amplamente discutida no 1º grau de jurisdição, aprofundando, dessa forma, o debate acerca da questão jurídica em debate.

A instauração do incidente pode ser requerida também pelo Ministério Público, na visão de Marinoni, visto não apenas como um interessado na otimização do julgamento das demandas repetitivas, mas com interesse em tutelar os direitos dos litigantes excluídos. Através dessa ótica destaca-se o interesse do Ministério Público em resguardar os direitos do litigante excluído ao assumir por dever legal a titularidade do incidente, em caso de desistência ou abandono do requerente, nos termos do art.976, §2º, CPC/2015, e não menos importante, também atua como fiscal da lei durante todo o procedimento, nas demais hipóteses de instauração. (MARIONI, p.144)

É perceptível que durante todo o procedimento o legislador traz hipóteses de intervenções, quer que sejam por meio da participação de interessados ou por pessoas jurídicas públicas ou privadas, seja por meio da participação de Órgãos com o dever constitucional de tutelar direito individual ou coletivo, demonstrando assim sua preocupação, não apenas, com o amplo debate da questão de direito controversa, mas em resguardar o contraditório e a ampla defesa dos litigantes excluídos da demanda.

Com isso, o chamamento ao processo de interessados com capacidade para influir na decisão do órgão é de suma importância para sua validade perante terceiros, visto que a resolução do incidente resultará em uma decisão vinculante obrigatoriamente aplicada nas demandas repetitivas futuras e

pendentes que tramitem na área de jurisdição do respectivo Tribunal cabendo revisão, apenas, de ofício pelo próprio Tribunal ou mediante requerimento do Ministério Público ou Defensoria Pública.

Do julgamento do mérito do incidente, caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, e proferida a tese jurídica será aplicada no território nacional a

todos os seja, os terceiros que não participaram diretamente, mas possuem interesse jurídico na demanda têm o seu direito de ação suprimido por disposição legal. Por isso a legislação abre oportunidade a interessados, com capacidade técnica e jurídica, para representar adequadamente os litigantes excluídos.

Contudo, há quem entenda assim como Marinoni, que a participação dos interessados se destina a ampliar o debate de uma questão jurídica, oferecendo ao juiz outros argumentos e perspectivas de análise como ele destacam: “não se destina a suprir a falta de participação e de defesa dos litigantes excluídos”, partes nas ações repetitivas. A representação adequada seria efetivada na visão de Marinoni, utilizando-se da legitimação conferida aos membros dos grupos para propositura e defesa dos direitos em ações coletivas, nos moldes da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor. (MARIONI, 2019 p.87-94)

No que tange ser a posição a seguir vista com ressalvas, o julgador ao abrir oportunidade aos interessados para lhe apresentar informações técnicas capazes de influenciar sua decisão sugerindo resguardar o contraditório e a ampla defesa daquele não legitimado para interpor o incidente, mas com interesse na demanda e, justamente por isso, com direito a representação adequado no processo. Por outro lado, ficaria o instituto prejudicado por infringir o devido processo legal pois não estaria possibilitando as partes excluídas do incidente, mas afetadas pela decisão, a defesa de seus direitos, mesmo que de forma indireta por meio de entes públicos ou privados com capacidade técnica e jurídica para tal.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pesquisar o art.977 do CPC/2015 e os demais documentos nos oportunizou debater sobre disciplina quem tem legitimidade para instauração do incidente e nada dispõe sobre a parte em demandas repetitivas, mas excluídas do incidente. Essas partes podem sofrer prejuízo, por não participarem da formação da tese jurídica, que será aplicada obrigatoriamente às demandas vinculadas ao Tribunal, do qual emanou a decisão, podendo, inclusive, ser aplicada em todo o território nacional, quando proferida, após interposição de recurso, pelos Tribunais Superiores.

A investigação executada teve o caminho enveredado no debate da decisão precisa ser legitimada perante aqueles que não participaram diretamente de sua construção, observando, assim, o devido

processo legal e para tanto a legislação demonstra a intenção de enquadrar o instituto processual dentro dos princípios processuais constitucionais. De modo a oferecer oportunidade aos interessados para influenciarem da construção da tese jurídica vinculante.

Foi possível constatar com a pesquisa que é bem verdade que essa interferência para alguns pode não ser a forma adequada de representação daqueles excluídos, que serão afetados pela decisão, porém, os entes legitimados para intervirem no incidente e aqueles legitimados para suscitar o incidente se mostram tecnicamente capazes para defender interesses de massa e proteger o interesse público, como as associações, quando atuam como *amicus curiae*, o Ministério Público, atuando como fiscal da lei ou parte no incidente e a Defensoria Pública.

Com isso, não há como interpretar restritivamente o art.977 do CPC/2015 e atribuir a órgãos com função constitucional de defesa do interesse público e de tutela do direito individual ou coletivo, apenas, o papel de mero legitimado para instaurar do IRDR. Assim como, também, não cabe aos interessados que intervêm no incidente a simples função de informante do órgão julgador. Na medida em que eles trazem informações com a função de influenciar a decisão do magistrado, ampliando ao máximo o debate da questão, os interesses das partes excluídas, com questão em comum, serão melhores representados e, por isso defendido.

Portanto, o IRDR foi criado com intuito precípua de uniformizar a jurisprudência de forma a otimizar o julgamento de demandas repetitivas no primeiro grau de jurisdição e, assim, possibilitar a segurança jurídica, contudo, deve se sujeitar ao devido processo legal, vez que a tese jurídica fixada atingirá partes excluídas do incidente, a impedido de exercer seu direito de ação. Essa representação será viabilizada não apenas pelos legitimados do art.977 CPC/2015, seja o Ministério Público, seja a Defensoria Pública, mas também por interessados com capacidade técnica e jurídica com interesse jurídico na demanda.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990

BASIL. Senado Federal. **Código de processo Civil e Normas Correlatas**: normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, 2015.

LEMOS, Vinícius Silva. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: O procedimento e a decisão de afetação no irdr: sistematização e desdobramentos: podivm.2020.GenJurídico.com.br.Disponívelem:<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/3d08d353a993d2940ddfff1a5f548bec.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidentes de resolução de demandas repetitivas**: decisão de questões idênticas x precedente. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Editora Atlas, 1992. 4ª ed. p. 43 e 44.

MENDES, Aluísio; TEMER, Sofia. Revista dos Tribunais On-line. **O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil**. vol. 243/2015 | p. 283 - 331 | Maio / 2015 DTR\2015\7913. Disponível em: http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2018/06/incidente_resolucao_demandas.pdf ≥ acessado em 21 de Mar.2021

GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella *et al* (org.). **Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça**: mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da justiça. 2. ed. Sao Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2010. 202 p. Daniela Monteiro Gabbay. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_fgv_edital1_2009.pdf. ≥ Acesso em 20 de Maio de 2021.

TEMER, Sofia Orberg. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Revista atualiza e ampliada. Editora Juspodivm, 2020. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/4b75138c27079d791e8d1aa423441e8a.pdf> ≥ Acessado em: 20 de Mai. 2021.

THEODORO JUNIOR, H. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: natureza e função. São Paulo, 2020. GenJurídico.com.br. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/02/14/resolucao-de-demandas-repetitivas/#_ftnref21. Acessado em: 28 abr. 2021.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: aspectos gerais e admissibilidade no TJDF, TJSP, TJRJ, TJRS E TJPR**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 1. Janeiro a Abril de 2019. ISSN 1982-7636. pp. 341-361. Disponível em: <file:///C:/Users/Familia/Downloads/42213-141966-1-PB.pdf> ≥ acessado em 20 de Maio. 2021.

ZUFELATO, C. et al. **I Relatório de Pesquisa Observatório Brasileiro de IRDRs**. Ribeirão Preto, 2019. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Disponível em: http://observatorioirdr.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/sites/400/2019/12/I_Relat%C3%B3rio_Observat%C3%B3rio_IRDR_USP_Ribeir%C3%A3o-Preto.pdf. Acessado em: 28 abr. 2021.