BICENTENÁRIO DA INDEPENDÊNCIA DO BRASIL

1822 / 2022

200 ANOS DO BRASIL

EDIÇÃO ESPECIAL

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

OABRJ

DIRETORIA ESTATUTÁRIA DO IAB

Presidente:	Sydney Limeira Sanches
1º Vice-Presidente:	Carlos Eduardo de Campos Machado
2º Vice-Presidente:	Adriana Brasil Guimarães
3º Vice-Presidente:	Ana Amelia Menna Barreto de Castro Ferreira
Secretário-Geral:	Jorge Rubem Folena de Oliveira
Diretor Secretário Coordenador do Setor Administrativo:	Antônio Laért Vieira Júnior
Diretora Secretária de Educação e Relações Universitárias:	Benizete Ramos de Medeiros
Diretora Secretária de Diversidade e Representação Racial:	Edmée da Conceição Ribeiro Cardoso
Diretor Secretário Responsável pelas Relações Institucionais:	Armando Silva de Souza
Diretor Financeiro:	Arnon Velmovitsky
Diretora Cultural e ESIAB:	Leila Pose Sanches
Diretora de Biblioteca:	Márcia Dinis
Orador Oficial:	Sérgio Francisco de Aguiar Tostes
Diretor Financeiro Adjunto:	Luiz Felipe Conde
Diretor para Relações Governamentais e Legislativo:	Miro Teixeira
Diretor de Coordenação das Comissões:	Adilson Rodrigues Pires
Diretora de Comunicação:	Carmela Grüne

DIRETORIA EXECUTIVA DO IAB

Procuradores:	João Theotonio Mendes de Almeida Júnior, Paulo de Moraes Penalva Santos e Renato Neves Tonini
Diretor Ouvidor e Apoio aos Sócios:	Paulo Maltz
Diretor Representante nas Entidades Internacionais:	Paulo Malta Lins e Silva
Diretor Executivo de Aperfeiçoamento Legislativo:	Sérgio Guimarães Riera
Diretor Executivo de Tecnologia e Inovação:	Bernardo José Ferreira Gicquel de Deus
Diretor de Eventos:	Nélio Georgini da Silva
Diretora da Revista Digital:	Kátia Rubinstein Tavares
Diretor de Recursos Humanos:	Henrique Lopes de Souza

OABRJ Ordem dos Advogados do Brasil

DIRETORIA ESTATUTÁRIA DA OAB-RJ

Presidente:	Luciano Bandeira Arantes
Vice-Presidente:	Ana Tereza Basilio
Secretário-Geral:	Álvaro Sérgio Gouvêa Quintão
Secretária Adjunta:	Mônica Alexandre Santos
Tesoureiro:	Marcello Augusto Lima de Oliveira
Diretor do Centro de Documentação e Pesquisa:	Aderson Bussinger Carvalho
Diretor de Comunicação:	Marcus Vinicius Cordeiro
Diretora do Departamento de Cultura e Eventos:	Paula Heleno Vergueiro

CONSELHO EDITORIAL

José Geraldo Souza Júnior

Juarez Cirino dos Santos

Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca

Maria Lúcia Mendes Girão

Paulo de Bessa Antunes

Sayonara Grillo Coutinho Leonardo Silva

Vera Regina Pereira de Andrade

Editora Coordenadora: Kátia Rubinstein Tavares
Editor Coordenador: Aderson Bussinger Carvalho
Coordenadora Assistente: Larissa Pochmann
Maria Antonia da Conceição Silva

CONSELHO CONSULTIVO

Adilson Rodrigues Pires

Ana Luiza Sá

Ana Paula Santos Simões

Angela Dias Mendes

Benizete Ramos Medeiros

Cláudia Lima Marques

Elian Pereira de Araújo

Emerson Affonso da Costa Moura

Érica Guerra da Silva

Fábio Martins de Andrade

Felippe Borring Rocha

Humberto Adami Santos

Irapuã Beltrão

Isabella Guerra Franco

João Carlos Castellar

João Manoel de Lima Junior

João Theotonio Mendes de Almeida Junior

Jorge Rubem Folena de Oliveira

José Guilherme Berman Corrêa Pinto

Laura Taddei Alves Pereira Berquó

Leila Pose Sanches

Lenice Kelner

Leonardo Soares Madeira Iorio Ribeiro

Luisa Bottrel

Luiz Henrique Antunes Alocchio

Luiz Rodrigues Wambier

Marcelo Ribeiro Nogueira

Marcia Dinis

Marcos Carnevale Ignácio da Silva

Nélio Georgini

Paulo Renato Fernandes da Silva

Rômulo Sampaio

Sérgio Sant'Anna

Suzani Andrade Ferraro

Talden Farias

Vitor Sardas

Walter José Faiad de Moura

PREFÁCIO DO PRESIDENTE DO IAB

Caros Leitores,

É com grande satisfação que recebemos mais uma edição da Revista Digital do IAB - Instituto dos Advogados Brasileiros. Esta realizada em conjunto com a Ordem dos Advogados Brasil - Seccional do Rio de Janeiro, em celebração ao bicentenário da independência e publicada no ano em que o IAB celebra seus 180 anos de ininterruptas atividades.

O papel protagonista que vem sendo exercido pela Revista Digital do IAB, desde sua criação em 2007, cujas publicações ao longo desse operoso período vêm nos apresentando sólidos artigos, ensaios, entrevistas e resenhas de seus associados, professores e pesquisadores de universidades brasileiras e estrangeiras, que também nos brinda com destacados pareceres aprovados pelo plenário do IAB e artigos sobre a história do direito no Brasil e no mundo, revelando-nos a sua enorme importância como fonte de informação, estudo e doutrina para advogados, estudantes de direito e pesquisadores.

A solidez dos trabalhos publicados, enfrentando temas relacionados ao direito, sob diversas perspectivas, incluindo abordagens políticas, sociais e econômicas, demonstram a complexidade da ciência jurídica e, ao mesmo tempo, a sua capacidade de oferecer reflexões que permitam uma estruturação da sociedade mais digna, solidária e inclusiva.

Nesta edição especial e coeditada, são trazidos artigos sobre temas atuais e relevantes para o mundo jurídico, com indiscutível inserção no debate público. A Revista transita sobre os impactos da crise sanitária na população carcerária feminina, artigos sobre questões de energia, direitos humanos, penal, diversidade, tributário, novas e desafiadoras relações laborais, tecnologia, defesa da democracia e justiça social. Nesta edição especial, ainda destacamos um ensaio sobre a trajetória histórica do Instituto dos Advogados Brasileiros ao longo dos seus 180 anos e o papel que exerce para o desenvolvimento do país, enfim, um feixe amplo de ricas leituras.

Vale ainda destacar, a oportuna entrevista com o nosso consócio benemérito, Medalha Teixeira de Freitas e relator da nossa Carta Política, Dr. Bernardo Cabral, que representa um singular registro histórico, de uma das mais importantes personalidades públicas de nossa democracia e da história brasileira contemporânea, o que contribui para sublinhar ainda mais a importância da publicação e a sua já indelével perenidade acadêmica e histórica,

tornando-se um registro documental inédito e inestimável, que será objeto de consulta permanente de estudiosos do direito e da história nacional.

A Casa de Montezuma agradece aos brilhantes autores que contribuíram com seus textos para esta edição histórica da Revista e contou com a coordenação magistral da Diretora da Revista Digital do IAB, Dra. Kátia Tavares, a quem agradecemos a maestria na seleção dos artigos e a brilhante capacidade acadêmica para organização desta publicação, em momento tão sensível e marcante da sociedade brasileira.

Por fim, permito-me reforçar o compromisso do IAB na promoção do debate jurídico, defesa dos direitos fundamentais e preservação do Estado Democrático de Direito, amplamente demonstrados nesta publicação, que ficou maior com a parceria editorial estabelecida com a OAB-RJ. A Revista Digital é uma das iniciativas que mais engrandece o Instituto dos Advogados Brasileiros, no seu desiderato em desenvolver e cumprir sua missão institucional umbilicalmente associada à construção do estado brasileiro. Tenho a certeza de que esta especial edição será útil para toda comunidade jurídica e para sociedade brasileira. Trata-se de leitura obrigatória e um estímulo para alimentar profundas reflexões. Desfrutem e tenham uma ótima leitura!

Abraços,

Sydney Sanches
Presidente do IAB Nacional

PREFÁCIO DO PRESIDENTE DA OAB-RJ

Porto e farol para os estudos jurídicos das Américas, o Instituto dos Advogados Brasileiros nos brinda com esta edição de leitura obrigatória de sua Revista Digital. Em tempos em que a indústria das chamadas fake news nos obriga a sermos ainda mais criteriosos com a qualidade da informação que consumimos, acessar esta publicação eletrônica nos faz renovar a esperança de que possamos construir um futuro muito melhor para nossos filhos e netos.

A qualidade dos debates e reflexões aqui contidos, a começar pela brilhante entrevista com nosso mestre Bernardo Cabral e sua permanente contribuição para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas e democráticas, precisam ser levadas para além de nossos plenários. Parabéns ao presidente do IAB, Sydney Sanches, à coordenadora e editora da Revista Digital, Katia Rubinstein Tavares, e à coordenadora assistente, Larissa Pochman, pelo trabalho de excelência que já considero de referência para a advocacia brasileira.

Luciano Bandeira
Presidente da OABRJ

APRESENTAÇÃO IAB

O Instituto dos Advogados Brasileiros, em parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil, tem o grande prazer de submeter ao público esta belíssima edição especial da Revista Digital do IAB, em celebração ao bicentenário da Independência do Brasil.

Não há como ter dúvida de que a advocacia foi uma das carreiras mais importantes na conformação do Brasil de hoje, de modo que não haveria celebração mais apropriada do que a união dessas duas instituições nas tarefas de refletir sobre nossa trajetória, difundir os conhecimentos jurídicos e promover o culto à justiça; além de estimular o pensamento crítico nas exigências de uma sociedade em transformação.

Tarefas essas brilhantemente cumpridas nesta edição, contendo artigos sobre as questões políticas e sociais que atravessam nossa história, como os efeitos do pensamento colonial em nossas elites, e sobre temas atualíssimos da prática advocatícia, como os desafios da uberização e do uso ético de inteligências artificiais no direito, todos escritos pelas penas de jovens advogados ou consagrados profissionais do direito, pesquisadores e professores.

A edição é oportunamente inaugurada com a entrevista concedida por Bernardo Cabral, eterno bâtonnier da advocacia e exemplo vivo de como a trajetória de um advogado e as transformações políticas do país que se atravessam mutuamente. E a acompanha a benfazeja Oração por meio da qual Sérgio Tostes nos relembra as razões que há para celebrarmos a Independência, “a despeito de todas as mazelas”.

Convidamos a todos a desfrutarem da reflexão destes valiosos textos.

Uma boa leitura!

Kátia Rubinstein Tavares
Coordenadora e Editora da Revista Digital do IAB

Larissa Pochmann
Coordenadora Assistente da Revista Digital do IAB

APRESENTAÇÃO OAB-RJ

É com imensa satisfação que a OABRJ, por meio de seu Centro de Documentação e Pesquisa, toma parte nesta edição da Revista Digital do IAB. Desde sua criação, a publicação tem trazido aos operadores do Direito uma valiosa contribuição no campo da reflexão e do pensamento. E o presente número não foge à regra.

Além de uma alentada entrevista com o professor e advogado Bernardo Cabral, que foi relator geral da Constituinte, ministro, senador da República e deputado federal, encontramos nas próximas páginas uma variada gama de artigos jurídicos sobre temas de fundamental importância para a atualidade. Entre os assuntos abordados, estão os 200 anos da independência do Brasil e o pensamento colonial da classe que há tantos séculos domina o país, o sistema penal, a transfobia, a inteligência artificial, o problema da "uberização" e a política energética.

Como se pode ver, trata-se de um olhar panorâmico a respeito de questões prementes de nosso país e do mundo, a partir da perspectiva da democratização das relações sociais. Aos artigos se juntam os pareceres elaborados pelos associados do IAB e por membros de suas comissões, além de comentários à jurisprudência, resultando em um conjunto de análises que estimula o conhecimento e a apreciação crítica.

Vale, aqui, o devido elogio ao trabalho da coordenadora e editora, Kátia Rubinstein Tavares, e da coordenadora assistente, Larissa Pochman, que conseguiram, com uma precisa seleção do conteúdo e a convocação de um valoroso naipe de autores, produzir uma Revista da mais alta qualidade.

O periódico representa, igualmente, mais uma parceria entre a Ordem e o IAB, que têm trabalhado juntos em prol da dignificação da advocacia e do fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Aderson Bussinger Carvalho
Diretor do Centro de Documentação e Pesquisa da OAB-RJ

AUTORES

Ana Tereza Basílio

Benizete Ramos de Medeiros

Camilla de Lima Ferreira Netto

Carmela Grüne

Heron Abdon Souza

Jorge Rubem Folena de Oliveira

José Enrique Teixeira Reinoso

José Roberto de Albuquerque Sampaio

Kátia Rubinstein Tavares

Laura Taddei Alves Pereira Pinta Berquó

Luiza Cristina da Silva Machado

Paula do Amaral Ferraz Rodrigues

Rafael Alves de Oliveira

Rafael Ferreira de Albuquerque Costa

Rosildo da Luz Bomfim

Victor Magarian Chilelli

Sumário

PREFÁCIO DO PRESIDENTE DO IAB **4**
Sydney Sanches

PREFÁCIO DO PRESIDENTE DA OAB-RJ **6**
Luciano Bandeira

APRESENTAÇÃO IAB **7**
Kátia Rubinstein Tavares
Larissa Pochmann

APRESENTAÇÃO OAB-RJ **8**
Aderson Bussinger Carvalho

AUTORES **9**

ENTREVISTA: BERNARDO CABRAL

Kátia Tavares 15

ORAÇÃO

Sergio Francisco de Aguiar Tostes 29

ARTIGOS

1. A POSSIBILIDADE DE PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL REGULAR A FORMA DE VOTAÇÃO DE NOVO PLANO QUE O EMENDE – O CASO OI
Ana Tereza Basílio e José Roberto de Albuquerque Sampaio 31

1.1 INTRODUÇÃO **31**
1.2 A HOMOLOGAÇÃO DO PLANO E OS RECURSOS CONTRA ELE OPOSTOS **32**
1.3 PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE RECURSAL **33**
1.4 DIREITO DISPONÍVEL QUE PODE SER OBJETO DE NEGOCIAÇÃO, NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL **38**
1.5 PREMISSA EQUIVOCADA: OS CREDORES BONDHOLDERS NÃO FORAM INTEGRALMENTE QUITADOS **39**
1.6 POSSIBILIDADE DE PACTUAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL **40**
1.7 ADITAMENTO AO PLANO INTRODUZ ALTERAÇÕES SIGNIFICATIVAS NAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS DAS RECUPERANDAS: AFETAÇÃO DOS DIREITOS E INTERESSES DE TODOS OS CREDORES DO GRUPO OI **42**
1.8 INEXISTÊNCIA DE CONFLITO DE INTERESSES **43**
1.9 CONCLUSÃO **45**

2. O DESAFIO DA UBERIZAÇÃO NO CONTEXTO NEOLIBERAL
Benizete Ramos de Medeiros e Camilla de Lima Ferreira Netto 48

2.1 INTRODUÇÃO **48**
2.2 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL **49**
2.3 CRISE DO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL **52**
2.4 O NEOLIBERALISMO E A HEGEMONIA DA FLEXIBILIZAÇÃO **53**
2.5 AS PLATAFORMAS DIGITAIS E AS PRECARIZAÇÕES **55**
2.6 UBERIZAÇÃO: SINÔNIMO DA DESREGULAMENTAÇÃO **56**
2.7 CONCLUSÃO **59**

3. A ALTERAÇÃO DA POLÍTICA ENERGÉTICA BRASILEIRA PROPOSTA PELO PROJETO DE LEI Nº 750/2021: UMA RELAÇÃO DA POLÍTICA DE PREÇO DE PARIDADE DE IMPORTAÇÃO COM A SEGURANÇA NACIONAL
Carmela Grüne 61

3.1 INTRODUÇÃO **61**
3.2 HISTÓRICO LEGISLATIVO E CONSTITUCIONAL DA POLÍTICA PETROLÍFERA BRASILEIRA **62**
3.3 A SEGURANÇA NACIONAL E O PROJETO DE LEI Nº 750/2021: UMA DINÂMICA GEOPOLÍTICA **65**
3.4 A POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO INSTITUCIONAL ANTE A POLÍTICA DE PREÇO DE PARIDADE DE IMPORTAÇÃO (PPI) **71**
3.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS **73**

4. A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E O TRATAMENTO CONFERIDO PELO PODER JUDICIÁRIO ÀS MULHERES ENCARCERADAS
Heron Abdon Souza e Luiza Cristina da Silva Machado 79

4.1 INTRODUÇÃO **80**

4.2 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL 81
4.3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: RECOMENDAÇÃO Nº 62/2020 82
4.4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: HABEAS CORPUS Nº 186.185/DF 83
4.5 A INSENSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO 85
4.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS 93

5. 200 ANOS DA INDEPENDÊNCIA DO BRASIL E O PENSAMENTO COLONIAL DA CLASSE DOMINANTE
Jorge Rubem Folena de Oliveira 97
5.1 INTRODUÇÃO 97
5.2 A PERVERSIDADE DA COLONIZAÇÃO E SUA ACEITAÇÃO PELO COLONIZADO 98
5.3 IMPOSIÇÃO CULTURAL 102
5.4 COLONIALISMO E SUBALTERNIDADE 106
5.5 CONCLUSÃO 109

6. SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTO: APLICAÇÃO AOS BENEFÍCIOS FISCAIS DE ICMS APROVEITADOS
José Enrique Teixeira Reinoso 112
6.1 INTRODUÇÃO 112
6.2 CONCEITO DE BENEFÍCIOS FISCAIS ESTADUAIS 112
6.3 REQUISITOS PARA EXCLUSÃO DOS RECURSOS DE SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTO DAS BASES DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL 114
6.4 TRATAMENTO DAS SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTO AOS INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS PÓS LEI COMPLEMENTAR Nº 160/2018 115
6.5 REQUISITOS PRESENTES NO CONVÊNIO ICMS 190/2017 116
6.6 MANIFESTAÇÕES DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL E JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA 117
6.7 CONCLUSÃO 119

7. REFLETINDO SOBRE O SISTEMA PENAL A PARTIR DA PERSPECTIVA DO ESTADO DE EXCEÇÃO EM GIORGIO AGAMBEN
Kátia Rubinstein Tavares 123
7.1 INTRODUÇÃO 123
7.2 A TEORIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO 125
7.3 O ESTADO DE EXCEÇÃO E O TOTALITARISMO MODERNO 128
7.4 O DIÁLOGO DE WALTER BENJAMIN COM CARL SCHMITT 129
7.5 FENÔMENO PARADOXAL DENTRO/FORA DA LEI 137
7.6 O CÁRCERE ENQUANTO ESTADO DE EXCEÇÃO E EXTERIORIZAÇÃO DO HOMO SACER 139
7.7 CONCLUSÃO 142

8. TRANSFOBIA E RELAÇÕES ÍNTIMAS DE AFETO
Laura Taddei Alves Pereira Pinto Berquó 145
8.1 INTRODUÇÃO 145
8.2 TRANSGENERIDADE 146
8.3 A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA E VIOLÊNCIA CONTRA PESSOAS TRANSGÊNERAS 148
8.4 A LEI CAÓ E APLICAÇÃO AOS CRIMES HOMOTRANSFÓBICOS 154
8.5 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULOS AFETIVOS PELA LEI CAÓ 156
8.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS 159

9. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO: PELO USO ÉTICO DAS NOVAS TECNOLOGIAS
Paula do Amaral Ferraz Rodrigues 165
9.1 INTRODUÇÃO 165
9.2 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DO DESENVOLVIMENTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL 166
9.3 DISCRIMINAÇÕES ALGORÍTMICAS DECORRENTE DA UTILIZAÇÃ DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: BREVES EXPLICAÇÕES SOBRE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA) 168
9.4 Discriminações algorítmicas 170
9.5 DIRETRIZES ÉTICAS A SEREM APLICADAS NOS SISTEMAS DE IA 173
9.6 CONCLUSÃO 176

10. MEDIDAS ALTERNATIVAS DE COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA: FORMAS DE DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL
Rafael Alves de Oliveira 178

10.1 INTRODUÇÃO 178
10.2 A CRISE DE (IN)EXECUÇÃO FISCAL NO BRASIL: APONTAMENTOS SOBRE OS PONTOS CRÍTICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 180
10.3 DESJUDICIALIZAÇÃO DA DÍVIDA ATIVA: FORMAS ALTERNATIVAS À COBRANÇA JUDICIAL DA DÍVIDA ATIVA EXISTENTES NO BRASIL 182
10.4 COMO SUPERAR A CRISE DE (IN)EXECUÇÃO FISCAL NO BRASIL? AS MEDIDAS ALTERNATIVAS DE COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA COMO FORMA DE SOLUÇÃO DA CRISE 185
10.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS 189

11. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DELAÇÃO PREMIADA: ERROS PASSADOS COM OS QUAIS NÃO SE APRENDEU
Rafael Ferreira de Albuquerque Costa 191
11.1 INTRODUÇÃO 191
11.2 AS COAÇÕES QUE IMPEDEM A VOLUNTARIEDADE DO DELATOR 192
11.3 O FRACASSO DA "DELAÇÃO DO FIM DO MUNDO" E A IMPORTÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – AS SALUTARES, MAS INSUFICIENTES MUDANÇAS DO ART. 4°, §16 DA LEI N° 12.850/13 196
11.4 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA DE PROVA: A INVERSÃO DA DELAÇÃO 199
11.5 O PROBLEMA DA ISONOMIA INERENTE À ADMISSÃO DA DISCRICIONARIEDADE MINISTERIAL ... 201
11.6 A DESVIRTUAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO 205
11.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS 207

12. A PLATAFORMIZAÇÃO DO TRABALHO SUBORDINADO COMO FORMA DE FRUSTAÇÃO DE DIREITOS ASSEGURADOS PELA LEGISLAÇÃO DO TRABALHO E A CARACTERIZAÇÃO DE ILÍCITO PENAL
Rosildo da Luz Bomfim 212
12.1 INTRODUÇÃO 212
12.2 O ILÍCITO PENAL E A TUTELA DOS DIREITOS TRABALHISTAS 213
12.3 ANÁLISE DO TERMO DE USO E PRIVACIDADE DAS PLATAFORMAS DE APLICATIVOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS 216
12.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS 221
REFERÊNCIAS 223

13. A IMPORTÂNCIA DE UMA LUPA SOBRE SELEÇÃO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Victor Magarian Chilelli 224
13.1 INTRODUÇÃO 224
13.2 A IMPORTÂNCIA OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO 225
13.3 IMPORTÂNCIA OBJETIVA DOS SEUS MEMBROS 227
13.4 HOJE: O CONTEXTO PÓS-1988 230
13.5 AS CONSEQUÊNCIAS PARA JURISTAS E LEIGOS 232
13.6 CONCLUSÃO 234
13.7 REFERÊNCIAS 235

ENTREVISTA: BERNARDO CABRAL

O ADVOGADO É O CIRURGIÃO PLÁSTICO DOS FATOS

Bernardo Cabral

Em plena primavera (9 de outubro de 2021), quando completavam-se 33 anos de Constituição Federal de 1988, fomos ao encontro do relator geral da Constituinte — e também ex-senador da República, eleito deputado estadual e duas vezes deputado federal, ex-Ministro da Justiça, ex-Presidente Nacional da OAB e sócio benemérito do Instituto dos Advogados do Brasil — o professor e advogado Bernardo Cabral.

O objetivo do encontro foi registrar a trajetória de vida do nosso eterno *bâtonnier* da advocacia, que está intrinsecamente ligada à luta pela redemocratização do Brasil, após mais de 21 anos de ditadura militar. Dos diversos cargos políticos e institucionais que exerceu em sua vida profissional, ali, quase ao completar 90 anos, Bernardo Cabral faz questão de ressaltar: *"O que mais me honrou, mais me deu alegria, foi ter sido presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil."*

Nascido em 27 de março de 1932, em Manaus, Bernardo Cabral começou a trabalhar aos 18 anos no jornal *A Crítica* como revisor e redator, época em que também se formou em ciências contábeis. Bacharelou-se em 1954 pela Faculdade de Direito da Universidade do Amazonas e iniciou em seguida sua carreira profissional como solicitador no Tribunal do Júri de Manaus, para acusar o assassino de seu irmão (morto com 27 anos) quando Bernardo tinha apenas 17 anos.

Embora aprovado em concurso público, em segundo lugar, exerceu a função de promotor de justiça de setembro de 1955 a março de 1956 na comarca de Itacoatiara (AM), mas preferiu retornar à advocacia. Em 1957 foi chefe de polícia do Amazonas e, no ano seguinte, secretário do Interior e Justiça no governo de Plínio Coelho (1955-1959), do PTB. Entre 1959 e 1960 foi chefe do Gabinete Civil do governo de Gilberto Mestrinho (1959-1963); também em 1961 exerceu as funções de procurador jurídico e fazendário do Estado.

Em outubro de 1962, foi eleito deputado, sendo o estadual mais votado no estado do Amazonas, pela legenda do PTB. Entre 1964 e 1965 tornou-se Conselheiro da Seção de seu estado da Ordem dos Advogados do Brasil. Após o golpe militar de 31 de março de 1964, que depôs o presidente João Goulart (1961-1964), com a extinção dos partidos políticos pelo Ato Institucional nº 2 (27/10/1965) e a posterior instauração do bipartidarismo, Bernardo Cabral se filiou ao Movimento Democrático Brasileiro (MDB), partido de oposição ao regime militar.

(...) o cidadão que matou meu irmão era um policial e a ideia foi de cursar o Direito, porque ele vinha sendo muito protegido.

Ao mesmo tempo em que lecionava como professor da Faculdade de Direito de Brasília, Bernardo Cabral foi eleito deputado federal pelo partido MDB, no pleito de novembro de 1966, assumindo sua cadeira na Câmara dos Deputados em fevereiro de 1967. Tornou-se vice-líder da bancada a partir de março e foi escolhido pelo Comitê de Imprensa da Câmara como um dos dez melhores deputados. Em fevereiro de 1969 teve seu mandato cassado e seus direitos políticos suspensos por dez anos com base no Ato Institucional n° 5, de dezembro de 1968. No mesmo mês deixou a Faculdade de Direito, transferindo-se em seguida para o Rio de Janeiro, onde passou a exercer a atuar como Conselheiro Seccional da OAB.

Membro do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB) a partir de 1972, em 1974 tornou-se Conselheiro Federal da OAB. Em abril de 1977 foi eleito secretário-geral da OAB, na presidência da Eduardo Seabra Fagundes. E em 1° de abril de 1981 assumiu a presidência nacional da OAB.

Posteriormente, Bernardo Cabral exerceu outras funções relevantes. Em novembro de 1986, foi eleito novamente deputado federal pelo Amazonas, participando da Assembleia Nacional Constituinte. Com o apoio do líder Mário Covas e do senador José Richa, do PMDB, foi indicado pela bancada do partido para a relatoria da Comissão de Sistematização, e depois escolhido relator-geral em todas as fases da Constituinte. Em 1990, foi nomeado Ministro da Justiça do governo Collor, cargo que exerceu pouco tempo, deixando o governo para reassumir sua cadeira na Câmara dos Deputados, função da qual desempenhou até o fim de janeiro de 1991. Em seguida, montou seu escritório de advocacia em Brasília e passou também a advogar no Rio de Janeiro. No pleito de outubro de 1994, Bernardo Cabral tornou-se o senador da República mais votado do seu estado, Amazonas.

Nesta entrevista exclusiva e inédita, o entrevistado dispõe ao leitor sua história de vida cercada por vários fatos políticos importantes, os quais certamente condicionaram o destino do homem que, para além de advogado, se tornou professor, deputado estadual, deputado federal, relator da Constituinte, Ministro da Justiça e senador da República. Com a palavra, Bernardo Cabral.

Kátia Tavares

Kátia Tavares: Dr. Bernardo, conte um pouco da sua história, desde o nascimento até a chegada à universidade, além da sua atuação na vida acadêmica.

Bernardo Cabral: Bom, eu nasci no Amazonas, Manaus, em 1932. Quando eu cresci, minha ideia era ser engenheiro, pensava em ir para os Estados Unidos... Acontece que eu tinha um irmão dez anos mais velho do que eu. De modo que aos 27, ele foi brutalmente assassinado. Como éramos somente dois filhos, minha mãe pediu que eu não fosse mais estudar fora. Então, eu tive uma ideia: o cidadão que matou meu irmão era um policial e a ideia foi de cursar o Direito, porque ele vinha sendo muito protegido.

Eu cursei Direito, tirei uma carta de solicitador, e àquela altura você poderia ser assistente do Ministério Público ou assistente de um advogado — não podia assinar petição inicial — e eu participei do julgamento como auxiliar do Ministério Público. O assassino foi condenado no primeiro julgamento a treze anos. No segundo julgamento, a vinte anos. Depois protestou por novo Júri e aí eu já estava finalizando meu curso quando houve o terceiro julgamento e ele foi condenado a vinte e um anos.

De modo que, posteriormente, eu fiz até concurso para o Ministério Público, tirei o segundo lugar, mas eu quis ser mesmo advogado. Não quis seguir a carreira no Ministério Público, apesar de concursado, por uma razão muito simples: eu acho que o advogado é um cirurgião plástico do fato. Cada um apresenta a sua versão, e aí ele faz o lado plástico do fato: ele vai enxugando, sobretudo na área criminal, e o juiz acaba tendo de um lado e de outros grandes elementos – que sem a advocacia não há direito, não há justiça – e então ele julga. Então eu sempre me senti bem sendo advogado. Eu acho que não teria outra profissão que não advogado.

Kátia Tavares: E qual foi o cargo mais importante de toda essa sua brilhante trajetória?

Bernardo Cabral: De todos os cargos públicos que eu desempenhei – não foram poucos e não foram pequenos – eu sempre digo que o que mais me honrou, mais me deu alegria, foi ter sido presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Sabe por que, Kátia? Para você atingir o Conselho Federal você já precisa ter 10 anos de formado e você é escolhido pela sua classe, como político você é escolhido por várias classes. Então eu considero que ser advogado é realmente uma questão, sobretudo, de alma, de carinho e de sensibilidade.

(...) eu considero que ser advogado é realmente uma questão, sobretudo, de alma, de carinho e de sensibilidade.

Kátia Tavares: Dr. Bernardo, como foi sua atuação na ditadura militar, poderia resumir as suas lutas contra o arbítrio à época?

Bernardo Cabral: Bom, eu tinha trinta e cinco anos e faria trinta e seis quando fui cassado pelo ato institucional nº 5. Nós éramos da oposição, Mário Covas era o nosso líder, depois foi governador de São Paulo, e eu era um dos primeiros vice-líderes. Eu era advogado, o

Mário era engenheiro, e ele me designou para defender o Márcio Moreira Alves, advogado (e deputado federal) que estava sendo processado pelo regime militar. E eu citei, claro, que a sua opinião e o seu voto ele era absolutamente inviolável e que isso fazia parte do poder legislativo, era uma garantia do legislativo, uma prerrogativa. Evidente que hoje esse instituto começou a ser deformado...

Com isto nós conseguimos absolvê-lo e o governo militar não teve nenhuma dúvida: no dia seguinte baixou o ato institucional nº 5, que foi o mais terrível, pelo qual houve perseguição, muitos fomos cassados, punidos, outros foram banidos e eu integrei a lista dos cassados. Como o estatuto do cassado, que é do governo militar, proibia que você saísse do local onde você se encontrava quando foi cassado, e eu estava aqui no Rio de Janeiro, na minha segunda cidade, e aqui fiquei.

(...) muitos fomos cassados, punidos, outros foram banidos e eu integrei a lista dos cassados.

E os cassados, como eu, não podíamos ter carteira de identidade, não podíamos ter passaporte, não podia ter conta no Banco do Brasil, conta nos bancos oficiais. Eu não podia sequer tirar alvará de licença para ser advogado. Tive que advogar no canto de uma mesa, com um colega meu, escritor e grande advogado pernambucano chamado Aroldo de Melo, já falecido.

Pouco tempo depois, eu representei meu estado no Conselho Federal e me elegi Secretário-Geral, quando houve a bomba que matou Dona Lyda. À época era presidente da OAB, Eduardo Seabra Fagundes, que se portou com muita dignidade, com muita independência, próprias de como um advogado tem que ser. E logo depois eu fui eleito presidente do Conselho Federal, e já com a experiência que eu tinha da bomba da dona Lydia, que matou nossa secretária, arrebentou em minhas mãos uma bomba no Riocentro, onde havia um show.

Isso foi terrível, houve muita perseguição. Eu era advertido várias horas da noite de que seria assassinado por tal comando delta, que iam matar minha neta. Enfim, foi muito difícil, muito mesmo... De modo que essa foi a minha vida de advogado, não foi fácil, mas eu tive fé nas minhas convicções pessoais. No meio do caminho encontrei muitos queridos amigos, não vou citar todos, mas cito seu pai, George Tavares, que foi meu colega e votou em mim para presidente do Conselho Federal, de modo que essas coisas têm muita correlação agora com os filhos.

(...) Isso foi terrível, houve muita perseguição. Eu era advertido várias horas da noite de que seria assassinado.

Acabei vencendo e devo isso muito à Ordem dos Advogados do Brasil, que foi quem me acolheu, e ao Instituto dos Advogados, onde entrei em 1972 e daqui a pouco serei talvez um dos mais antigos lá.

Bernardo Cabral na CNC

Kátia Tavares: Dr. Bernardo, eu gostaria também que o Sr. contasse um pouco da sua história no Instituto dos Advogados Brasileiros. O Sr. é sócio benemérito, então tem uma importância muito grande para todos nós, uma inspiração para a Casa de Montezuma. Então, conte um pouco do seu papel no IAB.

Bernardo Cabral: Eu fui orador oficial do Instituto, e em 1985 - era Presidente da República o Sarney – fui escolhido pela presidência do Instituto dos Advogados como benemérito do Instituto, por ter feito algumas coisas que não convém aqui relatar. E o Presidente da República e o governador do Amazonas, Gilberto Mestrinho, estiveram presentes nessa solenidade. Foi uma solenidade muito bonita, ambos discursaram, e até hoje eu tenho parte da minha vida no Instituto dos Advogados.

(...) ser membro do Instituto é pertencer a uma escola altamente qualificada.

Não posso frequentar como eu deveria o Instituto, você tem conhecimento que recentemente eu fui submetido a uma cirurgia muito delicada, mas, de qualquer sorte, eu quero lhe dizer, Kátia, para você que é professora de Direito, que ser advogado e ser membro do Instituto é pertencer a uma escola altamente qualificada. Foi do Instituto que saíram muitos projetos, muitas contribuições, não só na Constituinte de 1946, como em projetos que se tornaram depois Lei em vigor. De modo que tenho uma grande alegria por minha vida no Instituto e de poder integrá-lo, e lamento profundamente que não tenha condições de participar mais.

Mas você sabe que eu fui relator geral da Assembleia Nacional Constituinte, depois dos dez anos de cassação. Eu não fui anistiado, eu paguei toda a minha pena, pois quando a anistia chegou, em novembro, eu já tinha cumprido a partir de fevereiro de 1979, de modo que eu não tenho nenhuma indenização, não requeri nada. Mas uma das honras que eu tenho na minha vida é de ter contribuído para o artigo 133 da Constituição Federal, talvez,

se eu não fosse relator geral, não tivéssemos o advogado com a força que tem na Constituição, dizendo sem dúvida nenhuma que ele é parte indispensável à administração efetiva da justiça, como está lá no nosso artigo 133.

Essa é uma das alegrias que eu tenho na Constituição e se você tivesse que me perguntar: "quais são as suas duas decepções como relator geral da Constituinte que deu origem à Constituição de 1988?". Eu diria que tenho duas grandes decepções: uma é o instituto da desapropriação, que ficou pior, pior do que o Estatuto da Terra do governo militar, porque derrubaram o que nós tínhamos escrito; e o sistema parlamentarista de governo, que nós tínhamos aprovado na Comissão de Sistematização e, quando foi para o plenário, – eu não sei a troco de quê – derrubaram.

(...) talvez, se eu não fosse relator geral, não tivéssemos o advogado com a força que tem na Constituição...

Inclusive, eu chamei o Humberto Lucena, que tinha sido o autor da emenda precidencialista, eu disse para ele: "vai correndo e tira a Medida Provisória do texto constitucional, porque este instituto só convive no sistema parlamentarista de governo, se vocês deixarem isso na Constituição, o presidente da República vai ter mais poder do que qualquer ditador da história do Brasil e vai ser o substituto ilegal e ilegítimo do poder legislativo".

São essas coisas que a gente vai passando pela vida. Você me pergunta e eu digo sempre: a vida todo mundo vive, saber viver é difícil, saber viver sem fazer concessões, sem abrir mão de seus conceitos...

Não tenha medo em nenhum instante como advogado. Nós colocamos na Constituição a figura do advogado, porque três advogados foram presos (na ditadura), por serem patronos de clientes que tinham um credo político que não era o mesmo credo deles: Heleno Fragoso, Sussekind Rego e o seu pai, George Tavares. E você tem também o exemplo do nosso saudoso Sobral Pinto, que era católico praticante e defendeu um comunista, que foi o Luiz Carlos Prestes. Essa é a advocacia!

De modo, o que eu quero lhe dizer é: belas lembranças do Instituto dos Advogados e outras inesquecíveis da Ordem dos Advogados do Brasil, que recentemente me prestou uma grande homenagem que eu não sei como em vida poderei agradecer.

(...) Não tenha medo em nenhum instante como advogado.

Bernardo Cabral no IAB

Katia Tavares: Dr. Bernardo, eu sempre penso que nós temos várias vidas em uma só, mas o Sr. realmente, é surpreendente! O Sr. é advogado, mas foi também professor de Direito, Presidente do Conselho Federal da OAB, relator da Constituinte, é nosso sócio benemérito no Instituto dos Advogados Brasileiros. E eu gostaria até de fazer uma pergunta, já me encaminhando para o final: nós vivemos hoje um processo de criminalização da advocacia, em que somos forçados a lutar pelo óbvio, que é o respeito à Constituição, ao devido processo legal, à paridade de armas com o Ministério Público, para que seja garantida a efetividade da nossa Carta Cidadã. Dr. Bernardo, como o poder legislativo poderia contribuir para o resgate do reconhecimento profissional da nossa profissão?

Bernardo Cabral: Eu vou lhe dizer o que acontece: salvo honrosas exceções, o político brasileiro hoje é um cidadão muito mais voltado para suas ambições pessoais do que para os interesses da coletividade. No dia em que tirarem o advogado, no dia em que não for mais possível ter a justiça funcionando com a advocacia, que tivermos advogados presos, é porque nós estamos numa ditadura. O que precisaria era o poder legislativo entender que é ao advogado que incumbe a defesa do cidadão. É ele que muitas vezes em troca da própria vida, é capaz de penetrar nessa alma inexplorada do cidadão, do homem. E o ser humano, sobretudo o criminoso, confessa mais ao advogado do que ao padre no confessionário.

(...) A liberdade significa a vida, mas só quem consegue a liberdade profissionalmente é o advogado.

Antigamente, você tinha uma quantidade enorme de advogados que eram parlamentares, hoje muitos precisam dos advogados e são obrigados a tê-los em assessores para redigir seus Projetos de Leis. De modo que, o poder legislativo poderia pensar mais na figura do advogado como ser humano, na figura do advogado que é o profissional, naquela figura que é, sem dúvida nenhuma, o cirurgião plástico do fato.

Além disso, eu fui companheiro de Senado de algumas figuras notáveis: Affonso Arinos, Nelson Carneiro, José Fogaça... Eu teria que citar uma porção deles. E realmente

eu não diria que o nível é muito ruim, mas você não compara essas pessoas, essas pessoas você separa.

(...) o advogado que pretende ser correto não tem medo de uma coisa que chama omissão...

De modo que eu quero lhe dizer, mais uma vez, que essa entrevista, Kátia, dada a você, que é advogada, professora, que honra a tradição familiar de seu pai, eu me sinto muito à vontade e muito alegre de poder contribuir, porque eu sei que o seu trabalho é uma contribuição para outros colegas advogados. E dizer o seguinte: não tenham medo, não façam concessões, o advogado que pretende ser correto não tem medo de uma coisa que chama omissão e eu defendo que a omissão como subproduto do nada. Sejam fiéis ao nosso juramento.

Bernardo Cabral com a Medalha do Mérito Jurídico e a Comenda Jornalista Phelippe Daou

Katia Tavares: Eu sempre penso assim: na advocacia a gente tem que pecar pela ação, não pela omissão, então eu concordo exatamente com o que acabou de afirmar.

Dr. Bernardo, a atual Constituição sofreu várias alterações e emendas, como o senhor avalia esse debate em face da Constituição originária?

Bernardo Cabral: Bom, eu não diria com infelicidade, mas eu enxergo com alguma preocupação. Há emendas que são necessárias, outras que realmente complementam, mas há muitas que são feitas, elaboradas, ao sabor de meros interesses circunstanciais.

Mas o que posso lhe dizer é o seguinte: essa nossa Constituição de 1988 é a melhor do mundo em Direitos Humanos, também no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, não há outra igual. A nossa Constituição é a melhor do mundo. Seria bom se houvesse o seu aperfeiçoamento, se fosse feita legislação ordinária - porque ainda existe alguma coisa lá de matéria infraconstitucional.

Mas é preciso que você entenda que essa Constituição foi elaborada pelo êxodo que tivemos por conta da ditadura militar. Muitos companheiros foram para fora, outros foram expulsos, outros foram condenados, outros foram mortos. Mas os que sobreviveram, os banidos, se reencontraram na Assembleia Nacional Constituinte. Então, foi aí que cada um tentou colocar aquilo que lhe parecia razoável, porque sabe que uma Emenda Constitucional é mais difícil de ser aprovada do que um artigo ou Projeto de Lei. Um Projeto de Lei posterior revoga o anterior, mas uma Emenda Constitucional depende de vários quintos, de vários votos, de duas votações numa casa, na outra, não é tão fácil. Enfim, deveria se aprimorar o que ela tem de bom. E concluo só com uma frase: é preciso respeitá-la.

Bernardo Cabral

Kátia Tavares: O Sr. estava falando que nossa Constituição é uma que mais protege os Direitos Humanos no mundo. Eu concordo. O artigo 5º é uma perfeição. Eu tenho realmente uma admiração muito grande pelo trabalho que foi feito na Constituinte, nós todos brasileiros temos muito a nos orgulhar. A nossa Constituição completou agora 33 anos, é uma história de muitas conquistas, e é por isso que eu fiz questão de estar aqui hoje com o Senhor.

Na verdade, essa entrevista é um encontro para dizer do nosso imenso agradecimento, por tudo que o Senhor representou e representa na história do nosso país. Eu queria deixar registrada essa profunda admiração de todos os advogados. Eu sei que meu pai me passou muito desse sentimento de admiração e reconhecimento; e como cidadã, me sinto muito orgulhosa de hoje estar na presença de uma das maiores personalidades da história brasileira. Eu peço ao Senhor que finalize essa entrevista com uma mensagem.

Bernardo Cabral: Eu vou encerrar lhe fazendo uma confissão que poucos sabem. É claro que essa Constituição existe não só por mim, teve a presença do Ulisses, a presença de tantos constituintes que trabalharam; dos meus três relatores auxiliares adjuntos: José Fogaça, que era senador e está vivo, professor Konder Reis, governador de Santa Catarina,

foi um brilhante relator de muitos projetos, meu companheiro; e Adolfo Oliveira, que foi meu companheiro a vida inteira, saudoso Adolfo, que, apesar de médico, era um brilhante constitucionalista. E mais: eu quero lhe confessar que nesse trabalho foram-se dezenove meses consecutivos. Eu dormia apenas quatro horas por noite. Eu lembro várias vezes que amanhecemos no "Bom dia" de várias emissoras, depois de termos passado a noite no PRODASEN (Secretaria de Tecnologia da Informação do Senado), eu e o meu companheiro José Fogaça. De modo que eu examinei, com esta mão aqui, mais de sessenta mil emendas, uma a uma. Se não fosse o PRODASEN, que era o elemento que fiscalizava os dados, esta Constituição talvez não existisse como existiu, porque nós a pegamos com dois mil e tantos artigos para reduzir a duzentos e quarenta e cinco.

Veja você quanta inimizade que eu arranjei... Mas estou com a consciência tranquila, porque não tenho nenhum cargo público, não tenho nada que eu possa oferecer, senão o reconhecimento do meu trabalho. E acabo de ouvir esses elogios de uma pessoa que os está dizendo com toda a sinceridade. Muito obrigado! Não poderia encerrar de outra forma para lhe dizer o seguinte: que estou muito honrado com essa entrevista.

ORAÇÃO

ORAÇÃO DA SESSÃO SOLENE DO DIA 17 DE AGOSTO DE 2022

SAUDAÇÃO INICIAL

Estamos diante das comemorações pelo bicentenário daIndependência e pelos 179 anos do IAB.

Em breve também celebraremos a festa maior da democracia: as eleições para a escolha dos representantes do povo junto aos poderes executivo e legislativo, nos âmbitos estaduais e federal.

A Independência do Brasil em relação à Portugal é o ponto de partida da nossa história enquanto nação soberana.

1822-2022: 200 ANOS DA INDEPENDÊNCIA DO BRASIL

Há cerca de 200 anos, por volta das 16:00 do dia 07 de setembro de 1822, o príncipe regente Dom Pedro estava no meio de uma viagem entre as províncias do Rio de Janeiro e de São Paulo, quando recebeu as cartas das cortesconstituintes portuguesas de Lisboa, retirando-lhe o poder de regente e reduzindo o Brasil novamente à condição de colônia.

O movimento que culminou no brado do Ipiranga foi, entretanto, uma revolução de matriz conservadora que buscoumanter a monarquia da dinastia Bragança, implementando-seuma mudança política parcial, para que tudo pudesse continuar igual no campo econômico, parafraseando Giuseppe Tomasi de Lampedusa, em seu famoso livro “Il Gattopardo” ou “O Leopardo”.

Em especial, sob o ponto de vista econômico, interessava à classe dirigente a manutenção do meio de produção baseado no trabalho dos escravizados, buscando-se evitar o que ocorria nas ex-colônias espanholas, onde a independência se fizera acompanhar por uma mudança para o regime republicano e a abolição da escravatura.

A manutenção da mão de obra escravizada e o medo deuma rebelião, nos moldes da ocorrida no Haiti, era fator aglutinador das elites brasileiras, mesmo em meio às enormes diferenças entre republicanos, monarquistas, federalistas, conservadores e liberais.

A despeito de um certo lugar comum sobre o seu caráterpacífico, a independência não foi conquistada sem conflito. Aschamadas "guerras da independência" ceifaram a vida de cerca de três mil pessoas, entre brasileiros e portugueses.

Os antecedentes do sentimento nativista que opunham brasileiros e portugueses remontam à Inconfidência Mineira, de 1789, bem como à Revolta dos Alfaiates na Bahia, em 1798. Outro antecedente próximo se encontra nos conflitos que tiveram origem ainda em 1817, em meio à Revolução Pernambucana, também chamada de Revolução dos Padres, onde os ideais iluministas que influenciaram as Revoluções Americana e Francesa passaram a ganhar maior aderência em território nacional.

Nos primeiros momentos que se seguiram à independência, apenas os Estados Unidos e alguns poucos países africanos envolvidos no tráfico negreiro, reconheceram a independência do Brasil. Portugal e Inglaterra não reconheciam a independência e, dessa forma, o Brasil teve denegociar o tratado de paz "amizade e aliança", intermediado pela Inglaterra, que, por fim, selado no Rio de Janeiro em 29/08/1825, encerrou as hostilidades entre a excolônia e a metrópole.

Tal acordo, entretanto, teve um alto custo financeiro parao nascente País: cerca de 600.000 libras esterlinas para Portugal, além de 100.000 libras esterlinas à Inglaterra pela intermediação, eis que o Brasil ainda teve de assumir a dívidaexterna que Portugal possuía junto à Inglaterra, no valor de cerca de 2 milhões de libras esterlinas.

Era, deveras, um fardo pesado a ser suportado, ainda mais pelo fato de que Dom João VI havia confiscado todo o dinheiro e bens que pertenciam ao Banco do Brasil em julho de 1821, antes de regressar para Portugal, o que tornava o nascente País de fato insolvente.

Para resolver essa pendência financeira, Dom Pedro I enviou a Londres como plenipotenciário do governo brasileiro Felisberto Caldeira Brant, o Visconde de Barbacena, mineiro de Mariana, que negociou um empréstimo de 3 milhões e 600mil libras esterlinas junto ao Bando Rothschild. Com esse dinheiro o Brasil pôde, enfim, pagar pelo reconhecimento da sua independência.

A HISTÓRIA DO IAB SE CONFUNDE COM A HISTÓRIA DO BRASIL INDEPENDENTE

A história dos 179 anos do Instituto dos AdvogadosBrasileiros começa no século XIX, ainda nos tempos do 2º Reinado, com a aprovação dos seus estatutos pelo Aviso nº 7, de 07/08/1843, com a chancela do imperador Dom Pedro II.

Poucos anos antes, na turbulenta década regencial de 1831 a 1840, surgiram diversos conflitos regionais que ameaçaram a integridade territorial e política do Brasil, tais como

a Cabanagem, a Balaiada, a Sabinada, a Revolta dos Malês e a Revolta dos Farrapos. No entanto, manteve-se no Brasil, às custas de muito sangue derramado, a unidade físicade um país com dimensões continentais, diferentemente da fragmentação ocorrida nas ex-colônias da América Espanhola, que se transformaram em diversos países.

O contexto social e político da época da criação do IAB, a primeira metade do século XIX, foi fortemente influenciado pelos ideais iluministas, nativistas e anticolonialistas, bemcomo pela necessidade de construção de uma identidade cultural genuinamente brasileira, que prezasse pela valorização dos aspectos locais, sendo, dessa forma, capaz de unir a grande nação tropical para além da comunhãolinguística, costurando-se as particularidades das dispersas províncias brasileiras em torno do projeto de um país independente e soberano.

Ninguém melhor para ilustrar esse sentimento nativista eanticolonialista do que o fundador e primeiro presidente do IAB, o jornalista e advogado negro Francisco Gomes Brandão,que renunciou ao seu nome de nascença português e passoua assinar Francisco Gê Acaiaba De Montezuma, com o objetivo de homenagear simultaneamente os indígenas brasileiros e o penúltimo imperador asteca do México.

Montezuma foi um ardoroso defensor do abolicionismo ese encontra no rol das maiores personalidades do País, tendose formado pela Faculdade de Direito de Coimbra e exercido no Brasil as funções de deputado, senador, ministro, diplomatae presidente do Banco do Brasil.

O signo de nascença do IAB, a luta pelos ideais de liberdade e soberania nacionais, esteve sempre norteando a sua atuação ao longo de sua trajetória como um dos pilares institucionais do Brasil, tendo sido testemunha dos governos de um imperador e de 38 presidentes, desde Deodoro até o atual ocupante da cadeira presidencial.

Do ponto de vista demográfico, dados do IBGE indicam que a população brasileira cresceu 19 vezes num período de 138 anos, saltando de 10 milhões em 1872 para atualmente cerca de 214 milhões de habitantes.

Por outro lado, a completa integração racial e o reconhecimento dos direitos das minorias são plenamentealcançáveis e devem ser traçados como metas para esteséculo XXI. Somente a completa integração racial e a plena educação promoverão as mudanças e transformações necessárias na nossa sociedade.

Hoje o IAB enfrenta os desafios do século XXI, muitos deles ligados à adaptação do ordenamento jurídico em face danecessidade de regulação de novíssimos direitos e obrigações criados pela Revolução Tecnológica, tendo como norte a justacorrelação entre tais avanços e a defesa dos consumidores, internautas, organizações, empresas e governos, contra eventuais abusos tecnológicos.

Atualmente, vivemos a era do capitalismo de vigilância, de acordo com Shoshana Zuboff, psicóloga social da Harvard Business School, em que os dados pessoais se tornaram tão estratégicos para as empresas que passaram a valer ouro.

Esse novo Eldorado de dados proporcionado pelas tecnologias mira, na maioria das vezes, informações muito sensíveis dos usuários, instando ao apelo para que haja maior salvaguarda jurídica que eleve a proteção dos dados pessoaisà condição de direito e garantia fundamentais, consoante o artigo 5º, da Constituição Federal.

Ainda assim, outros novos desafios já são colocados à frente, muitos deles parecendo saídos de filmes de ficção científica: carros voadores nos céus das metrópoles, interações homem-máquina, a bioética, a redução gradual douso de combustíveis fósseis e a pauta ESG (Environmental, Social and Governance).

É famosa a frase de Émile Durkheim de que o Direito segue o Fato Social. Pois bem, com tantas novidades surgindoe num ritmo cada vez mais acelerado, é de vital importância que a academia, os legisladores e nós, operadores do direito,se apressem na busca pela regulação do Fato Social Tecnológico, para que possamos nos manter sempre na vanguarda do Direito, que é o mote do nosso IAB.

Entre os desafios postos ao IAB nesses primórdios do século XXI, merecem destaque a defesa intransigente das instituições nacionais, o Estado Democrático de Direito, odebate público com respeito às diferenças de opinião, a liberdade econômica e a busca de justiça social, com pauta prioritária nas políticas afirmativas de igualdade racial e de gênero, destacando-se a bem-sucedida política de cotas paraingresso em universidades e carreiras públicas.

Mais do que isso, a justiça social deve ir além dos discursos oficiais e dos gabinetes, para almejar ser uma igualdade material, que faça real diferença na vida das pessoas e não seja apenas uma mera formalidade.

O papel do IAB, acima de tudo, é o de protetor intransigente dos valores e princípios contidos na Carta Constitucional. Para tanto, continuará a fomentar o debate deideias para a implementação dos direitos fundamentais, erguendo uma trincheira contra arroubos antidemocráticos.

O HISTÓRICO 11 DE AGOSTO DE 2022

Há uma semana, nossa sociedade civil mostrou que é umorganismo vivo e que os valores democráticos são inegociáveis.

Num movimento capitaneado pelo meio jurídico, fez grave alerta contra o autoritarismo nos dois manifestos assinados por mais de um milhão de brasileiras e brasileiros, além de entidades corporativas, lidos em 11 de agosto de 2022 nas arcadas do Largo de São Francisco e ecoados nos quatrocantos do país, dia que já entrou para a nossa história como avolta da celebração da democracia, sob a inspiração do mestre Goffredo da Silva Telles Jr., no mesmo dia do ano de 1977.

O nosso IAB participou dessa grande festa cívica que uniu capital e trabalho, com o presidente Sydney Sanches à frente, num movimento de resgate da cidadania e dos símbolos nacionais, ultimamente tão vilipendiados e sequestrados por uma parcela do eleitorado.

AS ELEIÇÕES GERAIS BRASILEIRAS

Daqui a 46 dias exerceremos nas urnas nossa liberdadede escolha, expressando com convicção nosso desejo demudanças. Eleições livres, em urnas eletrônicas comprovadamente seguras, serão o antídoto contra o obscurantismo, o negacionismo, as *fake news* e a autocracia.

Nossa jovem democracia tem resistido aos ataques orquestrados por aqueles que buscam desacreditar a Justiça Eleitoral, que, por sua vez, tem demostrado diuturnamente a confiabilidade e higidez do sistema de votação pelas urnas eletrônicas.

O IAB tem mantido permanente interlocução com o Tribunal Superior Eleitoral e honrará seu papel institucional, para que o processo eleitoral seja conduzido mais uma vez com lisura, agilidade, segurança e transparência.

CONCLUSÃO

A despeito de nossas mazelas, o bicentenário da Independência deve ser comemorado por todos os brasileiros,e no ano que vem, nós advogados, celebraremos os 180 anos, muito bem vividos, do IAB.

Estamos preparando desde já com muito zelo as festividades para celebrar data tão importante para os advogados brasileiros.

Que venham os 180 anos do IAB!

Sergio Francisco de Aguiar Tostes

ARTIGOS

1. A POSSIBILIDADE DE PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL REGULAR A FORMA DE VOTAÇÃO DE NOVO PLANO QUE O EMENDE – O CASO OI

Ana Tereza Basílio[1]
José Roberto de Albuquerque Sampaio[2]

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo estudar as peculiaridades relacionadas ao Caso Oi, em especial, a forma de votação da proposta de aditamento ao plano de recuperação aprovado em assembleia de credores e homologado pelo Juízo competente. Para tanto, revisitar-se-ão os pressupostos e cláusulas que fundamentaram a aprovação do plano de recuperação original do Grupo Oi, bem como os limites e prerrogativas, ali impostos, ao direito de voto do credor *bondholder* qualificado e, sobretudo, se tais disposições violam ou não normas de ordem pública. Na pesquisa, pretende-se empregar, a partir do estudo do caso Oi, o método dedutivo para a análise dos textos e materiais levantados, através de pesquisa bibliográfica e documental. Espera-se, desse modo, contribuir para a melhor compreensão quanto à possibilidade de os credores definirem, consensualmente, o critério de votação, em eventual nova Assembleia Geral de Credores, que venha a alterar plano de recuperação judicial já anteriormente aprovado.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação Judicial. Plano Homologado. Aditamento ao Plano. Critérios de Votação.

1.1 INTRODUÇÃO

A recuperação judicial da Oi foi rica em discussões jurídicas a respeito de temas novos, como foi a questão da mediação – foi o primeiro caso de RJ, em que se debateu este assunto – e outros nem tanto. Um tema que merece destaque, e não entre os não inéditos é a questão que está bem sintetizada no título deste texto.

O Plano Original de Recuperação Judicial do Grupo Oi, devidamente aprovado pelos credores e homologado em 08.01.2018, previa, em sua Cláusula 11.8, a manutenção do direito de petição, voz e voto, dos credores originais, que figuravam na lista de credores, que serviu de base para a votação, na Assembleia de Credores que o aprovou.

A Cláusula 11.8 não foi objeto de irresignação. Com efeito, nenhum credor interpôs qualquer recurso contra a decisão que homologou o Plano Original, com o objetivo de infirmar a legalidade da mencionada disposição.

Até que, no ano de 2020, surgiu a necessidade de apresentação de proposta de Aditamento ao Plano Original de Recuperação Judicial, por parte das empresas recuperandas.

[1] Vice-Presidente da OAB/RJ. Presidente da Comissão de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Instituto dos Advogados Brasileiros. Advogada.
[2] Mestre em Processo Civil pela UERJ. Ex-conselheiro Federal da OAB. Advogado.

Nesse cenário, o juízo recuperacional proferiu decisão, por meio da qual determinou a convocação de Assembleia Geral de Credores (AGC), definindo os critérios, dentre eles, aqueles previstos na Cláusula 11.8, para a participação dos credores, no referido conclave, que visava à votação da proposta de aditamento ao plano de recuperação judicial, apresentada pelas recuperandas.

Houve recurso. Em sede de tutela antecipada, a relatora do recurso, a i. Des. Monica Di Piero, uma das maiores especialista do país no tema, rejeitou o pedido liminar. Dessa forma, na nova Assembleia Geral de Credores, realizada no dia 08.09.2020, foi aplicado o critério de votação estabelecido na Cláusula 11.8 do Plano Original de Recuperação Judicial.

A nova AGC transcorreu regularmente, tendo a grande maioria dos credores presentes ao conclave compreendido, que o aditamento ao plano era vital para a preservação da atividade empresária, exercida pelas recuperandas. Não por outro motivo, a proposta foi aprovada por ampla maioria, com os seguintes quóruns de votação: (i) classe I: 99,86% dos credores; (ii) classe II: 100% dos credores e 100% dos créditos; (iii) classe III: 96,84% dos credores e 68,15% dos créditos; e (iv) classe IV: 99,20% dos credores.[3]

1.2 A HOMOLOGAÇÃO DO PLANO E OS RECURSOS CONTRA ELE OPOSTOS

O aditamento ao plano de recuperação judicial do Grupo Oi, após o devido processamento, foi homologado.

E contra essa homologação, especificamente no tocante ao tema deste trabalho, foram interpostos recursos, que, em resumo, arguiram : (i) a inaplicabilidade do disposto na Cláusula 11.8, uma vez que a referida disposição do plano original teria sido instituída com outra finalidade, que não a de votação de aditamento ao plano; (ii) a inaplicabilidade da Cláusula 11.8 para legitimar o direito de voto aos *bondholders* qualificados, pois tal disposição violaria normas de natureza cogente; (iii) a impossibilidade de participação, na AGC dos *bondholders* qualificados, que optaram por converter seus créditos em ações das recuperandas, pois estes não seriam mais credores e não teriam seus direitos afetados pelo Aditamento ao PRJ; e (iv) a impossibilidade de reconhecimento de direito de voto aos credores *bondholders* qualificados, uma vez que estes, ao se tornarem acionistas das recuperandas, estariam em situação de conflito de interesses.

[3] Segundo informações divulgadas pelo Administrador Judicial, fizeram-se representar na Nova AGC, seja diretamente ou por procuradores, credores representativos de 92,13% dos créditos da classe trabalhista (Classe I), de 100% dos créditos da classe com garantia real (Classe II), de 54,70% dos créditos da classe quirografários (Classe III) e 83,95% dos créditos da classe microempresa (Classe IV). Foram, ainda, sorteados 15 credores para o exercício do direito de voz (3 da Classe I, 1 da Classe II, 10 da Classe III e 1 da Classe IV), além de tal prerrogativa ter sido assegurada àqueles credores detentores de créditos superiores a R$ 500 milhões.

1.3 PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE RECURSAL

A dinâmica da realização da AGC, no dia 8 de setembro de 2020, fez exsurgir uma questão preliminar a ser enfrentada. A esmagadora maioria dos credores das recuperandas estava perfeitamente alinhada com o novo plano estratégico do Grupo Oi. O aditamento foi aprovado por expressiva maioria.

Assim, ainda que os votos dos *bondholders* qualificados fossem desconsiderados, o aditamento ao plano teria sido aprovado. Mais especificamente, mesmo nesse cenário hipotético, a proposta seria aprovada com os votos dos credores titulares de 58,2% dos créditos da respectiva classe.

Enfim, mesmo no cenário, em que prevalecesse a tese de inaplicabilidade da Cláusula 11.8 do plano original, no que se refere ao direito de voto dos *bondholders* qualificados na nova AGC, ou mesmo a alegação de conflito de interesses desses credores, de modo a invalidar o cômputo dos seus votos, o resultado final do conclave não seria alterado.

Os agravos de instrumento interpostos contra a decisão homologatória do aditamento ao plano da Oi, neste aspecto, destarte, perderam o objeto.

Afinal, um recurso que não se presta ao atingimento do objetivo a que se propõe é um recurso desprovido de um dos seus pressupostos intrínsecos, o interesse recursal[4], o que torna impositivo o seu não conhecimento, nos termos do artigo 932, inciso III, do Código de Processo Civil.[5]

1.3.1 A verdadeira gênese da cláusula 11.8

A Cláusula 11.8, que regulou o critério de votação na AGC, em que foi aprovado o aditamento ao plano, tem fundamento, como em outros casos de recuperação judicial – *v.g.*, OGX e OAS - na ideia de manutenção da paridade de forças entre os credores, em relação ao primeiro conclave. Neste sentido, não apenas os *bondholders*, mas todos os credores originários da recuperação judicial, mantiveram o seu direito de voto pelo valor original, independentemente de pagamentos parciais que lhes tenham sido feitos, justamente para garantir que participassem, com a mesma força, de qualquer deliberação que viesse a ajustar ou aditar o plano, que eles aprovaram, no início do processo.

[4] Nesse sentido, citando o mestre José Carlos Barbosa Moreira, Fredie Didier Jr. aduz que "Para que o recurso seja admissível, é preciso que haja utilidade – o recorrente deve esperar, em tese, do julgamento do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela em que o haja posto a decisão impugnada – e necessidade – que lhe seja preciso usar as vias recursais para alcançar este objetivo. A noção de interesse de recorrer é mais prospectiva do que retrospectiva: "a ênfase incidirá mais sobre o que é possível ao recorrente esperar que se decida, no novo julgamento, do que sobre o teor daquilo eu se decidiu, no julgamento impugnado." E, em situações análogas, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é remanosa no sentido de que se impõe o não conhecimento do recurso diante da perda superveniente do objeto (cf. TJRJ, 2ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0075429-07.2019.8.19.0000, rel. des. Maria Isabel Paes Gonçalves, julg. 2.7.2020; TJRJ, 8ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0063654-63.2017.8.19.0000, rel. des. Mônica Maria Costa Di Piero, julg. 11.9.2018; e TJRJ, 8ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0064005-36.2017.8.19.0000, rel. des. Mônica Maria Costa Di Piero, julg. 17.4.2018).

[5] "Art. 932. Incumbe ao relator: (...) III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida".

Tal cláusula, aliás, é muito comum em planos de recuperação, nos quais parte dos créditos sujeitos à recuperação são convertidos em ações da recuperanda. E isso, mais uma vez, por uma razão singela, de fácil compreensão: não seria razoável imaginar que determinados credores aceitassem converter seus créditos, em ações de uma companhia recuperanda, se esta pudesse, a qualquer tempo, sem anuência desta categoria de credores, aditar seu plano, para alterá-lo, mediante deliberação de nova AGC, prejudicando assim as métricas que informaram e justificaram a proposta oferecida aos credores que se transformaram em acionistas ou, de algum modo, mantiveram o interesse no soerguimento da empresa recuperanda.

Aliás, no caso do plano do Grupo Oi, a manutenção da paridade de forças se mostrou ainda mais justificável, pois os mesmos credores que converteram partes dos seus créditos financeiros, em ações da Oi S.A., nela injetaram mais de R$ 4 bilhões, em dinheiro novo. Esta, portanto, é a realidade histórica da longa negociação, que demandou mais de 12 meses, e que foi conduzida pela administração do Grupo Oi e seus principais credores entres 2016 e 2017. O conhecimento de todo este histórico torna fácil a compreensão dos fundamentos da Cláusula 11.8 do plano original.

Acerca do surgimento da citada Cláusula 11.8, os Professores Manoel Justino Bezerra Filho e Luiz Roberto Ayoub, em pareceres elaborados, especificamente para o caso Oi, esclareceram que se tratou de medida reclamada, pelos *bondholders*, como compensação para abdicarem da confortável posição de credores investidores para, então, virem a se tornar também sócios partícipes das sociedades em recuperação, com todos os riscos inerentes ao negócio[6].

[6] Sobre o tema, Manoel Justino Bezerra Filho: "31. Com efeito, abdicar parcialmente da condição de credor investidor (bondholder) para assumir também a condição de sócio (shareholder), foi decisão que apenas beneficiou a universalidade dos credores, na medida em que viabilizou bilionária redução do endividamento das recuperandas. Os bondholders saíram da confortável condição de credores investidores tornando-se também sócios partícipes, a correr todos os riscos do negócio, riscos dos quais estavam isentos na condição de não sócios. Esta possibilidade de participar desta mudança foi aceita pelos bondholders e acatada pela universalidade dos credores. Os bondholders é que demonstraram sua preocupação com a manutenção do equilíbrio econômico das devedoras e resolveram correr o risco.
32. Ao deixar de ser exclusivamente credor investidor e passar também a sócio das recuperandas, cada bondholder passou a correr o risco de sofrer as limitações do parágrafo 2º do art. 83 da LREF pois, em caso de convolação em falência, pode perder o direito de opor à massa valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital. Também em caso de convolação, os bondholders poderiam sofrer as consequências do inc. II do art. 116, pois poderiam ter cassado o direito de retirada ou de recebimento do valor de suas quotas ou ações.
33. Ainda, em caso de falência, passam a correr o risco de apenas ter a possibilidade de receber qualquer valor na forma do art. 153, combinado com o art. 124, ou seja, apenas receberiam qualquer valor depois que todos os credores fossem pagos integralmente com juros e correção calculados até o dia do efetivo pagamento. Claro que os bondholders, também com assistência jurídica qualificada, sabiam de todos esses "prejuízos" que sofreriam a partir da transformação, sabiam de todos os riscos que estavam assumindo e avaliaram se interessava ou não, a eles, a operação de transformação de parte dos respectivos créditos em ações.
34. Por isto mesmo é que após longas e exaustivas reuniões com os interessados, propuseram deixar parcialmente a posição na qual se encontravam e acederam ao desejo de todos os interessados, de transformar parte de seus créditos em ações mediante determinadas condições, uma delas a de que todos os credores concursais conservassem o direito de voz e voto em qualquer AGC futura, que viesse a discutir eventual aditamento ao plano de recuperação que estava sendo aprovado. A universalidade dos credores concordou com esta condição, sem a qual provavelmente (ou certamente) não teria havido a transformação em ações".

A inclusão desta cláusula, nestas circunstanciais, parece-nos razoável e justa, na medida que aqueles que assumiram o risco do negócio e ainda injetaram dinheiro novo, têm todo o interesse em participar da decisão, que poderá mudar a sorte, o futuro da companhia recuperanda, como a mesma representatividade, o mesmo peso de voto. Ainda mais em se tratando de uma deliberação que iria, como de fato foi, no caso Oi, deliberar sobre venda de ativos importantes, com impacto relevante na atividade empresarial.

Lembre-se que o aditamento aprovado mudou o negócio principal do Grupo Oi e redirecionou as suas atividades empresariais, que deixaram de ser a telefonia fixa e móvel, para ser a fibra ótica e outros serviços correlatos.

É bem verdade que, no caso Oi, os credores *bondholders*, que converteram parte de seus créditos em ações, continuaram, em sua esmagadora maioria, como credores, ainda que por valores menores. Esta circunstância, por si, já legitimaria sua participação na AGC, ainda que seu voto tivesse peso menor.

A discussão, no caso Oi, no entanto, não foi se quem deixou de ser credor, porque transformou 100% do seu crédito, em ações, poderia ou não votar. O debate era outro. A questão aqui era se aquele, que converteu parte de seu crédito em ações, votaria pelo valor do crédito original, na forma da cláusula 12.8, ou apenas pelo montante da parte que não foi convertida.

Dado o volume do valor dos créditos convertidos em ações, no caso Oi, em torno de 30 bilhões de reais - para um passivo líquido de 64 bilhões de reais - o quantitativo do crédito, que, como sabido, é contabilizado no *quorum* de votação, poderia ter influência direta no resultado da assembleia.

Deste modo, não se enfrentou a discussão se quem é apenas acionista, à época da segunda AGC, teria legitimidade para votar, em razão de ter sido credor, no momento da realização do primeiro conclave, matéria que merece uma reflexão mais aprofundada, e não será objeto deste trabalho. Quem não tinha mais crédito, quando se realizou a segunda AGC, não constou da lista de credores aptos a votar.

No mesmo sentido, Luiz Roberto Ayoub: "161. O exemplo dos Credores Quirografários dos Bondholders é esclarecedor, uma vez que a mudança decorrente da conversão de seus créditos em títulos de dívidas da recuperanda não desnatura a sua qualidade de credor e nem atrai a incidência do art. 43 da Lei 11.101/2005121, já que se trata de acionistas e não de sócios, o que autoriza o tratamento dispensado a eles com a manutenção dos direitos de petição, voz e voto.
162. Portanto, caso ainda permaneçam com ações e/ou bonds, os Credores Quirografários dos Bondholders votarão pela integralidade de seus créditos originários, como se passa a demonstrar na resposta ao próximo quesito. (...)
175. Portanto, se o mesmo credor terá reconstituídos os seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas se porventura houver a convolação da recuperação judicial em falência, também o terá em eventual proposta de aditamento ao plano, já que se trata do mesmo racional, mantendo o seu interesse e garantindo os seus direitos nas condições originais, além de evitar condutas oportunistas que visam à concentração de créditos para efeitos de votação.
176. Assim, entendo que todos os credores do Grupo Consulente, ainda que não integralmente pagos e com direito de voto, ou que demonstrem interesse, repita-se, deverão exercer esse direito com base no valor original de seus créditos (considerado quando da primeira assembleia-geral), independentemente de eventual quitação parcial dos respectivos valores devidos."

Vale ressaltar, ainda, que, conforme placitado na jurisprudência, a novação – e, consequentemente, a quitação dela decorrente - prevista no art. 59 da Lei nº 11.101/2005 é *sui generis*[7], na medida em que sujeita a uma condição resolutiva, que pode se implementar durante o prazo de supervisão estabelecido no art. 61 da referida Lei. Tanto **é assim, que, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a extinção das obrigações originais, sujeitas à recuperação judicial, não ocorre automaticamente, com a aprovação do plano, na medida em que a novação prevista no art. 59 é peculiar e pode ser revertida**[8].

A Cláusula 11.8, em foco, não tem apenas justificativa legal, como será melhor explicitado adiante. Alicerça-se, antes de mais nada, em fundamento ético e moral.

1.3.2 Os recursos e a cláusula 11.8

Os recursos que discutiram, no caso Oi, acerca da definição dos critérios para votação, na nova assembleia geral de credores do Grupo Oi, afirmaram, em síntese, que os *bondholders* qualificados, aqueles que converteram parte de seus créditos em ações, não teriam direito a voz e voto na nova assembleia, uma vez que (i) as disposições da Cláusula 11.8 do plano original seriam ilegais e inaplicáveis; (ii) não possuiriam mais créditos, pois estes foram convertidos em ações por força do plano original; e (iii) haveria conflito de interesses, pois os *bondholders* passaram a ser acionistas do Grupo Oi.

Sustentou-se, ainda, que os credores, cuja forma de pagamento dos créditos não tenha sido alterada pelo Aditamento ao PRJ, também não poderiam votar na nova Assembleia, o que se aplicaria, do mesmo modo, aos credores *bondholders*.

Para a melhor compreensão do tema, vale transcrever o teor da indigitada cláusula 11.8, que assim dispõe:

---

[7] Nesse sentido, inter alia: "(...) 1. A argumentação contida no recurso especial não possui elementos suficientes para infirmar as razões colacionadas no aresto objurgado, pois não ataca especificamente os fundamentos utilizados pelo Tribunal local para dirimir a controvérsia, o que impõe o não conhecimento da pretensão, a teor do entendimento das Súmulas 283 e 284 do STF, ante a deficiência na motivação e a ausência de impugnação a fundamento autônomo. 2. O "plano de recuperação judicial opera uma novação sui generis e sempre sujeita a condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano, circunstância que a diferencia, sobremaneira, daqueloutra, comum, prevista na lei civil". (REsp 1.333.349/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 02/02/2015) 3. Agravo interno não provido" (AgInt nos EDcl nos EDcl no AREsp 952.727/RS, 4ª T., Ministro SALOMÃO, j. 11.9.2018, DJe 17.9.2018).

[8] A esse respeito: "De plano, cumpre afastar, peremptoriamente, a argumentação expendida pelas recorrentes, no sentido de que a novação operada pela homologação do plano de recuperação judicial importaria, por si, na imediata extinção da obrigação principal originária e, por conseguinte, das garantias àquela ofertadas, pois, concebidas como obrigação acessória. Efetivamente, a novação operada pela recuperação judicial guarda significativas particularidades, a distinguir, substancialmente, da novação civil, prevista nos arts 364 e seguintes do Código Civil. Como é cediço, a "extinção das obrigações", decorrente da homologação do plano de recuperação judicial encontra-se condicionada ao efetivo cumprimento de seus termos. Não implementada a aludida condição resolutiva, por expressa disposição legal, "os credores terão reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas" (art. 61, § 2º, da Lei n. 11.101/2005)". (trecho do voto do Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE no julgamento do REsp 1532943/MT, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 10/10/2016).

> 11.7. Modificação do Plano. Aditamentos, alterações ou modificações ao Plano podem ser propostas a qualquer tempo após a Homologação Judicial do Plano, desde que tais aditamentos, alterações ou modificações sejam (i) submetidos à votação na Assembleia de Credores, observando-se o quórum requerido pelos artigos 45 e 58, caput e §1º, da LFR.
>
> 11.7.1. Efeito Vinculativo das Modificações do Plano. Os aditamentos, alterações ou modificações ao Plano vincularão o GRUPO OI, seus Credores Concursais e seus respectivos cessionários e sucessores, a partir de sua aprovação pela Assembleia de Credores na forma dos artigos 45 ou 58 da LFR. (...)
>
> 11.8. Manutenção do Direito de Petição e Voz e Voto em Assembleia de Credores. Para fins deste Plano e enquanto não verificado o encerramento da Recuperação Judicial, os Credores --- inclusive os Credores Quirografários Bondholders Qualificados que venham a converter parte de seus Créditos Quirografários Bondholders Qualificados em capital da Oi na forma do Aumento de Capital – Capitalização de Créditos--- preservarão o valor e quantidade de seus Créditos Concursais para fins de direito de petição, voz e voto em toda e qualquer Assembleia de Credores posterior à Homologação Judicial do Plano, independentemente da conversão dos Créditos Quirografários Bondholders Qualificados em Novas Ações Ordinárias – I e respectiva quitação.

Como se vê, para fins de aferição do direito de voz e voto, em nova assembleia geral de credores, no caso Oi, deveria ter sido observado, como de fato foi, o disposto na Cláusula 11.8 do plano original, que previu critérios para a votação. Por esta cláusula, o *quorum* de votação da primeira AGC deveria ser preservado, salvo as exceções previstas no referido dispositivo contratual.

Sobre o tema, o professor Luiz Roberto Ayoub, em parecer elaborado a respeito do caso, abordou os aspectos referentes à legalidade e aplicabilidade da Cláusula 11.8 do plano original, tendo concluído que não há "qualquer ilicitude que macule o citado dispositivo, pois o mesmo, além de não se enquadrar em nenhuma das limitações acima listadas e nem em qualquer outra norma, cuida de direito disponível e, por isso, aberto, livremente, à negociação pelas partes".

No mesmo sentido é o parecer elaborado pelo professor Manoel Justino Bezerra Filho, que também conclui pela plena licitude e eficácia da Cláusula 11.8 do plano original. O referido jurista assinala, expressamente, que a referida cláusula, "após ter sido aceita por todos os credores que formaram a maioria necessária para a aprovação do plano, passou a fazer parte integrante das normas econômicas que fixaram os parâmetros do contrato firmado nos autos da recuperação judicial".

Outro ponto. À época da homologação do plano original não houve qualquer impugnação. Nenhum credor interpôs qualquer recurso contra a decisão que homologou o plano original, com o objetivo de infirmar a legalidade da indigitada Cláusula 11.8. Somente passados quase três anos da homologação do plano original, houve irresignação, através de recurso. Tal pretensão recursal, à toda evidência, encontra-se evidentemente fulminada

pela preclusão. E a inequívoca preclusão da matéria, inclusive, foi reconhecida pela e. Desembargadora Relatora, ao indeferir o pedido de efeito suspensivo a recurso, postulado por um credor.[9]

1.4 DIREITO DISPONÍVEL QUE PODE SER OBJETO DE NEGOCIAÇÃO, NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Para alicerçar sua tese de que a votação, na forma da Cláusula 11.8, violaria a ordem pública, credores do Grupo Oi afirmaram, ainda, que o critério de votação, na nova AGC, não poderia ser objeto de negócio jurídico. Tratar-se-ia de norma de ordem pública, de natureza cogente, regulada no art. 39 da LFR.

No entanto, tal premissa não encontra respaldo na lei. O direito de voz e voto, previsto no citado dispositivo legal, é claramente disponível. O credor não é obrigado a votar. Vota se quiser e como quiser. Ainda mais em se tratando de uma segunda AGC. Os credores, manifestando sua vontade livre, estipularam, no plano original, a forma pela qual seria votada a aprovação de eventual aditamento ao plano, inexistindo, assim, qualquer violação à ordem pública.

Sobre o conceito de normas de ordem pública, é precisa a lição histórica de Clóvis Bevilaqua: "são as que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito".[10]

Ainda sobre o tema, Carlos Maximiliano também leciona que "a distinção entre prescrições de ordem pública e de ordem privada consiste no seguinte: entre as primeiras, o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o fim principal do preceito obrigatório; é evidente que apenas de modo indireto a norma aproveita aos cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo; e quando o preceito é de ordem privada sucede o contrário: só indiretamente serve o interesse público, à sociedade considerada em seu conjunto; a proteção do indivíduo constitui objetivo primordial".[11]

Deste modo, *s.m.j.*, a Cláusula 11.8 do plano original não viola qualquer norma de ordem pública ou de natureza cogente, na medida em que simplesmente disciplina a maneira pela qual os credores exercerão o seu direito de voto, em uma segunda AGC, para deliberação acerca de emenda a Plano de Recuperação Judicial já aprovado e homologado.

---

[9] "A decisão recorrida examinando de forma apropriada e devidamente motivada a matéria posta nos autos, foi expressa ao afirmar que a cláusula 11.8., do PRJ, foi devidamente aprovada pela assembleia geral de credores e o plano de recuperação judicial devidamente homologado pelo juízo recuperacional. Registrou, ainda, o julgado embargado, que a decisão de homologação judicial do plano de recuperação foi desafiada por Recursos de Agravo de Instrumento interpostos por alguns credores, os quais não suscitaram qualquer vício em relação a cláusula 11.8., do PRJ, a qual foi mantida incólume e, portanto, válida e eficaz. Enfatizou, assim, a decisão embargada, em sede de cognição perfunctória, que restou preclusa, ao que parece, a aventada ilegalidade no critério de votação estabelecido na cláusula 11.8., do PRJ, na hipótese de realização de qualquer assembleia de credores posterior à homologação judicial do plano de recuperação."

[10] BEVILAQUA, Clovis. Theoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: F.Alves, 1908, p. 15.

[11] MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 2ª Ed. Porto Alegre: Globo, 1933.

Não há, aqui, qualquer interesse público. A questão gira em torno de direitos e obrigações de ordem privada.

O Prof. Luiz Roberto Ayoub, em seu parecer para o caso Oi, é claro ao ressaltar que o disposto na Cláusula 11.8 do Plano Original não encontra limitação em qualquer norma cogente. Embora a Lei nº 11.101/2005 estabeleça limites à liberdade de elaboração do plano de recuperação judicial, a Cláusula 11.8 não dispõe sobre qualquer matéria afeta a tais limitações.[12]

Vê-se, portanto, que se trata de direito disponível, o qual admite autocomposição, em sede de assembleia geral, nos exatos termos do disposto no art. 35, I, 'f', da Lei 11.101/2005. Esse tipo de cláusula não é novidade, no cenário de processos de insolvência. Previsões semelhantes já constaram em outros planos de recuperação judicial, além do caso Oi, como acima já explicitado.

No caso da Eneva S/A e da Eneva Participações S/A (processo nº 0474961-48.2014.8.19.0001, em curso perante a 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro), por exemplo, o plano previu que os credores preservariam o exercício do direito de petição, voz e voto em toda e qualquer Assembleia de Credores posterior à homologação judicial do Plano, independentemente da conversão de parte dos créditos, em participação acionária, e respectiva quitação, enquanto não verificado o encerramento da recuperação judicial.

1.5 PREMISSA EQUIVOCADA: OS CREDORES BONDHOLDERS NÃO FORAM INTEGRALMENTE QUITADOS

Apesar da Cláusula 11.8 prever a possibilidade de exercício do direito de voz e voto aos credores *bondholders* qualificados que tenham convertidos todos os créditos em ações,

[12] "95. Conforme já exposto, a Lei 11.101/2005 estabelece limites à liberdade para elaboração do plano de recuperação. Com efeito, conquanto determinadas regras da lei não sejam postas expressamente como limites ao plano, é certo que elas acabam por constituir limitações a ele.
96. Assim, por exemplo, o plano não pode prever cláusula genérica que autorize o devedor a vender bem do ativo não circulante que não esteja indicado no plano, por conta do disposto no art. 66100. Da mesma maneira, será nula cláusula modificando a classificação legal de créditos que venham a ser admitidos após a aprovação do plano101.
97. A Lei 11.101/2005 também estabelece limites ao tratamento do crédito trabalhista, quando estabelece prazo, em regra, de até 1 ano para o seu pagamento102, limites à supressão ou substituição de garantia real103, limites à alteração da variação cambial para créditos em moeda estrangeira104, limites à supressão de garantias fidejussórias105, limites ao tratamento não homogêneo entre os credores106.
98. São essas, a princípio, as limitações legais impostas às recuperandas quando da elaboração do seu plano de recuperação judicial, razão pela qual e desde que não viole disposição de lei, qualquer outra previsão nele pode constar e ser executado mediante aprovação assemblear. (...)
100. A leitura da citada cláusula não apresenta grandes dificuldades de interpretação. Por meio dela a Consulente garante, enquanto não encerrado o seu processo de recuperação judicial, a manutenção do direito de petição, voz e voto à totalidade de seus credores, observadas as condições originalmente previstas.
101. De acordo com a referida previsão, e na forma do exposto até aqui, não vislumbro qualquer ilicitude que macule o citado dispositivo, pois o mesmo, além de não se enquadrar em nenhuma das limitações acima listadas e nem em qualquer outra norma, cuida de direito disponível e, por isso, aberto, livremente, à negociação pelas partes. 102. Proposto, aprovado e homologado o seu teor, não há que se falar em ilicitude de sua previsão."

os credores que se insurgiram contra a regra desta disposição contratual, no caso Oi, partiram da equivocada premissa de que os referidos credores já teriam sido integralmente quitados, e por isso não poderiam participar da assembleia geral de credores realizada.

No entanto, nenhum credor *bondholder* qualificado, no caso Oi, teve seus créditos integralmente quitados por força da Cláusula 4.3.3.2 do plano original, pois, além da conversão em ações, parte de seus créditos seriam convertidos em novas *notes*, a serem pagas dentro do prazo de 84 (oitenta e quatro meses), nos termos da Cláusula 4.3.3.3, (c), do Plano Original.

Especificamente quanto ao direito de voto dos credores que tiveram seus créditos convertidos, em ações do Grupo Oi, por força da aprovação e homologação do Plano Original, o Prof. Luiz Roberto Ayoub, esclareceu que os credores *bondholders* qualificados, que optaram por converter seus créditos em ações da Oi S.A., continuaram a ostentar a qualidade de credores, para efeito do exercício dos direitos de petição, voz e voto, na nova Assembleia Geral de Credores.[13]

No mesmo sentido, o Prof. Manoel Justino Bezerra Filho também afirmou que permanece o direito de voto dos credores *bondholders* que não tenham sido integralmente pagos, ou que, mesmo integralmente pagos, ainda possuam interesse na recuperação judicial do Grupo Oi, conforme previsto na Cláusula 11.8 do Plano Original.[14]

Os credores que, após a primeira AGC, por qualquer razão, deixaram de ser acionistas e credores, no caso Oi, não tiveram direito de voz e voto. Para participar da segunda AGC, foi exigida a comprovação da condição de acionista e credor, por parte do interessado.

1.6 POSSIBILIDADE DE PACTUAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Há que se destacar, ainda, que o art. 190, *caput* e §º único, do Código de Processo Civil ("CPC"), deu maior extensão, no ordenamento jurídico pátrio, à possibilidade de as partes envolvidas, em processo judicial, pactuarem, nos casos que admitam autocomposição, como em uma recuperação judicial, mudanças no procedimento geral previsto em lei.[15]

---

[13] "161. O exemplo dos Credores Quirografários dos Bondholders é esclarecedor, uma vez que a mudança decorrente da conversão de seus créditos em títulos de dívidas da recuperanda não desnatura a sua qualidade de credor e nem atrai a incidência do art. 43 da Lei 11.101/2005121, já que se trata de acionistas e não de sócios, o que autoriza o tratamento dispensado a eles com a manutenção dos direitos de petição, voz e voto."

[14] "45. A situação do credor que transforma parte de seu crédito em ações, com isso colaborando para o sucesso da recuperação judicial, é exatamente a situação em que aqui estão os bondholders. Discutiram com todos os credores a fórmula, aceita por todos, de transformar seus créditos de investidores em ações e, pela posição mais desvantajosa em que vieram a ficar com esta operação, todos os credores concursais concordaram que manteriam o direito de voz e voto para qualquer assembleia geral de credores futura, que viesse a deliberar sobre qualquer matéria, conforme consta da cláusula "11.8" do plano original.
46. Ressalte-se, uma vez mais, que não se trata de cláusula inserida sub-repticiamente no plano. Foi cláusula exaustivamente discutida e burilada por todos os credores, que entenderam a justiça do tratamento igualitário aos credores concursais, incluindo os bondholders, ainda que tivessem trocado parte dos respectivos créditos por ações, assumindo também a condição sócio".

[15] "Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre

Nesse mesmo sentido são os Enunciados nºs 257 e 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, segundo os quais, "o art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças, no procedimento, quanto convencionem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais" e "as partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa".

Assim, além de não violar qualquer norma de ordem pública, a Cláusula 11.8 do plano original deve ser concebida como um negócio jurídico processual, perfeitamente válido e eficaz, celebrado pelas recuperandas e seus credores, no âmbito da primeira assembleia geral de credores. Em seu parecer, Luiz Roberto Ayoub reforça essa conclusão.[16]

Dessa forma, também sob a ótica processual, a Cláusula 11.8 do plano original não comporta qualquer questionamento, na medida em que perfeitamente admissível, à luz do que dispõe o artigo 190 do Código de Processo Civil.

os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo." Sobre o tema: "Há a possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos, lastreados na cláusula geral de negociação sobre o processo, previsto no art. 190, CPC, ora comentado. O art. 190 é a principal concretização do princípio do respeito ao autoregramento processual, que é a dimensão processual do princípio da liberdade. (...)
O caput do art. 190 do CPC é uma cláusula geral da qual se extrai o subprincípio da atipicidade da negociação processual. Subprincípio, porque serve à concretização do princípio de respeito ao autoregramento da vontade no processo. Dessa cláusula geral, podem advir diversas espécies de negócios processuais atípicos. Embora o legislador tenha usado o verbo "convencionar" tanto no caput quanto no parágrafo único, a cláusula geral permite negócios processuais, gênero de que as convenções são espécies, conforme visto. O negócio processual atípico tem por objeto as situações jurídicas processuais – ônus, faculdade, deveres e poderes ("poderes", neste caso, significa qualquer situação jurídica ativa, o que inclui direitos subjetivos, direitos potestativos e poderes propriamente ditos). O negócio processual atípico também pode ter por objeto o ato processual – redefinição de sua forma ou da ordem de encadeamento dos atos, por exemplos". (DIDIER, Fredie. Art. 190. In: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 310.)

[16] "109. Outro fundamento que também afasta qualquer alegação de ilicitude na referida cláusula é o que dispõe o art. 190 do NCPC109. O citado dispositivo disciplina o denominado negócio jurídico processual, ou seja, a possibilidade de contratualização das normas de procedimento. Vale consignar que a disponibilidade processual diz respeito aos atos a serem praticados pelas partes e deve ser submetida à homologação judicial.
110. Por força do referido artigo, as partes estão autorizadas a modificar procedimentos para adequá-los às suas realidades e necessidades, convencionando sobre faculdades, direitos e deveres.
111. Na hipótese ora analisada, quando da votação do plano, o teor da cláusula 11.8 foi apresentado aos credores, que deliberaram pela sua permanência no instrumento. Portanto, dada a aplicação supletiva das normas processuais ao processo de recuperação judicial, autorizado pelo art. 189 da Lei 11.101/2005, forçoso é reconhecer a licitude do que dispõe da cláusula 11.8 do plano de recuperação judicial do grupo Consulente, seja porque cuida de direito que admite autocomposição, seja porque regularmente homologada pelo juízo competente.
112. Assim, tendo em vista que o negócio jurídico havido entre sociedades recuperandas e credores é "lei entre as partes", uma vez homologado, somente nova manifestação dos envolvidos, por meio da instalação de deliberação assemblear, tem o condão de revisitá-la, devendo ser novamente submetido a posterior exame jurisdicional, sob pena de odiosa insegurança jurídica e instabilidade processual.
113. Portanto, inexistindo ilicitude, como de fato inexiste, a observância e o cumprimento da cláusula 11.8 é medida que se impõe, inclusive para deliberação de um possível aditamento ao plano originário, pois impede que o faça alheio àqueles que originariamente votaram para a aprovação do plano, mas que tenham atingida a sua esfera de interesse, como se demonstrará em momento oportuno."

1.7 ADITAMENTO AO PLANO INTRODUZ ALTERAÇÕES SIGNIFICATIVAS NAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS DAS RECUPERANDAS: AFETAÇÃO DOS DIREITOS E INTERESSES DE TODOS OS CREDORES DO GRUPO OI

Os credores insurgentes alegaram, também, que não teriam direito de voto os credores cuja condição de pagamento não seja diretamente alterada pelo aditamento ao plano. Não é esta, contudo, a melhor alternativa interpretativa para o contexto do caso Oi.

Como consignado pelo Prof. Luiz Roberto Ayoub, em seu parecer, para a incidência do artigo 45, §3º, da Lei nº 11.101/2005, se faz necessário não apenas que a forma de pagamento do crédito, em si, seja alterada. Sua aplicação se dá, de igual modo, e inexoravelmente, se as alterações a serem deliberadas, em assembleia geral de credores, afetarem, de algum modo, o interesse financeiro e jurídico dos credores, ainda que de forma indireta.[17]

No caso do Grupo Oi, a emenda do plano tratou, além de mudanças pontuais nas condições de pagamento de alguns credores, da venda dos ativos mais valiosos da companhia e da mudança de seu *core business.* O grupo Oi, como sabido, vendeu seu negócio de telefonia e passou a investir em fibra ótica.

Ora, se as alterações propostas são relevantes, o que é inegável no caso Oi, deve ser garantido a todos os credores, a quem a Lei nº 11.101/2005 e o plano original atribuem o direito de voto, o direito de participar regularmente da nova AGC. Em outras palavras, as modificações previstas, no aditamento ao plano, implicaram, por certo, em alterações no cenário fático, jurídico e econômico do plano original do Grupo Oi, o que justificou, sem sombra de dúvidas, o interesse dos credores *bondholders* qualificados e dos demais credores com direito de voto, nos termos da Lei nº 11.101/2005 e do plano original, ainda que não houvesse alteração específica na forma de pagamento de seus respectivos créditos, em ver garantida a sua participação efetiva, na nova AGC.

---

[17] "Por essa razão, como também já expus em meu livro, compartilho da opinião sustentada por Adalberto Simão Filho, segundo a qual "a melhor interpretação que se faz ao dispositivo em comento se dá em caráter restritivo, de modo a possibilitar a votação a todos os credores que demonstrem de alguma forma o seu interesse, mesmo não tendo havido modificação no valor de seu crédito ou nas condições de pagamento".
145. Isso porque o interesse do credor não é meramente econômico, também é jurídico e financeiro, e isso faz toda diferença caso a matéria a ser objeto de deliberação atinja tais esferas de interesse. Vejamos.
146. O interesse econômico do credor diz respeito à situação contábil do seu crédito, ou seja, a garantia de que ele não sofrerá alterações em seu valor e condições de pagamento. Nessa perspectiva, de fato não haveria necessidade de chamamento do credor para deliberar sobre a matéria. No entanto, repita-se, o interesse do credor não é meramente econômico.
147. O credor também possui interesse financeiro para a garantia do seu crédito, que diz respeito ao caixa da empresa, ou melhor, diz respeito aos rendimentos e às despesas que a recuperanda apresenta ao longo de um período determinado, o que constitui seu orçamento, podendo ser positivo ou negativo. Portanto, se a matéria a ser deliberada envolve recursos disponíveis da recuperanda para cobrir suas obrigações vencidas e as contas a pagar do período, resta demonstrado o interesse financeiro do credor na sua deliberação. (...)
Por fim, há de se ressaltar o manifesto interesse jurídico do credor, que independe da manutenção do valor e condições do seu crédito, já que se consubstancia pela possibilidade de ser afetado, juridicamente, pela deliberação de aditamento ao plano de recuperação ao qual não participou, dada a manifesta relação jurídica integrada em razão de a matéria deliberada poder influir, favorável ou desfavoravelmente, sobre a posição jurídica do credor ausente.
151. Portanto, demonstrado o evidente interesse jurídico e financeiro, não deve ser negado o direito de voto e de ser considerado para fins de verificação de quórum de deliberação ao credor que não tiver por ela alterado o valor e as condições do seu crédito.".

Neste mesmo sentido, o BNDES, um relevante credor do Grupo Oi, defendeu seu direito de voz e voto na Nova AGC que aprovou o aditamento ao plano do Grupo Oi, conquanto, no novo plano, não houve alteração da fórmula de pagamento da classe de credores a qual pertencia, na medida em que o aditamento veiculava importantes alterações, não apenas acerca de alienação de ativos, por meio de UPIs, mas também, quanto à flexibilidade de acesso ao mercado de capitais, em geral, para buscar dinheiro novo, para financiar o plano estratégico de investimento do Grupo Oi em fibra ótica, seu novo foco de negócios.

O professor Luiz Roberto Ayoub e o respeitável jurista Cássio Cavalli, há muito, em sede doutrinária, já defendiam que o disposto no art. 45, §3º, da LRF deve ser interpretado restritivamente, de modo a "possibilitar a votação a todos os credores que demonstrem de alguma forma o seu interesse, mesmo não tendo havido modificação no valor do seu crédito ou nas condições de pagamento".[18]

Assim, não restam dúvidas quanto à necessidade de se resguardar o direito de voz e voto aos credores, cujo interesse, nas deliberações da nova AGC, seja mantido, nos exatos termos da Cláusula 11.8 do plano original e da Lei nº 11.101/2005, à vista na mudança estrutural de magnitude tamanha, que representava uma mudança nos rumos dos negócios do Grupo Oi, o que, sem dúvida, impacta na garantia do pagamento de todos os créditos.

Ainda mais porque, no aditamento ao PRJ do Grupo Oi, há previsão de exclusão da Cláusula 11.8, o que afeta diretamente os direitos dos credores que dela se beneficiavam.

1.8 INEXISTÊNCIA DE CONFLITO DE INTERESSES

Os credores insurgentes alegaram que, como os credores *bondholders* qualificados teriam se tornado acionistas do Grupo Oi, não estariam autorizados a participar das deliberações, na nova AGC, na qualidade de credores, em razão de suposto conflito de interesses.

O art. 43 da Lei nº 11.101/2005 é claro quanto à vedação ao direito de voz e voto apenas para os sócios, cuja participação acionária, supere 10% (dez por cento) do capital social da recuperanda, o que não era o caso dos credores *bondholders* qualificados, no caso Oi.[19]

[18] "Parte da doutrina entrevê nesse dispositivo a regra geral de que somente se legitimarão a votar aqueles credores que tiverem interesse na deliberação. Entretanto, fosse esse o fundamento, não se justificaria a supressão do direito de voto prevista no art. 45, § 3°, da LRF, já que o plano de recuperação judicial pode, a um só tempo, deixar intocado crédito sujeito à recuperação – com o que esse crédito conservará as condições originalmente contratadas (art. 49, § 2°, da LRF) – e prever a transferência de todos os seus ativos, que constituem, afinal, a garantia patrimonial de satisfação dos credores. Com efeito, a norma do art. 45, § 3°, "pode gerar uma distorção sistêmica no que tange à interpretação da regra, onde se poderia chegar ao absurdo no sentido de que toda e qualquer vez que um plano de recuperação judicial não modificar o valor de crédito, os credores não teriam direito de voto por faltar-lhes interesse". Por essa razão, compartimos da opinião sustentada por Adalberto Simões Filho, segundo o qual "a melhor interpretação que se faz ao dispositivo em comento se dá em caráter restritivo, de modo a possibilitar a votação a todos os credores que demonstrarem de alguma forma o seu interesse, mesmo não tendo havido modificação no valor do crédito ou nas condições de pagamento." (A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas/ Cássio Cavalli; Luiz Roberto Ayoub – 3ª ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. fls. 292/293).

[19] Agravo de Instrumento nº: 0063670-17.2017.8.19.0000: "(...) 19. Assim, o exercício do direito de voto seria vedado apenas aos credores que detenham participação acionária superior a 10% das ações emitidas pela sociedade em recuperação judicial, sendo certo que aqueles acionistas que não detêm participação proeminente (acima de 10% do capital social) não estão impedidos de participar e deliberar sobre plano de recu-

Nesse sentido, o Prof. Luiz Roberto Ayoub expõe, em seu parecer, que "a mudança decorrente da conversão de seus créditos em títulos de dívidas da recuperanda não desnatura a sua qualidade de credor e nem atrai a incidência do art. 43 da Lei 11.101/2005, já que se trata de acionistas e não de sócios, o que autoriza o tratamento dispensado a eles com a manutenção dos direitos de petição, voz e voto". E, diante do disposto na Cláusula 11.8 do Plano Original, conclui que "caso ainda permaneçam com ações e/ou bonds, os Credores Quirografários dos Bondholders votarão pela integralidade de seus créditos originários".

Vale lembrar que, no julgamento do agravo de instrumento nº 0063670-17.2017.8.19.0000 (Rel. Des. Monica Maria Costa Di Piero, 8ª Câmara Cível do TJ/RJ, J. em 19/2/2019), relativo à primeira AGC, no caso Oi, restou decidido que somente estariam impedidos de votar na AGC aqueles acionistas com participação superior a 10% do capital social das recuperandas, o que foi respeitado pelo i. administrador judicial ao presidir a nova AGC.

Inexistindo, então, conflito formal de interesses, resta saber se haveria conflito material. Como há muito sedimentado na jurisprudência,[20] tal espécie de conflito não impede o exercício do direito de voto e deve ser comprovado pela parte que o alega a *posteriori*.

A parte que se sentir prejudicada, com a deliberação tomada em assembleia, deverá, efetivamente, comprovar, credor a credor, eventual conflito de interesses após o exercício do direito de voto, no conclave. Sem essa prova, não há que se falar em qualquer vício de deliberação, não sendo, portanto, suficiente a alegação genérica, e carente, no sentido de que "*bondholders*" – sem identificar quais dentre os inúmeros credores seriam abarcados por este termo – agiriam em conflito de interesses, no exercício daquele direito.

Entendimento contrário significaria dizer que qualquer credor do Grupo Oi, que tivesse adquirido ações preferenciais, por menor que fosse a participação, não estaria legitimado a votar, na assembleia geral de credores. Trata-se de interpretação que viola, inclusive, o tratamento igualitário a ser conferido aos credores, e restringe, de forma injustificada, a participação no conclave, que deve ser a mais ampla possível, a fim de preservar o interesse de todos os envolvidos, no processo de recuperação judicial.

peração, eis que não atuam na administração da companhia".

[20] O conflito material de interesses deve ser analisado "a posteriori", analisando-se o conteúdo do voto e as circunstâncias fáticas em que foi proferido. "A existência de conflito constitui uma 'quaestio facti', nas palavras de Eizirik (1998, p. 109), a ser apreciada caso a caso, após o exame da deliberação" (MARCELO LAMY REGO). Assim, na recuperação, judicial ou extrajudicial, as hipóteses do "caput" do art. 43 da Lei 11.101/05 devem ser analisadas à luz do caso concreto, buscando-se identificar vantagem concreta auferida pelo credor com relação negocial com a recuperanda, para assim caracterizar o efetivo conflito de interesses e consequente impedimento de voto. (TJ/SP; Ap. Cív. 1071904-64.2017.8.26.0100; Rel. (a): Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais; j. 27.11.2019). No mesmo sentido: (TJ/SP; AI 2050871-39.2019.8.26.0000; Rel.: Cesar Ciampolini; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Caçapava - 1ª Vara Civel; j. 4.12.2019).

1.9 CONCLUSÃO

A recuperação judicial do Grupo Oi é um caso que se tronou emblemático. Inovador em muitos aspectos, como demonstrado nesta obra, a RJ da Oi foi palco de inúmeras discussões importantes, alguma delas ainda pendentes de uma palavra final, já que não há jurisprudência pacificada sobre diferentes temas, nela enfrentados.

O debate sobre o tema, objeto deste texto, qual seja a possibilidade de os credores definirem o critério de votação, em eventual nova Assembleia Geral de Credores, que venha a alterar plano de recuperação judicial já anteriormente aprovado, embora não tenha representado nenhuma novidade, no cenário jurídico nacional – os planos de recuperação judicial da OAS, OGX já continham previsão desta natureza, antes da RJ do Grupo Oi – gerou um debate muito produtivo sobre o tema.

Como visto acima, a nosso ver, cláusula que venha a prever os critérios, para votação de emenda a plano, seria válida, em resumo porquanto:

i) A inclusão desta cláusula, nas circunstâncias do caso Oi, parece-nos razoável e justa, na medida em que aqueles que assumiram o risco do negócio, ao converterem parte de seus créditos, em ações e, ainda, injetaram dinheiro novo na companhia, mantendo sua condição de credor, com menor peso, têm todo o interesse em participar da decisão que poderá mudar a sorte do futuro da companhia recuperanda. Ainda mais em se tratando de uma deliberação que iria, como de fato foi, no caso Oi, deliberar sobre venda de ativos importantes, com impacto relevante, na atividade empresarial.

ii) Não há qualquer ilicitude que macule cláusula de PRJ que regule a forma de votação de sua emenda, pois não se enquadra em nenhuma das limitações legais impostas aos credores, quando deliberam sobre a aprovação do plano recuperacional, além de cuidar-se de direito disponível e, por isso, aberto, livremente, à negociação pelas partes.

iii) Nenhum credor *bondholder* qualificado, no caso Oi, teve seus créditos integralmente quitados, por força da Cláusula 4.3.3.2 do plano original, pois, além da conversão em ações, parte de seus créditos seriam convertidos em novas *notes*, a serem pagas dentro do prazo de 84 (oitenta e quatro meses), nos termos da Cláusula 4.3.3.3, (c), do plano original, o que demonstra remanescer indiscutível interesse destes credores de participarem da nova AGC;

iv) As modificações previstas, no aditamento ao plano, implicaram, por certo, em alterações no cenário fático, jurídico e econômico do plano original do Grupo Oi, o que justificou, sem sombra de dúvidas, o interesse dos credores *bondholders* qualificados e dos demais credores com direito de voto, nos termos da Lei nº 11.101/2005 e do plano original, ainda que não houvesse alteração específica, na forma de pagamento de seus respectivos créditos, em ver garantida a sua participação efetiva, na nova AGC;

v) Há que se destacar, ainda, que o art. 190, *caput* e §º único, do Código de Processo Civil ("CPC"), deu maior extensão, no ordenamento jurídico pátrio, à possibi-

lidade de as partes envolvidas, em processo judicial, pactuarem, nos casos que admitam autocomposição, como em uma recuperação judicial, mudanças no procedimento geral previsto em lei; e

vi) Inexiste conflito de interesse de acionista/credor, quando a participação acionária não ultrapassar a 10%, nos exatos termos do art. art. 43 da Lei nº 11.101/2005.

Esta é nossa opinião sobre esta questão tão interessante, como tormentosa.

REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clovis**. Theoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: F.Alves, 1908, p. 15.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 24 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 jan. 2023.

CAVALLI, Cássio; AYOUB, Luiz Roberto. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 292/293.

DIDIER, Fredie. Art. 190. *In*: STRECK, Lênio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 310.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 2ª Ed. Porto Alegre: Globo, 1933.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Agravo de Instrumento. Processo Nº 0063670-17.2017.8.19.0000. Recuperação judicial e falência, [...] Oitava Câmara Cível. Relatora: Des. Monica Maria Costa Di Piero, 19 fev. 2019. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000434EA4E7E67C8B655B2A1B67A3FCC84F3C5095A2E1D40&USER=. Acesso em: 24 jan. 2023.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Agravo de Instrumento. Processo Nº 0075429-07.2019.8.19.0000. Recuperação judicial e falência, [...] Segunda Câmara Cível. Relatora: Des. Maria Isabel Paes Gonçalves, 2 jul. 2020. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000474918B34ECA832893BAAB48F53F80775C50C472A4211&USER=. Acesso em: 24 jan. 2023.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Agravo de Instrumento. Processo Nº 0063654-63.2017.8.19.0000. Recuperação judicial e falência, [...] Oitava Câmara Cível. Relatora: Des. Monica Maria Costa Di Piero, 11 set. 2018. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00042CAEA39492610614AD207D6D54BF707EC5085F306106&USER=. Acesso em 24 jan. 2023.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Agravo de Instrumento. Processo Nº 0064005-36.2017.8.19.0000. Recuperação judicial e falência, [...] Oitava Câmara Cível. Relatora: Des. Monica Maria Costa Di Piero, 18 abr. 2018. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000430DB0B005891F2F5F5466A1970AF6B2EC5080B4E2405&USER=. Acesso em: 24 jan. 2023.

SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação. Processo Nº 1071904-64.2017.8.26.0100. Recuperação judicial, [...] Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Des. Cesar Ciampolini, 27 nov. 2019. Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13237769&cdForo=0. Acesso em: 24 jan. 2023.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de Instrumento. Processo Nº 2050871-39.2019.8.26.0000. Recuperação judicial e falência, [...] Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Des. Cesar Ciampolini, 4 dez. 2019. Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13185913&cdForo=0. Acesso em: 24 jan. 2023.

2. O DESAFIO DA UBERIZAÇÃO NO CONTEXTO NEOLIBERAL

Benizete Ramos de Medeiros[21]
Camilla de Lima Ferreira Netto[22]

> "A liberdade não é um luxo dos tempos de bonança; é, sobretudo, o maior elemento de estabilidade das instituições."
>
> *Ruy Barbosa*

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo avaliar em que medida a uberização se caracteriza como um fenômeno inédito e violador dos direitos de segunda dimensão. Nesse sentido, o tema foi desenvolvido abordando as expressões e características do Estado Liberal, Social e Neoliberal, o desenvolvimento da regulamentação trabalhista e os porquês de sua atual flexibilização atrelada ao sistema de produção capitalista e suas crises para buscar entender as precarizações, mormente no *modus* uberizado.

PALAVRAS-CHAVE: Uberização, Direitos sociais, Direito do Trabalho, Neoliberalismo, Flexibilização.

2.1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais do trabalhador estão contemplados na Constituição Federal com grandes avanços na Constituição Cidadã de 1988, tendo como norte a busca progressiva por melhores condições a todo cidadão-trabalhador.

A sociedade presenciou vertiginosa transformação consolidando ao longo das décadas direitos sociais trabalhistas, como também vem assistindo a sua derrocada com diversos projetos neoliberais de desmonte de conquistas importantes e fundamentais na pauta do garantismo mínimo.

O liberalismo econômico possibilitou a livre pactuação das condições de trabalho entre empregados e empregadores. Estes, obstinados à obtenção de grandes lucros, impunham, por conta da sua posição econômica privilegiada, precárias condições de trabalho.

Com o passar do tempo, no entanto, verificou-se que a liberdade conquistada no bojo do Estado Liberal, ao invés de propiciar a almejada igualdade dos cidadãos acabou por acarretar grande desigualdade social.

Esse contexto de desafio social reclamou a intervenção Estatal, nas relações sociais,

[21] Advogada Trabalhista; doutora em Direito e Sociologia; mestre em Direito; professora de graduação e pós graduação stricto sensu(PPGD/UVA); diretora de Educação e assuntos universitários e membro da Comissão de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados Brasileiros: IAB; membro da Escola Superior da Advocacia Trabalhista da ABRAT;; diretora e ex-presidente da Associação Luso-brasileira de Juristas do Trabalho: JUTRA.

[22] Advogada. Mestranda em Direito pelo programa PPGD da Universidade Veiga de Almeida.

políticas e econômicas da sociedade, no que se chamou de Estado de Bem-estar Social, estabelecendo-se pactos importantes para um maio equilíbrio.

Entretanto, as crises econômicas fizeram com que o Estado perdesse a sua capacidade intervencionista, o que motivou a sua desoneração na prestação de bens e serviços públicos e a regulamentação mínima da economia e, por consequencia, flexibilizar as relações de trabalho.

A globalização mudou a rota do mundo veio à lume juntamente com o ideal neoliberal, trazendo a teoria da flexibilização dos direitos trabalhista, aprofundando as alterações sociais e econômicas.

Em contexto de crise, a tendência é a desregulamentação de legislações protetivas, ampliando assim a adoção de modelos menos onerosos para o empregador, como forma de aumentar a eficiência do processo produtivo e fomentar o mercado, acarretando consequentemente, a precarização das relações trabalhistas.

Na atual quadra histórica, muito se fala acerca do fenômeno da uberização, mas em que medida o aplicativo que ganhou ares de conceito não se conjuga com características pré- existentes nas relações de trabalho?

Portanto, em um cenário que prepondera o poder econômico capitalista, é necessário enfatizar a importância do aparato estatal na proteção da pessoa humana, com destaque para as situações que envolvam a sua condição de hipossuficiência, entendendo as raízes do processo de flexibilização de direitos.

2.2 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL

O ente político Estado passou por diversas formas de organização no curso da história, havendo um maior ou menor reconhecimento de direitos e ingerência estatal sobre a vida dos cidadãos, a depender do contexto político e ideológico dominante à época.

Portanto, pode-se dizer que as lutas sociais e as transformações histórico-sociais por elas produzidas fizeram com que os direitos e os modelos de Estado passassem por várias conformações, entre os quais se insere o modelo Absolutista, o Liberal, o do Bem-Estar Social, o Democrático de Direito e o Constitucional de Direito. Nas palavras de BOBBIO (2000, p.481):

> Desde sua primeira aparição no pensamento político dos séculos XVII e XVIII, a doutrina dos direitos do homem avançou muito, embora entre conflitos, confutações, limitações. Mesmo que a meta final, uma sociedade de livres e iguais, não se tenha cumprido, foram percorridas várias etapas, em relação as quais já não será possível retroceder tão facilmente.

Com o fim do Estado Absolutista e com o advento da Revolução Francesa de 1789 consolidou-se o Estado Liberal, garantidor dos chamados direitos de primeira geração, de caráter individual e negativo e do liberalismo econômico, no qual se afirmava a livre concorrência e a não intervenção estatal.

Nessa toada, as declarações de direitos ocorridas no início do Século XVIII traduziram-se em postulados de abstenção dos governantes, refletindo típicas obrigações de não intervenção. De acordo com BOBBIO (2000, p.488):

> O significado tradicional de liberdade- aquele a partir do qual se falava de uma liberdade de culto, ou de pensamento, ou de reunião, ou de associação em sentido geral e específico, de uma liberdade pessoal- que era aquele relacionado à faculdade de fazer ou não fazer determinadas coisas não impedido por normas vinculantes; era a liberdade entendida como não-impedimento, ou liberdade negativa.

Assim, o Estado Absolutista, totalitário, passou à pretensão de um Estado mínimo, com função estritamente política, alheio às atividades econômicas e valores sociais.

Contudo, os ideais postos pelo Estado Liberal, pautados em liberdade e igualdade, não foram alcançados no plano fático por toda a coletividade, isto porque os direitos políticos e as liberdades civis não foram extensíveis a todos.

A autonomia e o individualismo vivido à época, fizeram com que surgisse grande desigualdade social, notadamente, por conta da precarização das condições de trabalho, fruto da livre pactuação das condições de trabalho e pela ausência de amparo social dos trabalhadores e seus familiares.

A partir da segunda metade do século XX, diante do processo de industrialização e dos problemas sociais dele advindos, as Constituições passaram a se desassociarem do liberalismo, atribuindo ao Estado então o dever de intervir na ordem econômica e social.

Nessa vereda, passou-se à regulamentação da vida social, no intuito de se concretizar, no plano fático a igualdade anteriormente conquistada, e, desta forma, dirimir a grande desigualdade social surgida no antigo regime, bem como organizar a ordem econômica e promover o desenvolvimento do Estado.

Deste modo, ante o fracasso do individualismo empreendido pelo Estado Liberal, o novo regime reclamou do Estado necessária intervenção na estrutura política, econômica e social. Dando ensejo ao surgimento do Estado de Direito do Bem-estar Social, que rompe com a visão de livre mercado e passa a garantir as necessidades coletivas essenciais.

Assim, no bojo do Estado do Bem-estar Social sugiram os direitos fundamentais de segunda dimensão ou também chamados de geração, os denominados direitos sociais, econômicos e culturais, direitos esses de titularidade coletiva e com caráter positivo, vez que exigem a atuação estatal. De acordo com CARVALHO (2011, p.10):

> Se os direitos civis garantem a vida em sociedade, se os direitos políticos garantem a participação no governo da sociedade, os direitos sociais garantem a participação na riqueza coletiva. Os direitos sociais permitem às sociedades politicamente organizadas reduzir excessos de desigualdade produzidos pelo capitalismo e garantir o mínimo de bem-estar para todos. A ideia central em que se baseiam é a justiça social.

Deste modo, no Estado de Direito do Bem-estar Social os direitos de liberdade e igualdade materiais seriam usufruídos perante e por meio do Estado, aquele que possui o

dever de satisfação das necessidades sociais, diferentemente do Estado de Direito Liberal em que os direitos de liberdade eram exercidos e oponíveis contra o Estado.

Todavia, mesmo inseridos na esfera programática das Constituições, os direitos fundamentais de segunda dimensão revelaram-se carentes de efetivação, pela inoperância e limitação de recursos estatais. De acordo com BONAVIDES (2000, p.564):

> Da mesma maneira que os da primeira geração, esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da socialdemocracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.
>
> Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

As Constituições da Alemanha, de 1916 e do México, de 1917, foram os primeiros exemplos de textos constitucionais que contemplaram a declaração e positivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Assim, pode-se dizer que não há uma data para o nascimento dos direitos humanos ou fundamentais.Apesar da imprecisão quanto à origem, não se pode negar, que a Organização das Nações Unidas (ONU) é de extrema relevância para tais direitos, posto que o principal objetivo é a promoção da fraternidade e cooperação internacional, surgindo dai a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948.

Com a evolução dos direitos fundamentais, nascem diversos conceitos e estruturas. No Ordenamento Jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988, marca posição com diversas nomenclaturas para os direitos fundamentais: “direitos humanos” no artigo 4º, II; “direitos e garantias fundamentais” no Título II; “direitos e liberdades fundamentais” no artigo 5º, § 1º; “direitos e liberdades constitucionais, no artigo 5º, inciso LXXI; “direitos da pessoa humana” no artigo 34 e; “direitos e garantias individuais” no artigo 60, § 4º ao falar de cláusulas pétreas.

E, nos ideais do Estado do Bem-Estar Social foram refletidos nas Constituições anteriores de 1934, 1946 e é na de 1988 que percebe-se a intenção primordial do constituinte em assegurar uma estrutura verdadeiramente pautada em princípios garantidores dos direitos fundamentais.

Os valores constitucionalmente adotados no art. 7º da Constituição Federal de 1988, revelam comandos de proteção aos trabalhadores urbanos e rurais, tanto pelo Estado, quanto pela sociedade, com destaque no camando do *caput* “ são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, dentre outros, os que visem a melhoria da sua condição social”. Também, é possível identificar direcionamentos sociais e observados alguns princípios, tais como a dignidade da pessoa humana (art. I, inc.III).

Nesse giro, na erspectiva dos direitos fundamentais trabalhistas tem-se que o constituinte, garantiu sua positivação como ferramenta de redução das desigualdades sociais, assegurando a existência digna e mínimo existencial ao trabalhador e aqui, mais um destaque importante está no art. Art. 6º, desse diplma em comento, segundo o qual " São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição"

Deste modo, pode-se compreender que o rol irrevogável dos direitos trabalhistas tem por escopo garantir ao trabalhador condições mínimas e essenciais de sobrevivência, principalmente no que tange à irrenunciabilidade e proibição de retrocesso de direitos. Tema dos mais discutidos a partir da chamada reforma trabalhista de 2017, com o advento da Lei 13.467.

2.3 CRISE DO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL

Dando uns passos atrás no tema, o Estado Liberal se absteve de intervir nas relações privadas e sociais, figurando somente como guardião das liberdades. Nesse contexto, o Estado se manteve alheio às questões sociais e econômicas, cabendo-lhe somente garantir o cumprimento da lei, estando o mercado aberto à livre competição.

Com a livre concorrência e autorregulamentação do mercado, o liberalismo econômico possibilitou o crescimento econômico do Estado por meio do capitalismo industrial. Todavia, os fatos sociais verificados ao longo do tempo demonstram que os ideais liberais deram ensejo a um grande abismo socioeconômico, gerado pelo acúmulo de riqueza nas mãos da burguesia em detrimento do desprestígio da classe trabalhadora.

A industrialização trouxe consigo uma série de problemas sociais, sobretudo aos trabalhadores, que viviam em condições deploráveis, em favor da prosperidade de uma minoria classe rica.

A grande crise econômica ocorrida em 1930 fruto da quebra da Bolsa de Valores de Nova York, marcou a decadência do liberalismo, cujos efeitos espalharam-se pelo mundo. Consequentemente houve grande índice de desemprego e a miséria alastrou-se, tornando imperiosa a intervenção e regulamentação estatal da ordem econômica e social e o abandono do modelo.

O Estado do Bem-Estar Social teve seu ápice nos anos que se seguiram após o término da Segunda Guerra Mundial, época em que o capitalismo alcançou sua fase áurea, o que refletiu diretamente nas relações de emprego, garantindo-se altos níveis de empregabilidade, melhores condições de trabalho e consecução do bem-estar social.

Entrementes, na década de 70, por conta da crise econômica mundialmente instaurada pela crise do petróleo, o Estado do Bem-Estar Social começou a dar sinais de sua insuficiência na promoção dos bens e serviços.

Restaurou-se então, a pretensão de redução do aparato estatal, por meio da privatização dos serviços públicos, da não intervenção no mercado econômico, bem como da terceirização da prestação de serviço ——, no Brasil as primeiras leis no mercado privado, foram as Leis. 6019/74 e 7102/83 —— e a redução dos direitos trabalhistas, no intuito de promover a redução do custo de produção e consequentemente possibilitar a competição do mercado de economia globalizada.

Portanto, a compreensão dos fundamentos de flexibilização dos direitos trabalhistas passa, inexoravelmente, pela análise de questões outras que conduzem à base ideológica do ideal neoliberal exsurgido após a falência do Estado do Bem-Estar Social e fruto da pós- modernidade.

2.4 O NEOLIBERALISMO E A HEGEMONIA DA FLEXIBILIZAÇÃO

No final dos anos 70, verificou-se a insuficiência do Estado do Bem-Estar Social em proporcionar o crescimento socioeconômico. A regulação e intervenção estatal no mercado e nas relações sociais dava sinal de esgotamento.

Nesse contexto, ante a falência daquele modelo de Estado, ventilou-se uma reestruturação econômica, industrial e produtiva/trabalhista, em conformação com um novo Estado orientado pela ideologia neoliberal, no intuito de possibilitar uma nova reestruturação mundial do capital e consequentemente um novo processo de acumulação de renda, desenvolvimento e crescimento socioeconômico.

O dito regime foi primeiramente implantado na Inglaterra e nos Estado Unidos, vindo em seguida ser adotado e disseminado para as nações capitalistas, e com a queda do muro de Berlim e do regime político soviético o regime neoliberal consolidou-se no âmbito mundial.

Em 1989, foi ratificado o consenso de Washington, que passa a ser o fio condutor da agenda neoliberal, fundado na desregulamentação das relações econômicas notadamente das relações de mercado, de capital e de trabalho; nas privatizações e na abertura dos mercados.

Na agenda neoliberal a flexibilização das leis trabalhistas e a desregulamentação da proteção do trabalho eram questões fulcrais, sob o discurso de possibilitar a redução dos custos de produção e viabilizar a competição no mercado globalizado, pois a quantidade de direitos e leis trabalhistas bem como de encargos sociais aos empregadores criados pelo Estado de Bem- Estar Social onerava o custo da produção. De acordo com CARVALHO (2011, p.13):

> A internacionalização do sistema capitalista iniciada há séculos, mas muito acelerada pelo avanços tecnológicos recentes, a criação de blocos econômicos e políticos têm causado uma redução do poder dos Estados e uma mudança das identidades nacionais existentes. A redução do poder do Estado afeta a natureza dos antigos direitos, sobretudo dos direitos políticos e sociais. Se os direitos políticos significam participação no governo, uma diminuição no poder do governo reduz também a relevância do direito de

> participar. Por outro lado, a ampliação da competição internacional coloca pressão sobre o custo da mão de obra e sobre as finanças estatais, o que acaba afetando o emprego e os gastos do governo, do qual dependem os direitos sociais. (grifo nosso)

A racionalização dos custos do trabalho, a adoção de inovações tecnológicas e da automação no processo produtivo, remodelaram a organização da mão-de-obra produtiva e os efeitos decorrentes são sentidos a todo momento.

Assim, na atual quadra da história, marcada pela visão neoliberal e tomada pela globalização, todos os influxos dela decorrente são sentidos em todas as partes. Para BOBBIO (2000, p.481):

> Na história da progressiva afirmação dos direitos do homem foram percorridas muitas etapas. A primeira, de grande importância, que transformou uma aspiração ideal secular em verdadeiro e próprio direito, em um direito público subjetivo, ainda que no âmbito de uma nação, foi a sua constitucionalização através das Declarações dos Direitos inseridos nas primeiras constituições liberais e democráticas que vieram à luz nos dois sucessivos séculos.

Mas, em sua fundamentalidade segundo SIQUEIRA e LEÃO JÚNIOR (2011, p. 3,) os direitos e garantias fundamentais que estão dispostos no título II da Constituição Federal e compreendem também os direitos sociais do capítulo II do mesmo título. Neste sentido:

> A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tomou partido e incluiu os direitos sociais, expressamente, entre os Direitos Fundamentais do Título II de seu texto, pretendendo, evitar o esvaziamento dos Direitos Fundamentais, impedindo que se tornem letra morta na constituição, garantindo sua aplicação aos casos concretos e gerando efeitos jurídicos que lhe são instintos.

Inegável que direitos sociais são direitos fundamentais estabelecidos pelo art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tornando-se incontestável a abrangência de todos os direitos fundamentais relacionados no Título II pelo termo Estado Democrático de Direito.

Com essa interpretação, revigora-se que os direitos sociais estão protegidos dentre outros, pelo artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal, sendo consideradas cláusulas pétreas dotadas de seus "poderes". Nessa esteira de proteção está o direito do trabalho como direito fundamental social com a devida proteção – posto que contemplado no rol do artigo 6º da CF/88, o que significa dizer que as ondas neoliberais devem conciliar-se com tais conquistas históricas.

No Brasil, desde a Reforma Trabalhista de 2017, percebe-se um acentuado golpe nos direitos e garantias historicamente conquistados pelos trabalhadores, por meio de reformulações voltadas a flexibilizar normas e garantias, trazendo precarizações as mais divesas.

Com a chegada da pandemia da Covid-19 que afetou de forma imediata toda a classe trabalhadora do mundo, a expansão do vírus e as consequentes medidas adotadas para sua continência impactaram precipuamente na dinâmica das relações trabalhistas, gerando diversas mudanças. O isolamento social, necessário para frear o número de contaminações, diminuiu postos de trabalho e prejudicou o funcionamento do mercado tradicional.

Mas, em contextos de crise, as grandes frações dominantes começam a se gladiar, para ver quem irá arcar com a redução dos níveis de lucro. Consequentemente, é sob a classe trabalhadora que incide o ônus mais pesado da crise com retrocessos. Para BAUMAN (2000, p.169):

> Flexibilidade" é o slogan do dia, e quando aplicado ao mercado de trabalho augura um fim do "emprego como o conhecemos", anunciando em seu lugar o advento do trabalho por contratos de curto prazo, ou sem contrato, posições sem cobertura previdenciária, mas com cláusulas "até nova ordem". A vida de trabalho está saturada de incertezas.

E a "modernidade líquida" do mesmo Bauman caminha a passos largos no contexto de transformações provocadas, em grande parte pela revolução tecnológica mas, também pelas crises economicas.

2.5 AS PLATAFORMAS DIGITAIS E AS PRECARIZAÇÕES

Com o desenvolvimento da economia 4.0, também chamada de indústria 4.0, houve a reconfiguração da forma de produção e prestação de serviços, com intensa incorporação de novas tecnologias da informação, telecomunicações, inteligência artificial, em que o digital e real se misturam e ressignificam o cotidiano de forma indissociável, alterando a morfologia das profissões. Com essa reconfiguração das formas de trabalho, há diversos setores que mudaram radicalmente sua forma de operar, entre eles o trabalho de delivery por aplicativos.

Tais plataformas são modelos de negócios que operam conectando empresas e usuários, mediante uso de recursos tecnológicos, com grande fluxo de dados e uso da internet. Elas operam na dinâmica docapitalismo de plataforma, que consiste numa nova fase da economia mundial, onde despontam grandes empresas por meio da tecnologia e novos modelos de negócio pelas plataformas digitais, que atuam, em grande parte, com ampla utilização da exploração de dados (SRNICEK, 2017)[23].

É importante destacar que ao contrário das teorias que as inovações tecnológicas implicariam em trabalho menos pesado, menos horas trabalhadas, mais lazer e qualidade de vida, o que vem se apresentando no dia a dia não é isso. O capitalismo impulsiona a utilização das inovações tecnológicas para o aumento do potencial gerador de mais-valor. Nesse contexto, as empresas de tecnologia do ramo de delivery utilizam o controle de sua operação através do gerenciamento algorítmico, administrando suas operações.

Veja que no caso do Ifood, entre o uso de central telefônica em 2011 para o uso de aplicativos em 2012, houve um salto de 12 mil pedidos por mês para 73 mil pedidos por mês, em período de um ano de diferença, razão pela qual se pode avaliar que o uso do aplicativo teve um papel fundamental nessa escalada. Os algoritmos não só controlam a dinâmica de ampliação comercial, mas também definem rotas a serem seguidas.

[23] SRNICEK, N. Platform capitalism. Cambridge: Polity Press, 2017.

As plataformas estabelecem de modo unilateral os valores a serem recebidos, e os pagamentos são manipulados para dirigir os comportamentos de seus trabalhadores. Os algoritmos são programas, comandados pelas corporações para processar grande volume de informações, as quais permitem direcionar a força de trabalho segundo a demanda (FILGUEIRAS, ANTUNES, 2020).

O algoritmo, e sua capacidade de controle, não deve ser tratado como um elemento autônomo e alheio as empresas, posto que nada mais é que uma programação bem definida para controlar, para gerenciar determinadas operações, e no caso todas as suas programações são encomendadas pela empresa que o utiliza, para o seu próprio lucro, tanto que no caso do motorista quando descumpre certas normas, como, recusar corridas, por exemplo, perde estrelas, podendo, inclusive, ser descredenciado.

Sendo assim, a tecnologia desenvolvida sob o sistema capitalista não é neutra, ela surge em contextos sociais e econômicos específicos para servir aos interesses de uma classe específica, e o gerenciamento algorítmico é projetado para aumentar a exploração da mão de obra, gerando maior lucro e vantagem competitiva àqueles que investirem nessa tecnologia. (CANT, 2020).

2.6 UBERIZAÇÃO: SINÔNIMO DA DESREGULAMENTAÇÃO

No atual contexto de avanços tecnológicos e tendências globais, muito se fala do fenômeno da uberização. A palavra faz referência ao nome da empresa Uber, que fundada em 2009, atua agregando motoristas à passageiros por meio de aplicativo móvel.

O serviço cadastra motoristas, bastando contar como ferramenta de trabalho um carro/moto e um celular com acesso à Internet. Dada sua vertiginosa aceitação pelo mercado consumidor, o serviço extrapolou o transporte individual, alcançando outros segmentos do mercado.

Observa-se que a empresa Uber, para além da economia digital, propagou formas ainda mais flexíveis de trabalho, consolidando trabalhadores sem vinculo de emprego, jornadas extensas, ganhos minimizados e condições de trabalho desafiadoras e precárias.

Contemplando outras modalidades que não só o tradicional conceito vinculado à transporte e plataformas digitais, o fenômeno da uberização, tornou-se expressão máxima da desregulamentação e precarização do trabalho. Nas palavras de ANTUNES (2020, p.347):

> A uberização é um processo no qual as relações de trabalho são crescentemente individualizadas e invisibilizadas, assumindo, assim, a aparência de "prestação de serviços" e obliterando as relações de assalariamento e de exploração do trabalho.

Em que pesem as novas tecnologias e os ares de modernidade trazidos pelo Uber, é possível afirmar que a uberização não traz em seu bojo uma face realmente inovadora, quanto à desregulamentação.

Características semelhantes às praticadas pela Uber, são verificadas no mundo do trabalho há anos, impondo aos cidadãos a constante relativização de seus direitos.

Verifica-se que a intensa exploração da força de trabalho, através transferência de custos e riscos da atividade econômica ao trabalhador, já são ocorrências antigas no Direito do Trabalho, a exemplo do que ocorre com as revendedoras de produtos de beleza.

As revendedoras de cosméticos, são milhares só no Brasil e possuem os perfis mais diversificados, combinando suas profissões, ou a ausência dela, com a revenda de produtos.

A empresa transfere para as trabalhadoras, a exemplo do ocorre com a Natura, Avon, Mary Kay uma séria de custos e riscos. As vendas são realizadas em casa, no ambiente de trabalho, em festas, nos mais diversos nichos e horários. Com o intuito de potencializar as vendas, as revendedoras assumem os custos de locomoção, investem em produtos para uso próprio, atuam na promoção da marca, e ainda, assumem os riscos de inadimplência de suas clientes.

Mas, há um controle sobre o resultado desse trabalho, com o sistema de avaliações com notas, estrelas e elogios aos motoristas de Uber que permanecem a todo tempo sujeito a metas, assim como ocorre com as revendedoras que são bonificadas de acordo com as vendas efetuadas.

Como posto e pressuposto, há ausência de qualquer garantia, como férias, auxílio doença, aposentadoria, FGTS,gratificações natalinas, poque esse vínculo não é reconhecidamente de emprego. E a responsabilização pelos custos e riscos operacionais são exclusivamente do trabalhador.

Eis a pergunta diante do sistema trabalhista brasileira: Quem é o patrão?

No entanto, um dos aspectos do trabalho em plataformas digitais que mais tem sido objeto de debates é a extensa jornada de trabalho, provocando adoecimentos e riscos à saude para esses trabalhadores. Portanto, a precarização do trabalho está na contramão do bem estar propagado pelas Constituições.

Se o aplicativo propaga a ideia do motorista sob demanda, não é diferente do que ocorre com as revendedoras, que além de precisarem estar disponíveis, estão sujeitas a longos períodos laborais, com vistas a lograr um rendimento suficiente à sobrevivência. Esse tempo não é remunerado e nem mesmo, os riscos e custos são compartilhados pelas empresas.

Nesse contexto, o Estado segue contribuindo para fragilizar as relações de emprego, seja por sua inatividade ou mesmo através de legislações nas quais a responsabilidade do empresariado é reduzida e as garantias do empregado minimizadas.

A exemplo, temos a Lei 13.352/2016, conhecida como Lei “Salão Parceiro- profissional parceiro”, que desobriga proprietários de salões de beleza a reconhecerem o vínculo empregatício com seus empregados (manicures, cabelereiros, depiladoras, esteticistas). Cabe ao empregador dispor apenas da infraestrutura básica, e aos profissionais o risco da atividade econômica.

Assim, aquele indivíduo que trabalha oito horas por dia, seis vezes na semana, cuidado de cabelo, unha, depilação, passa a ser considerado prestador de serviço pelo salão de beleza, sem o reconhecimento da relação de emprego, e consequentemente, sem as verbas dela decorrentes. Neste cenário neoliberal, surgem diversas modalidades de trabalho tidas como verdadeiras ferramentas de combate ao desemprego. Todavia, retiram do trabalhador garantias Mínimas, com exposiçao à saude, à vida, ao bem estar. De acordo com CARELLI (2020 p.77,)

> Fica claro que as plataformas criaram as figuras detrabalhadores autônomos sem autonomia e independentes sem terem seu próprio negócio. E devemos constatar que isso não é somente nas plataformas: cresce de maneira generalizada na nossa sociedade o número de autônomos somente no nome, com fim de fuga da legislação em geral. São falsos empreendedores, que não formam negócio por não terem clientela e por isso não têm qualquer chance de prosperar.

Observa-se, que o sistema capitalista, no exercício das mais variadas atividades econômicas, vem impondo um rítimo de avançadas violações de direitos fundamentais, tais como a degradação das relações de trabalho. Trata-se de uma lógica perversa que impõe a flexibilização das normas como forma de alavancar a economia, sem diálogo com direitos já conquistados.

O *modus operandi* uberização, portanto, não tem origem na era digital, suas raízes já são visíveis há décadas no mundo do trabalho. As atuais empresas promotoras da uberização desenvolvem, através de tecnologias, mecanismos de transferência de custos e riscos aos trabalhadores, repaginando elementos de precarização bem antigos na realidade laboral. Para ANTUNES (2020, p.352):

> Assim, se essa tendência destrutiva em relação ao trabalho não for fortemente confrontada e recusada e obstada, sob todas as formas possíveis, teremos, além da ampliação exponencial da informalidade no mundo digital, a expansão dos trabalhos "autônomos", dos "empreendedorismos" etc., configurando-se cada vez mais como uma forma oculta de assalariamento do trabalho que introduz o véu ideológico para obliterar um mundo incapaz de oferecer vida digna para a humanidade.

Deve-se perceber que há anos existem os problemas centrais à uberização, mas que passaram despercebidos em discussões acerca da precariedade, diferentemente da atualidade, vê-se pelo mundo a disseminação desses processos de flexibilização e exploração, que com feição de modernidade estão se expandindo para outras relações onde não eram visíveis.

Portanto, em que pesem as polêmicas discussões acerca da flexibilização dos direitos trabalhistas não se pode permitir que os interesses privados, prevaleçam sobre o interesse público-social que permeia as relações de trabalho, estabelecidas como direitos fundamentais de segunda geração desumanizando e precarizando as condições laborais. Tornando assim, o trabalho um simples produto, supérfluo e comutável.

Perderia assim, o Direito do Trabalho, umas de suas precípuas e centrais funções, quais sejam, a protetiva e a civilizatória-democrática.

2.7 CONCLUSÃO

Esse tema que será objeto de muitos estudos ainda, é inconclusivo, por ora. No entanto, este estudo, aponta caminhos e hipóteses que servem de parâmetros para possiveis mudanças.

Observa-se que a empresa Uber, para além da economia digital, propagou formas ainda mais flexíveis de trabalho, consolidando trabalhadores sem vinculo de emprego, jornadas extensas, ganhos minimizados e condições de trabalho precarizadas.

Esse *modus faciendi* de fazer o trabalho acontecer e girar a roda da economia com estouro nos ultimos anos, põe em xeque os direitos fundamentais de segunda geração precarizando as condições laborais, que passa a ser tratado como um simples produto, supérfluo e comutável.

Nesse caminhar o Direito do Trabalho, perde uma de suas precípuas e centrais funções, que é a função protetiva e a civilizatória-democrática.

O sistema capitalista da era globalizaçao, no exercício das mais variadas atividades econômicas, vem impondo um rítimo de avançadas flexibilizações de direitos fundamentais. Trata-se de uma lógica pensada como forma de alavancar a economia.

É certo que a economia deve ser mesmo alavancada e valorizada, mas sempre em harmonia com o estado de bem-estar social, pois não é mais importante que o homem.

O processo desregulamentador que parte do projeto neoliberal, maciço nos ultimos anos não traz benefícios ao trabalhador, pois significa a exploração da mão de obra, um retrocesso às conquistas dos direitos fundamentais árduamente implantado nos ordenamentos juridicos dos estados, em especial com a Carta Politica de 1988, no Brasil.

Embora o fenômeno uberização não seja novo, percebe-se hoje, com mais facilidade essas modalidades de exploração, através das plataformas digitais (Uber, Ifood, Rappi, 99, etc). Cuja grande pergunta é: Quem é o patrão? Quem controla? Quem pune? Quem paga a quem?

Deste modo, a base teórica e fundante da flexibilização dos direitos trabalhistas inevitavelmente conflita com a normatividade e a materialidade principiológica fundamental dos sociais e fundamentais trabalhista.

Sob esse prisma, torna-se fundamental compreender práticas legítimas e ilegítimas adotadas pelo mercado, bem como os riscos que ameaçam o cidadão-trabalhador, quando não atendidos os elementos norteadores do Direito do Trabalho e do estado social de bem estar.

A grande pergunta que fica é: Como conciliar a modernidade advinda com os avanços tecnológicos, a estabilização da economia com a manutenção dos direitos trabalhistas e sociais conquistados? Afinal sem emprego e condições de trabalho dignos não tem crescimento social nem a implementação do estado social de direito, tampouco economia estável e crescente. Eis o desafio.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTUNES, Ricardo. **Trabalho digital, "indústria 4.0" e uberização do trabalho**. In. O futuro do Trabalho-os efeitos da revolução digital na sociedade. Carelli, Rodrigo Lacerda; Cavalcanti, Tiago Muniz; Fonseca, Vanesse Patriota (org). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2020.

_____ FILGUEIRAS, Vitor. **Uberização, trabalho digital e indústria 4.0.** 1. edição. São Paulo: Boitempo, 2020.

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

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. 10, ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANT, Callum. **Delivery fight!** A luta contra os patrões sem rosto. São Paulo: Veneta, 2021

CARRELI, Rodrigo de Lacerda. **O trabalho em plataformas e vínculo de emprego: desfazendo mitos e mostrando a nudez do rei.** In. O futuro do Trabalho-os efeitos da revolução digital na sociedade. Carelli, Rodrigo Lacerda; Cavalcanti, Tiago Muniz; Fonseca, Vanesse Patriota (org). Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2020.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**.14.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de. **Direitos sociais**, Editora: Boreal, 2011, p. 3.

SRNICEK, N. **Platform capitalism**. Cambridge: Polity Press, 2017.

3. A ALTERAÇÃO DA POLÍTICA ENERGÉTICA BRASILEIRA PROPOSTA PELO PROJETO DE LEI Nº 750/2021: UMA RELAÇÃO DA POLÍTICA DE PREÇO DE PARIDADE DE IMPORTAÇÃO COM A SEGURANÇA NACIONAL

Carmela Grüne[24]

RESUMO: O estudo analisa a política petrolífera brasileira, destaca a perspectiva internacional do tema como questão central de soberania nacional e segurança energética. Avalia de forma crítica o Projeto de Lei nº 750/2021 que estabelece entre as diretrizes, um programa de estabilização de preços, com uma política interna de subvenção econômica aos refinadores de petróleo e aos importadores. Demonstra as razões da inconstitucionalidade da proposta do legislador, com fundamento em princípios e normas que devem nortear qualquer alteração legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: Política de Preço de Paridade de Importação; Projeto de Lei nº 750/2021; Segurança Nacional; Geopolítica do petróleo; Autossuficiência energética.

3.1 INTRODUÇÃO

Realiza-se um resgate histórico da política energética brasileira a partir da sociedade de economia mista Petrobras que compõe a estrutura da Administração Pública Indireta do Estado brasileiro, posição resguardada em virtude do papel de relevância econômica, geopolítica e de desenvolvimento social que a matriz energética possui. Está, por isso, vinculada aos princípios e normas constitucionais que orientam a atuação da Administração Pública. Muito embora tenha sido delegada pelo poder constituinte derivado a possiblidade de legislar acerca da política petrolífera nacional, tal disciplina não pode se dar a despeito do arranjo constitucional criado em torno do tema, especialmente no que tange a previsão do interesse público, da soberania e da autossuficiência energética do Brasil.

Investiga-se as principais legislações e entendimentos doutrinários em torno do tema, ressaltando que toda e qualquer mudança na gestão política do petróleo e seus derivados necessita ser orientada pela função que a matriz energética desempenha no ordenamento jurídico e no desenvolvimento do País.

Analisa-se o PL nº 750/2021, de autoria do Deputado Federal Nereu Crispim, que visa estabelecer como parâmetro para o preço do petróleo as cotações de referência praticadas internacionalmente, na Costa do Golfo dos Estados Unidos e, também, propõe a criação de um Fundo de estabilização, como o pagamento de subvenção econômica aos refinadores

[24] Advogada. Editora do Jornal Estado de Direito. Mestre em Direito pela UNISC. Membro da Comissão de Energia, Gás e Petróleo do IAB.

de petróleo e aos importadores. Atualmente, o Projeto encontra-se apensado[25] ao Projeto de Lei nº 4995/2016 e aguarda votação na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços da Câmara dos Deputados.

A proposta legislativa, em grande parte, promove a continuidade da Política de Paridade de Preço de Importação (PPI) instituída pelo Governo Federal, em 2016, que traz em seu bojo a dolarização do preço do petróleo, inclusive aquele produzido no Brasil, nesse sentido, destaca-se na análise, a omissão e ofensa direta a questões relevantes para a segurança nacional e o desenvolvimento econômico, tendo em vista que não se fortalece a premissa de interesse público, como demonstra-se a política de gestão brasileira revela-se controversa quando comparada a tendência de outras potências energéticas mundiais.

Desse modo, utiliza-se do método dialético, interrelacionando o campo dogmático com o uso de instrumentos de coleta de dados documental, bibliográfico e legislativo aplicando o método de procedimento funcionalista e estruturalista com posterior aplicação do arcabouço na análise do PL nº 750/2021, tendo como prisma a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, compara-se a política nacional com a tendência da comunidade internacional em relação a gestão do petróleo e seus derivados.

Por fim, indica-se os princípios que devem nortear qualquer proposta de reforma legislativa que verse sobre o petróleo e seus derivados, sob pena de ofensa a soberania e segurança energética brasileira.

Tal estrutura tem por intuito, promover adequações político-jurídicas que contribuam, de fato, para o desenvolvimento econômico, social, ambiental e consumerista, e, sobretudo, para a soberania, a autossuficiência e a segurança nacional.

3.2 HISTÓRICO LEGISLATIVO E CONSTITUCIONAL DA POLÍTICA PETROLÍFERA BRASILEIRA

Desde 1938, o abastecimento nacional de petróleo e seus derivados passou a ser considerado no Brasil como de utilidade pública[26]. Hodiernamente, o petróleo permanece como uma matriz energética essencial e indispensável. A personificação da utilidade pública e da essencialidade materializa-se, substancialmente, na Petrobras e suas subsidiárias, considerada uma política de Estado desde a sua criação pela Lei nº 2.004/1953[27].

Dentro da organização da Administração Federal[28], a Petrobras encontra-se na estrutura

[25] A apensação é um instrumento que permite a tramitação conjunta de proposições que tratam de assuntos iguais ou semelhantes. Quando uma proposta apresentada é semelhante a outra que já está tramitando, a Mesa da Câmara determina que a mais recente seja apensada à mais antiga.

[26] SOUSA, Geovanne Soares Amorim de. A tributação dos combustíveis no Brasil: União, Estados e Congresso Nacional devem caminhar unidos para atenuar o preço dos combustíveis. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/352998/a-tributacao-dos-combustiveis-no-brasil. Acesso em: 15 fev. 2022.

[27] BRASIL. Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953. Dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade Anônima, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2004.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

[28] Conforme prevê o Decreto-Lei nº 200/1967, artigo 4º, inciso II, alínea c. BRASIL. Decreto Lei n° 200 de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm.

da Administração Pública Indireta, vinculando-se ao Ministério de Minas e Energia[29]. Logo, seus atos administrativos estão condicionados a observância dos procedimentos e princípios constitucionais, tais como a segurança nacional e o relevante interesse coletivo[30].

Assim, a Petrobras, como integrante da Administração Pública, está submetida ao cumprimento de um estrito conjunto normativo previsto pela Constituição Federal. Nesse sentido, a atuação da Petrobras deve ser balizada pelos princípios da legalidade, publicidade, moralidade, eficiência e impessoalidade. Além disso, está sujeita a observância das atribuições estratégicas à segurança nacional, ante o fato de a atividade ser essencial ao desenvolvimento econômico do país[31]. A Petrobras submete-se, ainda, à concorrência[32], sendo vedado o aumento arbitrário dos lucros, no intuito de reprimir o abuso de poder econômico.

O poder constituinte derivado, ao disciplinar a atuação da Petrobras, estabeleceu que o fornecimento dos derivados de petróleo em todo território nacional deve ser garantido por lei. Nesse sentido, destacou-se que a Petrobras deve atender aos requisitos de alíquota da contribuição, diferenciada por produto ou uso. Determinou-se, por fim, que os recursos arrecadados devem ser destinados ao pagamento de subsídios a preços e ou transportes de álcool combustível, gás natural e seus derivados de petróleo, bem como ao financiamento de projetos ambientais e programas de infraestrutura de transportes.

Destaca-se, portanto, a preponderância do interesse público na regulamentação da Petrobras, desde a sua criação[33]. Portanto, por imposição constitucional, a atuação institucional deve zelar para que os seus objetivos não afrontem a soberania, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Ao mesmo tempo, deve primar pelo desenvolvimento nacional[34], pela erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais, bem como pela inde-

Acesso em 15 fev. 2022.

[29] Previsto no artigo 61, da Lei n. 9.478 de 6 de agosto de 1997. BRASIL. Lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 05 mar. 2022.

[30] Os procedimentos e princípios constitucionais que disciplinam a Petrobras e a política petrolífera estão previstos nos arts. 37, 173, § 1º, § 2, § 4, 176, § 1º, 177, 238 da Constituição Federal de 1988.

[31] SARTORIO, Loural Marcelo; SILVA, Cássio Garcia Ribeiro Soares da; MORTARI, Valéria Silva. A Petrobras como agente do desenvolvimento produtivo no Brasil: importância e esvaziamento. In: Anais do IV Encontro Nacional de Economia Industrial e Inovação. São Paulo: Blucher, 2019. p. 1-18. Disponível -em: https://www.proceedings.blucher.com.br/article-details/a-petrobras-como-agente-do-desenvolvimento-produtivo-no-brasil-importncia-e-esvaziamento-33127. Acesso em: 01 fev. 2022.

[32] BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 05 mar. 2022.

[33] DIEESE – DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. Nota Técnica nº 251 de 2021. Disponível em: https://www.dieese.org.br/notatecnica/2021/notaTec251PrecosCombustiveis/index.html?page=1. Acesso em: 09 fev. 2022.

[34] Cabe ressaltar que a Petrobras contribuiu, pela participação do setor de petróleo e gás, no PIB brasileiro, alcançando a marca de 13%. Além disso, conforme a matéria publicada em 17 de junho de 2014, pela criação do Prominp (Programa de Mobilização da Indústria Nacional de Petróleo e Gás Natural) e o alinhamento das operadoras - em particular a Petrobras - incentivou o conteúdo nacional, como a indústria naval brasileira que teve um crescimento vertiginoso na última década. Ver na íntegra em: PETROBRAS. Participação do setor de petróleo e gás chega a 13% do PIB brasileiro. Disponível em: https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/participacao-do-setor-de-petroleo-e-gas-chega-a-13-do-pib-brasileiro.htm. Acesso em: 01 fev. 2022.

pendência nacional, pela autonomia energética[35] e, ainda, pela cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

A disciplina normativa instituída pela Constituição Federal é materializada pela legislação infraconstitucional. Nesse sentido, a Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997[36], ao dispor sobre a política energética nacional destaca a necessidade de priorizar o interesse nacional, proteger os interesses do consumidor e do meio ambiente e de ampliar a competitividade do País no mercado internacional.

No entanto, nos últimos anos, há uma crescente mudança na forma como o Governo Federal aborda a intervenção estatal na Petrobras. Assim, as mais recentes reformas se concretizaram sob a lógica de diminuição da intervenção governamental na política de preços do petróleo e seus derivados. Por conseguinte, denota-se o crescimento da desestabilização dos preços do petróleo; aumento da vulnerabilidade dos preços aos efeitos externos; gradativo aumento de compra de petróleo e derivados do comércio internacional, em detrimento da capacidade de produção interna e a crescente susceptibilidade da economia brasileira às flutuações do mercado financeiro e aos ataques especulativos[37].

As mudanças recentes nas políticas da Petrobras são didaticamente apresentadas e resumidas por Riceto e Da Silva[38]:

> O que vem ocorrendo nos últimos anos, em especial desde as alterações no Marco Regulatório de 2010, é uma guinada na perspectiva da empresa como a redução radica de investimentos, a venda de ativos, deixando de ser uma companhia integrada, bem estruturada no sistema "do poço ao posto", para uma empresa dependente da importação de derivados, tecnologias e que está concentrando sua atuação no setor de exploração e produção, além de abdicar de setores estratégicos e lucrativos como o refino e comércio de derivados.

Com a eleição de Luiz Inácio Lula da Silva para presidente da República Federativa do Brasil, há uma expectativa de mudança do atual sistema de política de preços de paridade internacional (PPI) e a volta dos investimentos em refino e biocombustíveis[39].

---

[35] A Nota Técnica do DIEESE n. 189 de 2018 "Empresas estatais e desenvolvimento: considerações sobre a atual política de desestatização" traz como conclusão que "abrir mão de grandes empresas em setores estratégicos, sobretudo para o capital estrangeiro – ainda que estatal – significa delegar nossa trajetória de desenvolvimento econômico e social a interesses que não são necessariamente os da sociedade brasileira. A venda de empresas que administram recursos estratégicos compromete a soberania nacional. Da mesma forma, a capacidade de o país fazer frente a interesses externos baseia-se, em larga medida, na sua possibilidade de gerir seus ativos estratégicos e assegurar os interesses de sua população. DIEESE – DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. Nota Técnica nº 189 de 2018. Disponível em: https://www.dieese.org.br/notatecnica/2018/notaTec189Estatais.pdf. Acesso em: 01 fev. 2022.

[36] BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm,. Acesso em: 01 fev. 2022.

[37] DIEESE – DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. Nota Técnica nº 194 de 2018. Disponível em: https://www.dieese.org.br/notatecnica/2018/notaTec194PrecosCombustiveis.pdf. Acesso em: 01 fev. 2022.

[38] RICETO, Álisson; DA SILVA, Ronaldo. O papel da Petrobras na economia brasileira (2003/2018): ascensão e queda. GEOgraphia, v. 23, n. 50, 2021. p. 13-14.

[39] ESTADÃO CONTEÚDO. Fim do PPI? Entenda como pensa o provável futuro CEO da Petrobras. Disponível em: https://einvestidor.estadao.com.br/mercado/o-que-pensa-jean-paul-prates-petrobras/. Acesso

3.3 A SEGURANÇA NACIONAL E O PROJETO DE LEI Nº 750/2021: UMA DINÂMICA GEOPOLÍTICA

Não há como analisar o PL nº 750/2021[40] sem levar em consideração o contexto geopolítico e a forma de condução da gestão da Petrobras. Isso porque, o próprio Projeto de lei condiciona a análise da sua aplicação ao contexto internacional, uma vez que vincula os preços nacionais considerando as cotações de referência àqueles praticados na Costa do Golfo dos Estados Unidos.

Historicamente, o petróleo, desde século XX, assumiu um papel importantíssimo dentre os combustíveis fósseis, repercutindo em interesses geopolíticos e econômicos, marcados ao longo da história. Parte disso se comprova da análise de movimentos geopolíticos como a invasão do Iraque pelos Estados Unidos em 2003[41].

Nessa conjuntura, o interesse geopolítico em matérias energéticas ganha notoriedade pela sua importância para a segurança nacional dos Estados. Tal premissa encontra respaldo empírico na análise da relação geopolítica da Venezuela e dos Estados Unidos desenvolvida por Vitto e Almeida[42]. Verificam os autores, que o interesse permanente dos Estados Unidos pelo petróleo venezuelano transcende a segurança energética para uma questão de segurança nacional, devido ao caráter estratégico que o petróleo desempenha na consolidação da estrutura de poder mundial[43].

Atualmente, contata-se que a dinâmica geopolítica pode contribuir para sucessivas desestabilizações da matriz energética de um país. Prova disso é que, com a invasão da Ucrânia pela Rússia, o aumento do preço do petróleo disparou para mais de 100 dólares[44]. Tal situação exemplifica bem o quão exposto está o Brasil ao retroalimentar a política de paridade internacional do preço do petróleo produzido nacionalmente.

Observa-se, assim, o distanciamento da gestão da Petrobras orientada pelo interesse público relevante na política petrolífera brasileira. Prova disso é a privatização do maior campo de petróleo em terra brasileira, localizado no Espírito Santo, bem como de gasodutos e portos, numa transação estimada em mais de dois bilhões de reais [45]. Em contraposição, Pequim estoca uma série de *commodities* como petróleo, gás, minério de ferro,

em: 30/12/2022.

[40] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 750 de 05 de março de 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1971887. Acesso em: 30 jan. 2022.

[41] SALVADOR, Regina; MARQUES, Bruno Pereira. Geopolítica do Petróleo: de Estrabão à(s) guerra(s) do Iraque. Revista da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Lisboa, n. 16, p. 191-200. 2003.

[42] VITTO, William Clavijo; DE ALMEIDA, Edmar Fagundes. A Venezuela na geopolítica do petróleo norte-americana: uma análise à luz das novas realidades do mercado internacional de petróleo. Oikos, v. 19, n. 1.

[43] VITTO, William Clavijo; ALMEIDA, Edmar Fagundes de. A Venezuela na geopolítica do petróleo norte-americana: uma análise à luz das novas realidades do mercado internacional de petróleo. Oikos, v. 19, n. 1.

[44] VENTURA, Manoel. Guerra leva ministro de Minas e Energia a apoiar liberação de estoques de petróleo para regular preço de combustíveis. 2022. Disponível em https://correiodopovo-al.com.br/geral/guerra-leva-ministro-de-minas-e-energia-a-apoiar-liberacao-de-estoques-de-petroleo-para-regular-preco-de-combustiveis. Acesso em: 05 mar. 2022.

[45] BOURGUIGNON, Natalia. Petrobras vende maior campo de petróleo em terra do ES, gasodutos e porto. Disponível em https://www.agazeta.com.br/es/economia/petrobras-vende-maior-campo-de-petroleo-em-terra-do-es-gasodutos-e-porto-0222. Acesso em: 05 mar. 2022.

milho e trigo, no intuito de manter estável a segurança nacional, alimentar e energética[46]. Assim, enquanto a China ordena prioridade máxima o estoque de recursos essenciais, pelos impactos nas economias mundiais da guerra na Ucrânia, no Brasil o que se constata é a privatização da sua matriz energética, minimizando qualquer capacidade de atuação estatal frente às crises mundiais.

Nos cenários de conflito, a Petrobras adota como estratégia o uso de suas reservas compradas em períodos anteriores a preços mais baixos como mecanismo para arrefecer o impacto da alta da *commodities* nos preços internos. No entanto, a estratégia adotada ainda apresenta riscos, porque, em casos tais, permanece a possibilidade de que a reserva seja esgotada e o abastecimento nacional seja afetado[47].

Desde logo, afere-se que a volatilidade das relações internacionais vulnerabiliza a segurança e a política energética brasileira. Por esse motivo, entende-se que a Petrobras deve ter realinhada a sua política para garantir preços mais acessíveis e dependente de critérios objetivos nacionais, de acordo com a capacidade técnica da Petrobras e suas subsidiárias[48].

Em virtude da constatação do caráter de segurança nacional das matrizes energéticas é que se verifica a tendência mundial pelo controle do petróleo por parte de estatais. Em um levantamento realizado pela Universidade de Stanford, verificou-se que 73% das reservas de petróleo no mundo são controladas por estatais[49]. No mesmo sentido, uma pesquisa do Fundo Monetário Internacional (FMI) afirma que 9 dos 10 países com menores preços possuem empresas estatais que atuam no setor de petróleo, cenário no qual o Brasil ocupa a 81ª posição de preço em um grupo de 160 nações investigadas[50].

A Petrobras, em gestões anteriores, demonstrou sua capacidade e competência técnica[51] para ofertar produto com baixo custo para a população, chegando a responder por 13% do PIB brasileiro. No entanto, o que se assiste é o desmantelamento da estatal brasileira[52],

[46] CAUTI, Carlos. China ordena prioridade máxima para estocar petróleo, gás e alimentos. Disponível em https://exame.com/mundo/china-prioridade-maxima-estocar-alimentos/. Acesso em: 05 mar. 2022.
[47] ESTADÃO CONTEÚDO. Com alta do petróleo, defasagem do preço da gasolina já é de 24% e pressão aumenta sobre Petrobras (PETR4). Disponível em https://www.infomoney.com.br/mercados/com-alta-do-petroleo-defasagem-do-preco-da-gasolina-ja-e-de-24-e-pressao-aumenta-sobre-petrobras-petr4/. Acesso em: 05 mar. 2022.
[48] VENTURA, Manoel. Guerra leva ministro de Minas e Energia a apoiar liberação de estoques de petróleo para regular preço de combustíveis. 2022. Disponível em https://correiodopovo-al.com.br/geral/guerra-leva-ministro-de-minas-e-energia-a-apoiar-liberacao-de-estoques-de-petroleo-para-regular-preco-de-combustiveis. Acesso em: 05 mar. 2022.
[49] MALAR, João Pedro. Entenda as diferenças entre os modelos de exploração de petróleo pelo mundo. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/business/entenda-como-diferentes-mercados-de-exploracao-de-petroleo-formam-preco-no-mundo/. Acesso em: 12 fev. 2022.
[50] MALAR, João Pedro. Entenda as diferenças entre os modelos de exploração de petróleo pelo mundo. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/business/entenda-como-diferentes-mercados-de-exploracao-de-petroleo-formam-preco-no-mundo/. Acesso em: 12 fev. 2022.
[51] Prova disso foi a descoberta, em 2006, do pré-sal que fez o Brasil dar um salto significativo no ranking mundial de reservas de petróleo. TATEMOTO, Rafael. Exploração do pré-sal completa dez anos e sofre com retrocessos do golpe. 2018. Disponível em https://www.brasildefato.com.br/2018/09/11/exploracao-do-pre-sal-completa-dez-anos-e-sofre-com-retrocessos-do-golpe. Acesso em: 01 fev. 2022.
[52] A redução e o desinvestimento na Petrobras desde 2015 custou o emprego de 2,5 milhões de brasileiros, o equivalente a 19% do desemprego atual, e provocou o aprofundamento da crise econômica no país. Os dados fazem parte da exposição feita pelo cientista social. Ver na íntegra em: INEEP – INSTITUTO DE ESTUDOS

através da privatização de suas unidades, resultando num maior número de importação, obrigando os cofres públicos a custearem valores do mercado internacional, mesmo que o Brasil detenha tecnologia e recursos para garantir a autonomia energética nacional[53].

Nesse sentido, Bohn e Rosseto[54] analisam que o pré-sal foi a materialização da excelência, capacidade e técnica e que deu autonomia de petróleo ao país para as próximas décadas. No entanto, consideram os autores que as recentes políticas instituídas pelo PPI são uma forma de minar a atuação da Petrobras, uma vez que consideram o petróleo e a energia como *commodities* ou oportunidades de negócio:

> Nenhuma nação desenvolvida trata petróleo e energia como commoditie ou como oportunidade de negócio. Petróleo e energia significam poder. Econômico e político. Não por outra razão guerras são feitas por este recurso. Mas quando falamos em petróleo, não significa apenas a sua extração. Todas as grandes petroleiras do planeta são empresas integradas – do poço ao posto. Produzem (e refinam) petróleo, gás, energia renovável, petroquímicos e fertilizantes. E não abrem mão de distribuírem todos esses derivados [...][55].

Trata-se de uma questão de direito da energia baseada em evidências. Destaca-se o que dispõe Projeto de Lei nº 750/2021 que altera a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, para estabelecer política de preços de derivados de petróleo, e dá outras providências:

Redação Atual	Proposta de Redação
Art. 68-B. Sem prejuízo das demais hipóteses previstas na regulação, o agente produtor, a cooperativa de produção ou comercialização de etanol, a empresa comercializadora de etanol ou o importador de etanol hidratado combustível fica autorizado a comercializá-lo com: (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.069, de 2021) I - agente distribuidor; (Incluído pela Medida Provisória nº 1.063, de 2021) (Produção de efeitos) II - revendedor varejista de combustíveis; (Incluído pela Medida Provisória nº 1.063, de 2021) (Produção de efeitos) III - transportador-revendedor-retalhista; e (Incluído pela Medida Provisória nº 1.063, de 2021) (Produção de efeitos) IV - mercado externo. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.063, de 2021) (Produção de efeitos)	Art. 68-B. Os preços de venda para distribuidores e comercializadores dos derivados do petróleo produzidos no País e importados não poderão ultrapassar os valores do mercado internacional, tendo como referência os preços competitivos praticados na costa do golfo dos Estados Unidos.

ESTRATÉGICOS DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. Disponível em: https://ineep.org.br/desmonte-da-petrobras-responde-por-19-do-desemprego-no-brasil/. Acesso em: 01 fev. 2022.

[53] GRAGNANI, Juliana. Por que o Brasil importa petróleo se é 'autossuficiente'? 2019. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50316414. Acesso em: 05 mar. 2022.

[54] GASSE, Elvino Bohn. ROSSETTO, Miguel. Destruir a Petrobras é destruir a independência. Qual será a escolha do Brasil? Disponível: https://www.cartacapital.com.br/opiniao/destruir-a-petrobras-e-destruir-a-independencia-qual-sera-a-escolha-do-brasil/. Acesso em 15 maio 2022.

[55] GASSE, Elvino Bohn. ROSSETTO, Miguel. Destruir a Petrobras é destruir a independência. Qual será a escolha do Brasil? Disponível: https://www.cartacapital.com.br/opiniao/destruir-a-petrobras-e-destruir-a-independencia-qual-sera-a-escolha-do-brasil/. Acesso em 15 maio 2022

Redação Atual	Proposta de Redação
Art. 68-C. Sem prejuízo das demais hipóteses previstas na regulação, o agente revendedor fica autorizado a adquirir e a comercializar etanol hidratado combustível do: (Incluído pela Medida Provisória nº 1.063, de 2021) (Produção de efeitos) ~~I - agente produtor ou importador;~~ I - agente produtor, cooperativa de produção ou comercialização de etanol, empresa comercializadora de etanol ou importador; (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.069, de 2021) II - agente distribuidor; e (Incluído pela Medida Provisória nº 1.063, de 2021) (Produção de efeitos) III - transportador-revendedor-retalhista. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.063, de 2021) (Produção de efeitos)	Art. 68-C. Fica criado o Fundo de Estabilização dos Preços dos Derivados do Petróleo – FEPD, que tem os seguintes objetivos: I - Reduzir a volatidade dos preços dos derivados do petróleo no mercado interno, que pode ocorrer mediante pagamento de subvenção econômica aos refinadores de petróleo por eles produzido no País e aos importadores; II - Garantir que, em cada exercício financeiro anual, os refinadores de que trata o inciso I do caput deste artigo recebam, no mínimo, os valores do mercado internacional de que trata o caput do art. 68-B desta Lei. III - Garantir que, em cada exercício financeiro anual, os importadores de derivados de petróleo recebam os valores do mercado internacional de que trata o caput do art. 68-B desta Lei, e um adicional compatível com seus custos e margens, que pode ter como fonte de recursos o FEPD. IV - Ser fonte de recursos orçamentários para compensar eventuais reduções de tributos incidentes na comercialização de derivados de petróleo. Parágrafo único. O FEPD será regulamentado por Decreto do Presidente da República, que definirá, também, os critérios para redução da volatilidade de que trata o inciso I do caput deste artigo e para destinação dos recursos do FEPD. Art. 68-D. Em cada exercício anual, os recursos financeiros destinados ao FEPD, de que trata o art. 68-C desta Lei, não poderão ser superiores aos recursos arrecadados a partir da cobrança de imposto de exportação sobre petróleo bruto.”
	Art. 2º O petróleo bruto, compreendido no código 2709.00.10 da Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, fica sujeito às seguintes alíquotas progressivas mínimas de imposto de exportação: I - 0% (zero por cento) para o valor do petróleo bruto até US$ 40 (quarenta dólares dos Estados Unidos) por barril; II - 30% (trinta por cento) aplicados apenas sobre a parcela do valor do valor do petróleo bruto acima de US$ 40 (quarenta dólares dos Estados Unidos) por barril e abaixo ou igual a US$ 70 (setenta dólares dos Estados Unidos) por barril; III - 50% (cinquenta por cento) aplicados apenas sobre a parcela do valor do petróleo bruto acima de US$ 70 (setenta dólares dos Estados Unidos) por barril. Parágrafo único. Em períodos em que não houver necessidade de importação de derivados de petróleo para atendimento do mercado nacional e houver saldo suficiente do Fundo de Estabilização dos Preços dos Derivados do Petróleo – FEPD, instituído pela Lei nº 9.478, de 6 agosto de 1997, para garantir preços estáveis e preços médios no exercício financeiro anual igual ou abaixo dos valores do mercado internacional, tendo como referência os preços competitivos praticados na costa do golfo dos Estados Unidos, as alíquotas de que trata este artigo poderão ser reduzidas até 0% (zero por cento).
	Art. 3º Do valor da exportação utilizado como base de cálculo para se determinar o valor do imposto de exportação de que trata o art. 2º desta Lei poderá ser deduzido o valor das importações de petróleo bruto desde que o petróleo bruto seja refinado no País pela mesma pessoa jurídica exportadora e durante o mesmo período. Parágrafo único. Para fins da dedução de que trata o caput deste artigo, o volume de petróleo bruto importado não poderá ultrapassar 10% (dez por cento) do volume total refinado pela mesma pessoa jurídica e no mesmo período.
	Art. 4º Esta Lei entra em vigor no prazo de noventa dias, a partir da data de sua publicação.

Destacam-se os seguintes aspectos para reflexão:

i) A Constituição Federal não estabelece qualquer vinculação a política externa de um país para regulamentar assuntos de segurança e soberania nacional, logo a forma como o tema é tratado no Projeto de Lei nº 750/2021 desconsidera a energia como questão estratégica, internacionalizando desarrazoadamente a política de preços do petróleo e deus derivados;
ii) A indexação dos preços baseado em moeda estrangeira é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme Lei nº 10.192 de 14 de fevereiro de 2001, artigo 1 parágrafo único, incisos I, II, III e artigos 2 e 3[56];
iii) A violação dos interesses do consumidor brasileiro quando estimula a transferência de investimentos a estrangeiros, afronta Decreto nº 3.520 de 21 de junho de 2000 que dispõe a preservação do interesse nacional como Política Energética, além da proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos[57];

Impõe-se, portanto, condições gravosas à sociedade brasileira, uma vez evidenciado que a subvenção advinda das estatais demonstra resultados positivos nas políticas de gestão dessa matriz energética[58].

Dados do Fundo Monetário Internacional, também apontam que empresas estatais controlam até 90% das reservas globais de petróleo e gás[59], impedindo a privatização desse recurso vital para a segurança pátria. Portanto, as modificações recentes nas políticas da Petrobras não afetam apenas a ordem econômica, atingindo também a segurança nacional.

O Brasil, ao estabelecer as diretrizes para a promoção da livre concorrência na atividade de refino no país, através da Resolução nº 9 de 2019 do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE)[60], gera insegurança para a produção e a soberania brasileira. Isso pois, desconsidera todo o histórico internacional de estatização do recurso energético, uma vez que se torna prioridade das potências energéticas a manutenção desse recurso nas mãos do Estado[61].

Na perspectiva de garantias de setores estratégicos ao país, a primazia do lucro não pode imperar porque o Estado tem expressamente destacados quais são os objetivos fundamentais estabelecidos no artigo 3 da Constituição Federal.

---

[56] BRASIL. Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001. Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10192.htm. Acesso em: 30 dez. 2022.

[57] . BRASIL. Decreto nº 3.520 de 21 de junho de 2000. Dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3520.htm. Acesso em: 30 dez. 2022.

[58] NATURAL RESOURCE GOVERNANCE INSTITUTE. The National Oil Database. 2019. Disponível em: https://www.nationaloilcompanydata.org/api/publications/content/NFInSnhdYNC4ntCohaYqok1u-2jHAG4vvLXK1jwrL.pdf. Acesso em: 02 fev. 2022.

[59] MALAR, João Pedro. Entenda as diferenças entre os modelos de exploração de petróleo pelo mundo. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/business/entenda-como-diferentes-mercados-de-exploracao-de-petroleo-formam-preco-no-mundo/. Acesso em: 12 fev. 2022.

[60] CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA. Resolução n. 9, de 9 de maio de 2019. Disponível em https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/conselhos-e-comites/cnpe/resolucoes-do-cnpe/arquivos/2019/Resoluo_CNPE_09_2019.pdf. Acesso em: 05 mar. 2022.

[61] NATURAL RESOURCE GOVERNANCE INSTITUTE. The National Oil Database. 2019. Disponível em: https://www.nationaloilcompanydata.org/api/publications/content/NFInSnhdYNC4ntCohaYqok1u-2jHAG4vvLXK1jwrL.pdf. Acesso em: 02 fev. 2022.

Portanto, em contraponto a tendência brasileira de privatização, os dados mundiais demonstram uma crescente reestatização de serviços essenciais como distribuição de água, energia, transporte público e coleta de lixo, sob o fundamento do grande volume de reclamações, altos preços e má prestação dos serviços[62]. Assim, o que se percebe é que enquanto as potencias mundiais estatizam ainda mais seu programa, o Brasil, por meio de iniciativas como a Resolução nº 9 de 2019 do CNPE[63], propõe-se a transferir o ativo dos seus refinos.

Há de se destacar que o Projeto de Lei 750/2021 afeta a dimensão socioambiental brasileira. Isso porque, ao defender a primazia de uma fonte não renovável de energia, maior responsável pela emissão de gases de efeito estufa, como o petróleo, caminha em sentido contrário ao compromisso internacional firmado pelo Brasil no Acordo de Paris[64]. Assim, distancia o Brasil dos objetivos do acordo internacional, uma vez que caberia ao Estado aplicar políticas e investimento público até o ano de 2030 e a aprovação do referido projeto legislativo inviabilizaria tal objetivo[65]. No mesmo sentido, não se verifica a propositura de políticas efetivas e comprometidas com a Política Nacional de Biocombustíveis (Lei nº 9.478/1997)[66].

Entende-se que toda e qualquer ação de Governo que envolva patrimônio e o interesse público devem partir da perspectiva de quais funções tal atuação possui dentro da ordem econômica e social. Assim, reforça-se a noção de que os interesses privados não podem jamais se sobrepor a soberania nacional, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, sob pena de legalmente institucionalizar a submissão e a dependência do Brasil aos países produtores de petróleo.

A melhor forma para criar mecanismos objetivos de redirecionamento da política petrolífera nacional é primando pelos princípios constitucionais de interesse público, da soberania, da segurança nacional, assim como, da proteção ao consumidor. Para a construção dessa política sob a perspectiva prática, é preciso observar o aumento da inflação decorrente do efeito cascata de produtos derivados do petróleo em virtude da subutilização da Petrobras e minimizar o processo de privatização dos campos e refinarias nacionais.

Destaca-se, ainda, que, a Petrobras deveria levar em consideração outros fatores para definir o preço dos combustíveis, como o volume de extração de petróleo no Brasil, a capacidade de refino no País e, especialmente, os custos dessas atividades, como de que

[62] ELIAS, Juliana. UOL. Reestatização cresce porque empresa privada tem serviço ruim. Disponível em https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/03/07/reestatizacoes-tendencia-crescendo-tni-entrevista.htm?cmpid=copiaecola. Acesso em: 13 mar. 2022.

[63] CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA. Resolução n. 9, de 9 de maio de 2019. Disponível em https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/conselhos-e-comites/cnpe/resolucoes-do-cnpe/arquivos/2019/Resoluo_CNPE_09_2019.pdf. Acesso em: 05 mar. 2022.

[64] BARBOSA, Catarina. Acordo de Paris completa cinco anos, e Brasil retrocede nas políticas ambientais. Disponível em https://www.brasildefato.com.br/2020/12/12/acordo-de-paris-completa-cinco-anos-e-brasil-retrocede-nas-politicas-ambientais. Acesso em 05 mar. 2022.

[65] IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. 7. Energia Acessível e Limpa. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/ods/ods7.html. Acesso em: 05 mar. 2022.

[66] BRASIL. Lei n. 13.576, de 26 de dezembro de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13576.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

maneira o investimento na sua atuação nacional contribui para a efetivação dos objetivos fundamentais expressos no artigo 3 da Constituição Federal. Como também, é necessário fortalecer a capacidade do Estado brasileiro em administrar as flutuações externas de custos, reduzindo o impacto da variável geopolítica internacional do petróleo ao mesmo tempo em que direciona a política interna para o atendimento do interesse público.[67]

3.4 A POSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO INSTITUCIONAL ANTE A POLÍTICA DE PREÇO DE PARIDADE DE IMPORTAÇÃO (PPI)

A produção e o refino de petróleo não podem ser tratados como um simples negócio privado com foco no lucro empresarial e no mercado. Para Paulo César Ribeiro Lima[68], essa prática ocorre e é ilegal no Brasil, uma vez que afronta a Constituição Federal – já que a questão energética deve ser tratada como assunto de segurança nacional e de utilidade pública.

Nesse sentido, no intuito de arrefecer condutas arbitrárias e de primazia do lucro, verifica-se a importância da criação de um Fundo de Estabilização dos Preços dos Derivados do Petróleo (FEPD). No entanto, não sob os mesmos fundamentos do proposto pelo Projeto de Lei nº 750/2021. O modo como o FEPD se materializa no Projeto de Lei é consideravelmente questionável do ponto de vista democrático. Isso porque, no PL nº 750/2021, o Fundo será regulamentado por Decreto do Presidente da República[69], constituindo, assim, uma forma antidemocrática em detrimento do princípio da participação cidadã na gestão pública e da construção econômica coletiva.

Diante da possibilidade de condutas ilícitas na gestão da política petrolífera nacional, destaca-se que o Brasil possui um arranjo institucional desenhado para garantir a observância da gestão orientada pelo interesse público e demais princípios e normas constitucionais.

Nesse diapasão, as empresas públicas e sociedades de economia mista que integram a Administração Pública Indireta no Brasil passam por um controle rigoroso de gestão. Em razão da estrutura normativa brasileira que determinou a existência de órgãos do Estado cuja responsabilidade é fiscalizar a atuação dessas empresas, tais como o Tribunal de Conta da União (TCU) e dos Estados (TCE), a Controladoria-Geral da União (CGU), o Ministério Público (MP) e o Conselho De Controle De Atividades Financeiras (COAF).

Do mesmo modo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) possui crescente potencial de estrutura de controle. Criado pela Lei nº 4.137/62[70], o Órgão

[67] CARANINE, Cloviomar. Nota Técnica do DIEESE n. 194 de 2018: "A escalada do preço dos combustíveis e as recentes escolhas da política do setor de petróleo". Disponível em https://www.dieese.org.br/notatecnica/2018/notaTec194PrecosCombustiveis.pdf, Acesso em 05 mar. 2022.

[68] LIMA, Paulo César Ribeiro. A produção e refino de petróleo como utilidade pública. Disponível em https://aepet.org.br/w3/index.php/conteudo-geral/item/1761-a-producao-e-refino-de-petroleo-como-utilidade-publica. Acesso em 03 mar. 2022.

[69] Texto do parágrafo único do inciso IV do Projeto de Lei nº 750/2021 estabelece: "O FEPD será regulamentado por Decreto do Presidente da República, que definirá, também, os critérios para redução da volatilidade de que trata o inciso I do caput deste artigo e para destinação dos recursos do FEPD".

[70] BRASIL. Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico.

tinha, dentre as suas atribuições, a de apurar e reprimir abusos de poder econômico. Com a promulgação da Lei nº 8.884/94[71], que revogou a lei anterior, reformulou-se o sistema de repressão ao abuso econômico, permitindo ao CADE maior autonomia ao transformar-lhe em autarquia federal e criando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SDE).

Em 2012, ocorreu uma nova reestruturação do sistema de defesa da concorrência, pela Lei nº 12.529/2011[72]. Entre as mudanças, o CADE passou a elaborar estudos e opinar perante a Administração Pública sobre projetos envolvendo a defesa da livre concorrência, permaneceu como Órgão julgador e absorveu competências dos outros órgãos, inclusive as de instrução processual. Essa última competência está subdividida entre a Superintendência-Geral para instaurar e instruir processos sobre condutas anticompetitivas e o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, para julgá-las.

Tal apresentação estrutural é relevante para constatar o potencial do CADE para analisar se constitui ou não infração contra a ordem econômica a atual política de Preço de Paridade de Importação. Tais indícios de infração são alardeados ante os preços aviltantes de combustíveis, os quais impactam em toda cadeia econômica e produtiva[73], implicando em reajustes a todo e qualquer tipo de produto ou serviço que dependa do petróleo e seus derivados. É nesse sentido que Fernandes Neto, Diretor da Federação Única dos Petroleiros (FUP) destaca que a PPI ocasiona o aumento dos insumos e alimentos, pela dependência do transporte rodoviário[74].

Entende-se que o enquadramento cabível à PPI encontra fundamento no artigo 36, inciso III, da Lei 12.529 de 2011[75]. O dispositivo imputa como infração a ordem econômica, independentemente de culpa, o **aumento arbitrário dos lucros**. Nesse sentido, tendo em vista que a Petrobras alcançou o maior lucro da história em 2022, mesmo ano em que o consumidor também pagou preços recordes dos combustíveis,[76] vislumbra-se potencial infração econômica oriunda do PPI, passível de ser processada e julgada pelo CADE.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4137.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

[71] BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

[72] BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

[73] BUENO, Márcia. Aumento dos combustíveis podem impactar custos da agropecuária. Disponível em https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/economia/audio/2021-10/aumento-dos-combustiveis-podem-impactar-custos-da-agropecuaria. Acesso em: 13 mar. 2022.

[74] CARVALHO, Geovanni. "Gás de cozinha ou alimento?": famílias brasileiras enfrentam dilema diante da alta dos preços. Impacto da alta do preço do gás de cozinha e do combustível é tema de entrevista com diretor da FUP. Brasil de Fato. Disponível em https://www.brasildefato.com.br/2021/10/26/gas-de-cozinha-ou-alimento-familias-brasileiras-enfrentam-dilema-diante-da-alta-dos-precos. Acesso em 13 mar. 2022.

[75] BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

[76] PAMPLONA, Nicola. Petrobras tem lucro recorde de R$ 106 bi e anuncia mais R$ 37 bi em dividendos. 2022. Disponível em https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/02/lucro-da-petrobras-passa-de-r-100-bilhoes-e-empresa-anuncia-mais-r-37-bilhoes-em-dividendos.shtml. Acesso em: 05 mar. 2022.

Desse modo, assimila-se que os preços abusivos dos combustíveis, a distorção da finalidade da Petrobras – que deveria atender ao interesse público – e a prevalência de interesses privados necessitam ser enfrentados com responsabilização. Tais comportamentos ferem a ordem econômica e as relações de consumo, na forma da Lei nº 8.137/1990[77], que considera crime o abuso do poder econômico, quando este domina o mercado ou elimina, total ou parcialmente, a concorrência, tal como criminaliza a fixação artificial de preços.

Cumpre referir, acerca da hipótese do inciso I de abuso econômico, que condições antirrepublicanas sobressaltam quando o país está sob o monopólio privado no setor de refino. Uma empresa privada almeja lucro, produzindo o que lhe convém, não atentando às necessidades da sociedade como, por exemplo, o desenvolvimento de novas fontes de energia e tecnologia oriundas desse processo.

Desse modo, fortalece-se a noção de que a política de Preço de Paridade de Importação incorre em uma série de violações à ordem econômica nacional e, por isso, deve ser analisada pelos órgãos fiscalizantes. Além disso, as práticas atuais empreendidas devem ser urgentemente apuradas pelas ofensas ao dever de defesa do Estado Democrático de Direito e da soberania nacional. Isso sob os auspícios da possível ocorrência do crime de lesa-pátria, na forma do artigo 359-K da Lei nº 14.197 de 2021[78].

3.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa baseada em evidências é uma forma de comprovar a efetividade das intervenções estatais e subsidiar a tomada de decisão na implementação de políticas macroeconômicas. Nesse sentido, o que se retrata na política brasileira como *modus operandi* é a prevalência de interesses econômicos contrários aos interesses públicos, haja vista que não se verifica uma preocupação genuína com o desenvolvimento energético do País. Uma vez que não é possível constatar políticas voltadas para trazer produtos a população com baixo custo.

O Projeto de Lei nº 750/2021 não aponta nenhum compromisso com o cumprimento das metas de desenvolvimento equilibrado com o meio ambiente, estando em dissonância com o Acordo de Paris e a Política Nacional de Biocombustíveis.

O Projeto de Lei nº 750/2021, ao estabelecer alíquotas progressivas mínimas de imposto de exportação, privilegia o fluxo de saída de um produto considerado estratégico à econômica brasileira. Isso afeta o interesse público e o caráter de segurança nacional que o petróleo possui dentro da dinâmica geopolítica e da cadeia inflacionária interna do País.

Ademais, inquestionável a relação da política do petróleo com a soberania nacional.

[77] Os crimes referenciados estão previstos no art. 4º, inciso I e inciso II, alínea "a". BRASIL. Lei nº 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em: 05 mar. 2022.

[78] BRASIL. Lei n. 14.197 de 01 de setembro de 2021. Disponível http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14197.htm#art4. Acesso em: 15 fev. 2022.

As principais nações no mundo entendem a questão da política energética não somente como assunto de segurança do abastecimento, mas, sobretudo, de segurança nacional. Na contramão, o Brasil vem priorizando os interesses privados em detrimento do interesse público, com distribuição de lucros de nossas riquezas energéticas a estrangeiros, em detrimento ao cumprimento dos objetivos fundamentais expressos no artigo 3 da Constituição Federal, limitando e vulnerabilizando a capacidade de reação estatal frente as crises e volatilidades internacionais. Assim, conclui-se pela criação de mecanismos objetivos para orientar a política energética brasileira, observando a necessidade de resguardar a segurança nacional, a soberania, o desenvolvimento socioambiental equilibrado e a proteção do consumidor.

É preciso, ainda, acionar os mecanismos existentes para investigar, apurar e, sendo o caso, processar e julgar as infrações e crimes possíveis cometidos dentro das políticas estatais empreendidas na gestão energética do Brasil nos últimos anos. Entende-se, dentro do que compôs o objeto de estudo da pesquisa, que as práticas de governo implementadas para o desmantelamento da Petrobras, ofendem o Estado Democrático de Direito, configurando o crime de lesa-pátria, na forma do artigo 359-K da Lei nº 14.197/2021. Do mesmo modo, verificou-se a necessidade de apurar os efeitos da prática adotada pelo PPI em relação as infrações contra a ordem econômica. Incide também, a responsabilidade do CADE em investigar os padrões de comercialização de combustível que ferem os consumidores, tal como os lucros exorbitantes da Petrobras, vinculada a Administração Pública Indireta. Enseja-se, nessa conjuntura, a primordial iniciativa do Ministério Público, conforme prevê o artigo 16 da lei dos crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/1990).

Não se verifica no Projeto de Lei nº 750/2021 nenhuma preocupação com as metas para a transição energética, a fim de implementar, gradativamente, a substituição de energias não renováveis e poluidoras, como também, verificou-se que não há um compromisso dentro desse Projeto de Lei com a Polícia Nacional de Biocombustíveis (RenovaBio), composta por ações, atividades, projetos e programas que deveriam viabilizar a oferta de energia cada vez mais sustentável, competitiva e segura. Igualmente, desconsidera o compromisso brasileiro com os objetivos de desenvolvimento sustentável estabelecidos pela Agenda 2030 da ONU, especialmente no que se refere a garantia de acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia, estabelecido no 7 Objetivo para o desenvolvimento sustentável.

O petróleo é a principal matriz energética brasileira e, por isso, deve ter sua gestão orientada para o desenvolvimento nacional. O recurso, junto com seus derivados, é responsável por movimentar a economia interna e desenvolver o emprego formal, direto e indireto, contribuindo com a erradicação da pobreza, da desigualdade social e da fome.

Assim, entende-se que o Projeto de Lei nº 750/2021 fere princípios e regras da ordem econômica estabelecidos na Constituição Federal. Essa violação pode ser verificada a partir do momento em que a política vigente não prioriza uma proteção do setor petrolífero; não

preserva a soberania brasileira e nem promove o desenvolvimento nacional; não garante a autossuficiência nacional da produção de petróleo; promove uma cultura de desinvestimento na indústria nacional pela privatização de um setor estratégico para a autonomia energética; não estabelece investimentos na capacitação tecnológica, a qual já demonstrou resultados pela descoberta do pré-sal; prioriza o mercado internacional em detrimento do nacional; não garante o abastecimento de produtos derivados do petróleo em momentos de crise e instabilidade; e, por fim, não compromete-se com políticas de transição energética e de energia limpa.

Por todas essas razões, depreende-se que o Projeto de Lei nº 750/2021 não deve ser aprovado, é inconstitucional por afronta a segurança e a soberania nacional, a autonomia energética, a ordem econômica, o desenvolvimento do País com vistas a primazia do interesse público.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Catarina. **Acordo de Paris completa cinco anos, e Brasil retrocede nas políticas ambientais**. Disponível em https://www.brasildefato.com.br/2020/12/12/acordo-de-paris-completa-cinco-anos-e-brasil-retrocede-nas-politicas-ambientais. Acesso em 05 mar. 2022.

BRASIL 247. **Tereza Cristina diz que Brasil errou ao fechar fábricas de fertilizantes da Petrobrás**. Disponível em https://www.brasil247.com/brasil/tereza-cristina-diz-que-que-brasil-errou-ao-fechar-fabricas-de-fertilizantes-da-petrobras. Acesso em: 05 mar. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 750 de 05 de março de 2021.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1971887. Acesso em: 30 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei n° 200 de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em 15 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 3.520 de 21 de junho de 2000**. Dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3520.htm. Acesso em: 30 dez. 2022

BRASIL. **Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953**. Dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade Anônima, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2004.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4137.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 05 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001**. Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10192.htm. Acesso em: 30 dez. 2022

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.576, de 26 de dezembro de 2017**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13576.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BOURGUIGNON, Natalia. **Petrobras vende maior campo de petróleo em terra do ES, gasodutos e porto.** Disponível em https://www.agazeta.com.br/es/economia/petrobras-vende-maior-campo-de-petroleo-em-terra-do-es-gasodutos-e-porto-0222. Acesso em: 05 mar. 2022.

BUENO, Márcia. **Aumento dos combustíveis podem impactar custos da agropecuária**. Disponível em https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/economia/audio/2021-10/aumento-dos-combustiveis-podem-impactar-custos-da-agropecuaria. Acesso em: 13 mar. 2022.

CARANINE, Cloviomar. **Nota Técnica do DIEESE n. 194 de 2018: "A escalada do preço dos combustíveis e as recentes escolhas da política do setor de petróleo**". Disponível em https://www.dieese.org.br/notatecnica/2018/notaTec194PrecosCombustiveis.pdf, Acesso em 05 mar. 2022.

CAUTI, Carlos. **China ordena prioridade máxima para estocar petróleo, gás e alimentos**. Disponível em https://exame.com/mundo/china-prioridade-maxima-estocar-alimentos/. Acesso em: 05 mar. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA. **Resolução n. 9, de 9 de maio de 2019**. Disponível em https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/conselhos-e-comites/cnpe/resolucoes-do-cnpe/arquivos/2019/Resoluo_CNPE_09_2019.pdf. Acesso em: 05 mar. 2022.

DIEESE – DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Nota Técnica nº 194 de 2018**. Disponível em: https://www.dieese.org.br/notatecnica/2018/notaTec194PrecosCombustiveis.pdf. Acesso em: 01 fev. 2022.

DIEESE – DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Nota Técnica nº 251 de 2021**. Disponível em: https://www.dieese.org.br/notatecnica/2021/notaTec251PrecosCombustiveis/index.html?page=1. Acesso em: 01 fev. 2022.

ELIAS, Juliana. UOL. **Reestatização cresce porque empresa privada tem serviço ruim**. Disponível em https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/03/07/reestatizacoes-tendencia-crescendo-tni-entrevista.htm?cmpid=copiaecola. Acesso em: 13 mar. 2022.

ESTADÃO CONTEÚDO. **Com alta do petróleo, defasagem do preço da gasolina já é de 24% e pressão aumenta sobre Petrobras (PETR4).** Disponível em https://www.infomoney.com.br/mercados/com-alta-do-petroleo-defasagem-do-preco-da-gasolina-ja-e-de-24-e-pressao-aumenta-sobre-petrobras-petr4/. Acesso em: 05 mar. 2022.

ESTADÃO CONTEÚDO. **Fim do PPI? Entenda como pensa o provável futuro CEO da Petrobras**. Disponível em: https://einvestidor.estadao.com.br/mercado/o-que-pensa-jean-paul-prates-petrobras/. Acesso em: 30/12/2022.

GASSE, Elvino Bohn. ROSSETTO, Miguel. **Destruir a Petrobras é destruir a independência. Qual será a escolha do Brasil?** Disponível: https://www.cartacapital.com.br/opiniao/destruir-a-petrobras-e-destruir-a-independencia-qual-sera-a-escolha-do-brasil/. Acesso em 15 maio 2022.

GRAGNANI, Juliana. **Por que o Brasil importa petróleo se é 'autossuficiente'?** 2019. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50316414. Acesso em: 05 mar. 2022.

INEEP – INSTITUTO DE ESTUDOS ESTRATÉGICOS DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. Disponível em: https://ineep.org.br/desmonte-da-petrobras-responde-por-19-do-desemprego-no-brasil/. Acesso em: 01 fev. 2022.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. 7. Energia Acessível e Limpa. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/ods/ods7.html. Acesso em: 05 mar. 2022.

LIMA, Paulo César Ribeiro**. A produção e refino de petróleo como utilidade pública**. Disponível em https://aepet.org.br/w3/index.php/conteudo-geral/item/1761-a-producao-e-refino-de-petroleo-como-utilidade-publica. Acesso em 03 mar. 2022

MALAR, João Pedro. Entenda as diferenças entre os modelos de exploração de petróleo pelo mundo. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/business/entenda-como-diferentes-mercados-de-exploracao-de-petroleo-formam-preco-no-mundo/. Acesso em: 12 fev. 2022.

PAMPLONA, Nicola. **Petrobras tem lucro recorde de R$ 106 bi e anuncia mais R$ 37 bi em dividendos.** 2022. Disponível em https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/02/lucro-da-petrobras-passa-de-r-100-bilhoes-e-empresa-anuncia-mais-r-37-bilhoes-em-dividendos.shtml. Acesso em: 05 mar. 2022.

RICETO, Álisson; DA SILVA, Ronaldo. O papel da Petrobras na economia brasileira (2003/2018): ascensão e queda. **GEOgraphia**, v. 23, n. 50, 2021. p. 13-14.

SALVADOR, Regina; MARQUES, Bruno Pereira. Geopolítica do Petróleo: de Estrabão à(s) guerra(s) do Iraque. **Revista da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas**, Lisboa, n. 16, p. 191-200. 2003.

SARTORIO, Loural Marcelo; SILVA, Cássio Garcia Ribeiro Soares da; MORTARI, Valéria Silva. A Petrobras como agente do desenvolvimento produtivo no Brasil: importância e esvaziamento. In: **Anais do IV Encontro Nacional de Economia Industrial e Inovação**. São Paulo: Blucher, 2019. p. 1-18. Disponível -em: https://www.proceedings.blucher.com.br/article-details/a-petrobras-como-agente-do-desenvolvimento-produtivo-no-brasil-importncia-e-esvaziamento-33127. Acesso em: 01 fev. 2022.

SOUSA, Geovanne Soares Amorim de. **A tributação dos combustíveis no Brasil**: União, Estados

e Congresso Nacional devem caminhar unidos para atenuar o preço dos combustíveis. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/352998/a-tributacao-dos-combustiveis-no-brasil. Acesso em: 15 fev. 2022.

TATEMOTO, Rafael. **Exploração do pré-sal completa dez anos e sofre com retrocessos do golpe.** 2018. Disponível em https://www.brasildefato.com.br/2018/09/11/exploracao-do-pre-sal-completa-dez-anos-e-sofre-com-retrocessos-do-golpe. Acesso em: 01 fev. 2022.

VENTURA, Manoel. **Guerra leva ministro de Minas e Energia a apoiar liberação de estoques de petróleo para regular preço de combustíveis**. 2022. Disponível em https://correiodopovo-al.com.br/geral/guerra-leva-ministro-de-minas-e-energia-a-apoiar-liberacao-de-estoques-de-petroleo-para-regular-preco-de-combustiveis. Acesso em: 05 mar. 2022.

VITTO, William Clavijo; ALMEIDA, Edmar Fagundes de. A Venezuela na geopolítica do petróleo norte-americana: uma análise à luz das novas realidades do mercado internacional de petróleo. **Oikos**, v. 19, n. 1.

4. A PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS E O TRATAMENTO CONFERIDO PELO PODER JUDICIÁRIO ÀS MULHERES ENCARCERADAS

Heron Abdon Souza [79]
Luiza Cristina da Silva Machado[80]

RESUMO: Não obstante as determinações legais do Código de Processo Penal, as orientações da Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as decisões dos Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça não proporcionaram a concretização, *in totum*, do objetivo macro de proteger grávidas, puérperas e lactantes da infecção pelo novo coronavírus no âmbito do sistema prisional feminino. A mulher presa foi reduzida a um lugar secundário nos debates sobre política pública carcerária. O artigo propõe-se analisar a dificuldade da aplicação de tutelas jurisdicionais protetivas às mulheres grávidas, puérperas e lactantes presas em tempos de coronavírus. Problema que se impõe a investigar: O Poder Judiciário identificou o risco das mulheres grávidas, puérperas e lactantes privadas de liberdade contraírem o vírus e tomou medidas para reduzir danos e assegurar suas vidas?

PALAVRAS-CHAVE: COVID-19. Mulheres. Sistema prisional.

ABSTRACT: Notwithstanding the legal provisions of the Code of Criminal Procedure, the guidelines of Recommendation nº 62/2020 of the National Council of Justice and the jurisprudence of the Supreme Federal Court, the decisions of the Courts of Justice and the Superior Court of Justice did not provide for the concretization, *in totum*, of the macro objective of protecting pregnant women, postpartum women and nursing mothers from infection by the new coronavirus within the scope of the female prison system. The arrested woman was reduced to a secondary place in the debates on prison public policy. The article proposes to analyze the difficulty of applying protective jurisdictional protections to pregnant women, women who have recently given birth and breastfeeding women who were imprisoned in times of coronavirus. Problem that needs to be investigated: Has the Judiciary identified the risk of pregnant women, women who have recently given birth and are deprived of their freedom to contract the virus and have they taken steps to reduce harm and secure their lives?

KEYWORDS: COVID-19. Women. Prison system.

[79] Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor Associado de Introdução Histórica do Direito e Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense. Advogado (OAB/RJ 92610).
[80] Bacharelanda em Direito na Universidade Federal Fluminense. Estagiária oficial do MPF.

4.1 INTRODUÇÃO

O número total de presos no Brasil é de 748.009 pessoas.[81] Deste universo, o encarceramento feminino corresponde a 4,94%, ou seja, 36.929 mulheres.[82]

De acordo com ofício, de 06 de maio de 2020, emitido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e anexado à petição inicial do HC 186.185/DF, havia 208 mulheres grávidas presas no Brasil, 44 puérperas e 12.821 mães de crianças menores de doze anos[83], sendo 225 destas últimas, em dezembro de 2019, ainda lactantes.[84]

Esses dados são preocupantes no que tange à pandemia do novo coronavírus pois grávidas, puérperas e lactantes são consideradas grupos de risco da doença (COVID-19)[85] e, notoriamente, vivem em situação de insalubridade e vulnerabilidade nos superlotados presídios.[86] Os dados gerais sobre COVID-19 em relação às pessoas presas, atualizados em 31 de agosto de 2020, são: a) 20.789 casos confirmados (em 08 de abril eram 2 casos); b) 104 óbitos registrados (em 17 de abril eram 2 óbitos); e c) 36.899 testes realizados.[87]

Não obstante as determinações legais do Código de Processo Penal, as orientações da Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), as decisões dos Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não proporcionaram a concretização, *in totum*, do objetivo macro de proteger grávidas, puérperas e lactantes da infecção pelo novo coronavírus no âmbito do sistema prisional feminino. A mulher presa foi reduzida a um lugar secundário nos debates sobre política pública carcerária.

---

[81] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Período de julho a dezembro de 2019. Presos em unidades prisionais no Brasil. Disponível em https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWI2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em 02 set. 2020.

[82] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Período de julho a dezembro de 2019. População prisional por gênero. Disponível em https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWI2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em 01 set. 2020.

[83] COVID NAS PRISÕES. Decisões Judiciais. Ações judiciais. Habeas Corpus Coletivos. Habeas Corpus Coletivo STF para Mulheres presas gestantes e lactantes. Habeas Corpus nº 186.185. Petição. Disponível em https://uploads.strikinglycdn.com/files/f66d46ad-12dd-4e90-8f23-b94dfaad1b81/HC%20Coletivo%20STF%20-%20gestantes%20e%20lactantes.pdf. Acesso em 02 set. 2020.

[84] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Período de julho a dezembro de 2019. Maternidade. Disponível em https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWI2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em 02 set. 2020.

[85] BRASIL. Ministério da Saúde. Notas Técnicas orientam sobre a Atenção à Saúde das Gestantes no contexto da pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2). 20 abr. 2020. Disponível em https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/covid-19-atencao-as-gestantes/. Acesso em 02 set. 2020.

[86] O STF reconheceu, na ADPF 347 MC/DF, que o sistema prisional brasileiro se encontra em um estado de coisas inconstitucional. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. 09 set. 2015. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385. Acesso em 04 set. 2020).

[87] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Boletim de contaminações e óbitos. Covid-19 no Sistema Prisional. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-02.09.20.pdf. Acesso em 04 set. 2020.

O artigo propõe-se analisar a dificuldade da aplicação de tutelas jurisdicionais protetivas às mulheres grávidas, puérperas e lactantes presas em tempos de coronavírus. Problema que se impõe a investigar: O Poder Judiciário identificou o risco das mulheres grávidas, puérperas e lactantes privadas de liberdade contraírem o vírus e tomou medidas para reduzir danos e assegurar suas vidas?

Os dados para a execução da pesquisa foram coletados em jurisprudências e em sites especializados e/ou pertinentes ao tema e abordados de forma qualitativa privilegiando um tratamento interpretativo.

4.2 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Código de Processual Penal, em seus artigos 318, IV e V e 318-A, estabelece o direito à substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar às mulheres gestantes ou mães com filhos de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Vejamos:

> Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: [...] IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; [...]
>
> Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.[88]

Ocorre que a aplicação integral do art. 318, IV e V foi mitigada em face das excepcionalidades estabelecidas no HC 143.641/SP, impossibilitando a referida substituição. Vejamos a Ementa:

> EMENTA: HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉNATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES

[88] BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 04 set. 2020.

> UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. [...] XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.[89] (grifo nosso)

Nem mesmo a inclusão dos requisitos objetivos (art. 318-A[90]) para deferimento do pedido de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar alterou a interpretação restritiva do art. 318 pelos Tribunais de Justiça e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Apesar do art. 318-A preceituar apenas dois requisitos objetivos (I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente) para a concessão da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, as negativas são fundamentadas em face de: a) ausência de danos concretos que evidenciariam o risco de contágio das mulheres privadas de liberdade; b) gravidade do delito (crime sem violência ou grave ameaça); e c) mulher presa com registro anterior de condenação por crime. Os casos concretos serão expostos, respectivamente, nos tópicos 5.1.1, 5.1.2 e 5.1.3 do presente artigo.

4.3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: RECOMENDAÇÃO Nº 62/2020

Em 17 de março de 2020, o CNJ editou a Recomendação nº 62 que orientou os Tribunais e magistrados à adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.[91]

No que tange às mulheres encarceradas, a Resolução preceitua que:

> Art. 4º Recomendar aos magistrados com competência para a fase de conhecimento criminal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: I – a reavaliação das prisões provisórias, nos termos do art. 316, do Código de Processo Penal, priorizando-se: a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco; [...] III – a máxima ex-

[89] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.641/SP. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. 2ª Turma. Julgamento em 20 fev. 2108. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497. Acesso em 03 set. 2020.

[90] Incluído pela Lei nº 13.760, de 19 de dezembro de 2018.

[91] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020. Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/original160026202003305e82179a4943a.pdf. Acesso em 01 set. 2020.

> cepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva, observado o protocolo das autoridades sanitárias.(grifo)
>
> Art. 5º Recomendar aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas: I – concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante no 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às: a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco; [...][92] (grifo nosso)

Sobre a natureza jurídica da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, extrai-se trecho da decisão do Ministro do STJ, Rogerio Schietti Cruz, relator nos autos do Habeas Corpus nº 572.428/ES:

> O Conselho Nacional de Justiça, introduzido no sistema pátrio pela Emenda Constitucional n. 45/2004, possui as atribuições elencadas no art. 130-A da CF. O órgão não tem poder de legislar, de modo que suas recomendações não são impositivas. A Recomendação n. 62/2020 não é lei nem cria direitos ou obrigações; é somente um aconselhamento, vale dizer, um ato que conclama os juízes e os Tribunais a adotarem, com razoabilidade, medidas preventivas à propagação do Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.[93] (grifo nosso)

4.4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: HABEAS CORPUS Nº 186.185/DF

Tratou-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado por Defensorias Públicas de 16 Estados e o Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores que, diante do cenário de pandemia provocado pelo novo coronavírus e a inadequação das unidades prisionais femininas[94], pugnou pela concessão de liberdade provisória ou de prisão domiciliar para todas as mulheres presas gestantes, puérperas ou lactantes[95] em face de atos coatores do STJ, de Tribunais de Justiça

[92] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020. Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/original160026202003305e82179a4943a.pdf. Acesso em 01 set. 2020.

[93] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 572.428/ES. Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Decisão monocrática em 15 abr. 2020. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=108531271&tipo_documento=documento&num_registro=202000847471&data=20200416&formato=PDF. Acesso em 03 set. 2020.

[94] Os impetrantes asseveraram que são "desprovidas de estrutura para acolhimento de presas lactantes e sem condições para um adequado acompanhamento médico pré, peri e pós-natal". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 186.185/DF. Rel. Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática de 29 de junho de 2020. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343626987&ext=.pdf. Acesso em 03 set. 2020).

[95] Os impetrantes identificaram que "ainda existem 208 mulheres grávidas presas em todo o país, às quais soma-se 44 puérperas e 12.821 mães de crianças menores de doze anos, sendo muitas destas últimas ainda lactantes". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 186.185/DF. Rel. Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática de 29 de junho de 2020. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343626987&ext=.pdf. Acesso em 03 set. 2020).

e de Juízos criminais e de execução penal do país que descumpriram a Recomendação nº 62/2020 do CNJ.[96]

O Ministro Luiz Fux (Relator), em 29 de junho de 2020, decidiu pela incognoscibilidade da impetração[97] mas concedeu parcialmente a ordem de ofício, determinando que o STJ, os Tribunais de Justiça e os Juízos criminais e de execução penal do país observem a Recomendação nº 62/2020 do CNJ, especialmente quanto às medidas de cuidado e prevenção da infecção pelo coronavírus nas detentas gestantes, puérperas e lactantes. Os fundamentos aduzidos foram:

> Não obstante, a sensibilidade que o tema veicula, sobretudo em razão da situação de pandemia e da crise sanitária vivenciada, possibilita a análise de eventual concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, os impetrantes noticiam a existência de decisões judiciais que obstaculizam a liberação de mulheres presas gestantes, puérperas e lactantes, no conhecido e apontado contexto da realidade carcerária brasileira. Com efeito, a elevada disseminação da doença no Brasil e o crescente número de mortos impõem o dever constitucional de que as instituições tomem medidas hábeis de enfrentamento à pandemia, cada qual no âmbito de sua competência. No sistema prisional, em que os detentos são mantidos em situação de confinamento e, por vezes, em cenários de superlotação, esse dever de cuidado é ainda mais significativo, especialmente em relação àqueles cientificamente considerados como integrantes do grupo de risco da moléstia. Deveras, imbuído dessas preocupações, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), enquanto órgão formulador de políticas públicas judiciárias, expediu a Recomendação n.º 62/2020, de 17 de março de 2020, recomendando aos Tribunais e magistrados a adoção de diversas medidas preventivas à propagação da infecção pelo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Assim, considerando a finalidade de proteção da vida e da saúde das pessoas em situação de privação de liberdade e a redução dos fatores de propagação do vírus, o documento previu equilibradas e isonômicas orientações a serem seguidas por todas as instâncias judiciais, oferecendo parâmetros

[96] Os impetrantes destacaram que "em parcela considerável dos casos, vê-se decisões lacônicas, que afirmam não ser possível vislumbrar qualquer ilegalidade na decisão proferida pela instância inferior para fundamentar a denegação da ordem" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 186. 185/DF. Rel. Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática de 29 de junho de 2020. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343626987&ext=.pdf. Acesso em 03 set. 2020).

[97] "A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar Habeas Corpus está definida no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição Federal. Com efeito, conforme assentado na na Pet 1.738-AgR (rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe de 1º/10/99) trata-se de previsão taxativa, já que "a competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida - não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em numerus clausus, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República". Nesse sentido, a mencionada competência desta Corte configura-se apenas quando a autoridade coatora é Tribunal Superior ou quando o paciente for alcançado pela chamada prerrogativa de função. In casu, ausente qualquer dessas hipóteses [...]. Ademais, na hipótese sub examine, as entidades impetrantes pretendem a concessão da ordem de modo genérico, abrangendo pessoas que se encontram em situações heterogêneas. Assim, em razão da maneira como foi formalizado o presente pedido, resta inviabilizada a apreciação de eventual situação de constrangimento ilegal, porquanto não há como se aferir em abstrato a situação concreta de restrição à liberdade de locomoção de cada uma das detentas gestantes, puérperas e lactantes do sistema penitenciário brasileiro." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 186.185/DF. Rel. Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática de 29 de junho de 2020. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343626987&ext=.pdf. Acesso em 03 set. 2020).

> próprios para as situações individualizadas subjetivamente analisadas pelo juízo competente. [...] Nesse sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal também se manifestou sobre a questão no âmbito de pedido de tutela provisória incidental formulado na ADPF 347, rel. Min. Marco Aurélio, em que se requeria, dentre outros provimentos, a concessão de regime domiciliar às detentas gestantes e lactantes, em razão da superveniência do estado de pandemia. Na ocasião, na sessão de 18 de março de 2020, o Tribunal Pleno indeferiu os pedidos então realizados, reafirmando que a matéria já era objeto de tratamento da referida Recomendação do Conselho Nacional de Justiça. Outrossim, já havendo tratamento adequado da questão no plano normativo, eventuais ocorrências de constrangimento ilegal à liberdade e à saúde pública das detentas gestantes, puérperas e lactantes apenas podem ser verificadas de forma individual e concreta, a partir de análise primeira do juízo de origem competente, no afã de se permitir, de modo seguro e específico, a avaliação da situação de cada paciente, em razão das particularidades subjetivas envolvidas em cada caso. Deveras, essa necessária incursão na moldura fática específica é providência inadequada a esta via processual do habeas corpus, ainda que coletivo [...].[98] (grifo nosso)

4.5 A INSENSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

A insensibilidade do Poder Judiciário foi manifestada em decisões dos Tribunais de Justiça e do STJ que se recusaram a cumprir as determinações legais dispostas no Código de Processo Penal, as orientações da Recomendação nº 62/2020 do CNJ e a jurisprudência do STF, negando pedidos de concessão de habeas corpus para mulheres privadas de liberdade: grávidas, puérperas e lactantes.

Em 28 de agosto de 2020, o Conselho Nacional de Justiça enviou ofício aos Tribunais de Justiça para que apresentassem informações sobre medidas de cuidado e prevenção da infecção pelo novo coronavírus, especificamente, requerendo dados sobre quantas mulheres presas (gestantes, puérperas, mães de crianças de até 12 anos, idosas ou as que possuam doenças crônicas ou respiratórias) foram colocadas em prisão domiciliar. O objetivo foi reforçar as orientações da Recomendação CNJ nº 62/2020.[99]

4.5.1 Tribunais de Justiça

Uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que apesar de não ser um caso específico de gestante, puérpera ou lactante, merece destaque no universo das decisões dos Tribunais locais pois simboliza a insensibilidade do Poder Judiciário em face do deboche e do descaso à pessoa humana, expostos nos fundamentos da decisão do Relator pelo indeferimento do habeas corpus.

Tratou-se, originariamente, de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado jun-

[98] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 186.185/DF. Rel. Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática de 29 de junho de 2020. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343626987&ext=.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

[99] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pandemia: CNJ cobra medidas de prevenção voltadas a mulheres presas. 28 ago. 2020. Disponível em https://www.cnj.jus.br/pandemia-cnj-cobra-medidas-de-prevencao-voltadas-a-mulheres-presas/. Acesso em 04 set. 2020.

to à 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em favor de paciente (mulher) que cumpria pena privativa de liberdade (regime semiaberto) na Penitenciária Feminina de Mogi-Guaçu/SP pela prática da conduta descrita no art. 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei nº 11.343/2006.[100] Requereu a impetrante, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a concessão da liminar para que fosse deferida o cumprimento da pena em prisão domiciliar.

O Desembargador Alberto Anderson Filho (Relator), em 01 de abril de 2020, decidiu pelo indeferimento do pedido de liminar nos seguintes termos:

> Sabe-se que a liminar no remédio heroico em tela só pode ser deferida em casos excepcionais e desde que comprovada ab initio na própria impetração, a ocorrência de constrangimento ilegal, hipótese não verificada na espécie vertente. E esse não é o caso dos autos. A questão relativa ao COVID-19 tem sido alegada de forma tão indiscriminada que sequer mereceria análise detalhada. Dos cerca de 7.780.000.000 de habitantes do Planeta Terra, apenas 3 (três): ANDREW MORGAN, OLEG SKRIPOCKA e JESSICA MEIER, ocupantes da estação espacial internacional, o primeiro há 256 dias e os outros dois há 189 dias, portanto há mais de 6 meses, por ora não estão sujeitos à contaminação pelo famigerado CORONA VIRUS. Importante lembrar que os que estão há menos tempo fora do planeta, dele saíram em 25 de setembro de 2019, cerca de dois meses antes das notícias acerca da pandemia que se iniciou nas China. Portanto, à exceção de três pessoas, todas demais estão sujeitas a risco de contaminação, inclusive os que estavam na Estação Espacial Internacional e retornaram à terra no princípio de setembro de 2019. Portanto, o argumento do risco de contaminação pelo COVID19 é de todo improcedente e irrelevante. Inúmeras pessoas que vivem em situação que pode ser considerada privilegiada, tais como: o Príncipe Albert de Mônaco, o Príncipe Charles da Inglaterra, primeiro da ordem de sucessão ao trono, o Presidente do Senado Federal Davi Alcolumbre etc. foram contaminados e estão em tratamento. Lembre-se também das pessoas que, para o bem de inúmeras outras, ficam expostas a evidente e sério risco e mesmo com equipamentos de proteção (roupas, luvas, máscaras etc), rígidas regras de higiene e etc, são infectadas pelo COVID 19. Assim, todos, à exceção dos três acima mencionados, estão em efetivo risco, daí porque a liminar, por esta razão fica indeferida.[101] (grifo nosso)

[100] Lei nº 11.343/2006, Art. 33 - Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...] Art. 35 - Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei [...] (BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 04 set. 2020).

[101] SÃO PAULO. (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Processo nº 2061058-72.2020.8.26.0000 (Habeas Corpus)*. 7ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Desembargador Alberto Anderson Filho. Decisão monocrática em 01 de abril de 2020. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=A08198EDCEAD591BCB0FD00DE6C95800.cposg2?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=2061058-72.2020&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2061058-72.2020.8.26.0000&dePesquisa=&uuidCaptcha=sajcaptcha_9150a70af7714a6cb3dadc39909245fb&g-recaptcha-response=03AGdBq27eNSWc2eunI3wSDp6uAbTsyaXVrSOUZH1ZWQiwz_WHsDtFgTe-

Inconformada com a referida decisão monocrática, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo impetrou, em 07 de abril de 2020, habeas corpus (com pedido de liminar) junto ao Superior Tribunal de Justiça (HC 571834/SP). O Ministro Presidente do STJ, João Otávio de Noronha (Relator), no mesmo dia, decidiu pelo indeferimento do pedido de liminar.[102]

Permanecendo o inconformismo, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo impetrou, em 14 de abril de 2020, habeas corpus (com pedido de liminar) junto ao Supremo Tribunal Federal (HC 184.010/SP). A impetrante argumentou que:

> a) a paciente atualmente cumpre pena, em regime semiaberto, na Penitenciária Feminina de Mogi Guaçu; b) o regime intermediário do estabelecimento prisional em que cumpre pena está superlotado, sem equipe mínima de saúde e também é constante a falta de água no local, o que sobrelevam os riscos de contágio e transmissão do novo coronavírus; c) o Juízo a quo negou a substituição da pena privativa de liberdade em prisão domiciliar em decisão desprovida de fundamentação idônea, baseada na gravidade abstrata do delito; c) a ilegalidade foi mantida pelo Tribunal de origem, que "não apresentou nenhum fundamento jurídico para a denegação da liminar, limitando-se a asseverar que apenas 3 astronautas, que estão em órbita, é que estariam a salvo do COVID-19.[103] (grifo nosso)

O Ministro Edson Fachin (Relator), em 08 de maio de 2020, concedeu a ordem de ofício para o fim de determinar a imediata conversão da pena privativa de liberdade (regime semiaberto) em prisão domiciliar. Os fundamentos aduzidos foram:

> Ainda que ausentes hipóteses de conhecimento, a Corte tem admitido, excepcionalmente, a concessão da ordem de ofício. [...] No caso dos autos, a apontada ilegalidade pode ser aferida de pronto. [...] Como se nota, no que tange à fundamentação exarada para a negativa da substituição, as decisões das instâncias ordinárias se reportam a meras percepções da realidade em geral, que escapam da singularidade do caso concreto. Não se indica ali de que maneira, sobretudo à luz da atual conjectura de pandemia mundial, não seria recomendável a conversão da medida privativa de liberdade em domiciliar, como aliás, figura em recomendação exarada pelo CNJ. Não há ponderação acerca de particularidades afetas à execução penal da paciente, dados concretos da atual lotação da unidade prisional em que está custodiada, ou eventuais medidas ali adotadas para mitigar o risco de contágio do vírus. Considerações pessoais do magistrado acerca "das pessoas do Planeta Terra" que não estariam suscetíveis à contaminação do vírus, e "o argumen-

Flj-BAlqgK9D7sWU61Z3_dnkkNZqdLp_xi1PwH2dZazTJh8aUOV_3rxcW9k7BfFksHaZOJ6BBAvQycG1ImaAbFR4sQz__ayubbvc_WhgzMFEJuM6ArKGdcMB_kTKbP5GNHuGTOnzsxs8Zr3W2iKxr3uQFt-MZq5pgTdrw8GFzi8NclDLRVotsvYzwIV7gUTeJ2GPkQ8xLJwO9TaUGlohrxvrSP2xQF01ZEX0MQVx-3by-15IKY4bgT2bFJj-O4Ysw_TQDj_Ye5680LzBEJ5K0c74A3oFbB0rf15nPYjhaYeL6aLB_V5H9JNTIK-FgssCYNlQyCqmddNNWA4nh1OXBJ0s8p25zNP5JE7O3q10crYSVg&pbEnviar=Pesquisar#?cdDocumento=6. Acesso em 04 set. 2020.

[102] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 571.834/SP. Rel. Ministro Presidente João Otávio de Noronha. Decisão monocrática em 07 abr. 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=108407114&tipo_documento=documento&num_registro=202000830275&data=20200414&tipo=0&formato=PDF. Acesso em 04 set. 2020.

[103] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 184.010/SP. Rel. Min. Edson Fachin. Decisão monocrática em 08 maio 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343050957&ext=.pdf. Acesso em 04 set. 2020.

> to do risco de contaminação pelo COVID19 é de todo improcedente e irrelevante", além de não servirem à adequada motivação de decisões judiciais, por se relacionarem à impressão pessoal do julgador acerca da temática, vão na contramão das atuais recomendações sanitárias sobre a matéria e também contrariam a diretriz traçada pelo CNJ. [...] Ao que tudo indica, em razão da pandemia, houve um agravamento das condições de cárcere da apenada, o que não se pode admitir, por manifesta contrariedade ao comando da Súmula Vinculante 56. Dito isto, tenho que a avaliação empreendida pelas instâncias ordinárias, ao negarem a conversão da pena privativa de liberdade em prisão domiciliar, por sua generalidade e abstração, não satisfazem a necessidade de motivação das decisões judiciais, bem como afrontam precedente vinculante desta Corte (SV 56) e por isso autorizam a concessão da ordem, ainda que de ofício.[104] (grifo nosso)

4.5.2 Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Fundamento da negativa: ausência de danos concretos que evidenciariam o risco de contágio das mulheres privadas de liberdade.

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO DOMICILIAR EM RAZÃO DA CONDIÇÃO DE GESTANTE E DE GENITORA DE CRIANÇAS MENORES. REITERAÇÃO DE PEDIDO. NÃO CONHECIMENTO. COVID-19. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS A EVIDENCIAR O RISCO DE CONTÁGIO. SITUAÇÃO QUE NÃO DEMANDA REVOGAÇÃO da prisão, À LUZ DAS DISPOSIÇÕES DA RECOMENDAÇÃO Nº 62 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Em que pese a impetrante alegar que a paciente integra o denominado grupo de risco de contágio do COVID19, no caso 'sub examem', não há indicação de dados concretos que evidenciem que o Complexo Médico Penal esteja sob risco de contágio da referida pandemia ou que não possua estrutura para conter eventual contaminação de outros presos, na hipótese de ser comprovada a sua existência no interior do cárcere (Recomendação n.º 62 do Conselho Nacional de Justiça, no que toca à competência em matéria criminal, e Portaria Interministerial n.º7). ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, DENEGADA (TJPR - 4ª C.Criminal - 0016909-04.2020.8.16.0000 - Santa Fé - Rel.: Desembargadora Sônia Regina de Castro - J. 20.04.2020) (TJ-PR - HC: 00169090420208160000 PR 0016909- 04.2020.8.16.0000 (Acórdão), Relator: Desembargadora Sônia Regina de Castro, Data de Julgamento: 20/04/2020, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 20/04/2020). [105] (grifo nosso)

[104] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 184.010/SP. Rel. Min. Edson Fachin. Decisão monocrática em 08 maio 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343050957&ext=.pdf. Acesso em 04 set. 2020.

[105] PARANÁ. (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 4ª Câmara Criminal. Processo nº 0016909-04.2020.8.16.0000, Santa Fé, Rel. Desembargadora Sônia Regina de Castro, J. 20 abr..2020 (TJ-PR - HC: 00169090420208160000 PR 0016909- 04.2020.8.16.0000 (Acórdão), Rel. Desembargadora Sônia Regina de Castro, Data de Julgamento: 20 abr. 2020, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 20/04/2020. Jusbrasil, abr. 2020. Disponível em: https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/833320660/processo-criminal-medidas-garantidoras-habeas-corpus-hc-16909042020816000 0-pr-0016909-0420208160000-acordao?ref=serp. Acesso em: 03 set. 2020.

4.5.3 Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Fundamento da negativa: gravidade do delito (crime sem violência ou grave ameaça)

> EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR - CORONAVÍRUS - IMPOSSIBILIDADE - INADEQUAÇÃO DIANTE DO CASO CONCRETO. 1. Não se mostra possível a concessão de prisão domiciliar, na medida em que as disposições contidas na Recomendação nº 62/CNJ/2020 e na Portaria Conjunta n.º 19/PRTJMG/2020 não têm efeito vinculante, devendo ser avaliadas as circunstâncias do caso concreto. 2. Enorme quantidade e variedade de droga (725,1 g de maconha, 5,59 g de ecstasy, 45,72 g de haxixe, 5,72 g de crack, 1,60 g de cocaína e 23 unidades de LSD) que foi apreendida justamente na residência da paciente, que é reincidente. 3. Está acautelada em Centro de Referência à Gestante Privada de Liberdade, recebendo toda a assistência necessária, em isolamento contra o covid 19. 4. Ordem denegada. (TJ-MG - HC: 10000200359636000 MG, Relator: Dirceu Walace Baroni, Data de Julgamento: 05/05/0020, Data de Publicação: 07/05/2020).[106] (grifo nosso)

4.5.4 Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

Fundamento da negativa: mulher presa com registro anterior de condenação por crime

> Trata-se de habeas corpus com pedido liminar impetrado pela Defensoria para Thais Santos de Lima Pública do Estado de Rondônia apontando como autoridade coatora o Juízo da 1ª Vara de Delitos de Tóxicos desta capital que converteu a prisão em flagrante operada em 07/05/2020, pela prática do crime do art. 33, caput, da Lei 11.343/06, em prisão preventiva. Sustenta a impetrante que não estão presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, máxime porque o presente writ está sob o amparo de decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de HC coletivo, proferido em favor das mulheres gestantes ou mães de crianças de até 12 anos de idade, presas provisoriamente (HC 143641, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 08-10-2018 PUBLIC 09-10- 2018), condição a qual se amolda a paciente. No caso dos autos, a paciente está gestante com idade gestacional de 11 (onze) semanas e 04 (quatro) dias, conforme Ultrassom – Obstétrica acima de 14 semanas que segue anexo. Aduz que a paciente é primária, com residência fixa, o que, segundo alega, por si só, revela que tem condições de responder o processo em liberdade. Assevera que a paciente está gestante, tem-se pelo perfeito enquadramento do Requerente ao Grupo de risco para a COVID-19, ressaltando que o quadro carcerário potencializa a letalidade da doença ante o ambiente propício para a proliferação de doenças frequentes como tuberculose e AIDS, tudo conforme a Recomendação n. 62/2020, que trata da reavaliação das prisões. Firme em seus argumentos, requer seja deferido o pedido de medida liminar para substituir a prisão preventiva por outra medida cautelar alternativa, pois, de acordo com o que alega, estão presentes seus requisitos autorizadores, tal como o iuris (fumaça do bom direito), que demonstra a fumus boni probabilidade e plausibilidade do direito alegado, e o (perigo na demora), revestido no periculum in mora risco na demora em aguardar todo o deslinde processual. No mérito, requer confirmação da liminar, a fim de que

[106] MINAS GERAIS. (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Processo nº 10000200359636000 MG. 8ª Câmara Criminal. Rel. Dirceu Walace Baroni, Data de Julgamento: 05 mai. 0020, Data de Publicação: 07/05/2020. Jusbrasil, maio 2020. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/842267467/habeas-corpus-criminal-hc-10000200359636000-mg?ref=serp. Acesso em: 03 set. 2020.

> a paciente responda ao processo em liberdade, ou mediante o recolhimento domiciliar. É o relatório. Esta Corte firmou o entendimento de que a concessão de liminar exige a ocorrência de manifesta ilegalidade no constrangimento à liberdade. Não desconheço o teor HC 143641, tampouco a condição gestacional da paciente e às Recomendações de n. 62 do CNJ, contudo, ainda que indiscutíveis as condições de admissibilidade da ação, os fundamentos apresentados pelo impetrante não se mostram suficientes para ensejar a imediata soltura da paciente, cujo decreto prisional foi justificado na presença dos requisitos da preventiva, em especial os antecedentes da paciente que já registra condenação por crime da Lei 11.343/06. Portanto, por ora não diviso manifesta ilegalidade na constrição, uma vez que fundamentada nos requisitos do art. 312 do CPP. Posto isso, indefiro o pedido de liminar. (TJ-RO HC nº 0803303-05.2020.8.22.0000 - 1ª Câmara Criminal – Desembargador Relator VALTER DE OLIVEIRA – D.J. 19/05/2020).[107] (grifo nosso)

4.5.5 Superior Tribunal de Justiça: Habeas Corpus nº 567.877/RJ

Tratou-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em 21 de março de 2020 pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro junto ao STJ, em favor de paciente/lactante presa em que se apontou como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que denegou o writ originário nos termos da seguinte ementa:

> HABEAS CORPUS. Suposta prática do crime previsto no artigo 157, § 1°, do Código Penal. A Impetrante busca a concessão da ordem para que seja restabelecida a liberdade da Paciente, ainda que acompanhada de cautelares menos gravosas. Subsidiariamente, postula a substituição da cautelar extrema por prisão domiciliar, na forma do artigo 318, III e IV, do Código de Processo Penal. O pleito libertário não merece acolhida. Decreto prisional está suficientemente fundamentado, em atendimento ao que dispõe o art. 93, IX da CF/88, calcado nos elementos dos autos e com justificativas razoáveis para a manutenção da prisão. Restou perfeitamente configurado o fumus comissi delicti, porquanto presentes a materialidade e os indícios suficientes de autoria. No que concerne ao periculum libertatis, está absolutamente demonstrada a necessidade da segregação cautelar para garantir a ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal, notadamente em razão das anotações criminais constantes na FAC da Paciente, bem como diante da ausência de comprovação de que esta exerce atividade laborativa lícita e que possui residência fixa vinculada ao distrito de culpa. Sendo necessária a manutenção da prisão, eventual aplicação de qualquer das medidas cautelares alternativas insertas no art. 319 do Código de Processo Penal não seriam suficientes no caso dos autos. No mesmo giro a pretensão de substituição da custódia cautelar por modalidade domiciliar também não merece prosperar. Inteligência do artigo 318-A da Lei n° 13.769/2018, que ressalva duas hipóteses em que a prisão preventiva de gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiências não pode ser substituída, dentre elas se o crime for cometido com violência ou grave ameaça. A inicial narra que, após a subtração do telefone celular, ao perceber que estava sendo perseguida pela vítima, a Paciente ameaçou esfaquear o ofendido. Com isso, inobstante a comprovação de possuir um filho menor de 12 anos, a Paciente não faz jus à benesse almejada, ante o disposto no artigo 318-A, inciso I, do Código de Processo Penal. Predecente do STJ. Constrangimento ilegal inexistente. ORDEM DENEGADA. [108]

[107] RONDÔNIA. (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Processo nº 0803303-05.2020.8.22.0000. 1ª Câmara Criminal. Rel. Desembargador Valter de Oliveira. D.J. 19 maio 2020. Jusbrasil, maio 2020. Disponível em: https://www.tjro.jus.br/diario_oficial/. Acesso em 03 set. 2020.

[108] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 567.877/RJ. Rel. Ministro Ribeiro Dantas. Decisão monocrática de 25 mar 2020. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=107942095&tipo_documento=documento&num_registro=2020007256

Relatou a impetrante que a paciente foi presa preventivamente, grávida, em 18 de junho de 2019 por suposta prática da conduta criminosa contida no artigo 157, §1º do Código Penal.[109] Em 14 de outubro de 2019, a paciente deu à luz, no cárcere, a um menino.

Informou, ainda, que havia uma dúvida objetiva sobre a existência da grave ameaça para configurar o roubo impróprio e que não era recomendada a manutenção da prisão preventiva em face dos impactos da pandemia da COVID-19 (iminência de contaminação) na população carcerária.

Requereu, ao final, a concessão da ordem, inclusive liminarmente, para que fosse revogada a prisão preventiva da paciente ou, alternativamente, que fosse determinada a substituição da custódia pela prisão domiciliar.

O Ministro Ribeiro Dantas (Relator), em 25 de março de 2020, decidiu pelo indeferimento do pedido de liminar fundamentando que sua concessão, em sede de habeas corpus, é medida excepcional, uma vez que somente pode ser deferida quando demonstrada, de modo claro e indiscutível, ilegalidade no ato judicial impugnado. Asseverou o Relator que não vislumbrava a presença de pressuposto autorizativo da concessão da tutela de urgência pretendida e que quanto à questão da pandemia do novo coronavírus, o Pleno do STF não chancelou o atendimento de pleitos como do caso sob análise.[110]

Inconformada com a referida decisão monocrática, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro impetrou, em 03 de abril de 2020, habeas corpus (com pedido de liminar) junto ao Supremo Tribunal Federal (HC 183.584/RJ).[111]

O Ministro Gilmar Mendes (Relator), em 07 de abril de 2020, vislumbrou, inicialmente, constrangimento ilegal manifesto a autorizar o afastamento da incidência da Súmula 691/STF[112], especialmente diante da situação de calamidade sanitária decorrente da pandemia do novo coronavírus.

Decidiu o Relator que, não obstante o caso sob análise tratasse de acusação por suposto crime envolvendo ameaça, diante da situação de calamidade sanitária, a paciente

52&data=20200330&formato=PDF. Acesso em 03 set 2020.

[109] Decreto-Lei nº 2.848/1940. Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. § 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro. (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 04 set. 2020).

[110] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 567.877/RJ. Rel. Ministro Ribeiro Dantas. Decisão monocrática de 25 mar 2020. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=107942095&tipo_documento=documento&num_registro=202000725652&data=20200330&formato=PDF. Acesso em 03 set 2020.

[111] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 183.584. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Decisão monocrática em 07 abr. 2020. Disponível em https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342859156&ext=.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

[112] STF, Súmula 691. Enunciado: "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas. Súmula nº 691. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula691/false. Acesso em: 05 set. 2020).

lactante deveria cumprir a restrição à liberdade em regime domiciliar, nos termos do art. 4, I, "a", da Recomendação 62 do CNJ. O Relator, portanto, afastou a excepcionalidade disposta no art. 318-A, I, do Código de Processo Penal:

> Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;[113]

Os fundamentos aduzidos pelo Relator para conceder a ordem de habeas corpus e converter a prisão preventiva em prisão domiciliar foram:

> 1. Premissas para redução de danos diante da situação de calamidade sanitária
>
> [...] não se trata aqui de verificar a legalidade ou não da decisão que impõe a prisão ao paciente, mas de analisar casos que, por suas características concretas, possam ser convertidos para prisão domiciliar, de modo a reduzir o número de mortes que certamente ocorrerão nas prisões brasileiras, que, em um estado de "normalidade", já reconhecemos como reprodutoras de violações sistemáticas a direitos fundamentais a partir da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional (ADPF 347) [...] cenário de superlotação, falta de estrutura adequada, proliferação de doenças infecto-contagiosas, violências físicas e psíquicas, rebeliões, mortes e ausência de serviços de saúde [...] Estamos diante de uma situação de crise que exige soluções difíceis e ponderadas. Cabe a essa Corte exercer o seu papel de guardiã dos direitos fundamentais nesse período de instabilidade, mantendo a proteção do núcleo essencial desses direitos, ou seja, as garantias mínimas que não podem ser restringidas sequer em situações de emergência e calamidade como a que ora enfrentamos. [...] O Covid-19 afeta a vida de todas as pessoas. Contudo, impacta especialmente nas vidas dos mais vulneráveis, dentre os quais se incluem as pessoas submetidas a medidas restritivas de liberdade, tendo em vista as condições de encarceramento no país. Sabe-se, até o momento, que a maioria dos casos do Covid-19 geram sintomas leves, semelhantes a uma gripe ou resfriado. No entanto, os presos e presas possuem imunidade muito baixa por conta das condições degradantes existentes nos cárceres. A tuberculose, por exemplo, possui uma incidência 30 vezes maior nas prisões do que na sociedade em geral. É importante destacar que a possível manutenção de presos submetidos ao risco de uma grave pandemia em condições inseguras e desumanas de detenção pode configurar violação à proibição constitucional da imposição de penas cruéis (art. 5º, XLVII, "e", da CF/88).
>
> 2. A Recomendação 62 do CNJ para redução de danos no sistema penitenciário
>
> Nesse sentido, a Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça busca estabelecer medidas para impedir a propagação do Covid-19 dentro dos estabelecimentos penais e de internação de menores, de modo a evitar a ocorrência de danos irreparáveis à saúde e à vida de milhares de pessoas que se encontram sob a guarda específica do Estado, o que certamente ocorrerá, caso haja a propagação em massa desse novo vírus nas condições atualmente existentes. Com efeito, ao recomendar a excepcionalidade e a reavaliação

[113] BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 04 set. 2020.

> das medidas de internação de jovens infratores e de prisões definitivas e provisórias por conta da propagação do Covid-19, inclusive em casos como os das mães, gestantes, lactantes, deficientes, idosos e outros grupos vulneráveis, o CNJ reforçou as normas que já constam da legislação federal e da Constituição Federal, relativas aos direitos e garantias fundamentais à liberdade, ao devido processo legal, à proteção à maternidade, à presunção de inocência e à saúde, previstos no art. 5º, caput e incisos L, LIV e LVII, art. 6º e art. 196, todos da CF/88, e art. 25 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, além de importantes precedentes já firmados por este Supremo Tribunal Federal. Em tal sentido, a Recomendação 62, de 17 de março de 2020 do Conselho Nacional de Justiça deve ser adotada como parâmetro. [...] Portanto, diante da situação de calamidade e a necessidade de atuação urgente deste Supremo Tribunal Federal, penso que a medida adequada e razoável é o reforço da nossa própria jurisprudência garantista e humanista. Este Tribunal tem fundamentado relevantes precedentes para redução de danos em razão da superlotação e precariedade do sistema penitenciário. Diante disso, não há momento mais clamante para que Ministros, Desembargadores e Juízes sigam e reforcem tais medidas. [...]
>
> 4. Características do caso concreto
>
> No caso dos autos, a paciente foi presa por ter subtraído um aparelho celular e, após a subtração, ter ameaçado a vítima de morte, para garantir a manutenção do objeto em seu poder. [...] Embora se trate de acusação por suposto crime envolvendo ameaça, penso que, diante da situação de calamidade sanitária, a paciente lactante deve cumprir a restrição à liberdade em regime domiciliar, nos termos do art. 4, I, "a", da Recomendação 62 do CNJ.[114] (grifo nosso)

4.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As incertezas trazidas pela pandemia do novo coronavírus instaurou um cenário preocupante para a sociedade brasileira. As autoridades estatais foram instadas a tomarem medidas de prevenção e enfrentamento, de caráter urgente, em prol da saúde pública. As pessoas mais vulneráveis ao vírus, nos aspectos clínico, social e econômico, demandaram uma atenção especial.

Grávidas, puérperas e lactantes são consideradas integrantes de grupos de risco de contraírem a doença (COVID-19). Os efeitos, que já seriam potencialmente negativos, otimizam-se quando aquelas estão encarceradas. As precárias condições do sistema prisional afetam as mulheres privadas de liberdade, expondo-as a um estado de vulnerabilidade ao vírus e de hipossuficiência às adversidades.

O Poder Judiciário foi provocado a se pronunciar sobre a garantia do respeito à integridade física e dignidade das mulheres presas grávidas, puérperas e lactantes em tempos de coronavírus. Os muros do cárcere não podem simbolizar obstáculos para a prestação jurisdicional em defesa de direitos fundamentais. As detentas não podem

[114] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 183.584. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Decisão monocrática em 07 abr 2020. Disponível em https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342859156&ext=.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

ser tratadas como números para preenchimento de planilhas estatísticas para simples mapeamento do sistema penitenciário.

A Recomendação nº 62 do CNJ, no que tange às gestantes, puérperas e lactantes, tratou de orientações desencarceradoras **já autorizadas pelas determinações legais dispostas no Código de Processo Penal. Não houve uma inovação normativa. Representou um ato de invocação aos magistrados a tomarem razoáveis medidas preventivas à propagação do novo coronavírus no âmbito do sistema prisional.**

Há uma inobservância generalizada dos magistrados às orientações da Recomendação nº 62 do CNJ, especialmente, quanto às condições das gestantes, puérperas e lactantes privadas de liberdade durante a pandemia do Sars-CoV-2.

A negativa jurisdicional, para casos que se enquadram aos tipos legais permissivos ao deferimento de liminar ou ordem de habeas corpus (concessão da prisão domiciliar), demonstra um comportamento de descaso às mulheres presas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. ***Boletim de contaminações e óbitos. Covid-19 no Sistema Prisional***. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-02.09.20.pdf. Acesso em 04 set. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. ***Pandemia: CNJ cobra medidas de prevenção voltadas a mulheres presas***. 28 ago. 2020. Disponível em https://www.cnj.jus.br/pandemia-cnj-cobra-medidas-de-prevencao-voltadas-a-mulheres-presas/. Acesso em 04 set. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. ***Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020.*** Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/original160026202003305e82179a4943a.pdf. Acesso em 01 set. 2020.

_____. *Decreto-Lei nº 2.848, 07 de dezembro de 1940.* ***Código Penal***. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 04 set. 2020

_____. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.* ***Código de Processo Penal***. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 04 set. 2020. Acesso em 04 set. 2020.

_____. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.* **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 04 set. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Período de julho a dezembro de 2019. *Maternidade.* Disponível em https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWI2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em 02 set. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Período de julho a dezembro de 2019. *População prisional por gênero.* Disponível em https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWI2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em 01 set. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Período de julho a dezembro de 2019. *Presos em unidades prisionais no Brasil.* Disponível em https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZWI2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ItNDU2ZmIyZjFjZGQ0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em 02 set. 2020.

_____. Ministério da Saúde. ***Notas Técnicas orientam sobre a Atenção à Saúde das Gestantes no contexto da pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2)***. 20 abr. 2020. Disponível em https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/covid-19-atencao-as-gestantes/. Acesso em 02 set. 2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. *Habeas Corpus nº 567.877/RJ.* Rel. Ministro Ribeiro Dantas. Decisão monocrática de 25 mar 2020. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=107942095&tipo_documento=documento&num_registro=202000725652&data=20200330&formato=PDF. Acesso em 03 set 2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** *Habeas Corpus nº 571.834/SP.* Rel. Ministro Presidente João Otávio de Noronha. Decisão monocrática em 07 abr. 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=108407114&tipo_documento=documento&num_registro=202000830275&data=20200414&tipo=0&formato=PDF. Acesso em 04 set. 2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. *Habeas Corpus nº 572.428/ES*. Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Decisão monocrática em 15 abr. 2020. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/proces-

so/dj/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=108531271&tipo_documento=documento&num_registro=202000847471&data=20200416&formato=PDF. Acesso em 03 set. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus nº 143.641/SP.* Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. 2ª Turma. Julgamento em 20 fev. 2108. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497. Acesso em 03 set. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** *Habeas Corpus nº 183.584.* Rel. Ministro Gilmar Mendes. Decisão monocrática em 07 abr 2020. Disponível em https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342859156&ext=.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** *Habeas Corpus nº 184.010/SP.* Rel. Min. Edson Fachin. Decisão monocrática em 08 maio 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343050957&ext=.pdf. Acesso em 04 set. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas Corpus nº 186.185/DF*. Rel. Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática de 29 de junho de 2020. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343626987&ext=.pdf. Acesso em 03 set. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. *Notícias STF*. 09 set. 2015. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385. Acesso em 04 set. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. *Súmulas. Súmula nº 691*. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula691/false. Acesso em: 05 set. 2020).

COVID NAS PRISÕES. Decisões Judiciais. Ações judiciais. Habeas Corpus Coletivos. *Habeas Corpus Coletivo STF para Mulheres presas gestantes e lactantes. Habeas Corpus nº 186.185. Petição*. Disponível em https://uploads.strikinglycdn.com/files/f66d46ad-12dd-4e90-8f23-b94d-faad1b81/HC%20Coletivo%20STF%20-%20gestantes%20e%20lactantes.pdf. Acesso em 02 set. 2020.

MINAS GERAIS. (Estado). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. *Processo nº 10000200359636000* MG. 8ª Câmara Criminal. Rel. Dirceu Walace Baroni, Data de Julgamento: 05 mai. 0020, Data de Publicação: 07/05/2020. Jusbrasil, maio 2020. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/842267467/habeas=-corpus-criminal-hc10000200359636000--mg?refserp. Acesso em: 03 set. 2020.

PARANÁ. (Estado). **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.** 4ª Câmara Criminal. *Processo nº 0016909-04.2020.8.16.0000*, Santa Fé, Rel. Desembargadora Sônia Regina de Castro, J. 20 abr..2020 (TJ-PR - HC: 00169090420208160000 PR 0016909- 04.2020.8.16.0000 (Acórdão), Rel. Desembargadora Sônia Regina de Castro, Data de Julgamento: 20 abr. 2020, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 20/04/2020. Jusbrasil, abr. 2020. Disponível em: https://tj-pr.jusbrasil.com.br. Acesso em: 03 set. 2020.

RONDÔNIA. (Estado). **Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia**. 1ª Câmara Criminal. *Processo nº 0803303-05.2020.8.22.0000*. Rel. Desembargador Valter de Oliveira. D.J. 19 maio 2020. Jusbrasil, maio 2020. Disponível em: https://www.tjro.jus.br/diario_oficial/. Acesso em 03 set. 2020.

SÃO PAULO. (Estado). **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** *Processo nº 2061058-72.2020.8.26.0000* (Habeas Corpus). 7ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Desembargador Alberto Anderson Filho. Decisão monocrática em 01 de abril de 2020. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.

br. Acesso em 04 set. 2020.

5. 200 ANOS DA INDEPENDÊNCIA DO BRASIL E O PENSAMENTO COLONIAL DA CLASSE DOMINANTE

Jorge Rubem Folena de Oliveira[115]

RESUMO: O presente texto tem por objetivo analisar os efeitos do colonialismo sobre a classe dominante brasileira, mesmo depois de ultrapassados 200 anos da independência do país. O trabalho foi desenvolvido a partir das observações apresentadas por Frantz Fanon, Edward Said e Antonio Gramsci, que analisaram os efeitos da submissão psicológica e cultural produzida pelo colonialismo, que persiste sobre os povos colonizados e impede a efetiva transformação desses países. Ao final, pode-se concluir que somente com a superação dos efeitos do colonialismo poderá haver uma nação efetivamente independente e soberana.

PALAVRAS-CHAVES: Colonialismo. Subalternidade. Independência. Desenvolvimento. Cultura. Classe dominante. Brasil.

ABSTRACT: The present text aims to analyze the effects of colonialism on the Brazilian ruling class, even after 200 years of Brazil's independence. The work was developed from the observations presented by Frantz Fanon, Edward Said and Antonio Gramsci, who analyzed the effects of psychological and cultural submission produced by colonialism, which persists on colonized peoples and prevents an effective transformation of these countries. In the end, it can be concluded that only with overcoming the effects of colonialism can there be an effectively independent and sovereign nation.

KEYWORDS: Colonialism. Subalternity. Independence. Development. Culture. Ruling class. Brazil.

5.1 INTRODUÇÃO

Neste ano de 2022, comemoram-se os duzentos anos em que, formalmente, o Brasil deixou de ser colônia de Portugal e se tornou um país independente. Contudo, até os dias atuais, persistem entre nós traços profundos de um colonialismo perverso, que dificulta o desenvolvimento do país e nega a prosperidade para a maioria do seu povo.

É possível afirmar que o colonialismo é um fenômeno exploratório, que se impõe sobre os indivíduos com uma violência tamanha que permite que o colono faça prevalecer seus interesses e vontades sobre os colonizados.

Objetivo deste trabalho é analisar os efeitos que o colonialismo, ainda presente em pleno século XXI, produz sobre o pensamento e ação da classe dominante em países que foram colonizados, como o caso do Brasil, que poderia estar num patamar mais elevado de

[115] Doutor em Ciência Política pelo IUPERJ com pós-doutorado pelo CPDA/UFRRJ; mestre em Direito pela UFRJ e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

desenvolvimento econômico e social, mas, em consequência deste fenômeno, encontra-se numa posição de dependência e submissão a outros países colonizadores.

O texto é produzido a partir das observações apresentadas por Frantz Fanon, Edward Said e Antonio Gramsci, que analisaram os efeitos da submissão psicológica e cultural produzida pelo colonialismo, que persiste sobre os povos colonizados e impede a efetiva transformação desses países.

5.2 A PERVERSIDADE DA COLONIZAÇÃO E SUA ACEITAÇÃO PELO COLONIZADO

Sob muitos aspectos, o processo de colonização foi pernicioso para os povos colonizados e seus efeitos sociais, econômicos e culturais podem ser sentidos até os dias de hoje. Como afirmou a presidenta argentina Cristina Kirchner ao representante da União Europeia, o português José Manuel Durão Barroso, em 18 de maio de 2008: "*a pobreza não veio à América Latina com o vento e a chuva, mas sim pela desapropriação de recursos desde que foi descoberta, somando ainda aos erros dos dirigentes locais*". E prosseguiu a presidenta argentina, à época: "*nós queremos uma negociação equilibrada. Não falo de ideologia, mas de números. Não está na União Europeia a maior concentração de pobres, mas sim na América Latina.*"[116]

Como manifesta Frantz Fanon, em "Os condenados da terra"[117]: "o bem-estar e o progresso da Europa foram construídos com o suor e o cadáver dos negros, árabes, índios e amarelos."

O processo de colonização tem sua marca principal na exploração, seja dos recursos naturais ou culturais. É um equívoco acreditar que alguma vez existiu colonização para construir e transformar (como se fantasia na imagem do "ladrilhador"[118]), na medida em que, para se impor, o colonizador tem que dominar e exterminar muitos colonizados. Isto porque, para a execução do processo de exploração, o colonizador precisar deixar claro quem manda e colocar no devido lugar quem é mandado.[119]

A manifestação de Cristina Kirchner em relação a Durão Barroso expressa bem quão neurotizante é o processo de colonização. O colonizador sempre quer evidenciar que ele manda e que o colonizado deve permanecer na sua posição de inferioridade perante seu amo e senhor.

Quando surgem pessoas que se insubordinam contra o método patológico da colonização, é decretada a sua condenação e até mesmo eliminação[120], "uma vez que, no contexto

[116] Kirchner, 2008, p. 15.
[117] Fanon, 1968, p. 77.
[118] Holanda, 2014, p. 113 e seguintes.
[119] Fanon (1968, p. 39) diz que: "a primeira coisa que o indígena aprende é ficar no seu lugar, não ultrapassar os limites.".
[120] Said (2011, p. 211) diz que para a vítima (do colonialismo) só restam duas alternativas: "servir ou ser destruída."

colonial, não há conduta de verdade. (...) O colono faz a história (...). Ele é o começo absoluto. 'Esta terra, fomos nós que a fizemos'. (...) O colono faz a história e sabe que a faz. E porque se refere constantemente à história de sua metrópole, indica claro que é ele aqui o prolongamento dessa metrópole."[121]

Frantz Fanon, em "Pele negra, máscara branca", desvenda os aspectos patológicos inerentes ao processo de colonização, a partir dos complexos de inferioridade e dependência impostos ao colonizado. Fanon[122] expõe que:

> Todas as formas de exploração se parecem. Todas elas procuram sua necessidade em algum decreto bíblico. Todas as formas de exploração são idênticas pois todas elas são aplicadas a um mesmo 'objeto': o homem. Ao considerar abstratamente a estrutura de uma ou outra exploração, mascara-se o problema capital, fundamental, que é repor o homem ao seu lugar.

Ao afirmar que "todas as formas de exploração se parecem", Fanon destrói prontamente o mito da existência de modos de colonização diferenciados, segundo o qual umas são executadas por "aventureiros" exploradores e outras por "ladrilhadores" construtores, como na alusão feita por Sérgio Buarque de Holanda[123] e Hegel[124], relativa à colonização da América do Norte, realizada por ingleses puritanos, e a da América Latina, empreendida por espanhóis e portugueses.

Como manifesta Fanon: "todas as formas de exploração são idênticas pois todas elas são aplicadas a um mesmo 'objeto': o homem." O objetivo da colonização é, a partir de uma falsa noção de superioridade[125], explorar o homem, escravizando-o num modo perverso e neurótico[126], que incute no colonizado uma ideia de inferioridade e constrói um estado de dependência constante, que lhe retiram a capacidade de enfrentamento e resistência.

Por isso, Fanon esclarece que "ao considerar abstratamente a estrutura de uma ou outra exploração, mascara-se o problema capital, fundamental, que é repor o homem no seu lugar."

Toda a estrutura da colonização se estabelece desta maneira: inculca-se no colonizado uma noção de suposta e falsa inferioridade, que permite ao colonizador, em menor quantidade numérica, controlar milhares de colonizados, como demonstra Fanon: "Na África do Sul, devem existir dois milhões de brancos para aproximadamente treze milhões de nativos, e nunca passou pela cabeça de nenhum nativo sentir-se superior a um branco minoritário."[127]

Para alcançar esse grau de obediência, no processo de colonização são impostos os

[121] Fanon, 1968, p. 38.
[122] Fanon, 2008, p. 87.
[123] Hollanda, 2014.
[124] Hegel, 2010.
[125] Como exposto no tópico anterior, em relação à visão de superioridade Hegeliana de que a "Europa é o centro do mundo".
[126] Dufour, 2013, p. 280.
[127] Fanon, 2008, p. 90.

valores culturais dos colonizadores, de modo a colocá-los numa posição de superioridade[128], de tal forma que "um branco nas colônias nunca se sentiu inferior ao que quer que seja."[129] O fenômeno da cultura imposta desempenha um papel preponderante nessa redução do colonizado, em maioria quantitativa, a uma posição de inferioridade e dependência física e mental.

Neste ponto, Fanon[130] descreve que:

> Todo povo colonizado – isto é, todo o povo no seio do qual nasceu um complexo de inferioridade devido ao sepultamento de sua originalidade cultural – toma posição diante da linguagem da nação civilizadora, isto é, da cultura metropolitana.
>
> Quanto mais assimilar os valores culturais da metrópole, mais o colonizado escapará de sua selva. Quanto mais ele rejeitar sua negridão, seu mato, mais branco será. No Exército colonial, e especialmente nos regimentos senegaleses de infantaria, os oficiais nativos são, antes de mais nada, intérpretes. Servem para transmitir as ordens do senhor aos seus congêneres, desfrutando por isso de uma certa honorabilidade.

Esta é a face mais cruel do processo de colonização, uma vez que apaga do indivíduo colonizado o seu caráter de pertencimento em relação à sua terra e às suas origens, pois começa pela imposição de falar uma língua que não é a sua e por fim o leva a copiar os gestos, agressões e perversidades dos colonizadores, como se aquilo fosse bom para si e seus semelhantes, pois, ao aderir passivamente aos valores do colonizador, é conferida a esse colonizado uma falsa honorabilidade.

Assim fez o "capitão do mato" e hoje faz o gerente de uma fábrica, ao defenderem os valores culturais dos seus senhores, do passado e do presente, em detrimento dos seus semelhantes, explorados, humilhados e massacrados.

O fato de que o colonizado, do mesmo modo que o trabalhador sem noção da classe social a que pertence (como descrevem Marx e Engels[131]), desejar se igualar ao colonizador, decorre de que "a civilização branca, a cultura europeia, impuseram ao negro um desvio existencial", e isto vale para todos os povos colonizados nos demais cantos do mundo, independentemente da etnia.

Como demonstra Fanon[132], "o negro quer ser branco. O branco incita-se a assumir a condição de ser humano." A colonização, em sua exploração doentia, faz inculcar no colonizado a necessidade de copiar, em tudo, o colonizador superior e de melhor aparência. Assim observou Fanon[133]: "Nas Antilhas não há nada igual. A língua oficialmente falada

[128] Fanon, 1968, p. 38: "A história que escreve não é portanto a história da região por ele (colonizador) saqueada, mas a história da sua nação no território explorado, violado e esfaimado."
[129] Fanon, 2008, p. 90.
[130] Fanon, 2008, p. 34.
[131] Marx e Engels (2002, p. 96-97): "os proletários, se quiserem afirmar-se enquanto pessoas, devem abolir sua própria condição de existência anterior, que é, ao mesmo tempo, de toda sociedade até hoje, que dizer, abolir o trabalho."
[132] Fanon, 2008, p. 27.
[133] Fanon, 2008, p. 42.

é o francês. Os professores vigiam de perto as crianças para que a língua crioula não seja utilizada."

Da mesma forma, a mulher negra almeja casar-se com um homem branco colonizador para "embranquecer a raça, salvar a raça"[134], pois "ser branco é como ser rico, como ser bonito, como ser inteligente".[135] O preconceito do colonialismo, representado no idealismo de Hegel, surte seu efeito psicológico maior no comportamento da mulher negra (como constatou Fanon, a partir da pesquisa realizada por Paul Morand), que diz "não amo o preto, porque ele é selvagem. Selvagem não no sentido de canibal, mas porque lhe falta refinamento."[136]

O mesmo vale para o homem negro, em cuja alma se manifesta o desejo: "não quero ser reconhecido como negro, e sim como branco." Esse reconhecimento, "quem pode proporcioná-lo, senão a branca? Amando-me ela me prova que sou digno de um amor branco. Sou amado como um branco. Sou um branco."[137]

Tal é a perversidade do colonialismo, que retira do colonizado a importância dos próprios valores culturais e o leva a buscar na cultura do opressor a solução dos seus problemas, sem compreender que estes decorrem da exploração política, social e econômica a que está submetido.

Assim, em sociedades colonizadas, as classes dominantes locais sempre se prestaram a pactuar com os colonizadores, com eles colaborando na exploração de seus semelhantes e na entrega das riquezas coletivas, como manifestou Cristina Kirchner ao referir-se aos "erros dos dirigentes locais", quanto à pobreza imposta aos seus próprios povos em favor do colonialismo.[138]

Este pacto exploratório, pelo qual uns poucos integrantes da elite colonizada se beneficiam da exploração da riqueza comum do povo pelo colonialismo, também foi estudado por Fanon, que afirma que "o colonizado é um perseguido que sonha permanentemente em se tornar perseguidor."[139]

A constatação da "exploração de uma parte da sociedade pela outra"[140] é uma realidade também nos povos colonizados, cujas elites procuram manter uma posição de dominação diante dos colonizados mais frágeis, num pacto de subordinação e dependência perante os colonizadores, que se mantém até mesmo depois dos processos de independência.

[134] Fanon, 2008, p. 57.
[135] Fanon, 2008, p. 60.
[136] Fanon, 2008, p. 65.
[137] Fanon, 2008, p. 69.
[138] Báez (2010, p. 33) diz que "a América Latina, que subsidiou o comércio das grandes potências com a cumplicidade de elites dirigentes dóceis e corruptas, foi uma vasta fábrica de pobreza e de fome: no século XVI, só 2% da população possuíam a riqueza. Em 2007, o continente já contava com 570 milhões de habitantes, mas 230 milhões eram pobres. O mais despropositado é que esta penúria só conheceu os extremos: 81 milhões são indígenas e nove milhões vivem com 1 dólar por dia. Ano após ano, morrem duzentas mil crianças de fome. Dos 37 milhões de pobres que havia nos Estados Unidos em 2004, os emigrantes hispânicos constituíam 21% da população."
[139] Fanon, 1968, p. 40.
[140] Como manifestada por Marx e Engels, 2003, p. 41.

Tal fato revela o sentimento de inferioridade dos povos colonizados (principalmente de suas classes dominantes), que almejam copiar e viver no que se lhes apresenta como um mundo de sonhos, aquele de uma cultura alheia à sua origem; o mesmo diz Fanon[141] em relação ao negro que "quer ser branco", na medida em que o colonialismo impôs-lhe a ideia falsa de que ao tornar-se branco "incita-se a assumir a condição de ser humano", que é, portanto, irreal e impossível de se materializar, e deixa manifesta a perversidade do colonialismo, que atua de forma a retirar do colonizado a sua percepção de humanidade.

Deste modo, a situação de estarem submetidos à dominação dos colonizadores torna absurdamente evidente nos colonizados "os sentimentos de inferioridade, tão bem conhecidos nos neuróticos", como descreve Freud.[142]

E assim o colonialismo reduz o colonizado a uma condição de não humano, sendo isto aceito passivamente por muitos colonizados, que almejam tão somente assumir também a posição do colonizador diante do seu povo[143].

5.3 IMPOSIÇÃO CULTURAL

O processo de colonização trouxe consigo não apenas a matança genocida, o saque e a exploração das riquezas materiais, mas principalmente a imposição do comportamento cultural do colonizador sobre o colonizado.

Como descrito no século XVI por Bartolomé de Las Casas, em "Brevíssima relação da destruição das Índias",[144] e no século XXI por Fernando Báez, em "A História da destruição cultural da América Latina",[145] a imposição cultural do colonizador sobre os povos originários é muito mais perversa que o saque e a expropriação das riquezas materiais feitos no passado mas ainda em prática no presente, pois procura retirar da memória dos povos colonizados a história de seus antepassados, para estabelecer a ideia de que os valores culturais e os padrões das sociedades colonizadoras são melhores e mais ricos, transmitindo a falsa percepção de que estas sociedades são mais perfeitas e, portanto, superiores em relação aos povos colonizados.

Sendo assim, atualmente os países colonizadores não precisam estar presentes para dominar um território e um povo, pois, mediante a exportação de sua cultura para as ex-colônias, impõem e mantêm ativo o colonialismo no século XXI.

O objetivo do "memoricídio"[146] era não só apagar a cultura originária dos povos da América, África e Ásia, mas também para incutir a ideia de que "os indígenas eram ig-

[141] Fanon, 2008, p. 27.
[142] Freud, 1976, p.67.
[143] Fanon, 2008, p. 46: "Os colonizados, em sua imensa maioria, querem a fazenda do colono. Não se trata para eles de entrar em competição com o colono. Querem o lugar dele." Ou seja, os colonizados querem o lugar do colonizador para continuar a sanha de exploração e rebaixamento do seus conterrâneos, numa entrega constante das riquezas locais e na aceitação passiva da imposição cultural dos valores do colonizador.
[144] Las Casas, 1997.
[145] Báez, 2010.
[146] Báez, 2010, p. 39.

norantes e bárbaros, seres sem alma, selvagens que deveriam ser submetidos a uma nova ordem política, econômica, cultural e religiosa",[147] o que permitiu um reinado de equívocos de pensadores preconceituosos e racistas, como Hegel[148].

Para concretizar essa imposição, "instaurou-se um plano de ênfase psicológica de desmoralização",[149] que falsifica a realidade para envergonhar o colonizado e colocá-lo numa enganosa posição de inferioridade cultural diante do senhor colono, num esquema que permanece atuante nos dias de hoje, ainda que o colonizador nem esteja mais fisicamente dentro dos territórios antes dominados.

Nesse ponto, Edward Said, que se dedicou a estudar os efeitos do colonialismo sobre a cultura dos povos colonizados, manifesta que "os ocidentais podem ter saído fisicamente de suas antigas colônias na África e na Ásia, mas as conservam não apenas como mercados, mas também como pontos no mapa ideológico onde continuaram a exercer domínio moral e intelectual."[150]

Na verdade, o apagão da memória visa, principalmente, esconder de forma subliminar as matanças e destruição, bárbaras e selvagens, praticadas pelos colonizadores desde o século XV. Ainda hoje, há muitos que usam tais práticas contra povos que apenas procuram conduzir suas vidas à sua própria maneira (com acertos e desacertos, não importa!).

Foi o que fizeram no passado recente os europeus, em aliança com os norte-americanos, sobre o norte da África, Oriente Médio e Ásia, provocando a destruição completa de países como o Iraque, a Líbia, a Síria, o Afeganistão, que tiveram suas riquezas naturais expropriadas em pleno século XXI, além da destruição e pilhagem das suas obras de arte, expressão da rica cultura destes povos milenares.

Essa imposição cultural destrutiva, que muitas vezes tem o apoio da classe dominante colonizada (em busca de "patrocinadores" para os seus projetos internos de poder e dominação sobre a classe trabalhadora),[151] procura inculcar nos povos colonizados a ideia de saudade do passado colonial, como descreve Said[152]:

> Muita gente (nativos das colônias) na Inglaterra provavelmente sente certo remorso ou pesar pela experiência indiana de seu país, mas há também muita gente que sente saudades dos velhos e bons tempos, mesmo que o valor desses tempos, a causa de terem chegado ao fim e as próprias atitudes dessas pessoas em relação ao nacionalismo nativo sejam questões voláteis e ainda não resolvidas.
>
> (...)

[147] Báez, 2010, p. 39.
[148] Hegel, 2010, p. 84-86.
[149] Báez, 2010, p. 39.
[150] Said, 2011, p. 65.
[151] Pois, como descreve Said (2011, p. 57): "os nativos vitoriosos (nos processos de independência colonial) logo descobriram que precisavam do Ocidente, e que a ideia de uma independência total era uma ficção nacionalista voltada sobretudo para a 'burguesia nacionalista', como diz Fanon, a qual, por sua vez, com frequência governava os novos países por meio de uma tirania espoliadora e empedernida que fazia lembrar os senhores que haviam partido".
[152] Said, 2011, p. 54-55.

> Inúmeros grupos acreditam que a amargura e as humilhações da experiência que praticamente os escravizou mesmo assim trouxeram benefícios - ideias liberais, autoconsciência nacional e bens tecnológicos – que, com o tempo, parecem ter diminuído em muito o caráter desagradável do imperialismo.

A construção desta percepção deturpada dá-se por intermédio da literatura, dos meios de comunicação social, do cinema e da música, vendidos a preço baixo ou até mesmo cedidos gratuitamente pelo colonizador[153], a fim de introduzir na sociedade colonizada a errônea ideia da bondade do colonizador, sob o impróprio argumento de que a colonização trouxe avanços para a colônia[154], e de que o mundo colonizador é melhor do que o colonizado, atrasado e composto de gente feia e ignorante.

Assim, pode-se dizer que "as nações contemporâneas da Ásia, América Latina e África, formalmente, são politicamente independentes, mas, sob muitos aspectos, continuam tão dominadas e dependentes quanto na época em que eram governadas diretamente pelas potências europeias."[155]

Ou seja, persistem as atitudes coloniais no seio da população dos países das ex-colônias[156], que adoram e festejam o passado colonizador, como se vê comumente em enredos saudosistas nos desfiles de escolas de samba no Rio de Janeiro, a exemplo do que apresentou para o Carnaval de 2018 a Escola de Samba Imperatriz Leopoldinense, que, pela sinopse do carnavalesco Chaê Rodrigues[157], assim se manifesta:

> Pense em um palácio luxuoso e encantado construído no alto de uma colina, tendo como moldura um suntuoso jardim repleto de flores e pássaros descortinando uma paisagem deslumbrante. Dentro deste palácio ainda habitam o Rei, a Rainha, os príncipes e princesas que um dia foram os seus mais nobres moradores e hoje serão os cicerones imaginários de nossa visita ao grande museu que ali se instalou: o atual Museu Nacional. Naqueles salões cheios de lembranças, milhões de anos de história nos foram deixados como herança, permitindo que, ao conhecer o passado, possamos compreender o presente e idealizar o nosso futuro.
>
> Dom João, o Rei, decretou a criação do Museu Real que nasceu sob a solidez e o brilho reluzente dos cristais, sua primeira coleção, e cresceu de maneira imponente através da astúcia, diplomacia e idealismo dos nossos Imperadores.
>
> (...)
>
> No delírio carnavalesco que tudo consente, a escola de samba Imperatriz Leopoldinense a todos convida para uma jornada a um dos maiores museus do mundo. O Museu Nacional se enche de vida e abre suas portas para embarcarmos nessa viagem fantástica.

[153] Said (2011, p. 59) ressalta que Salman Rushdie diagnosticou a enxurrada de filmes e artigos sobre o domínio britânico na Índia, inclusive a séria televisiva The jewel in the crown (A joia da coroa) e o filme de David Lean, A passage to India (Passagem para a Índia)."
[154] A exemplo do que se manifesta, no Brasil, acerca da vinda da Família Real Portuguesa em 1808, que, por seus interesses e necessidades, fundou o Banco do Brasil, a Biblioteca Nacional, o Jardim Botânico etc.
[155] Said, 2011, p. 56.
[156] Said, 2011, p. 53.
[157] Rodrigues, 2017.

A esse respeito, Said[158] fala com clareza sobre o impacto da afetação da cultura colonial sobre os povos colonizados ainda nos dias de hoje:

> ... pouquíssima atenção tem sido dedicada ao papel privilegiado, no meu entender, da cultura na experiência imperial moderna, e quase não se leva em conta o fato de que a extraordinária extensão mundial do imperialismo europeu clássico, do século XIX e começo do XX, ainda lança sombras consideráveis sobre nossa própria época. Em nossos dias, não existe praticamente nenhum norte-americano, africano, europeu, latino-americano, indiano, caribenho ou australiano – a lista é bem grande – que não tenha sido afetado pelos impérios do passado. Juntas, a Grã-Bretanha e a França controlavam territórios imensos: Canadá, Austrália, Nova Zelândia, as colônias na América do Norte e Sul, o Caribe, grandes extensões na África, Oriente-Médio, Extremo Oriente (a Grã-Bretanha ainda conservara Hong Kong como colônia até 1997) e a totalidade do subcontinente indiano – todos eles caíram sob o domínio inglês ou francês, e depois se liberaram; além disso, os Estados Unidos, a Rússia e vários países europeus menores, para não mencionar o Japão e a Turquia, também foram potências imperiais durante uma parte ou todo o século XIX. Esse tipo de domínio ou possessão lançou as bases para o que, agora, é de fato um mundo inteiramente global.

Com efeito, é muito difícil vencer e superar a cultura do colonizador, ainda mais quando se nasce sob a influência de um império com a capacidade de deslocar suas forças de dominação física e cultural sobre os colonizados; essa é a realidade em um mundo que se apresenta globalizado, em que o passado persiste no presente, como ressaltou Said[159], pois "nenhum de nós está fora ou além da geografia, da mesma forma que nenhum de nós está totalmente ausente da luta pela geografia. Esta luta é complexa e interessante porque não se restringe a soldados e canhões, abrangendo também ideias, formas, imagens e representações."

Neste ponto, é negado ao indivíduo o direito de ser cidadão de seu país, pois o colonialismo se impõe como um falso dogma universal, sobreposto a todos os povos do mundo, que, por sua vez, sofrem seus efeitos devastadores e se desdobram em classes sociais cada vez mais estratificadas em classes ou grupos subalternos.

A propósito, Said[160] expõe que o colonialismo se esforçou "para separar os nativos – africanos, malaios, árabes, berberes, indianos, nepaleses, javaneses, filipinos – do homem branco por motivos raciais e religiosos, e depois para reconstituí-los como povos que requerem uma presença europeia, seja como assentamento de colônias seja como um discurso senhorial em que pudessem ser enquadrados e postos a trabalhar."

Está claro, portanto, que o colonialismo tem, entre seus propósitos, retirar do indivíduo o seu pertencimento de classe social e estabelecer a estratificação social e a subalternidade, pelas quais os colonizados se exploram entre si, em favor do projeto colonizador de dominação e extensão global de seus interesses.[161]

[158] Said, 2011, p. 37.
[159] Said, 2011, p. 39-40.
[160] Said, 2011, p. 268.
[161] Inclusive valendo-se de fundações e organizações não governamentais (ONGs), que fazem a cooptação,

Assim, o exame da subalternidade é importante para se entender a imposição da cultura colonial sobre os povos colonizados, bem como a luta de classes que se trava no meio colonial, que atua de forma a auxiliar a manutenção dos interesses da classe dominante e colonizadora universal. Esta, por sua vez, se apresenta no século XXI cada vez mais hegemônica e controladora do Estado, de tal forma que, para continuar a atingir seus objetivos indefinidamente, captura os governos locais[162], que passam a trabalhar exclusivamente para seus propósitos econômicos, a exemplo do que faz a elite econômica representada no fórum econômico de Davos[163].

5.4 COLONIALISMO E SUBALTERNIDADE

O colonialismo tem sua base estrutural na exploração das riquezas materiais e imateriais, na medida em que a propriedade e seu modo de produção não constituem capital por si só, como explica Marx, ao tratar da "teoria moderna da colonização": "os meios de produção e de subsistência, como propriedades do produtor direto, não são capital. Eles só se tornam capital em condições sob as quais servem simultaneamente como meios de exploração e de dominação do trabalhador."[164]

Por isso, durante o período colonial, o fim da escravidão e a transposição para o trabalho assalariado foram fundamentais para o desenvolvimento da exploração capitalista. Assim expõe Marx[165]:

> A grande beleza da produção capitalista consiste em que ela não apenas reproduz constantemente o assalariado como assalariado, mas, em relação à acumulação do capital, produz sempre uma superpopulação relativa de assalariados. Desse modo, a lei da oferta e demanda de trabalho é mantida em seus devidos trilhos, a oscilação dos salários é confinada em limites adequados à exploração capitalista e, por fim, é assegurada a dependência

para seus objetivos colonizadores, de intelectuais nos meios acadêmicos, jornalísticos e empresariais nativos, como revelado pela historiadora Katia Gerab Baggio (2017): "As fontes documentais utilizadas neste texto — páginas das organizações e think tanks na internet, entrevistas e artigos de integrantes — permitem demonstrar a articulação estreita entre organizações liberais e ultraliberais dos Estados Unidos, Brasil e demais países latino-americanos, além de conexões com institutos e fundações de países europeus. Também é possível constatar que foram constituídas redes entre essas organizações que possibilitam não só a produção e circulação de textos e o debate entre formuladores de ideias liberais e ultraliberais, como o apoio efetivo à criação e o fortalecimento de novas organizações em um número crescente de países e cidades. Essas redes também se articulam para apoiar ações políticas, ainda que frequentemente isso não seja explicitado. Esse apoio se concretiza no treinamento de novas lideranças políticas, em geral com menos de 30 ou 40 anos, e doações financeiras (realizadas de maneira transparente ou não).
A adoção, pela Atlas Economic Research Foundation, do "nome fantasia" Atlas Network, em 2013 foi, portanto, oportuna, pois o objetivo da organização é, efetivamente, fomentar a criação e apoiar organizações liberais e ultraliberais em todo o globo (Atlas), trabalhando em rede (Network).
Também é possível constatar a participação das mesmas pessoas em várias dessas organizações ao mesmo tempo, tanto brasileiras como, em alguns casos, estrangeiras, particularmente dos Estados Unidos.
Entretanto, considero que não se pode superestimar a força política dessas organizações ultraliberais, no Brasil e em outros países da América Latina, onde atuam de maneira semelhante, com maior ou menor força e/ou penetração na sociedade, com o objetivo de influenciar as disputas de opinião na esfera pública. Faço essa afirmação porque, em países com tão altas proporções da população que necessitam dos serviços públicos, a defesa do enxugamento do Estado, inclusive em áreas essenciais como educação e saúde, provoca resistências importantes."

[162] Folena de Oliveira, 2017.
[163] Robinson, 2015.
[164] Marx, 2013-a, p. 836-837.
[165] Marx, 2013-a, p. 839.

> social, tão indispensável, do trabalhador em relação ao capitalista, uma relação de dependência absoluta que o economista político, em sua casa, na metrópole, pode disfarçar, com um mentiroso tartamudeio, numa relação contratual livre entre comprador e vendedor, entre dois possuidores de mercadorias igualmente independentes: o possuidor da mercadoria capital e o da mercadoria trabalho.

O colonialismo, por meio de uma relação de dependência estrutural do colonizador em relação ao colonizado, é uma das manifestações mais expressivas da luta de classes e, por seu intermédio, a classe dominante explora os trabalhadores e as classes subalternas dos países colonizados,[166] da mesma forma que faz nos países colonizadores.[167]

Por isso, como numa utopia, o fim da luta de classes pressupõe necessariamente a eliminação do colonialismo, na medida em que, como explicam Marx e Engels,[168] "na proporção em que a exploração de um indivíduo por outro termina, a exploração de uma nação por outra também terminará".

Nesse contexto, o colonialismo representa a exploração realizada pela classe dominante da metrópole colonizadora sobre os países e povos colonizados, numa relação que promove benefícios apenas para uma parte (o colono) e provoca a insurgência do outro (o colonizado). Sendo assim, essa dinâmica entre colonização e reação à sujeição constitui uma das diversas formas de lutas travadas na exploração do homem pelo homem.

Com efeito, Domenico Losurdo defende a expressão "lutas" de classes (e não apenas "luta" de classes),[169] pois ela representa toda forma de exploração e suas respectivas "insurgências",[170] que se manifestam no seu aspecto múltiplo ("multiplicidade das configurações que a luta de classes pode assumir"); não estando limitada apenas à exploração da classe operária, mas a toda forma de opressão e abuso contra as diversas manifestações humanas, quando posicionadas em uma situação de inferioridade e marginalização; sendo assim, entende-se que o colonialismo é uma forma cruel de opressão praticada pela classe burguesa do colonizador contra todos os povos subjugados à colonização, nas suas lutas de insurgência contra o colonizador.

Pode-se dizer que Gramsci ampliou o conceito de subalternidade do marxismo ortodoxo, do embate entre capital e trabalho "para a dimensão de raça, etnia e território, bem

[166] Losurdo (2015, p. 149) esclarece, a partir dos estudos de Marx e Engels, que "o capitalismo inglês sacrifica em massa o povo indiano no altar do bem-estar ou da paz social na metrópole."
[167] Marx (2013-a, p. 841): "Na Europa, o capital não hesita um só instante, pois a classe trabalhadora constitui seu acessório vivo, sempre abundante, sempre disponível."
[168] Marx e Engels, 1998, p. 41.
[169] Losurdo (2015, p.29): "Talvez se torne mais claro agora o significado da expressão utilizada pelo Manifesto Comunista: 'lutas de classes'. O plural não quer denotar a repetição do idêntico, o contínuo recorrer à mesma forma da mesma luta de classes; não, o plural remete à multiplicidade das configurações que a luta de classes pode assumir."
[170] Como apresenta, na mesma linha de Losurdo, o professor Lincoln Penna (2016, p. 10): "as lutas de classes se processam no cotidiano de nossas vidas, motivo segundo o qual os embates e as insurgências, quando eclodem e ganham grandes proporções, foram produzidos por um conjunto de tensões de classes que se acumularam ao longo de um determinado tempo."

como de gênero",[171] conforme constatado pelo pensador italiano ao examinar a questão da conceituação territorial entre as massas camponesas do sul da Itália e os proletários do norte do mesmo país.

É importante registrar que a subalternidade em Gramsci envolve todas as formas de lutas de insurgência, insubordinação, subversão e marginalização existentes historicamente, que se processam mediante a exploração e/ou o aviltamento do camponês, da mulher, do negro, do homossexual, do imigrante, do índio, da língua, da cultura, da localização geográfica periférica etc.[172]

Como diz Gramsci,[173] "para uma elite social, os elementos dos grupos subalternos têm sempre algo de bárbaro ou patológico", como expressa a dominação colonialista em relação aos povos colonizados, de modo a inferiorizá-los nas suas lutas de insurgência.

Pode-se dizer que a subalternidade corresponde a toda forma de se impingir a inferiorização, que se processa, inclusive, dentro da mesma classe social, sem necessidade de haver homogeneidade destes grupos ou classes entre si, que estão marcados principalmente por formas de marginalização.

A propósito, Joseph A. Buttigieg[174] esclarece que:

> É inútil tentar formular uma definição precisa de 'subalterno' ou de grupo subalterno-classe social subalterna em Gramsci, dado que, a seu ver, não constituem uma entidade isolada, e menos ainda homogênea. Não é casual que ele designe sempre no plural essas categorias. A categoria de grupos subalternos-classes sociais subalternas compreende muitos outros componentes da sociedade, além da 'classe operária' e do 'proletariado'.
>
> (...)
>
> O elemento distintivo dos subalternos e dos grupos subalternos é sua desagregação. Esses grupos (ou classes) sociais não são apenas múltiplos, mas também divididos e bastante diferentes entre si. Embora alguns deles possam ter atingido um significativo nível de organização, a outros falta coesão, enquanto nos mesmos grupos existem vários níveis de subalternidade e de marginalidade.

Para Goés,[175] a partir da "leitura de Gramsci – o tema da subalternidade, aqui, passa a significar um indicador teórico geral, um adjetivo que caracteriza qualquer abordagem que analise o colonialismo ou a história colonial."

Assim, o combate ao colonialismo nos respectivos países não deve acarretar uma luta de trabalhadores ou classes subalternas entre si, como induzem as táticas da classe dominante, que procura a todo momento jogar os grupos subalternos uns contra os outros e, simultaneamente, por meio de concessões superficiais e efêmeras, logra acomodar as

[171] Freseu, 2009.
[172] Como expõe Góes (2016, p. 104): "O termo 'subalterno' é retirado dos escritos de Gramsci e passa a ser utilizado em termos de classe, casta, gênero, raça, linguagem e cultura buscando destacar a centralidade das relações de dominação. (...) não há uma definição precisa do significado do conceito de subalternidade"
[173] Gramsci, 2014, p. 131.
[174] Buttigieg, 2017, p. 746.
[175] Góes, 2016, 109.

lutas de insurgência e estabilizar as relações de subordinação, por meio do Estado, por ela controlado.

Por esta razão, Gramsci[176] manifesta que a "história dos grupos sociais subalternos é necessariamente desagregada e episódica", uma vez que "a tendência de unificação" destes grupos tende a ser "continuamente rompida pela iniciativa dos grupos dominantes".

Ou seja, as classes ou grupos subalternos sofrem constantes ataques da classe dominante, que busca impedir a sua união, na medida em que, por suas semelhanças históricas de atividades e lutas promovidas contra o mesmo opressor, tendem à unificação, o que representa um perigo constante ao *establishment*.

Gramsci, nesta parte, expõe que "o Estado moderno substitui o bloco mecânico dos grupos sociais por uma subordinação destes à hegemonia ativa do grupo dirigente e dominante; portanto, abole algumas autonomias, que, no entanto, renascem sob outra forma, como partidos, sindicatos, associações de cultura."[177]

A classe dominante atua de forma a atrair as classes subalternas para o controle direto do Estado, que, por meio do Direito, passa a estabelecer para elas o que podem ou não fazer; desta forma, a "centralização legal de toda a vida nacional nas mãos do grupo dominante se torna 'totalitária'".[178]

5.5 CONCLUSÃO

Pelas ideias acima examinadas, verificamos que a luta contra o colonialismo é atual e extremamente necessária, constituindo um caminho para vencer a exploração imposta a tantos povos, abusados por séculos e até hoje subjugados ao ideário do colonizador, que se beneficia da usurpação das riquezas nacionais, enquanto as populações herdam a violência, a miséria e a fome, resultantes de um subdesenvolvimento crônico, produzido e mantido artificialmente, inclusive mediante a manipulação da política pelas classes dirigentes locais.

Portanto, a partir da análise acima apresentada, com base nos estudos desenvolvidos pelos autores citados, o grande desafio das gerações atuais e futuras será vencer o colonialismo, tão flagrante na sociedade neste ano de 2022, quando tantos celebram os duzentos anos de uma independência do Brasil que só se verifica no plano formal.

Em tempos de destruição acelerada da memória e negação da ciência, a discrepância que se verifica entre a narrativa oficial e a realidade material nos confronta com a urgência de levar conhecimento ao povo. Este é único o caminho para promover o resgate da sua herança histórica e devolver o orgulho das suas origens, ferramentas essenciais para se compreender a importância da preservação dos valores culturais de uma sociedade.

[176] Gramsci, 2014, p. 135.
[177] Gramsci, 2014, p. 139.
[178] Gramsci, 2014, p. 139.

A partir do afastamento desse véu de ignorância, o povo brasileiro poderá construir para si um legítimo sentimento de pertencimento: um pertencimento efetivo, que o coloque como sujeito ativo, consciente de sua responsabilidade na luta pela preservação da soberania e das riquezas naturais, a serem exploradas não mais a serviço dos espoliadores, mas em benefício do país e da população.

REFERÊNCIAS

BAGGIO, K.G. **O poder da Atlas Network: conexões ultraliberais nas américas**, 2017. Disponível em https://voyager1.net/politica/atlas-network-conexoes-ultraliberais-nas-americas/ Acesso em: 08 set. 2017.

BÁEZ, F. **A história da destruição cultural da América Latina**. **Da conquista à globalização**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.

BUTTIGIEG, J. A. **Subalterno/subalterno**. In. LIGUORI, G. e PASQUALE, V. (Orgs.) Dicionário Gramsciano (1926-1937). São Paulo: Boitempo, 2017.

DUFOUR, D-R. **A cidade perversa. Liberalismo e pornografia**. Rio de Janeiro: Civilizações Brasileira, 2013.

DUFOUR, D-R. Palestra no Sindicato dos Engenheiros do Rio de Janeiro (SENGE-RJ), 07 ago. 2017.

FANON, F. **Os condenados da terra**: Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

FANON, F. **Pele negra, máscara branca**. Salvador: Editora da Universidade Federal da Bahia, 2008.

FRESEU, G. **Stato, società civille e subalterni in Antonio Gramsci**. Convegno internacionale di studi Gramsci in Asia e Africa, Calliari, feb. 2009.

FREUD, S. **O ego e o id**. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago editora, 1976.

GÓES, C. **Repensando a subalternidade: de Antonio Gramsci à teoria pós-colonial**. Revista Outubro, n. 26, jul. 2016.

GRAMSCI, A. **Cadernos do cárcere**. v. 5. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

GRAMSCI, A. **Cadernos do cárcere**. v. 6. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

GUHA, R e SPIVAK, G.C. **Subaltern studies, modernità e (post)colonialism**. Ombre Corte: Verona, 2002.

HEGEL. G.W.F. **Filosofia da história**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

KIRCHNER, C. **La Nación**, 18 mai. 2008.

LAS CASAS, B.D. **Brevíssima relação da destruição das índias**. Lisboa: Edições Antígona, 1997.

LIGUORI, G. **Classi subalterne, marginali e classi subalterne, fondamentali in Gramsci.** Crítica Marxista, 2011.

LOSURDO, D. **A luta de classes**. **Uma história política e filosófica.** São Paulo: Boitempo, 2015.

MARX, K. **O capital**. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013-a.

MARX, K. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo, 2013-b.

MARX, K. e ENGELS, F. **A ideologia alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MARX, K. e ENGELS, F. **O manifesto comunista**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

PENNA, L. **República e insurgências. Lutas de classes na cidade e no campo**. Rio de Janeiro: Autografia, 2016.

ROBINSON. A. **Um repórter na montanha mágica**. Rio de Janeiro: Apicuri, 2015.

RODRIGUES, C. **Uma noite real no museu.** Rio de Janeiro: Sinopse do enredo da Escola de Sampa Imperatriz Leopoldinense para o carnaval de 2018, 2017. Disponível em http://www.carnavalesco.com.br/noticia/sinopse-do-enredo-da-imperatriz-leopoldinense-para-o-carnaval-2018/53102 Acesso em: 01 set. 2017.

ROUSSEAU, J.J. **O contrato social**. São Paulo: Cultrix, 1995.

SAID, E.W. **Cultura e imperialismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2011.

6. SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTO: APLICAÇÃO AOS BENEFÍCIOS FISCAIS DE ICMS APROVEITADOS

José Enrique Teixeira Reinoso[179]

RESUMO: A questão da concessão do incentivo fiscal se coloca presente em toda relação jurídica no sistema tributário nacional, principalmente no que tange ao Federalismo Fiscal. O artigo propõe avaliar os riscos atinentes ao aproveitamento de benefícios fiscais de ICMS com subvenções para investimento, com a consequente exclusão de tais valores das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário; Incentivos Fiscais; Subvenção de Investimento; ICMS; Renúncia fiscal.

ABSTRACT: The issue of granting tax incentives is present in every legal relationship in the Brazilian tax system, especially about Tax Federalism. The article proposes to evaluate the risks involved in using ICMS tax benefits with investment subsidies, with the consequent exclusion of such amounts from the IRPJ and CSLL tax bases.

KEYWORDS: Tax Law; Tax Incentives; Investment Grant; ICMS; Tax waiver.

6.1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a questão da concessão do incentivo fiscal estadual no sistema tributário nacional e sua repercussão econômica no fluxo de caixa da empresa contribuinte. Assim, o trabalho propõe avaliar os riscos atinentes ao aproveitamento de benefícios fiscais de ICMS com subvenções para investimento, com a consequente exclusão de tais valores das bases de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro líquido (CSLL).

6.2 CONCEITO DE BENEFÍCIOS FISCAIS ESTADUAIS

Os incentivos fiscais caracterizam-se pela destinação de recursos públicos às entidades, a fim de potencializar as atividades econômicas organizadas. Na prática brasileira foram concedidos de forma nebulosa pelo país, inclusive quando se refere aos incentivos fiscais estaduais, em especial o ICMS.

De fato, os incentivos fiscais em matéria de ICMS geram bastantes questionamentos ao operador do Direito, haja vista o tamanho desdobramento teórico e prático que esta temática apresenta. O uso de instrumental tributário para atrair novos investimentos geradores de riqueza sempre foi vocação natural e inequívoca dos governos.

[179] Sócio do PDK. Mestre em Contabilidade Tributária e Gerencial pela FUCAPE Business School e pós-graduado em Direito Público e Gestão Tributária, pela Escola de Negócios Trevisan. Membro-conselheiro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Afiliado à Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF) e à International Fiscal Association (IFA).

No que tange ao ICMS, os governos estaduais tiveram na concessão de incentivos fiscais uma mitigação constitucional, qual seja a celebração de Convênios Interestaduais. E mais, apesar de evidente renúncia fiscal, muitas vezes são desrespeitados os ditames constitucionais pelos próprios entes tributantes na criação desenfreada de incentivos ilegais, caracterizando a malsinada guerra fiscal notadamente do ICMS.

Por sua vez, os benefícios fiscais relacionam-se intimamente com o conceito aristotélico de Justiça. É dever do Estado reduzir desigualdades e promover as condições necessárias para que os cidadãos e suas empresas tenham condições de suportar a carga tributária, sem comprometer a própria existência ou a lucratividade necessária.

Ocorre ainda que, tais benefícios fiscais comportam subvenções de investimento e custeio. Aprioristicamente, o conceito de subvenções pode ser encontrado na legislação ordinária no artigo 12, §3º da Lei nº 4.320/1964, que as define como "*transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das empresas beneficiadas*", distinguindo as subvenções sociais das econômicas.

A doutrina, seja societária e tributária, é uníssona em sustentar que o conceito de subvenção está sempre atrelado à ideia de ajuda ou auxílio, decorrente do Poder Público, usualmente expressa em termos pecuniários e de caráter não remuneratório e não compensatório[180].

Embora a Lei nº 4.320/1964 não tenha feito qualquer menção à divisão clássica entre subvenções para investimento e subvenções para custeio, a doutrina costuma classificar o gênero *subvenção* nessas duas espécies, sendo as primeiras transferências destinadas à aplicação de capital e as últimas seriam destinadas a cobrir gastos correntes e ordinários da pessoa jurídica beneficiada[181].

Dessa forma, a figura das subvenções para investimento surgiu expressamente na lei pelo artigo 182, §1º, "d", da Lei nº 6.404/1976 ("Lei das S/A"). Esse dispositivo determinou que tais subvenções fossem registradas pelas pessoas jurídicas beneficiárias em conta de reserva de capital.

Em matéria tributária, o artigo 38, §2ª, do Decreto-Lei nº 1.598/1977 dispôs que as subvenções para investimento seriam aquelas concedidas, inclusive, na forma de benefícios ou incentivos fiscais *"como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos"*.

Tais subvenções não seriam computadas na apuração do Lucro Real, desde que fossem *(i)* registradas como reserva de capital, utilizável apenas para absorção de prejuízos ou incorporação ao capital social; ou *(ii)* feitas em cumprimento de obrigação de garantir

[180] SUBVENÇÕES. In: Subvenções para Investimento x Subvenções para Custeio: Cenário antes e após a LC 160/2017. [S. l.]: FGV, 17 maio 2017. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/18.05.2018_-_subvencoes_-_vanessa_e_eduardo.pdf. Acesso em: 6 mar. 2021.

[181] CNT (Brasil). Blog Guia Tributário. Lucro Real – Subvenção para Investimento – ICMS: Bases: Lei nº 12.973, de 2014, arts. 30 e 50; Lei Complementar 160/2017, arts. 9º e 10; Parecer Normativo Cosit nº 112, de 1978; IN RFB nº 1.700, de 2017, art. 198, § 7º e Solução de Consulta Cosit 11/2020. CONTADORES.CNT.BR, [S. l.], p. 01-03, 9 mar. 2020. Disponível em: https://www.contadores.cnt.br/noticias/tecnicas/2020/03/09/lucro-real-subvencao-para-investimento-icms.html. Acesso em: 6 mar. 2021.

a exatidão do balanço do contribuinte e utilizadas para absorver superveniências passivas ou insuficiências ativas.

Enquanto, que a Receita Federal do Brasil, por meio do Parecer Normativo do CST nº 2/1978, também trouxe a distinção entre subvenções para investimento e de custeio, manifestando o entendimento de que apenas as segundas teriam natureza de receita e, portanto, seriam tributadas pelo imposto de renda. E mais, reconhecendo que as primeiras poderiam ser registradas em reserva de capital e não serem computadas na apuração do lucro real.

Entretanto, foi apenas através do Parecer Normativo CST nº 112/1978, que se caracterizou as subvenções para investimentos como "subvenções especiais", as quais, além de não poderem ser distribuída aos sócios possuem características marcantes.

Aliás, conforme tal Parecer Normativo, "*não basta apenas o "animus" de subvencionar para investimento. Impõe-se também a efetiva e específica aplicação de subvenção, por parte do beneficiário, nos investimentos previstos na implantação ou expansão do empreendimento econômico projetado",* de modo que a simples aplicação dos recursos recebidos do poder público em investimento não caracterizaria a subvenção como de investimento.

Por muitos anos, a exigência desta intenção do subvencionador e a ação do subvencionado norteou, e em alguns casos ainda norteia, a posição das autoridades fiscais, inclusive a jurisprudência administrativa sobre o tema.

6.3 REQUISITOS PARA EXCLUSÃO DOS RECURSOS DE SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTO DAS BASES DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL

A partir da Lei nº 11.638/2007, que introduziu no Brasil a adoção da contabilidade internacional no Brasil (IFRS), as subvenções, tanto de custeio quanto de investimento, passaram a ser registradas contabilmente como receita, integrando o resultado do período, e não mais à conta de reserva de capital.

A possibilidade de exclusão dos valores recebidos a título de subvenção para investimento foi mantida pelo artigo 18 da Lei nº 11.941/2009, que introduziu o artigo 195-A à Lei das S.A para determinar que tais recursos sejam destinados, ao final do exercício, à conta de reserva de incentivos fiscais.

Posteriormente, a Lei nº 12.973/2014, veio ampliar as restrições à utilização da Reserva de Incentivos Fiscais para que os valores não fossem tributados. Seu artigo 30 dispõe que as subvenções para investimento não serão computadas na apuração do Lucro Real, desde que registradas em conta de reserva de lucros, que somente poderá ser utilizada para:

i) absorção de prejuízos, desde que anteriormente já tenham sido totalmente absorvidas as demais Reservas de Lucros, com exceção da Reserva Legal; ou
ii) aumento do capital social.

De acordo com o §2º do referido dispositivo legal, as subvenções para investimentos serão tributadas, se não observados os requisitos acima, inclusive nas hipóteses de:

i) capitalização do valor e posterior restituição de capital aos sócios ou ao titular, mediante redução do capital social, hipótese em que a base para a incidência será o valor restituído, limitado ao valor total das exclusões decorrentes de doações ou subvenções governamentais para investimentos;
ii) restituição de capital aos sócios ou ao titular, mediante redução do capital social, nos 5 (cinco) anos anteriores à data da doação ou da subvenção, com posterior capitalização do valor da doação ou da subvenção, hipótese em que a base para a incidência será o valor restituído, limitada ao valor total das exclusões decorrentes de doações ou de subvenções governamentais para investimentos; ou
iii) integração à base de cálculo dos dividendos obrigatórios.

As restrições impostas pela lei, visam a impedir a distribuição aos sócios dos recursos recebidos à título de subvenção para investimento. Nesse sentido, importante observar que o §2ª, do artigo 30 da Lei nº 12.973/2014 dispõe que as subvenções serão tributadas sim, caso venha a ser "*dada destinação diversa da que está prevista no caput*", qual seja, o registro em conta de reserva de lucros.

Sobre esta restrição, a doutrina observa que a ressalva tem o objetivo de que a pessoa jurídica "*não modifique a natureza da transferência, transformando capital em renda*". Isto porque o Poder Público, ao subvencionar determinado investimento, deseja contribuir para o capital da pessoa jurídica, de modo que se a sociedade beneficiada modifica a destinação para distribuir os recursos aos sócios, haverá a descaracterização da transferência de capital, que será transformado em renda de outras pessoas.

Portanto, em sendo renda, a lei tributária deve submeter ao imposto de renda as reservas de capital distribuídas. Ora, o artigo 30 da Lei nº 12.973/2014, em seu §3º, também dispõe que se, no período de apuração, a pessoa jurídica apurar prejuízo contábil ou lucro líquido contábil inferior à parcela decorrente das subvenções, e, nesse caso, não puder ser constituída como parcela de lucros, esta deverá ocorrer à medida que forem apurados lucros nos períodos subsequentes.

Por conseguinte, o Parecer Normativo CST nº 112/1978, ao determinar, em seu §7º, que as subvenções para investimento não poderão ser excluídas da apuração do lucro real *"quando não houver obrigatoriedade de aplicação da totalidade dos recursos na aquisição de bens ou direitos necessários à implantação ou expansão de empreendimento econômico, inexistindo sincronia e vinculação entre a percepção da vantagem e a aplicação dos recursos"*.

6.4 TRATAMENTO DAS SUBVENÇÕES PARA INVESTIMENTO AOS INCENTIVOS FISCAIS DE ICMS PÓS LEI COMPLEMENTAR Nº 160/2018

Em que pese tenha sido editada com o objetivo político de acabar com a guerra fiscal entre os Estados, a LC 160/2018 também alterou a Lei nº 12.973/2014, relativamente aos tributos federais, para incluir os §§ 4º e 5º no artigo 30, conferindo tratamento de subven-

ções para investimento os incentivos e os benefícios fiscais de ICMS, bem como vedando a exigência de outros requisitos senão aqueles já previstos na referida lei. Confira-se:

> Art. 9º. O art. 30 da Lei no 12.973, de 13 de maio de 2014, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 4º e 5º:
>
> Art. 30.....
>
> § 4º Os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relativos ao imposto previsto no inciso II do caput do art. 155 da Constituição Federal, concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal, são considerados subvenções para investimento, vedada a exigência de outros requisitos ou condições não previstas neste artigo.
>
> § 5º O disposto no § 4º deste artigo aplica-se inclusive aos processos administrativos e judiciais ainda não definitivamente julgados.

Diante da alteração promovida pela LC 160/2018, os benefícios e incentivos fiscais de ICMS que foram aprovados pelo Confaz[182] passaram a ser considerados como subvenções para investimento, sendo vedada às autoridades fiscais a imposição de exigir quaisquer outras condições ou requisitos não previstos no artigo 30 da Lei nº 12.973/2018.

Nessa linha de raciocínio, uma vez cumpridos os requisitos presentes no artigo 30 da Lei nº 12.973/2014, mencionados no subtítulo anterior, os valores recebidos a título de subvenções para investimento não deverão ser tributados pelo IRPJ e pela CSLL.

Cumpre destacar que a disposição acerca do tratamento dos benefícios ou incentivos fiscais de ICMS como subvenções para investimento também foi incluída na Instrução Normativa RFB nº 1.700/2017, pela Instrução Normativa RFB nº 1881, de 03 de abril de 2019 (§8º do artigo 198).

6.5 REQUISITOS PRESENTES NO CONVÊNIO ICMS 190/2017

Além do exposto acima, a LC 160/2017, em seu artigo 10, ampliou o enquadramento como subvenção para investimentos aos incentivos e aos benefícios fiscais de ICMS não convalidados pelo CONFAZ, desde que atendidas as respectivas exigências de registro e depósito, nos termos do artigo 3º da Lei Complementar.

Nesse sentido, a LC 160/17, reconhece a existência jurídica de dois tipos de benefício de ICMS:

i) os benefícios não convalidáveis: benefícios de ICMS constituídos nos termos da a Lei Complementar nº 24/75 e, portanto, de acordo com a alínea "g" do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal de 1988; e
ii) os benefícios convalidáveis: benefícios de ICMS outorgados pelos Estados de forma unilateral sem aprovação do CONFAZ, portanto, em desacordo com a Lei Complementar nº 24/75 e Constituição Federal de 1988.

[182] COSIT (Brasil). SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 109, DE 03 DE FEVEREIRO DE 2017. Consulta, [S. l.], p. 01-03, 13 fev. 2017. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=80393. Acesso em: 8 mar. 2021.

Sobre os benefícios não convalidados, estes somente serão aceitos se o ente federativo tenha atendido às exigências de registro e depósito do ato concessório do benefício na Secretaria Executiva do CONFAZ para fins de convalidá-lo, nos termos da própria LC 160/17 e do Convênio 190/17, cujo prazo se encerrou no fim de junho de 2018.

Tais condições seriam: *(i)* a publicação pelos Estados dos incentivos fiscais que serão convalidados e *(ii)* o registro e depósito dos instrumentos que concederam o benefício fiscal na Secretaria Executiva do Confaz, até o prazo estabelecido.

Dessa forma, em relação aos benefícios fiscais que não foram aprovados pelo Confaz, a classificação de tais benefícios como subvenção para investimento depende, além dos requisitos previstos pelo artigo 30 da Lei nº 12.973/2014, do cumprimento dos requisitos constantes no Convênio 190/17, os quais se aplicam unicamente a estes casos.

6.6 MANIFESTAÇÕES DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL E JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

Como anteriormente mencionado, a Receita Federal do Brasil possui o entendimento da necessidade de contrapartida por parte do contribuinte, nos termos da legislação pertinente, para fins de caracterização da subvenção para investimento. Com fundamento no PN 112/76, este entendimento foi refletivo em diversas Soluções de Consulta sobre o tema de subvenção para investimento.

Após a vigência da LC 160/2017, a Receita Federal passou a admitir que os benefícios ou incentivos fiscais de ICMS são considerados subvenções para investimento, sendo vedada a imposição de outros requisitos além daqueles previstos na Lei nº 12.973/2014. É o que se verifica da Solução de Consulta Cosit nº 11, de 4 de março de 2020, cuja ementa transcrevemos abaixo:

> SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 11, DE 4 DE MARÇO DE 2020
>
> Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ
>
> LUCRO REAL. SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTO. BENEFÍCIOS VINCULADOS AO ICMS.
>
> As subvenções para investimento podem, observadas as condições impostas por lei, deixar de ser computadas na determinação do lucro real. A partir do advento da Lei Complementar nº 160, de 2017, consideram-se como subvenções para investimento os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relativos ao ICMS concedidos por estados e Distrito Federal.
>
> Dispositivos Legais: Lei nº 12.973, de 2014, art. 30; Lei Complementar nº 160, de 2017, arts. 9º e 10; Parecer Normativo Cosit nº 112, de 1978; IN RFB nº 1.700, de 2017, art. 198, § 7º. (Grifos não constam no original)

A recente Solução de Consulta acima, ao analisar o benefício fiscal de redução de alíquota de ICMS instituído pelo estado do Ceará, aborda o novo tratamento dado às subvenções para investimentos pela LC 160/2017 e esclarece que o PN CST nº 112/1976 não é mais aplicável ao caso. Confira-se:

> "A norma em questão insere novo comando legal ao dispositivo que confere o adequado tratamento tributário, no que tange ao IRPJ e a CSLL, às subvenções para investimento. A LC nº 160, de 2017, atribui a qualificação de subvenção para investimento a todos os incentivos e os benefícios fiscais ou econômico-fiscais atinentes ao ICMS. Significa dizer que a essa espécie de benefício fiscal não mais se aplicam os requisitos arrolados no PN CST nº 112, de 2017 (sic), com vistas ao enquadramento naquela categoria de subvenção".

De mais a mais, a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ("CARF") por muito tempo se concentrou na diferenciação entre subvenções para investimento e subvenções para custeio. A maioria dos acórdãos discute se há contrapartida por parte do contribuinte, revelando-se uma questão de prova e análise do caso concreto.

De uma maneira geral, prevalecia que, uma vez presente a contrapartida por parte do contribuinte, sob a forma de investimento estabelecida pela legislação estadual, as subvenções devem ser tratadas como investimento e, portanto, não tributadas. Além da intenção do Poder Público de subvencionar, era necessária efetiva implantação ou expansão de empreendimentos econômicos pelo beneficiado[183].

Com a vigência da LC nº 160/2017, observa-se uma mudança na jurisprudência do CARF quando diante de benefícios ou incentivos fiscais relativos ao ICMS. Cabe ressaltar que o §5º do artigo 30 da Lei nº 12.973/2014 dispõe que o novo tratamento das subvenções para investimento se aplica inclusive aos processos administrativos e judiciais ainda não definitivamente julgados.

Vê-se, portanto, a tendência do CARF em reconhecer os benefícios fiscais de ICMS como subvenções para investimento, nos termos da LC 160/2017. Na Câmara Superior de Recursos Fiscais ("CSRF"), tem sido discutida a questão relativa à retroatividade da lei complementar[184].

Note-se, contudo, que o artigo 30, §5 º, da Lei nº 12.973/14, com a redação dada pela Lei Complementar nº 160/2017, estabelece que a classificação dos benefícios fiscais mencionados no último parágrafo como subvenções para investimento seria aplicável aos processos administrativos e judiciais ainda em curso.

Dessa forma, não há dúvidas de que tal classificação fiscal tem efeitos retroativos. Tais efeitos, aplicam-se ainda que o contribuinte não esteja discutindo a questão judicial ou administrativamente, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

Enquanto na esfera judicial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ("STJ") não se encontra consolidada. Tome-se, por exemplo, a discussão sobre a possibilidade de tributação pelo IRPJ e CSLL do crédito presumido de ICMS. A 2ª Turma proferiu diversos acórdãos entendendo pela possibilidade de tributação, sendo que a 1ª Turma proferiu decisões em sentido contrário[185].

---

[183] Nesse sentido, vide, exemplificativamente, os acórdãos nº 9101-003.171, de 07 de novembro de 2017, nº 1402-002.721, de 15 de agosto de 2017 e acórdão nº 3402-002.904, de 27 de janeiro de 2016.
[184] MATARAZZO, Giancarlo. UM NOVO CAPÍTULO NA HISTÓRIA DA "SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTO". JOTA, [S. l.], p. 01-03, 5 out. 2020. Disponível em: http://www.pinheironeto.com.br/imprensa/um-novo-capitulo-na-historia-da-subvencao-para-investimento-. Acesso em: 8 mar. 2021.
[185] Exemplificativamente, REsp nº 1.674.735-SC, de 19 de agosto de 2017 e AgRg no REsp nº 1.537.026/PR,

Outro argumento da Ministra foi que o STF decidiu, no RE nº 574.706/PR, pela exclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS por entender que o valor arrecadado de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte. Alegando estreita semelhança axiológica entre os dois casos, Regina Helena defende que o crédito presumido de ICMS também não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, de modo que não poderia ser considerado como componente do lucro tributável.

Apesar desse acórdão favorável, o resultado do julgamento não foi unânime (5x4) e não se pode descartar que esse entendimento possa ser alterado por um novo julgamento, especialmente se houver mudança na composição da Seção.

No entanto, os julgados que sucederam este precedente passaram a aplicá-lo, além de se voltarem às disposições da LC 160/2017. É o que se verifica no AgInt no REsp 1.605.245, publicado no DJ, em 18 de maio de 2018.

Referido acórdão registrou entendimento no sentido de que, o incentivo fiscal de ICMS não pode ser caracterizado como lucro, e, portanto, não haveria a incidência de referidos tributos federais. Assim, concluiu-se que o incentivo fiscal de ICMS foi estabelecido em âmbito de política extrafiscal, de modo que se a União tributasse esses benefícios, os mesmos, restariam esvaziados de seu propósito.

Nesta oportunidade, o Ministro Relator Mauro Campbell sustentou em seu voto que, ainda que prevaleça o entendimento da não tributação do benefício por IRPJ e CSLL, sob uma outra perspectiva, o aproveitamento dos benefícios de ICMS para fins de subvenção para investimentos estariam sujeitos aos requisitos listados do artigo 30, inciso I e II, da Lei nº 12.973/2014.

O Supremo Tribunal Federal ("STF"), ao analisar o Recurso Extraordinário nº 1.052.277, entendeu que a inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL não teria repercussão geral por não envolver matéria constitucional.

No entanto, como a Ministra Regina Helena do STJ embasou o seu voto em fundamentos constitucionais (pacto federativo, limites de competência tributária, desenvolvimento regional, entre outros), não se pode descartar a possibilidade de a matéria vir a ser reanalisada pelo STF.

Diante do cenário jurisprudencial apresentado acima, não é possível falar, neste momento, em jurisprudência consolidada sobre a incidência de tributos federais sobre benefícios fiscais estaduais que venham a ser considerados como como subvenção para custeio, seja para vedar a tributação por não configurar lucro os valores recebidos a título de subvenção.

6.7 CONCLUSÃO

Após analisarmos os benefícios fiscais elencados à luz da LC 160/2017 e do Convênio ICMS 190/2017, e da natureza da contrapartida ou contraprestação por parte do ben-

publicado em 02 de fevereiro de 2016.

eficiário diante deste novo cenário normativo concluímos que o artigo 9º da LC 160/2017 dispõe que os incentivos relativos ao ICMS são considerados subvenções para investimentos, sem, no entanto, conceituá-los.

Sobre o conceito de benefício fiscal, o STJ, por ocasião do julgamento do RESP 1.227.519, ao analisar o enquadramento do benefício de crédito presumido de ICMS como subvenção para investimento, já havia concluído que, o benefício constitui uma renúncia de receita por parte do ente federado, e que a União não pode tomar para si parte da receita que tenha sido renunciada por meio de benefício estatal, posto que tais valores não devem integrar as bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Destaca-se, ademais, que para concessão de um benefício fiscal de ICMS, é necessário que estes sejam deliberados pelas unidades federadas, bem como que sejam aprovados no âmbito do CONFAZ. Isso porque, a Constituição Federal, em seu artigo 155, 2º, inciso XII, alínea g, delegou à Lei Complementar a função de disciplinar o procedimento de concessão de benefícios fiscais relativos ao ICMS.

Dessa forma, tendo a Lei Complementar nº 24, de janeiro, de 1975, determinado que a concessão de benefícios será realizada por meio da edição de convênios celebrados e aprovados pelas unidades federadas, o convênio constitui mecanismo válido para tanto.

Ainda, após aprovados no âmbito do CONFAZ, os benefícios autorizados previstos em Convênio de ICMS, nos termos da lei complementar em comento, devem ser regulamentados pela legislação estadual, para fins de internalização do benefício pela unidade federada que, assim, optar.

No que diz respeito à natureza da contrapartida ou contraprestação por parte do beneficiário, existem, no nosso entendimento, duas interpretações juridicamente possíveis para a alteração efetuada pela Lei Complementar nº 160/2017.

A primeira interpretação diz respeito ao *caput* do artigo 30 da Lei nº 12.973/2014, que contém a expressão *"subvenções para investimento concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos"*, pela qual poderia se sustentar que o requisito de "implantação" ou "expansão" continua sendo uma exigência para a caracterização das subvenções para investimento. Neste caso, a inovação legislativa promovida pela LC nº 160/2017 não teria nenhum efeito prático.

A segunda interpretação, que entendemos ser a mais correta, é a de que, quando a LC nº 160/2017 prescreveu que os benefícios e incentivos de ICMS "são considerados subvenções para investimento", se efetuou uma equiparação, para fins fiscais, das duas espécies de subvenção (investimento e custeio) ou, ainda, se criou uma presunção legal absoluta de que todos os benefícios de ICMS são necessariamente concedidos para estimular a implantação ou expansão do empreendimento econômico, nos termos do *caput* do artigo 30 da Lei nº 12.973/2014.

Em face do expendido, em especial de acordo com as recentes manifestações da própria Receita Federal e do CARF nesse mesmo sentido, entendemos que a contrapartida ou contraprestação por parte do beneficiado não são mais um critério essencial para fins de caraterização das subvenções para investimento.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARZUA, Heron. **A questão da legitimidade dos convênios de ICMS**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 47. São Paulo: Dialética, ago., 1999.

_____. Incentivos Fiscais (ICMS) no Brasil e no Paraná – **a Questão do Direito Adquirido das Empresas**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 73. São Paulo: Dialética, out., 2001.

ATALIBA, Geraldo. **Hipóteses de Incidência tributária**. 5a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BALEEIRO, Aliomar. **Clínica Fiscal**. Salvador: Livraria Progresso, 1958.

_____. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1960.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Lei complementar – Teoria e Comentários**. São Paulo: Saraiva, 1985.

BORGES, José Souto Maior. **Isenções Tributárias**. São Paulo: Sugestões Tributárias, 2001.

_____. **Subvenção Financeira, Isenções e Deduções Tributárias**. Revista de Direito Público nº 41. São Paulo, 1978.

_____. **Sobre as Isenções, Incentivos e Benefícios Fiscais Relativos ao ICMS**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 06. São Paulo: Dialética, mar., 1996.

_____. **Teoria Geral da Isenção Tributária**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e sua Inaplicabilidade a Incentivos Financeiros Estaduais**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 63. São Paulo: Dialética, dez., 2000.

_____. **Sobre o Crédito-prêmio à Exportação**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 112. São Paulo, Dialética, jan., 2005.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. Malheiros, 5ª ed., 1993.

_____. **ICMS**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BERTAGNOLLI, Danielle. **O novo entendimento da Receita sobre as subvenções para investimento**. Consultor jurídico, [s. l.], 4 fev. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-fev-04/bertagnol. Acesso em: 6 mar. 2021.

COSIT (Brasil). **SOLUÇÃO DE CONSULTA COSIT Nº 109, DE 03 DE FEVEREIRO DE 2017**. Consulta, [S. l.], p. 01-03, 13 fev. 2017. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=80393. Acesso em: 8 mar. 2021.

CNT (Brasil). **Blog Guia Tributário**. Lucro Real – Subvenção para Investimento – ICMS: Bases: Lei nº 12.973, de 2014, arts. 30 e 50; Lei Complementar 160/2017, arts. 9º e 10; Parecer Normativo Cosit nº 112, de 1978; IN RFB nº 1.700, de 2017, art. 198, § 7º e Solução de Consulta Cosit 11/2020.. CONTADORES.CNT.BR, [S. l.], p. 01-03, 9 mar. 2020. Disponível em: https://www.contadores.cnt.br/noticias/tecnicas/2020/03/09/lucro-real-subvencao-para-investimento-icms.html. Acesso em: 6 mar. 2021.

LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. **O ICMS e os Incentivos Fiscais**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 14. São Paulo: Dialética, nov., 1996.

MARTINS, Ives Gandra da Silva**. Incentivos Fiscais do Estado de Mato Grosso do Sul – Prática Usual em todas as Unidades Federativas – Aspectos Jurídicos**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 52. São Paulo: Dialética, jan., 2000.

_____. **Incentivos Fiscais – Hipótese de Impossibilidade Jurídica de Anulação ou Revogação**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 114. São Paulo: Dialética, mar., 2005.

_____. **Zona Franca de Manaus – Inteligência do Artigo 40 do ADCT – Impossibilidade de Criação de Restrições aos Incentivos Constitucionalizados em 1988**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 64. São Paulo: Dialética, jan., 2001.

_____. **O ICMS e o Regime Jurídico de Incentivos Financeiros Outorgados pelos Estados e o Comunicado CAT nº 36/04 de São Paulo – Distinção entre Incentivos Financeiros e Fiscais**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 112. São Paulo: Dialética, jan., 2005.

MATARAZZO, Giancarlo. **UM NOVO CAPÍTULO NA HISTÓRIA DA "SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTO"**. JOTA, [S. l.], p. 01-03, 5 out. 2020. Disponível em: http://www.pinheironeto.com.br/imprensa/um-novo-capitulo-na-historia-da-subvencao-para-investimento-. Acesso em: 8 mar. 2021.

MATTOS, Aroldo Gomes de. **A Natureza e o Alcance dos Convênios em Matéria de ICMS**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 79. São Paulo: Dialética, abr., 2002.

MOLINA, Pedro Herrera**. La Exencion Tributaria**. Madrid: Colex, 1990.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**, 9ª ed., Saraiva, 1989.

PINTO, Fernando. **Carf avança no debate sobre tributação de subvenções para investimento**. Direto do CARF, CONJUR, p. 01-03, 24 abr. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-abr-24/direto-carf-carf-debate-tributacao-subvencoes-investimento. Acesso em: 6 mar. 2021.

PONTES, Helenilson. **O estorno de crédito de ICMS e as subvenções para investimento**. Contabilidade Tributária, [s. l.], 24 jun. 2020.

PRADO, Sergio; CAVALCANTI, Carlos Eduardo. **A guerra fiscal no Brasil**. São Paulo: Fundap, 2000.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL (Brasil). **Instrução Normativa** RFB nº 949, de 16 de junho de 2009. Instrução Normativa, [S. l.], p. 01-03, 17 jun. 2009. Disponível em: https://fincontabil.files.wordpress.com/2011/02/instruc3a7c3a3o-normativa-rfb-nc2ba-949-de-16-de-junho-de-2009.pdf. Acesso em: 8 mar. 2021.

SUBVENÇÕES. In: **Subvenções para Investimento x Subvenções para Custeio**: Cenário antes e após a LC 160/2017. [S. l.]: FGV, 17 maio 2017. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/18.05.2018_-_subvencoes_-_vanessa_e_eduardo.pdf. Acesso em: 6 mar. 2021.

VALE, Horácio Eduardo Gomes. **Atividade financeira do estado, planejamento tributário, teoria dos jogos e incentivos fiscais para o fomento da inovação tecnológica brasileira**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5056, 5 maio 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/56982. Acesso em: 6 mar. 2021.

7. REFLETINDO SOBRE O SISTEMA PENAL A PARTIR DA PERSPECTIVA DO ESTADO DE EXCEÇÃO EM GIORGIO AGAMBEN

Kátia Rubinstein Tavares[186]

> "Um dia, a humanidade brincará com o direito, como as crianças brincam com os objetos fora de uso, não para devolvê-los a seu uso canônico e, sim, para libertá-los definitivamente dele."
>
> *Giorgio Agamben*

RESUMO: Este trabalho propõe-se a resgatar o pensamento de Giorgio Agamben e sua aproximação com o debate sobre o estado de exceção, o qual lançou as bases para uma nova discussão, no domínio de saber transversal da Teoria do Estado, em relação ao poder de soberania e da violência que incide sobre os cidadãos na configuração do sistema penal; para além do caráter insidioso das práticas autoritárias, mesmo em tempos de afirmação dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Estado de Exceção; Homer Sacer; Vida Nua; Vida Matável; Sistema Prisional Brasileiro.

7.1 INTRODUÇÃO

Nascido em Roma, em 22 de abril de 1942, Giorgio Agamben é um dos maiores pensadores vivos na contemporaneidade. Ex-aluno de Heidegger, é autor juntamente com Deleuze de trabalhos sobre teoria literária e filosofia; entretanto, sua contribuição para o pensamento político tem-se revelado muito significativa, sobretudo, no estudo do campo que tem como paradigma o tema do biopoder moderno. Nesse sentido, em *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*[187], Agamben aprofunda o estudo do modelo biopolítico conferido ao poder soberano de matar e se propõe a atualizar o conceito da figura jurídica singular do antigo direito arcaico, para construção da sua concepção sobre a "vida indigna a ser vivida" que, tampouco adquire algum valor e, portanto, pode ser considerada teoricamente vidas *matáveis*[188].

Em seu livro, *Estado de exceção (homo sacer II)*, que corresponde ao volume que dá sequência às reflexões feitas em *Homo sacer I*, Agamben amplia suas análises, ao con-

[186] Advogada Criminal. Doutoranda em Políticas Públicas e Formação Humana pela UERJ. Diretora da Revista Digital do Instituto dos Advogados Brasileiros. Conselheira da OAB/RJ,.
[187] AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. reimpr. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
[188] Ibidem.

siderar que o estado de exceção tende, cada vez mais, a constituir o paradigma dominante de governo na política contemporânea, conforme sustenta, quando utiliza as expressões "terra de ninguém", "zona incerta", "zona de indeterminação", "conceito-limite da ordem jurídica". Nesse sentido, o ponto de partida para situar essa discussão são as leis promulgadas nos Estados Unidos em 2001 para combater o terrorismo, por meio das quais a política revela o que seria sua estrutura originária: a eliminação que reduz o homem à sua condição animal, desprovida de direitos e as medidas excepcionais e provisórias, tomadas em situações de "necessidade" ou de "emergência". É nesse contexto que, então, adverte: a exceção pode estar se tornando regra.

Agamben focaliza a base norte-americana da baía de Guantánamo como "vida nua em sua máxima indeterminação". São mais de 500 "detentos" (*detainees*), em sua maioria talibãs muçulmanos de posições extremadas; estes sofrem diversos abusos, estando sujeitos à vigilância militar permanente, os quais não gozam do direito ao status de "acusado", segundo as leis norte-americanas, nem sequer o direito a tratamento como "prisioneiros de guerra", disciplinado pela Convenção de Genebra; os seus destinos cabem às mais altas instâncias do governo dos EUA.

Segundo Agamben, a detenção de que são objeto os mulçumanos é indeterminada quanto ao tempo e à sua própria natureza, estando "totalmente fora da lei e do controle judiciário". Só haveria uma comparação possível: a situação dos judeus nos campos de concentração nazistas. Afinal, o Terceiro Reich pode ser considerado, juridicamente, um estado de exceção que durou 12 anos.

Para o pensador italiano, o novo paradigma sob a ordem militar instaurada pela guerra ao terrorismo tem um claro significado biopolítico: revela o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui, por meio de sua suspensão. Dessa forma Agamben, no seu livro, se propõe a demonstrar que o estado de exceção não é uma invenção moderna ao buscar no *iustitium* do direito romano a referência originária para essa inclusão do fenômeno de algo que, de certa forma, lhe escapa e não pode ter forma jurídica.

O referido filósofo questiona as ideias de Carl Schmitt, um dos juristas do Terceiro Reich e, ainda, dialoga com o pensador neomarxista Walter Benjamin, da Escola de Frankfurt, sobre a violência do estado de exceção, para o qual, segundo o pensador italiano, se reclama a necessidade de uma teoria, que não apenas venha esclarecer a natureza jurídica do estado de exceção, "mas principalmente, definir o seu sentido, o lugar e as formas de sua relação com o direito.[189]" Por isso, logo na epígrafe do livro, adverte aos juristas, lançando uma provocação: *Quare siletis juristce in munere vestro?* (*"*Por que silenciais diante de uma questão que lhes diz respeito?").

Finalmente, o pensamento de Giorgio Agamben nos instiga a reflexão sobre como as experiências políticas contemporâneas vêm contribuindo para a inclusão da violência no âmbito do Estado e na sua prática com relação ao sistema prisional brasileiro, um local isolado dos valores sociais e com regras e ordenamentos jurídicos próprios. Diante da

[189] AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. Ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 80.

inoperância estatal, o cárcere brasileiro desnuda um verdadeiro estado de exceção, diante dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos, já que muito pouco se aplicam aos encarcerados.

7.2 A TEORIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Agamben chama atenção ao longo de sua obra para a incerteza terminológica identificável na definição de estado de exceção. Do ponto de vista etimológico, o conceito de estado de exceção seria um conjunto de medidas que suspende o exercício do direito e rompe com a normalidade do Estado enquanto unidade política e subverte a sua ontologia. Segundo ele, a exceção pode ser definida como desvio de regra, de princípio ou da ordem que se afasta do comum[190].

Na introdução da sua obra, o autor aponta que a incerteza do conceito está ligada à sua indefinibilidade terminológica e sua abrangência. Por isso, ele esclarece que o seu estudo "se servirá do sintagma 'estado de exceção' como termo técnico para o conjunto coerente dos fenômenos jurídico que se propõe a definir[191]". Como bem argumenta:

> A escolha da expressão "estado de exceção" implica uma tomada de posição quanto à natureza do fenômeno que se propõe a estudar e quanto à logica mais adequada à sua compreensão. Se exprimem uma relação com o estado de guerra que foi historicamente decisiva e ainda está presente, as noções de "estado de sítio" e de "lei marcial" se revelam, entretanto, inadequadas para definir a estrutura própria do fenômeno e necessitam, por isso, dos qualificativos "político" ou "fictício", também um tanto equívocos. O estado de exceção não é um direito especial (como o direito da guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica define seu patamar ou seu conceito limite[192].

O autor enfatiza, com base na teoria de Carl Schmitt, que o soberano é quem determina o estado de exceção. Essa é a primeira contradição para se compreender a dificuldade em se estabelecer os limites do estado de exceção, pois o soberano que deveria manter a normalidade é quem o instaura.

Agamben descreve que o século XX marcou um momento de virada na tradição política ocidental, pois fez da exceção uma prática normal e durável de governo[193]. Ancorar o estado de exceção na ordem jurídica é, para o autor um desafio e o passo inicial e decisivo para que se possa formular uma teorização sobre ele. Por outro lado, ele comenta que, embora tenha sido muito debatido até hoje o papel do soberano, ainda falta uma teoria do estado de exceção no direito público, porque muitos juristas negam a sua legitimidade e acreditam que a questão não é genuinamente um problema jurídico. Dessa forma, argumenta que, segundo opiniões generalizadas, "o estado de exceção constitui um ponto de *desequilíbrio entre o direito público e fato político*[194]".

E, por fim, esse pensador aponta outra circunstância, muito bem-marcada em toda

[190] Ibidem, p. 59-60.
[191] Ibidem, p. 15.
[192] Ibidem, p. 15.
[193] Ibidem, p. 19-21.
[194] Ibidem, p. 11.

sua obra: no estado de exceção há abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário; entretanto, tal conjuntura mostra-se como uma tendência cada vez mais frequente em transformar o que deveria ser uma excepcionalidade pontual numa prática durável de governo[195].

Existe, em seu modo de ver, uma dificuldade inicial, passível a ser enfrentada por aqueles que desejam definir o tema, uma vez que este se situa no limite entre política e direito - comparando com outras categorias como a guerra civil, a insurreição e a resistência, em que há uma "franja ambígua e incerta, na intersecção entre o jurídico e o político[196]". Por isso, o filósofo italiano ressalta que a questão dos limites deve ser entendida como fruto de períodos de crise política, pois:

> [...] as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal. Por outro lado, se a exceção é o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio da sua própria suspensão, uma teoria do estado de exceção é, então, condição preliminar para se definir a relação que liga e, ao mesmo tempo, abandona o vivente (o ser vivo) ao direito[197].

Assim, o autor destaca que o principal objeto de pesquisa de sua obra é explorar essa zona incerta entre o direito público e o fato político e entre a ordem jurídica e a vida (que ele define como "terra de ninguém"). A propósito, vale transcrever o seu ponto de vista:

> Somente erguendo o véu que cobre essa zona incerta poderemos chegar a compreender o que está em jogo na diferença - ou na suposta diferença - entre o político e o jurídico e entre o direito e o vivente. E só então será possível, talvez, responder a pergunta que não para de ressoar na história da política ocidental: o que significa agir politicamente[198]?

Giorgio Agamben irá aprofundar o que desde o início do primeiro capítulo salienta como o objeto de análise do seu estudo: a zona de incerteza entre o direito público e o fato político da teoria do estado de exceção. A compreensão do estado de exceção e do fundamento daquilo que o próprio soberano (chefe do governo) toma em consideração, quando adota medidas excepcionais, nos leva, segundo ele a tratar de duas questões essenciais: a da necessidade e da emergência. Nesse sentido, comenta o autor, "um estudo da estrutura e do significado do estado de exceção pressupõe uma análise do conceito jurídico da necessidade[199]".

Comentando sobre a incerteza terminológica, o pensador também desenvolve na sua obra as aproximações entre estado de exceção e outros termos ou expressões (por vezes mencionados nas Constituições) – estado de sítio, que se distingue do estado de exceção permanente, direito da guerra, *emergency powers* ou *martial law* (anglo-saxônica), a ex-

[195] Ibidem, p. 11.
[196] Ibidem, p. 17.
[197] Ibidem, p. 11-12.
[198] Ibidem, p. 12.
[199] Ibidem, p. 40.

pressão própria do direito francês, que se refere à ampliação dos poderes governamentais e, em especial, à atribuição ao executivo do poder de promulgar decretos com força de lei[200].

Nesse contexto, ele ressalta que há um grupo de pensadores que procuram inserir o estado de exceção no âmbito do ordenamento jurídico, entre eles Santi Romano, Haurio, Mortari. Concebem, assim, o estado de exceção como parte integrante do direito positivo, seja como fonte autônoma do direito; ou, ainda, - como Hoerni, Rainelletti, Rosssier -, o entendem como um direito subjetivo (natural ou constitucional) do Estado à sua própria conservação[201].

Há outro grupo de filósofos que considera a teoria do estado de exceção como um fenômeno extrajurídico e essencialmente político. Ele inclui Biscarretti, Balladore-Palleri, Carré de Malberg, que avaliam a necessidade e o estado de exceção como um fenômeno essencialmente extrajurídico, ainda que possa ter consequências no âmbito do direito. Ainda Julius Hatscheck resumiu os diversos pontos de vista na oposição entre uma teoria objetiva do estado de necessidade, segundo a qual todo ato realizado em estado de necessidade e fora ou em oposição à lei é contrário ao direito e, enquanto tal, juridicamente passível de acusação, e uma teoria subjetiva do estado de necessidade; de acordo com este poder excepcional se baseia "num direito constitucional ou pré-constitucional (natural)" do Estado, "em relação ao qual a boa-fé é suficiente para garantir a imunidade jurídica". [202]

Por fim, Agamben contextualiza o estado de exceção com o conceito de necessidade e sua fundamentação, afirmando: "que a teoria da necessidade não é aqui outra coisa que uma teoria da exceção (*dispensatio*) em virtude da qual um caso particular escapa à obrigação da observância da lei"[203]. A ressalva de Agamben é que a necessidade não é fonte de lei e tampouco suspende, em sentido próprio, a lei; ainda conclui: "ela se limita a subtrair um caso particular à aplicação literal da norma".

Convém pôr em destaque este argumento central:

> O fundamento último da exceção não é aqui a necessidade, mas o princípio segundo o qual: toda lei é ordenada à salvação comum dos homens, e só por isso tem força e razão de lei [vim et rationem legis]; à medida que, ao contrário, faltar a isso, perderá sua força de obrigação [virtutem obligandi non habet]." [...][204].

Por fim, assevera:

> Enquanto figura da necessidade, apresenta-se pois - ao lado da revolução e da instauração de fato de um ordenamento constitucional- como uma medida "ilegal", mas perfeitamente "jurídica e constitucional", que se concretiza na criação de novas normas (ou de uma nova ordem jurídica)[205]. [...]
>
> A tentativa de resolver o estado de exceção no estado de necessidade choca-se, assim, com tantas e mais graves aporias quanto o fenômeno que deveria

[200] Ibidem, p. 15.
[201] Ibidem, p. 38.
[202] Ibidem, p. 38-39.
[203] Ibidem, p. 41.
[204] Ibidem, p. 41.
[205] Ibidem, p. 44.

> explicar. Não só a necessidade se reduz, em última instância, a uma decisão, como também aquilo sobre o que ela decide e, na verdade, algo inelidível de fato e de direito[206].

7.3 O ESTADO DE EXCEÇÃO E O TOTALITARISMO MODERNO

Segundo Agamben, o uso do estado de exceção é uma problemática que surge no século XX e vem chamando atenção dos pensadores da filosofia política contemporânea, principalmente após as decisões políticas tomadas durante as grandes guerras mundiais. Nesse sentido, a estrutura da exceção tem se mostrado como regra ou *nomos* da era moderna. Por outro lado, a exceção apresenta-se como um importante dispositivo biopolítico de controle sobre os viventes nas estratégias de políticas do Estado.

Nesse sentido, outro esforço realizado por Agamben reside em explicar as categorias que se encontram na estreita relação com a guerra civil, a insurreição e a resistência e o estado de exceção. Nesse mesmo empenho, Giorgio relaciona a natureza do estado de exceção e a guerra civil, como o oposto do estado normal ou mesmo uma "guerra civil mundial[207]". A guerra civil se situa numa zona de indecidibilidade quanto ao estado de exceção, que é a resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos mais extremos.

O filósofo e jurista italiano comenta o caso do estado nazista. Assim que tomou o poder ou, melhor dizendo, mal o poder lhe foi entregue através do voto, Hitler promulgou o *Decreto para a proteção do povo e do Estado*, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar, referente às liberdades individuais. Então, no entender de Agamben, "o decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou doze anos[208]". Na sequência dessa reflexão, nos lança uma conceituação iluminadora do totalitarismo moderno:

> O totalitarismo moderno pode ser definido como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos[209].

Dessa forma, Agamben acena para a dificuldade e a incerteza do conceito de estado de exceção e mesmo para sua fluidez de noções ou categorias consideradas como sinônimas ou correlatas, que aparecem em diferentes ordenamentos jurídicos nacionais. A filósofa Hannah Arendt, em sua obra sobre a revolução (datada de 1963), faz uso da expressão "guerra civil mundial"[210], ressaltando que**:** **"**o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea." Es-

[206] Ibidem, p. 47.
[207] Ibidem, p. 12-13
[208] Ibidem, p. 12-13.
[209] Ibidem, p. 13.
[210] Ibidem, 13.

sas medidas provisórias e excepcionais que são utilizadas como uma técnica de governo ameaçam transformar a estrutura de uma Constituição ou de um Estado constitucional para um patamar de fragilidade, e nessa perspectiva o estado de exceção apresenta-se num nível de indeterminação entre democracia e absolutismo.[211]

Além disso, Agamben apresenta um rico estudo histórico sobre a regulação do estado de exceção desde o século XVIII até o XXI no EUA, no governo Bush, após 11 de setembro de 2001, com o *Commander in chief of the army*, cujo título implica uma referência ao estado de exceção. Nessa conjuntura uma situação de emergência torna-se uma regra, de forma que não se possa distinguir uma situação de paz e guerra, a guerra eterna e uma guerra civil mundial[212].

Na contemporaneidade, Agamben destaca dois exemplos consumados pelo governo americano após o atentado de 11 de setembro, em que se institucionalizou um estado de exceção: Em primeiro lugar, a publicação do "military order" pelo presidente da república em 11 de novembro de 2001, que determinava a suspensão de direitos e detenção definitiva de cidadãos suspeitos de terrorismo. E "USA Patriot Act", promulgado pelo Senado no dia 26 de outubro de 2001, que permite manter preso o estrangeiro suspeito que ponha em risco a segurança nacional dos EUA, permitindo ser ele expulso ou acusado da violação da lei sobre imigração ou outro delito. Como bem define Agamben: "A novidade da "ordem" do presidente Bush está em anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável! "[213]

Outro exemplo fornecido por Giorgio Agamben corresponde aos Talibãs capturados no Afeganistão que não gozaram do status de prisioneiro de guerra normatizado pela Convenção de Genebra, ou pelas próprias leis norte-americanas. Não são nem prisioneiros tampouco acusados, mas apenas *detainees*, de uma detenção indeterminada de tempo como da sua própria natureza, porque totalmente fora da lei e do controle do judiciário. O autor compara à situação jurídica dos judeus nos campos nazistas, porque haviam perdido não só a cidadania, mas toda identidade jurídica, só conservando a identidade de judeus. Também o mesmo ocorre com os *detainees* ou prisioneiros de Guantánamo, em que a vida nua atinge sua máxima indeterminação, conforme sustenta Judith Butler[214].

7.4 O DIÁLOGO DE WALTER BENJAMIN COM CARL SCHMITT

Originalmente, o estado de exceção foi concebido para ser utilizado em situações extraordinárias; porém, como observa Agamben, sua utilização se tornou um instrumento político e uma constante técnica de governo na contemporaneidade. Em suas investigações, o pensador italiano localiza a prática da exceção nas origens dos governos que se

[211] Ibidem, p. 13.
[212] Ibidem, p. 24-38
[213] Ibidem, p. 14.
[214] Ibidem, p. 14-15.

formaram a partir da primeira metade do século XX com regulamentos que suspendem o ordenamento jurídico vigente, fazendo com que o Estado atue por meio de decretos com força de lei, suspendendo o sistema jurídico das leis antigas. Ao operarem dessa forma, as decisões do soberano passam a configurar uma zona de confusão, pois o direito – suspenso para a sua própria conservação – impede que possamos traçar uma linha clara entre o abuso do poder soberano e a utilização do poder necessário para se voltar à situação de normalidade. Nesse caso, em tal Estado todas as garantias de direitos são desfeitas em razão de emergir uma situação de crise. Essa é uma das principais ameaças segundo nos alerta Agamben, uma vez que no estado de exceção são abolidas garantias e direitos individuais, expondo os cidadãos ao risco iminente da morte violenta que legalmente estaria justificada – situação essa abordada por Benjamin em ensaio lido por Schmitt.

Diante desse cenário, Giorgio Agamben propõe no seu estudo o estabelecimento de uma correlação entre o caráter rotineiro dos assassinatos em massa ocorridos ao longo dos séculos XIX e XX e a frequência com que se instaurou o chamado "estado de exceção" durante esse mesmo período de tempo. Agamben elegerá como marco teórico os diálogos travados entre Walter Benjamin e Carl Schmitt. Vai também ampliar sua base teórica nos estudos de pensadores que melhor compreenderam o cenário da política contemporânea tais como Foucault e Hannah Arendt.

Segundo Agamben, Schmitt e Benjamin produziram um profícuo e profundo diálogo sobre a exceção que deve necessariamente ser apreciado com muita atenção. A importância desses dois autores para Agamben pode ser avaliada no fato de o filósofo italiano dedicar um capítulo inteiro do seu livro *Estado de exceção* para tratar do debate existente entre esses autores. Vale analisar alguns conteúdos desses diálogos para percebermos as influências das reflexões de Benjamin sobre Schmitt e, finalmente, no próprio Agamben na construção da sua teorização do estado de exceção. [215]

7.4.1 Ditadura comissária e soberana: a obtenção de um consenso no estado de exceção

Agamben destaca no primeiro capítulo intitulado "O Estado de exceção como paradigma de governo" os pontos mais importantes que irão permear toda sua obra, inclusive a leitura do segundo capítulo em que ele aprofunda o seu diálogo com Carl Schmitt, o principal teórico que construiu as bases do estado de exceção. Essa fundamentação surgiu em dois trabalhos diferentes do autor alemão: *A ditadura,* de 1921*, e Teologia política,* de 1922[216]. Foi chamado "jurista coroado" do Terceiro Reich, com formulações que ofereceram o substrato jurídico e político para a ascensão de Hitler ao poder e o seu posterior domínio total sobre a Alemanha.

É importante ressaltar que o projeto teórico de Schmitt é também e, principalmente,

[215] Ibidem. p. 83-98.
[216] É importante esclarecermos que essas obras de Schmitt foram por nós consultadas, tomando em consideração as seguintes edições: SCHMITT, Carl. La dictadura. Trad. José Díaz García. Revista de Occidente Bárbara de Braganza. Madrid, 12, 1968; idem, Teologia política: quatro capítulos sobre a doutrina da soberania. In: SCHMITT, Carl. A crise da democracia parlamentar. Trad. Inês Lobbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

um discurso que legitima o rompimento da legalidade constitucional e democrática e ainda se ampara num objetivo salvacionista. Nesse sentido, o soberano age na crise, uma crise que ameaça a nação, que põe em perigo os interesses do povo, de modo que se requer uma ação extraordinária, excepcional, por parte daquele que encarna a vontade majoritária.

No caso da Alemanha na década de 1930, que vivia forte crise econômica e instabilidade política, o inimigo interno era o Tratado de Versalhes, que havia imposto pesadas indenizações ao país e a perda de vários territórios importantes. No discurso dos nazistas a culpa por essa situação de fragilidade era da democracia parlamentar, responsável principal pelo enfraquecimento da Alemanha e pelo sentimento de humilhação de seu povo. Nessa perspectiva, a ação excepcional é aquela fundada na decisão do soberano, à margem da Constituição e das leis, para remover os inimigos da nação. Na época, o soberano de então (Hitler) destruiu a democracia, fomentou a guerra e concebeu um dos crimes mais bárbaros de toda a história da humanidade: o holocausto.

No livro *Teologia política,* de 1922[217], comentado por Agamben no seu primeiro capítulo de *Estado de exceção*, Carl Schmitt estabeleceu os contornos entre estado de exceção e soberania. Para ele, a ordem jurídica não deveria repousar na Constituição e nas leis, mas na decisão tomada pelo soberano. Como já mencionado, para o filósofo alemão, o soberano é que determina o estado de exceção, o que, segundo o referido filósofo italiano, implica o primeiro paradoxo, pois o soberano que deveria manter a normalidade é quem instaura o estado de exceção.

O grande objetivo da principal obra de Schmitt, *Teologia política*, é criar uma teoria do que se costuma chamar de *decisionismo*. Tal teoria seria capaz de nos revelar o funcionamento do poder soberano. É o que Schmitt deseja nos comunicar com a sua célebre afirmação: "Soberano é aquele que decide sobre o Estado de exceção". Isto é, só podemos compreender a real situação da soberania a partir da análise da decisão que produz o estado de exceção.

Na teoria schmittiana, apenas o conceito de exceção, juntamente com o conceito de decisão, é capaz de revelar o poder do soberano e trazer à tona a sua identidade. Segundo o autor, a existência do soberano é de suma importância, pois a lei não possui a capacidade de se sustentar sozinha. Ela necessita de um soberano que seja capaz de realizar o papel de protetor. Nesse sentido, Schmitt defende a ideia de uma ditadura "comissária" – durante o estado de emergência, de sítio ou de exceção – na qual é papel do soberano restaurar a ordem vigente, resguardando assim a constituição de modificações que possam ser prejudiciais à ordem estabelecida na sociedade.

Por outro lado, segundo o pensador alemão, a excepcionalidade se apresenta como o principal fundamento das normas pelo fato dela explicar mais do que a situação normal. Ela revela o fim supremo que motiva toda a ordenação. Somente na condição da exceção é que percebemos que a ausência das leis e normas sólidas leva o Estado a um processo de esfacelamento das garantias e dos direitos que possuíamos no Estado em sua normalidade.

[217] Ibidem, idem. p. 87.

Nesse sentido, Schmitt confere maior importância à excepcionalidade, pois ela desvela coisas que não são e não podem ser observadas no Estado de normalidade. Por esse motivo, a excepcionalidade é, no pensamento do jurista alemão, o centro do sistema jurídico-político. Nas palavras de Schmitt:

> A filosofia da vida concreta não pode subtrair-se à exceção e ao caso extremo, mas deve interessar-se ao máximo por ele. Para ela, a exceção pode ser mais importante do que a regra, não por causa da ironia romântica do paradoxo, mas porque deve ser encarada com toda a seriedade de uma visão mais profunda do que as generalizações das repetições medíocres. A exceção é mais interessante que o caso normal. O normal não prova nada, a exceção prova tudo; ela não só confirma a regra, mas a própria regra só vive da exceção. Na exceção, a força da vida real rompe a crosta de uma mecânica cristalizada na repetição.[218]

Segundo Schmitt, o soberano possui poderes que vão além de toda validade da ordem jurídica, pois:

> Não só decide sobre a existência do estado emergencial extremo, mas também sobre o que deve ser feito para eliminá-lo. Ele se situa externamente à ordem legal vigente, mas, mesmo assim, pertence a ela, pois é competente para decidir sobre a suspensão total da constituição.[219]

Uma das considerações deixada por Schmitt e, mais tarde, recuperada por Agamben é que o caso excepcional não é propriamente um problema jurídico, pois quem define o caráter de excepcionalidade ou de necessidade de um evento é o próprio sujeito que se vê na situação e a interpreta de tal modo. Como diz Schmitt:

> Se o caso extremo de exceção realmente pode ou não ser eliminado do mundo, não é uma questão jurídica. A confiança e a esperança de que ele possa realmente ser eliminado depende muito mais de convicções filosóficas, principalmente histórico-filosóficas ou metafísicas. [220]

Por outro lado, segundo Agamben, a principal finalidade da teoria construída por Carl Schmitt "é a inscrição do estado de exceção num contexto jurídico", para "tornar possível uma articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica", porquanto:

> Schmitt sabe perfeitamente que o estado de exceção, enquanto realiza "a suspensão de roda a ordem jurídica" (Schmitt, 1922, p. 18), parece "escapar a qualquer consideração de direito" (Schmitt, 1921, p. 137) e que, mesmo "em sua consistência factual e, portanto, em sua subsidência íntima, não pode acender a forma do direito" (ibidem, p. 175). Entretanto, para ele é essencial que se garanta uma relação com a ordem jurídica...[221]

Por isso, Agamben resgata no contexto jurídico os conceitos de "ditadura comissária"

[218] Ibidem, p. 24.
[219] Ibidem, p. 88.
[220] Ibidem, p. 88.
[221] AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção, ed. it. p. 54. Schmitt, apud. AGAMBEN, Giorgio: "A ditadura, seja ela comissária ou soberana, implica a referência a um contexto jurídico". Finalmente, conclui Agamben: "Trata-se de uma articulação paradoxal, pois o que deve ser inscrito no direito é algo essencialmente exterior a ele, isto é, nada menos que a suspensão da própria ordem jurídica..." (AGAMBEN, Giorgio. Op.cit, p. 540).

e de "ditadura soberana" proposta por Schmitt, apresentando contraposições que as caracterizam, respectivamente, ao explicar que a "ditadura comissária" "suspende de modo concreto a constituição para defender sua existência"[222]. Dessa forma, sua aplicação pode ser suspensa, "sem, no entanto, deixar de permanecer em vigor, porque a suspensão significa unicamente uma exceção concreta[223]". Nesse sentido, exige-se que se criem condições que "permitam a aplicação do direito[224]." A norma é suspensa enquanto vigora a decisão pelo soberano. A suspensão das normas nessa condição tem um status temporário e se legitima em situações de crises ou catástrofes. Passadas tais situações, restauram-se as normas e se supera o "estado de exceção".[225]

Já na "ditadura soberana" não há a suspensão temporária da Constituição vigente "com base num direito nela contemplado e, por isso, ele mesmo constitucional". Nesse caso, há a criação de um estado de coisas em que se torne possível a imposição de uma nova Constituição, mediante a qual se instaura o estado de exceção no sentido formal e não transitório. Dessa forma, "o operador que permite ancorar o estado de exceção na ordem jurídica é a distinção entre poder constituído e poder constituinte[226]" Este, porém, não é somente uma questão de força, pois, mesmo não tendo se instituído em virtude de uma Constituição, mantém com ela uma relação tal que esse poder aparece como fundador. Ele representa "um mínimo de constituição, inscrito em toda ação politicamente decisiva e está, portanto, em condições de garantir também para a ditadura soberana a relação entre estado de exceção e ordem jurídica[227]".

7.4.2 A violência como paradigma do estado de exceção

Não nos restam dúvidas de que Agamben recorre ao diálogo entre Schmitt e Benjamin ao construir a sua teoria do poder soberano e da exceção. Dessa forma, as discussões existentes entre Schmitt e Benjamin – em especial o debate que se desenvolveu entre os anos de 1925 e 1956 – contribuíram para o esclarecimento de conceitos que são basilares na sua reflexão. Em seu livro *Estado de exceção*, o autor dedica uma seção unicamente para os debates travados entre esses dois pensadores, com o intuito de remontar as discussões e as conclusões que nasceram em torno desse diálogo.

Neste estudo, pretendemos tecer algumas considerações acerca do estado de exceção focalizado por Agamben a partir do diálogo existente entre Walter Benjamin e Carl Schmitt. Para realizar tal tarefa teremos como referência basilar o capítulo intitulado: "LUTA DE GIGANTES ACERCA DE UM VAZIO", incluído na obra *Estado de exceção*.[228] No referido capítulo, Giorgio Agamben nos revela a existência de um rico diálogo

[222] Ibidem, p. 54.
[223] Ibidem, p. 55.
[224] Ibidem, p. 55.
[225] Ibidem, p. 55.
[226] Ibidem, p. 55.
[227] Ibidem, p. 55.
[228] Ibidem, p. 81-98.

entre Schmitt e Benjamin que influenciou a criação do conceito de exceção em ambos. Entretanto, ao ampliar o conceito de exceção, revela que o debate entabulado entre os dois filósofos, Benjamin e Schmitt, ultrapassa a discussão, pois se encontra fundamentado numa estrutura política do ocidente, "outra luta de gigantes acerca do ser, que define a metafísica ocidental".[229]

Agamben aprofunda o confronto entre a teoria de exceção de Carl Schmitt e a posição de Walter Benjamin, afinal demonstrando que o estado de exceção na contemporaneidade virou regra. Além disso, ressalta uma questão fundamental:

> O que está em jogo no debate entre Benjamin e Schmitt sobre o estado de exceção pode agora ser definido mais claramente. A discussão se dá numa mesma zona de anomia que, de um lado, deve ser mantida a todo custo em relação com o direito e, de outro, deve ser também implacavelmente liberada dessa relação. O que está em questão na zona de anomia é, pois, a relação entre violência e direito - em última análise, o estatuto da violência como código da ação humana. Ao gesto de Schmitt que, a cada vez, tenta reinscrever a violência no contexto jurídico, Benjamin responde procurando, a cada vez, assegurar a ela - como violência pura - uma existência fora do direito[230].

Nesse sentido, seguindo as teses de Schmitt, tanto Benjamin como Agamben partilham da noção de que é essencial repensar a relação que estabelecemos com o direito, pois a necessidade ou não da exceção muitas vezes se encontra alicerçada nas convicções políticas e filosóficas que a sociedade contemporânea possui.[231]

Segundo Agamben, o trabalho Crítica da violência: crítica do poder (1921), de Benjamin, trazia questões essenciais para Schmitt e, com certeza, foi um texto lido pelo alemão, influenciando, assim, o desenvolvimento de seus conceitos de soberania e exceção. Nesse sentido, a leitura de Agamben observa "a teoria schmittiana da soberania como uma resposta à crítica benjaminiana da violência".[232]

Para o filósofo italiano, o grande objetivo de Benjamin com seu ensaio foi tentar garantir a possibilidade de uma violência que possa estar fora e além do direito. Somente através disso seria possível quebrar a relação dialética que une a violência instauradora do direito e a violência que o conserva[233]. Essa seria a exigência indicada por Benjamin em Crítica da Violência – crítica do poder[234], retomada anos mais tarde em Teses sobre o conceito de história. A exceção é vista nesses dois ensaios como a oportunidade de neutralização da relação entre direito e violência.

Benjamin nomeia essa violência que está fora e além do direito de violência "pura" ou "divina". Nesse sentido, sua crítica é dirigida aos pensadores que admitiam a utilização da violência para fins justos, sendo ela considerada um atributo natural do Estado, após a saída do Estado de natureza e a instauração do pacto ou do contrato social. Segundo Ben-

[229] Iibdem, p. 92.
[230] Ibidem, p. 92.
[231] Ibidem, p. 92.
[232] Ibidem, p. 84.
[233] Ibidem, p. 84.
[234] Ibidem, p. 84-85.

jamin, essa teoria dos fins justos visa apenas a um fim absoluto e não se importa com os meios para a obtenção desse fim. Sustenta o autor:

> A violência na instauração do direito tem uma função dupla, no sentido de que a instauração do direito almeja como seu fim, usando a violência como meio, aquilo que é instaurado como direito, mas no momento da instauração não abdica da violência; mais do que isso, a instauração constituía a violência em violência instauradora do direito – num sentido rigoroso, isto é, de maneira imediata – porque estabelece não um fim livre e independente da violência [Gewalt], mas um fim necessário e intimamente vinculada a ela, e instaura enquanto direito sob o nome de poder [Macht]. A instauração do direito é instauração de poder e, enquanto tal, um ato de manifestação imediata da violência[235].

A grande marca dessa violência que foi abordada por Benjamin consiste no fato de que "ela não põe nem conserva o direito, mas o depõe e inaugura, assim, uma nova época histórica[236]". Benjamin retoma o conceito schmittiano de decisão (*Entscheidung*), mas para realizar uma crítica. Apesar de admitir a decisão como uma categoria jurídica e metafísica, Benjamin afirma que, na realidade, trata-se de uma "peculiar e desmoralizante experiência da indecidibilidade última de todos os problemas jurídicos[237]".

Nessse contexto, a *Teologia política* de Schmitt pode ser lida como uma resposta à "Crítica da violência" de Benjamin, pois: "Enquanto a estratégia da 'Crítica da violência' visava a assegurar a existência de uma violência pura e anômica, para Schmitt tratava-se, ao contrário, de trazer tal violência para um contexto jurídico", diz Agamben[238].

Assim, os dois textos estão explicitamente dialogando um com o outro. É justamente através do estado de exceção que Schmitt procura capturar a violência "pura" desenvolvida por Benjamin, e colocá-la dentro de um ordenamento jurídico, tentando, assim, invalidar os argumentos de uma violência que destitui o direito e possui uma existência fora do ordenamento jurídico. Schmitt buscou inserir a violência no aparato jurídico-político do Estado, tendo em vista demonstrar a impossibilidade da existência de uma violência "pura", uma vez que no estado de exceção "ela [a violência] está incluída no direito por sua própria exclusão[239]".

Agamben reafirma a influência de Benjamin na formulação da teorização de Schmitt, ao longo das suas obras - a substituição da discussão sobre poder constituinte e poder constituído (em *A ditadura*, de 1921) pela teoria da decisão, em *Teologia política* de 1922 -[240]. Nesse sentido, Agamben aponta que a existência de um deslocamento em Schmitt se dá

[235] Tivemos oportunidade de ler a tradução recente do trabalho de Benjamin que produziu impacto sobre Schmitt. Uma passagem dessa tradução foi anteriormente por nós destacada. BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da violência. In: BENJAMIN, Walter. Escritos sobre mito e linguagem. Trad. Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: 34; Duas cidades, 2011, p. 148.
[236] AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção, ed. it. p. 85.
[237] Benjamin apud Agamben, ibidem, p. 85.
[238] AGAMBEN, ibidem, p. 85.
[239] Ibidem, p. 86.
[240] Ibidem, p. 86.

por se tratar de um "contra-ataque" às teses da soberania e da exceção de Benjamin. Nesse sentido, expõe Agamben:

> A distinção entre violência que funda o direito e violência que o conserva – que era alvo de Benjamin – corresponde de fato, literalmente, à oposição schmittiana; e é para neutralizar a nova figura de uma violência pura, que escapa à dialética entre poder constituinte e poder constituído, que Schmitt elabora sua teoria da soberania. A violência soberana na Politische Theologie responde à violência pura do ensaio benjaminiano por meio da figura de um poder que não funda nem conserva o direito, mas o suspende. No mesmo sentido, é em resposta à ideia benjaminiana de uma indecidibilidade última de todos os problemas jurídicos que Schmitt afirma a soberania como lugar da decisão extrema. Que esse lugar não seja externo nem interno ao direito, que a soberania seja, desse ponto de vista, um Grenzbegriff, é a consequência necessária da tentativa schmittiana de neutralizar a violência pura e garantir a relação entre a anomia e o contexto jurídico[241].

Dessa forma, para Benjamin, o estado de exceção deve ficar fora do ordenamento jurídico, pois "o soberano não deve, decidindo sobre o estado de exceção, incluí-lo de modo algum na ordem jurídica; ao contrário, deve excluí-lo, deixá-lo fora dessa ordem." [242] Com isso, Benjamin inicia uma tentativa de instaurar uma verdadeira teoria da "indecisão soberana". Segundo Agamben, a nova criação de Benjamin revela, mais uma vez, o entrecruzamento entre as leituras de Schmitt e Benjamin, pois: "Se, para Schmitt, a decisão é o elo que une soberania e estado de exceção, Benjamin, de modo irônico, separa o poder soberano de seu exercício e mostra que o soberano barroco está, constitutivamente, na impossibilidade de decidir"[243].

Ainda, conforme Agamben, para Schmitt, o funcionamento de um ordenamento jurídico está baseado, em última instância, no dispositivo da exceção utilizado pelo soberano. Aqui Schmitt vê a exceção como um dispositivo que pode "tornar a norma aplicável suspendendo, provisoriamente, sua eficácia."[244]

A tese defendida por Schmitt almeja mostrar que o dispositivo da exceção deve funcionar como um marco a partir do qual será restaurada a ordem com o objetivo de restauração do Estado. Desse modo, Schmitt jamais poderia aceitar que o estado de exceção fosse estabelecido como uma regra, fato constatado por Benjamin e depois também resgatado em Agamben, como ele bem sinaliza:

> A decisão soberana não está mais em condições de realizar a tarefa que a Politische Theologie lhe confiava: a regra, que coincide agora com aquilo de que vive, se devora a si mesma. Mas essa confusão entre a exceção e a regra era exatamente o que o Terceiro Reich havia realizado de modo concreto, e a obstinação com que Hitler se empenhou na organização de seu "Estado dual" sem promulgar uma nova constituição é a prova disso (nesse sentido, a tentativa de Schmitt de definir a nova relação material entre Führer e o povo no Reich nazista estava condenada ao fracasso). [245]

[241] Ibidem, p. 86.
[242] Ibidem, p. 87.
[243] Ibidem, 87,
[244] Ibidem, p. 90-91
[245] Ibidem, p. 91.

Nesse sentido, Benjamin elabora um esforço para invalidar a tese schmittiana. Se soberano é aquele que tem o poder de decidir sobre a exceção, para que o soberano possa decidir, é necessariamente relevante que exceção e regra não se confundam. Dessa forma, a crítica de Benjamin consiste em afirmar que, quando exceção e regra se confundem – fato que constantemente ocorreu durante as duas grandes guerras mundiais, nos governos totalitários dos novecentos e, como também chama atenção Agamben, vem ocorrendo nas democracias contemporâneas –, o soberano não pode decidir. E foi exatamente o que aconteceu na Alemanha de Schmitt e Benjamin. Segundo Agamben:

> Tudo acontece como se o direito e o logos tivessem necessidade de uma zona anômica (ou alógica) de suspensão para poder fundar sua referência ao mundo da vida. O direito parece não poder existir senão através de uma captura da anomia, assim como a linguagem só pode existir através do aprisionamento do não linguístico. Em ambos os casos, o conflito parece incidir sobre um espaço vazio: anomia, vacuum jurídico de um lado e, de outro, ser puro, vazio de toda determinação e de todo predicado real. Para o direito, esse espaço vazio é o estado de exceção como dimensão constitutiva. A relação entre norma e realidade implica a suspensão da norma, assim como, na ontologia, a relação entre linguagem e mundo implica a suspensão da denotação sob a forma de uma langue. Mas o que é igualmente essencial para a ordem jurídica é que essa zona – onde se situa uma ação humana sem relação com a norma – coincide com uma figura extrema e espectral do direito, em que ele se divide em uma pura vigência sem aplicação (a forma de lei) e em uma aplicação sem vigência: a força de lei.[246]

Em suma, Agamben chega à conclusão de que o estado de exceção e a lógica soberana são categorias mais complexas do que foram discutidas por Benjamin e Schmitt, pois: "o que caracteriza propriamente a exceção é que aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora de relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma da suspensão." [...] "O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão."[247]

7.5 FENÔMENO PARADOXAL DENTRO/FORA DA LEI

Outro ponto debatido por Giorgio Agamben é o paradoxo implícito desse fenômeno dentro/fora da lei peculiar ao estado de exceção que não se consegue facilmente compreender. Convém destacar esta explanação:

> Se o que é próprio do estado de exceção é a suspensão (total ou parcial) do ordenamento jurídico, como poderá essa suspensão ser ainda compreendida na ordem legal? Como pode uma anomia ser inscrita na ordem jurídica? E se, ao contrário, o estado de exceção é apenas uma situação de fato e, enquanto tal, estranha ou contrária à lei; como é possível o ordenamento jurídico ter uma lacuna justamente quanto a uma situação crucial? E qual é o sentido dessa lacuna?[248]

[246] Ibidem, p. 93.
[247] AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer, ed. Cit., 2007, p. 25.
[248] AGAMBEN, Giorgio, Estado de exceção, ed. Cit. 2004, p. 39.

Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico, e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica.[249] Donde o interesse das teorias que, como a de Schmitt, transformam a oposição topográfica em uma relação topológica mais complexa, em que está em questão o próprio limite do ordenamento jurídico. Em todo caso, a compreensão do problema do estado de exceção pressupõe uma correta determinação de sua localização (ou de sua deslocalização). Agamben vai aprofundar a compreensão desse fenômeno, demonstrando que o conflito a respeito do estado de exceção apresenta-se essencialmente como uma disputa sobre o *locus* (lugar) que lhe cabe[250].

7.5.1 Uma lacuna fictícia no próprio ordenamento

Na conclusão do primeiro capítulo, Agamben retoma a questão principal sobre o estado de exceção muito presente na contemporaneidade. As leis de plenos poderes que são promulgadas em diferentes países contradizem a hierarquia entre lei e regulamento, a base das constituições democráticas. Essas leis de plenos poderes delegam ao governo um poder legislativo que deveria ser competência exclusiva do parlamento ou da câmara.

Desse modo, o problema do estado de exceção se relaciona a um problema particularmente interessante na teoria jurídica, que é o das lacunas no direito. Desde o Código Napoleão ("o juiz que se recusar a julgar, sob a alegação de silêncio, sentido obscuro ou insuficiência da lei, poderá ser perseguido como culpado de denegação de justiça"), na maior parte dos sistemas jurídicos modernos o juiz tem obrigação de pronunciar um julgamento, mesmo diante de uma lacuna na lei. Em analogia ao princípio de que a lei pode ter lacunas, mas o direito não as admite, o estado de necessidade é então interpretado como uma lacuna no direito público, a qual o poder executivo é obrigado a suprir[251].

Assim, um princípio que diz respeito à competência do poder judiciário estende-se ao poder executivo. Questiona Agamben: "em que consiste a lacuna em questão? Será ela, realmente, algo como uma lacuna em sentido próprio?" Segundo ele, "não há uma carência no texto legislativo que deve ser reparada pelo juiz; refere-se, antes, a uma suspensão do ordenamento vigente para garantir-lhe a existência[252]". O pensador italiano chega, então, a esta inferência:

> Longe de responder a uma lacuna normativa, o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, a possibilidade mesma de sua aplicação à situação normal. É como se

[249] Ibidem, p. 39.
[250] Ibidem, p. 39.
[251] Ibidem, p. 48.
[252] Ibidem, p. 48.

> o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde a aplicação do direito é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor[253].

Por isso, a relação tênue e ambígua da política e do direito é o grande desafio para a teorização do estado de exceção na contemporaneidade.

7.5.2 Encaminhando algumas conclusões

Tentando enunciar no formato de teses os resultados de sua genealogia, Agamben nos propõe as seguintes conclusões:

i) O estado de exceção não é "uma ditadura (constitucional ou inconstitucional, comissária ou soberana), mas um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado - estão desativadas". [254]

ii) Dessa forma, não faz nenhum sentido pensar o estado de necessidade enquanto um "estado de direito", mas antes como um "estado sem direito", onde não há distinção entre esferas públicas e privadas, nem tampouco qualquer ação humana relacionada com a estrutura jurídica. [255]

iii) Por outro lado, contudo, esse espaço vazio de direito parece ser, sob alguns aspectos, tão essencial à ordem jurídica que esta deve buscar, por todos os meios: "assegurar uma relação com ele, como se, para se fundar, ela deveria manter-se necessariamente em relação com uma anomia". [256]

iv) E talvez de maneira mais esclarecedora, o filósofo italiano conclui que: "é a essa indefinibilidade e a esse não-lugar que responde a ideia de uma força de lei". [257] Por fim, Agamben remata: por força de lei tem em mente a força vigente da lei que não está propriamente unida à lei, mas que flutua sem aplicação e operação direta com o direito – que tenta incluir em si mesmo este elemento místico de asseguração da lei.[258] Em síntese, trata-se de uma potência exterior à própria lei que lhe confere validade. Por essa razão, intitula "força de lei", sendo que esta última aparece rasurada, uma vez que não se reconhece sua eficácia jurídica, mas tão-somente uma força externa que lhe dá validade[259].

7.6 O CÁRCERE ENQUANTO ESTADO DE EXCEÇÃO E EXTERIORIZAÇÃO DO HOMO SACER

O pensamento de Giorgio Agamben nos leva a compreender como as experiências políticas contemporâneas vêm contribuindo para a inclusão da violência no âmbito do Estado e na sua prática, sobretudo nos ambientes do sistema penitenciário.

[253] Ibidem, p. 48-49.
[254] Ibidem, p. 78
[255] Ibidem, p. 78.
[256] Ibidem, p. 79.
[257] Ibidem, p. 79.
[258] Ibidem, p. 80
[259] Ibidem, p. 61; 80.

O fato de o sistema prisional ficar sob a égide da barbárie traduz o que o aclamado filósofo italiano Giorgio Agamben denominou de *Estado de Exceção*, tais quais os exemplos dados por ele em sua obra. Tomemos o cenário da prisão estadunidense de Guantánamo, com base no USA Patriot Act, promulgado pelo Senado americano no dia 26 de outubro de 2001, que permite ao procurador geral requerer a prisão do estrangeiro suspeito de atividades que ponham em perigo a segurança nacional dos Estados Unidos. Há, ainda, o exemplo dado pela situação jurídica dos judeus nos Lager1 da Alemanha nazista de Hitler, numa faceta do chamado Direito Penal do Inimigo, como evidenciou Gunther Jakobs.

Uma das maiores contribuições de Agamben, no âmbito das reflexões sobre a violência, se encontra em sua análise da relação instaurada entre o poder soberano e o *Homo sacer.* Nessa relação o soberano transforma o *Homo sacer*, em um objeto de violência que excede tanto a esfera do direito quanto a do sacrifício, estabelecendo assim a condição violenta do Estado. O poder soberano decide sobre a vida nua, e para isso se utiliza de mecanismos que remetem ao biopoder e à biopolítica e suas crescentes implicações sobre a vida natural, utilizando estratégias de controle que tomam em consideração as formas de inclusão e exclusão de vida e morte. Nesse contexto, o poder soberano estabelece um paradoxo, no qual a suspensão da lei coloca o soberano fora da lei e acima de suas prescrições.

Dentro desse paradoxo enunciado o poder soberano se consagra como o que suspende a lei e decide sobre o estado de exceção. Antes, o estado de exceção referia-se a uma situação provisória de perigo factual. Agora, o estado de exceção confunde-se com a própria norma[260]- de modo que norma e exceção se tornam indissociáveis - e constitui o paradigma de governo dominante na política ocidental contemporânea[261]. Portanto, resta-se respaldada a tese de Walter Benjamin, segundo a qual: "A tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de exceção em que vivemos é na verdade regra geral."

Nesse sentido Agamben, ao analisar a estrutura da soberania no mundo atual e sua correlação com a condição violenta do Estado, resgatou a noção de estado de exceção, o qual definiu como um regime da lei em que a norma vale, mas não se aplica (porque não tem força); nesse mesmo estado, medidas que não possuem o valor de lei adquirem sua força. A força de lei flutua como um elemento indeterminado que pode ser reivindicado ora pela autoridade do Estado, ora pela autoridade de uma organização revolucionária.[262] O nosso século XXI tem feito da exceção (como foi, aliás, o século passado) uma prática normal de governo.

O estado de exceção não se configura em um ambiente ditatorial, mas em um espaço vazio de direitos. O poder soberano, no contexto de um estado de exceção, tem o arbítrio de conduzir a vida e a morte, produzindo zonas de indiferença, por confundir violência

[260] BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: BENJAMIN, Walter. Obras Escolhidas. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 9-20
[261] AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Homo Sacer II, 1. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 12 e 13.
[262] AGAMBEN. Giorgio. Estado de Exceção. Ed. Cit. p. 61

e direito, criando espaços de indistinção dentro do próprio Estado. Segundo Agamben, esses espaços dissolvem as determinações do direito, que ficam suspensas, promovendo uma anomia não pela ausência de lei e da regra.[263] Assim, acarreta a vida nua, que pode ser compreendida como uma vida restrita em relação à sua dimensão biológica e, sobretudo, é distinguida sua condição apolítica e destituída de quaisquer direitos[264].

Em suma, atento para um mundo onde todos correm o risco de ser tornar *Homo sacer,* sem excluir as contribuições de Michel Focault, que sem dúvida se mostra presente nas entrelinhas do seu trabalho, Agamben faz uma complexa reflexão sobre o poder soberano que muito contribui para a compreensão filosófico-político do mundo atual. Além, disso o autor nos provoca a refletir acerca do sentido da vida, e nos convida a pensar sobre as implicações de uma existência política, e sobre a significação da cidadania, em um tempo no qual essa palavra parece se esvaziar de sentido.

Finalmente essa proposta desenvolvida por Giorgio Agamben na sua obra *Estado de exceção* deve ser interpretada no contexto do capitalismo neoliberal, em que se inicia a construção de um processo de estigmatização, que serve para fundamentar a constituição da figura do inimigo público, como já dito, que dever ser combatido[265], os desvalidos, a quem é negada qualquer condição moral e humana, deixando de ser sujeito de direitos. Talvez tenha sido essa realidade que mereceu atenção de Löic Wacquant, quando ao se referir ao modelo de governo neoliberal, atribuiu a este a seguinte frase: "uma verdadeira ditadura sobre os pobres."[266]

Conjuntura perversa em que as populações subalternas, tais como os pobres, negros, enfim, os vulneráveis são os principais alvos do sistema penal a acolher práticas de exceção, e a quem são igualmente excluídos os direitos fundamentais e, sobretudo, desconsiderado o princípio da dignidade humana, reconhecido como um pilar do Estado Democrático de Direito contemporâneo, a ser ainda aprimorado, mesmo nesses tempos sombrios.

Em suma, com base neste estudo de Giorgio Agamben, podemos concluir que a criminalização dos vulneráveis e excluídos, bem como a atual política criminal contemporânea de segurança pública, altamente questionável, adotada em nosso país, visa reduzir os presos à figura de *Homo sacer,* a quem se imputa também a precariedade da condição de vida nua, pois se percebe claramente que a realidade carcerária brasileira ao segregar a liberdade humana configura um quadro sistêmico de torturas e outras formas de maus-tratos, já que é a expressão da absoluta barbárie, destacando-se as prisões brasileiras, pela superlotação e condições aviltantes impostas aos detentos, na figura de *campo*[267].

[263] Ibidem, p. 39,
[264] AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007, p. 15-16.
[265] Cf. JAKOBS, Günther; MELLA, Manuel Camcio. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Iacomolli. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 16.
[266] WACQUANT, Löic. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 10.
[267] AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer: o poder soberano e vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo

7.7 CONCLUSÃO

A partir dos argumentos apresentados no contexto do debate que constituiu este artigo, podemos destacar as contribuições teóricas do pensamento de Giorgio Agamben, para reflexão dos ambientes do sistema carcerário brasileiro e as violações dos princípios constitucionais; o que nos permite compreender que a exceção é o fundamento da regra.

O autor aponta a figura do campo como paradigma ontológico, no qual nos encontramos inseridos na contemporaneidade. Mais do que isso, o filósofo e jurista nos convida a examinar "a violência do direito", demonstrando que a condição civilizatória ocidental se caracteriza pela centralidade do *Homo sacer*, o ser matável e insacrificável administrado pelo poder soberano – o Estado, que se manifesta na razão político-jurídica e econômica. Apesar de a modernidade ter nos legados as Declarações de Direitos e legislações, que se propunham a salvaguardar a dignidade humana, não diferentemente de outros contextos históricos e civilizatórios, a vida humana foi banalizada.

O campo implica no "espaço que se abre quando o estado de exceção começa a se tornar-se a regra"[268] e diz respeito a um território fora do ordenamento jurídico normal – embora não corresponda a um espaço externo -, na qual a vida nua – excluída do ordenamento - é incluída no campo através de sua própria exclusão jurídica. Dessa forma, o campo é "a estrutura em que o estado de exceção, em cuja possível decisão se baseia o poder soberano, é realizado normalmente" [269]. Portanto, há uma zona híbrida de direito e de fato, que torna impossível questionar a (i)legalidade do que acontece nesse espaço de exceção. Ao considerar que toda vida humana pode ser virtualmente capturada no espaço de exceção, o campo se apresenta como o paradigma biopolítico da modernidade.[270]

Tais condições tornam o homem, que se encontra em situação de cárcere, um indivíduo sem valor social, desprovido de dignidade, direito ou imagem que possa refletir. Um homem inssacrificável, em quem outro humano não pode tocar, ou resolver seu problema, pois ele agora é dever do Divino, ao seu gosto e deleite. Será julgado e terá seu destino decidido não pelo Direito dos homens, pois este não lhe cabe mais. Seus direitos estão suspensos no estado de exceção, mostrando claramente que ele é a exteriorização do *Homo sacer*.

Assim, ao observar o sistema carcerário brasileiro, constatamos a manifestação de um sistema do modo de ser e de operar, que torna condição paradigmática, revelando os corpos de encarcerados destituídos de valor ou humanidade. São vidas nuas à mercê da violência e da morte, que foram retirados do convívio social em nome da segurança, pelo poder de polícia do Estado, para garantir a segurança aos indivíduos e à população; entretanto, que legitima a sua existência em permanente estado de exceção.

Horizonte: Editora UFMG, 2007. p.176-177.
[268] Ibidem.
[269] Ibidem.
[270] AGAMBEN, Giorgio. ¿Qué es um Campo? Artefacto. Pensamientos sobre la técnica. Buenos Aires, nº. 2, março 1998. p. 6.

Nesses ambientes se constata o que significa a expressão aniquilamento humano. Corpos amontoados em nome da ressocialização e, por serem considerados potenciais riscos à segurança da sociedade, são abandonados nos presídios e penitenciárias. Suas vidas estão desnudas, submetidas às ordens do soberano e se tornaram expressão da condição do *Homo sacer*, como analisado por Giorgio Agamben, figuras insacrificáveis e matáveis que expressam a condição da vida nua a ser administrada em sua morte.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. reimpr. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. **¿Qué es um Campo? Artefacto. Pensamientos sobre la técnica**. Buenos Aires, nº. 2, março 1998

BENJAMIN, Walter. Para uma crítica da violência. In: BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre mito e linguagem**. Tradução de Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: 34; Duas cidades, 2011.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: BENJAMIN, Walter. Obras Escolhidas. São Paulo: Brasiliense, 1985

JAKOBS, Günther; MELLA, Manuel Camcio. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Iacomolli. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

SCHMITT, Carl. Teologia política: quatro capítulos sobre a doutrina da soberania. In:

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. Tradução de Inês Lobbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHMITT, Carl. **La dictadura.** Tradução de José Díaz García. Revista de Occidente Bárbara de Braganza. Madrid, 12, 1968.

WACQUANT, Löic. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

8. TRANSFOBIA E RELAÇÕES ÍNTIMAS DE AFETO

Laura Taddei Alves Pereira Pinto Berquó [271]

RESUMO: O artigo trata da possibilidade de acordo de não persecução penal para delitos ocorridos em relações afetivas com pessoas trans* a partir da descaracterização para crimes transfóbicos, retirando a natureza pessoal e a possibilidade de autodeterminação dos vínculos afetivos, como característica da sociedade patriarcal sexista e uma invisibilização da vida privada das mulheres trans*. Reproduz com as transmulheres o mesmo modelo que se tem com as mulheres cis em que cabe ao homem nomear as relações sexuais e de afeto e dizer qual o lugar e o não-lugar que ocupam as mulheres nessas relações, trazendo isso consequência para o Direito.

PALAVRAS-CHAVES: Lei Maria da Penha; Acordo de Não Persecução Penal; Transfobia; Relações íntimas de afeto; Pessoas Trans.

8.1 INTRODUÇÃO

O presente estudo trata da possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha na proteção aos direitos de mulheres trans*, a partir da nomeação das relações sexuais e de afeto. Há uma forma de colaborar com o machismo e sexismo estruturais quando, independentemente da relação ser entre um homem e uma mulher cis ou trans, cabe ao homem cis na sociedade o poder de nomear o tipo da relação, a função e o papel que essa mulher terá perante o público e na vida privada. A sociedade patriarcal retira da mulher a possibilidade de autodeterminação de seus relacionamentos, quando lhe tira a oportunidade de reconhecer perante a sociedade a nomeação que esta dá aos seus vínculos sexuais e/ou afetivos, deixando ao homem exclusivamente esse poder.

Dependendo de como o vínculo de relacionamento se 'descaracterize' entre um homem e uma mulher trans, o crime praticado não será tratado à luz da Lei Maria da Penha, mas provavelmente a luz da Lei Caó e tanto para o agressor como para a vítima trarão repercussões simbólicas bem diversas, aumentando inclusive a opressão contra mulheres trans* que continuarão tendo menos poder de autodeterminação em seus relacionamentos e vínculos, ficando à disposição do Estado e do homem cis e com passabilidade hétero continuar a ditá-los e a caracterizá-los.

A metodologia utilizada foi de natureza bibliográfica, a trabalhar com os diversos conceitos sobre gênero para o Direito a partir do estudo de três leis em vigor (Lei Maria da Penha, Lei Caó e Lei Anticrime) e projetos de lei em tramitação, bem como decisões do

[271] Professora Universidade Federal da Paraíba. Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPê. Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Especialista em Prática Penal Avançada pelo Instituto Damásio de Direito. Ex-Conselheira Estadual de Direitos Humanos da Paraíba.

Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça dos Estados que ganharam repercussão na mídia sobre a aplicabilidade da Lei Maria da Penha às mulheres trans*. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo e a pesquisa foi qualitativa por ser de referencial bibliográfico.

8.2 TRANSGENERIDADE

O conceito de Transgeneridade abarca outros conceitos como transexualidade e travestilidade, uma vez que o transgênero não é obrigado a se submeter à cirurgia para redesignação sexual, mais conhecida como "mudança de sexo", pelo fato de se identificar com o gênero diverso ao biológico (dado ao nascer). Nem mesmo outras mutações corporais são necessárias para identificação da pessoa transgênero, bastando somente que se identifique com o gênero oposto ao dado como biológico. A pessoa transexual também não está obrigada a se submeter a cirurgias que modifiquem seus órgãos genitais (primários e secundários) para que possa ser pleiteada a identidade de gênero a qual se reconhece. O termo trânsgenero é mais abrangente. Portanto, não será a intervenção cirúrgica, a redesignação sexual que determinará a "mudança" de sexo, mas sim a autodeterminação de gênero, dentre outros fatores culturais determinados como femininos e masculinos.

> "Uma compreensão precisa da extensão e função dos genitais também pode ser extremamente útil para as mulheres e homens que estão explorando diferentes papéis ou identidades de gênero, ou considerando a possibilidade de uma cirurgia de mudança de sexo. Até não muito tempo atrás, a cirurgia era tida como essencial para muitos transsexuais. Hoje, compreende-se que os genitais são apenas um fato _ e nem mesmo o mais significativo – da identidade de gênero. Como consequência, desenvolveu-se um continuum mais amplo e fluido de definições de gênero, que permite que muitos encontrem personas sexuais com que se sentem à vontade sem precisar de intervenção cirúrgica. O fato de que mulheres, homens e mesmo aqueles que possuem genitálias ambíguas apresentam essencialmente as mesmas estruturas genitais, apenas arranjadas diferente, pode ser uma informação útil para quem pensa em submeter-se a uma cirurgia de transformação sexual". p.49

Nesse mesmo diapasão, o Ministério Público Federal por meio de sua cartilha Ministério Público e a Igualdade de Direitos Para LGBTI, citando os conceitos de Jacqueline Gomes Jesus, explica a diferença entre pessoas transgêneras, trasnsexuais e travestis[272].

[272] "Identidade de gênero é, assim, a compreensão que uma pessoa tem de si, percebendo-se como sendo do gênero masculino, feminino ou ainda da combinação de ambos. Essa compreensão é incorporada à forma como ela se apresenta socialmente (nome, vestimentas, comportamento), independentemente do sexo biológico que ostente.
Transgêneras é a expressão "guarda-chuva" utilizada para designar as pessoas que possuem uma identidade de gênero diferente daquela correspondente ao sexo biológico. Há transgêneros heterossexuais, bissexuais e homossexuais. Neste último caso, a orientação sexual da pessoa transgênera é dirigida para alguém com a mesma identidade de gênero, mas de sexo biológico diferente.
No caso das transexuais, costuma-se simplificar a situação dizendo que a pessoa nasceu com a "cabeça de mulher em um corpo masculino" (ou vice-versa). Por isso, muitas e muitos transexuais necessitam de acompanhamento de saúde para a realização de modificações corporais por meio de terapias hormonais e intervenções cirúrgicas, com o intuito de adequar o físico à identidade de gênero. É importante ressaltar, porém, que não é obrigatório e nem todas as transexuais desejam se submeter a procedimentos médicos, sobretudo

Isso significa que o conceito de transgeneridade se aplica a todo o público trans*, independentemente de ter se submetido ou não à cirurgia de redefinição sexual ou mudança de sexo, fazer uso de hormônios, independentemente de se apresentar com modos e vestimentas do gênero oposto o que é de importância para o presente estudo. A referida cartilha do Ministério Público Federal segue os princípios da Conferência de Yogyakarta do qual o Estado brasileiro é signatário.

A professora e transfeminista Letícia Nascimento fala da importância da autodeterminação no que tange aos referidos conceitos, além da 'perfomatividade do feminino' que faz com que mulheres transgêneras, travestis e não-binárias femininas se tornem vulneráveis: *"Ademais, que sejamos mulheres cisgêneras e transexuais, travestis ou não-binares femininas, é a performatividade do gênero feminino que nos vulnerabiliza socialmente."*. (2021, p. 170)

Por isso é importante que as mulheres cis e trans, travestis, bem como não-binares femininas se unam além das limitações do feminismo radical, branco e liberal convencionados a partir da sociedade colonial engendrada a partir do século XVI que deram origem à estrutura racista e cis-heterossexista atual. Para isso, deve-se aderir também à ideia de 'dororidade'.

O termo sororidade foi criado pela feminista Kate Millett em 1970, conforme (vide site https://www.google.com/amp/s/www.geledes.org.br/sororidade-o-valor-da-alianca-entre-as-mulheres/amp/). O termo dororidade foi criado pela professora, intelectual e feminista negra Vilma Piedade em 2017. A ideia de sororidade é uma proposta de transformação a partir da empatia que poderia unir mulheres no apoio mútuo em face do pacto masculino estabelecido pelo patriarcado, seguindo assim o entendimento exposto por bell hooks sobre sororidade. Na prática a 'sororidade', embora a proposta de Kate Millet tenha sido positiva, demonstrou ser mais um reforço ao pacto entre mulheres de determinadas classes sociais, grupos étnicos, que estivessem próximas de suas próprias realidades excluindo outras mulheres.

Por isso, Vilma Piedade explica como surge o termo "dororidade" quando diz que para a realidade de muitas mulheres negras vitimadas pelo racismo e por consequência a exclusão social, o sentimento deve ser de "dororidade". A empatia com a dor de outras mulheres fora de seu pacto narcísico, como crítica à branquitude acrítica é o que se entende da criação do termo. Pode-se estender a compreensão da dororidade a outros grupos de mulheres excluídas como as mulheres trans, travestis e não-binares femininas. O problema do racismo e da homotransfobia no Brasil tem, portanto, a mesma origem de formação colonial.

aqueles de natureza invasiva ou mutiladora, não havendo nenhum tipo de condição específica ou forma corporal exigidas para o reconhecimento jurídico da identidade transexual.
Travestis. São travestis as pessoas que vivenciam papéis de gênero feminino, mas não se reconhecem como homens ou como mulheres, mas como membros de um terceiro gênero ou de um não-gênero. É importante ressaltar que travestis, independentemente de como se reconhecem, preferem ser tratadas no feminino, considerando insultuoso serem adjetivadas no masculino: as travestis, sim; os travestis, não2. (Fonte: JESUS, Jaqueline Gomes. Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos. Brasília. 2012. Disponível em: < https://issuu.com/jaquelinejesus/docs/orienta__es_popula__o_trans >.)"

Nesse contexto é importante também uma proposta decolonial do Direito, em especial do Direito Penal, uma proposta interseccional, inspirado no feminismo inteserccional, que permite inclusive analisar o Direito a partir das distâncias sociais entre grupos racializados e privilegiados.

A obra Interseccionalidade de Carla Akotirene, feminista brasileira negra, abre espaço para o empoderamento de mulheres e homens negros a partir da discussão do conceito de interseccionalidade desenvolvido por Kimberlé Crenshaw após a Conferência de Durban em 2001, como crítica ao racismo patriarcal sendo a interseccionalidade o cruzamento dos sistemas de opressão que se sobrepõe um ao outro se interligando pelos critérios de classe (capitalismo), gênero (cisheteropatriarcado) e raça/cor (racismo). Nesse sistema de opressão não há como excluir a questão que perpassa as mulheres trans*. Mais uma vez se critica a sororidade racista das feministas brancas que promovem a cruzada neoliberal e colonialista no sul global, também criticada por feministas decoloniais a exemplo de Françoise Sergès e Nancy Fraser (criadora do termo do Feminismo para os 99%), Cinzia Arruzza e Tithi Bhattacharya. As feministas decolonias e intersecionais apoiam a luta das mulheres trans*, diferentemente das feministas radicais ou RadFem.

8.3 A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA E VIOLÊNCIA CONTRA PESSOAS TRANSGÊNERAS

Em 07 de agosto de 2006, entrou em vigor no Brasil a Lei n.º 11.340, mais conhecida como Lei Maria da Penha, lei de iniciativa do Poder Executivo após cobranças internacionais e primeiro documento legal no país a reconhecer a união homoafetiva entre mulheres, dando abertura para o reconhecimento de outros tipos de conjugalidades na legislação familiarista brasileira. Entretanto, a lei trouxe o debate de uma outra questão para o âmbito jurídico no que tange ao reconhecimento da aplicação da lei às transmulheres. A relevância do tema se justifica no presente momento em que se encontra em tramitação no Congresso Nacional o PLS nº 191/2017 que estende, independente de identidade de gênero a oportunidade de todas as mulheres viverem sem violência, incluindo transgêneros femininos e masculinos. Há a necessidade de demonstrar as dificuldades de aplicação da Lei Maria da Penha às pessoas transgêneras, transexuais e travestis, pessoas não-binares, diante da não- interpretação conforme a sua finalidade e na (des)necessidade que existe no Brasil de se modificarem leis para situações já previstas diante da resistência conservadora na sua aplicação, embora já tenha havido alguma evolução.

Em 06 de abril de 2022, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça[273] reconheceu a aplicação das medidas protetivas de urgência em favor de pessoas trans*, em virtude de decisão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de São Paulo que afastou a aplicação da lei ao caso de uma jovem travesti de 22 anos espancada pelo pai.

[273] https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Penha-e-aplicavel-a-violencia-contra-mulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx

Em 04.01.2019, o jornal Último Segundo noticiou que em 2019 o número de mulheres mortas por feminicídio já ultrapassava o número de 100. Ocorre que se fala em número de mulheres vítimas cis. As mulheres transgêneras são computadas como vítimas de homofobia mesmo quando mortas por amantes, namorados ou familiares.

Embora se reconheça atualmente a extensão da lei a essas transmulheres que estão diante de situações violentas de seu cotidiano familiar e suas relações afetivas e sexuais ainda ocorrem omissões gravíssimas do Estado. Trata-se de um direito humano violado e desrespeito à prevenção a todas as formas de violência contra a mulher e nesse caso não se distingue mulher quanto à acepção biológica ou social.

A Lei Maria da Penha protege a mulher vítima de violência física, psicológica, patrimonial, moral e sexual no âmbito doméstico, familiar, afetivo conforme se verifica da leitura dos artigos 5º e 7º da referida legislação, lendo-se a expressão gênero no artigo 5º: "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero".

O agressor ou agressora pode ser qualquer indivíduo que pertença a esse círculo (afetivo, doméstico ou familiar), mas é interessante observar que o legislador no artigo 6º excluiu a violência decorrente de vínculos de afeto como violações de direitos humanos[274].

Ainda, estando a palavra gênero no artigo 5º e a necessidade de constantes leis para possibilitarem a correta interpretação da norma, a questão que se coloca: quem é a mulher vítima para a lei? A mulher no sentido biológico somente ou no sentido mais amplo de gênero, abarcando o sentido social, de identidade de gênero, a auto identificação com o ser mulher e o direito de autodeterminação de mulheres trans e não-binares femininas? Outra questão é até quando a Lei Maria da Penha será aplicada aos casos de transfobia por meio de decisões que integrem a norma por meio de analogia *legis*.

Maria Berenice Dias foi a primeira jurista a ter sensibilidade jurídica para esta questão referente à inclusão das mulheres transgêneras (aqui neste trabalho em muitos momentos utiliza-se o termo guarda-chuva inclusive com a abreviação "trans*"):

> "Ao ser afirmado que está sob o abrigo da Lei a mulher, sem distinguir sua orientação sexual, encontra-se assegurada proteção tanto às lésbicas como as travestis, as transexuais e os transgêneros do sexo feminino que mantêm relação intima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção." (2007, p. 35)

O que chama a atenção em Maria Berenice Dias é que seu entendimento antecede o reconhecimento do próprio Supremo Tribunal Federal das uniões homoafetivas e posterior conversão em casamento dessas uniões, bem como do Superior Tribunal de Justiça no caso decidido em 06.04.2022.

No mesmo sentido seguiu anteriormente Maria Berenice Dias ao defender de imediato a aplicação da Lei Maria da Penha às empregadas domésticas, antes mesmo do ad-

[274] "Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos."

vento da Lei Complementar nº 150/2015, quando também havia resistência de autoridades policiais em aplicar em favor de empregadas domésticas medidas protetivas de urgência, o que demonstra que a Lei Maria da Penha é ainda uma lei com fortes traços colonialistas na sua formação e interpretação tendo sido necessário uma lei posterior para dizer "escancaradamente" o que estava dito no seu artigo 5º para que pudesse ser aplicado.

Considerando o perfil de mulheres empregadas domésticas no país e considerando a partir de uma perspectiva que parte do feminismo decolonial, questionando "quem são as mulheres racializadas que limpam a sujeira do mundo", como bem questiona Françoise Vergès, percebe-se que o problema de extensão interpretativa não está em contrariar regras de hermenêutica em Direito Penal, mas antes de tudo manter a colonialidade de gênero, no dizer de Maria Lugones, porque o direito reconhecido das empregadas domésticas à proteção da Lei Maria da Penha se encontrava expresso desde a sua origem. O mesmo se pode dizer quando se fala em "gênero", no artigo 5º da Lei Maria da Penha, ao se falar na possibilidade de extensão às mulheres trans* mesmo que se atenha a uma interpretação literal.

Houve casos em que autoridades policiais, o Ministério Público e o Judiciário brasileiro passaram a conceder medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha a transmulheres o que não significa dizer não tenha havido também um retrocesso no Judiciário brasileiro.

Em 19.10.2015, a 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou que a Lei Maria da Penha, no que tange às medidas protetivas de urgência previstas no artigo 22, fossem aplicadas em favor de pessoas transexuais femininas ameaçadas pelos ex-companheiros. Conforme consta do Acórdão: "O pedido foi negado pelo juiz de primeiro grau sob justificativa de que a vítima pertencia biologicamente ao sexo masculino, fora do campo de ação da Maria da Penha".

A Relatora do Mandado e Segurança, Desembargadora Ely Amioka, em seu voto, reconheceu que o termo mulher se estende ao gênero feminino em seu sentido social também e não somente biológico revendo a decisão do juízo de primeiro grau[275]:

No Estado do Rio de Janeiro houve a decisão em sede de Apelação Criminal/Processo n.º 0060101-81.2012.8.19.0000, onde cita decisão no *Habeas Corpus* 1.0000.09.513119-9/000,j.24.02.2012 (Relatoria Desembargador Júlio Cézar Gutierrez).

> "Quanto ao sujeito passivo abarcado pela lei, exige-se uma qualidade especial: ser mulher, compreendida como tal as lésbicas, os transgêneros, as transexuais, as travestis, que tenham identidade com o sexo feminino. Ademais,

[275] "A expressão 'mulher', contida na lei em apreço, refere-se tanto ao sexo feminino quanto ao gênero feminino. O primeiro diz respeito às características biológicas do ser humano, dentre as quais a impetrante não se enquadra, enquanto o segundo se refere à construção se refere à construção social de cada indivíduo e aqui a impetrante pode ser considerada mulher (...) É, portanto, na condição de mulher, ex-namorada, que a impetrante vem sendo ameaçada pelo homem inconformado com o término da relação. Sofreu violência doméstica e familiar, cometida pelo então namorado, de modo que a aplicação das normas da Lei Maria da Penha se fazem necessárias, no caso em tela, portanto comprovada pela condição de vulnerabilidade no relacionamento amoroso".

> não só as esposas, companheiras, namoradas ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos. Também as filhas e netas do agressor como sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com ele poderá integrar o polo passivo da ação delituosa".

Mas o que vem a ser gênero e o que vem a ser transgênero em termos conceituais? Gênero seria uma construção social no momento em que é possível o indivíduo se identificar ou não com padrões impostos. Entretanto, em sociedade os grupos hegemônicos, não necessariamente em maior número de pessoas, reforçam padrões de comportamento em virtude de interesses próprios. Nesse sentido, corrobora-se que gênero é conceito construído a partir de uma evolução de papéis construídos no tempo conforme Rabay.

> "Gênero é um conceito inter/multi/transdisciplinar, complexo e de difícil compreensão. É importante ressaltar que tanto é pouco estudado no campo educacional, quanto sua dimensão educacional em geral é pouco estudada no campo das Ciências Sociais e Humanas. O conceito que se disseminou na academia é o de que gênero é uma construção histórica, cultural ou social, sem se explicitar que é uma construção educacional (...) Entender a reprodução das relações de gênero como processo um processo educacional, como aprendizagem de modelos, papéis, valores e identidades sociais, é crucial para superar a desigualdade." (RABAY: 2016, p. 53)

Portanto, a transgeneridade nada mais seria do que um direito congênito de pessoas que nascem em determinado período histórico condicionadas a padrões socialmente impostos estranhas a sua subjetividade.

> "O reconhecimento da transgeneridade é um passo importante para assegurar o direito à autodeterminação de gênero, que deve ser um direito de todas as pessoas, garantindo-se inclusive o direito à mudança de nome no registro civil (CARVALHO, ANDRADE E JUNQUEIRA, 2009) (...) As pessoas transexuais, que nem sempre alteram cirurgicamente a anatomia sexual, reivindicam o reconhecimento social e jurídico de uma nova identidade de sexo e de gênero, diferente daquela que lhe foi atribuída no nascimento (BENTO,2008). Homns transexuais são chamados de transexuais masculinos (em inglês, FTM – female to male e mulheres transexuais são chamadas de transexuais femininas (em inglês, MTF – "male to female")" RABAY: 2016 p. 33.

No que tange à realidade dessas mulheres trans* em seus relacionamentos afetivos ou familiares, muitas são vítimas de violência doméstica, agredidas por irmãos, irmãs, pais, padrastos, mães, deve ser levado ao conhecimento dessas mulheres e conscientizado junto às autoridades mais resistentes a necessidade da utilização da Lei Maria da Penha.

As minorias devem ocupar todos os espaços de poder e o Poder Judiciário é um espaço de Poder por excelência. Daí a necessidade de mulheres trans saberem instrumentalizar esse espaço quando vítimas de relacionamentos abusivos ou de violência doméstica no âmbito familiar. Como diz Márcia Tiburi, toda minoria carrega sua dor e toda dor deve se tornar um lugar de fala. Fala-se hoje em "dororidade":

> "Aquele que é marcado como minoria carrega como minoria a sua dor, e toda dor deve ser respeitada. De onde vêm as dores políticas? Da violência do poder. Por isso, para que o lugar da dor se torne lugar de fala, é preciso articular a dor, reconhecê-la, colocá-la em um lugar político, aquele lugar onde o outro está incluído como um sujeito de direitos que também tem a sua dor. Por isso, Vilma Piedade tem razão em falar de "dororidade" em vez de "sororidade"." (TIBURI:2018, 116)

Importante ressaltar ainda que o Brasil além de transfóbico, também é um dos países mais homofóbicos do mundo, provando que o problema do povo brasileiro é de praticar crimes de ódio ao que vá de encontra ao cis-heteronormatividade imposta pelo patriarcado. Segundo a Rádio Senado, somente no ano de 2017, 445 homossexuais foram assassinados e a causa foi homofobia, segundo dados coletados do Grupo Gay da Bahia.

Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o PLS nº 191/2017 que estende independente de identidade de gênero a oportunidade de todas as mulheres viverem sem violência, incluindo transgêneros femininos e masculinos. Nesse mesmo sentido existe o PL134/2018 (Estatuto da Diversidade Sexual) que tem como um dos objetivos demonstrar as dificuldades de aplicação da Lei Maria da Penha às pessoas transgêneras, transexuais, travestis e não-binares diante da não-interpretação conforme a sua finalidade e na (des) necessidade que existe no Brasil de se modificarem leis para situações já previstas diante da resistência conservadora na sua aplicação.

Há margem na própria Lei Maria da Penha em seu artigo 5º como anteriormente exposto, antes mesmo da decisão recente do STJ. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer *ação ou omissão baseada no gênero* que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial) que autoriza a aplicação das medidas protetivas e qualificadoras aos agentes que cometem crimes contra pessoas transgêneras.

Ocorre que no Brasil existe uma cultura legislativa e interpretativa restritiva de não estender às categorias identitárias minoritárias direitos que muitas vezes estão dispostos na própria legislação, demandando novos projetos de lei até que os grupos vulneráveis possam realmente gozar de uma proteção mais efetiva do Estado por meio do Ministério Público, do Poder Judiciário e da autoridade policial.

Infere-se que independentemente da aprovação do PLS 191/2017 e outros projetos de lei, a exemplo do Projeto de Lei 134/2018 (Estatuto da Diversidade Sexual) a Lei Maria da Penha já é aplicável às pessoas transgêneras, transexuais, travestis e não-binares. A questão é que realmente o Projeto de Lei 4559/2004 que deu origem à Lei nº 11.340/2006 na sua Exposição de Motivos, de autoria do Poder Executivo (por meio de uma equipe interministerial e de um coletivo de ONGs feministas), bem como os Projetos de Lei apensados sob os números 4958/2005 e 5335/2005, não fazem referências às mulheres trans*, embora reconheçam conjugalidades homoafetivas de mulheres lésbicas, famílias anaparentais onde existam situações de vulnerabilidade de uma das irmãs.

Provavelmente isso se deva a uma forte resistência do feminismo radical. Conforme narra a transfeminista Letícia Nascimento, até o ano de 2005, as mulheres trans, travestis e as não - binárias femininas não eram aceitas dentro do movimento feminista (2021, pp. 73-74).

As novas decisões referentes à aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres trans* que tiveram repercussão na mídia mostram que os Tribunais no país não estão de acordo quanto à aplicabilidade da Lei, daí serem urgentes projetos de Lei como o PLS 191/2017 e o Estatuto da Diversidade Sexual serem aprovados, embora decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Um caso que ganhou repercussão e foi julgado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi o Recurso em Sentido Estrito nº 1500028-93.2021.8.26.0312. Uma jovem de 22 anos, chamada Luana, sendo tratada no processo pelo nome masculino Luan, mesmo o Ministério Público na Comarca de origem (Juquiá) pugnado pela aplicabilidade das medidas protetivas em face do genitor da vítima que agrediu fisicamente, a juíza negou a aplicação da Lei Maria da Penha. A Desembargadora Relatora foi a favor de que se aplicasse a Lei Maria da Penha evocando os Princípios de Yogyakarta, sendo voto vencido pelos seus pares. O Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça e foi justamente esse caso o reconhecido recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça para aplicação de medidas protetivas de urgência para mulheres trans* em 06.04.2022.

A Lei Maria da Penha tem como pressuposto a vulnerabilidade na relação quando ambas as partes são de mesmo sexo, a exemplo de duas irmãs nas famílias anaparentais ou relações domésticas. Importante ressaltar que numa relação em que um dos parceiros se identifica como sendo mulher trans, ou travesti, ou não-binária feminina há toda uma carga de preconceito homotransfóbico em que não haveria como presumir a vulnerabilidade da mulher trans* por essa lógica. A questão, no entanto, é outra também e não menos importante para caracterização no âmbito de aplicação da Lei Maria da Penha. Quando se fala na questão da afetividade, *sabe-se ainda que cabe aos homens definirem e nomearem as relações afetivas*.

Inclusive a Lei Maria da Penha define relação de afeto em seu artigo 5º, III como sendo *"em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação"*.

Entretanto a definição de "relação íntima de afeto" ainda é caracterizada pelos valores da sociedade sexista, excluindo relações nomeadas como "aventuras sexuais" ou excluindo relações em que há pagamento das relações sexuais, mesmo havendo o desenvolvimento de uma relação de afeto ainda que não publicizada ou admitida.

A Lei Maria da Penha não se aplica, por exemplo, a envolvimentos breves, aventuras sexuais, assim como são nomeados pelos homens na sociedade, não coincidindo muitas das vezes as nomeações dos vínculos dados pelos homens com os nomes dados pelas mul-

heres. A nomeação dos vínculos decidirá a aplicabilidade da Lei Maria da Penha ou o seu afastamento.

Nessa contramão, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu em 16.03. 2016 a possibilidade de aplicação das medidas protetivas de urgência em favor de uma profissional do sexo, constantemente perseguida por um de seus clientes, confirmando a decisão de primeiro grau[276].

Isso é importante no caso de mulheres trans* que sofrem com a invisibilidade de suas relações e são fetichizadas, sendo os vínculos estabelecidos nomeados ainda pela sociedade cis-heteronormativa. A questão é: estariam seus relacionamentos amparados pela Lei Maria da Penha a depender das características nomeadas pela sociedade ou seriam vítimas de transfobia a ser aplicado a Lei Caó? Quais seriam atualmente as consequências a depender do tipo de crime praticado, da violência sofrida? E não sendo a injúria qualificada prevista no artigo 140, § 3º do Código Penal Brasileiro estendido os mesmos efeitos da Lei Caó com a criminalização ocorrida em 13 de junho de 2019, como ficam as ofensas em relacionamentos que não são alcançados pela Lei Maria da Penha, porque são assim descaracterizados? Injuria simples, além de ser alcançável pela decadência, prescreveriam. Logo, as mulheres trans* têm uma longa jornada ainda na luta pelo reconhecimento de direitos a partir de sua vida afetiva e sexual.

8.4 A LEI CAÓ E A APLICAÇÃO AOS CRIMES HOMOTRANSFÓBICOS

A Constituição Federal de 1988, ineditamente na história constitucional do país, criminalizou o racismo, no artigo 5º, XLII, na condição de crime imprescritível e inafiançável. A década de 1980 durante todo o processo da Constituinte foi grande na participação de movimentos sociais negros, feministas e de povos originários. Não pode ser desprezado que o Brasil é signatário de vários tratados internacionais anteriores à própria Carta de 1988 que tratam da questão racial como, por exemplo a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1966, ratificada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 23, de 21 de junho de 1967 e que passou a vigorar a partir do Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969.

A lei n.º 7.716, de 05 de janeiro de 1989, que define os crimes de racismo recebeu o apelido de Lei Caó em homenagem às iniciais do nome de seu autor, o Deputado Federal Carlos Alberto de Oliveira (Caó). A pretensão era definir os crimes de preconceito de raça e cor. Na justificativa do projeto de lei, o deputado aduz que o Brasil é um país racista e por isso o negro não consegue ter acesso à vida econômica e política do país.

Na Lei Caó original, antes das alterações, somente tratava de crimes resultantes de preconceito de raça e cor. Tratava originalmente mais dos aspectos econômicos e sociais de acesso ao trabalho e ao consumo. No art. 3º, por exemplo, verificava-se a preocupação

[276] https://projetocolabora.com.br/ods1/lei-maria-da-penha/

com o racismo institucional na não-ascensão a cargos da Administração Pública em geral e empresas concessionárias. Outros aspectos que preocuparam inicialmente o legislador: a) Coibir o impedimento do acesso ao lazer em virtude da discriminação; b) Coibir o impedimento do acesso a estabelecimentos recreativos, a estabelecimentos estéticos; c) Coibir o impedimento do acesso às entradas sociais dos prédios e edifícios. Era a liberdade de ir e vir que estava sendo focada. Também visava coibir a discriminação dentro das Forças Armadas, vida e convívio familiar em razão da raça, cor e etnia.

Atualmente a Lei Caó criminaliza a homotransfobia, segundo decisão do Supremo Tribunal Federal em 13 de junho de 2019. Conforme se verifica do julgamento do Mandado de Injunção nº 4733 que reconheceu a mora do Congresso Nacional para legislar sobre a criminalização da discriminação homofóbica e transfóbica, dando prazo para que o Congresso o fizesse, importa salientar que a aplicação da Lei nº 7.716/89 não resolve o problema, mesmo com a procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, ambas julgadas no dia 13 de junho de 2019. Isso porque ambas reconhecem a aplicação da Lei nº 7.716/89, mas, por exemplo, silenciam quanto a aplicação do artigo 140, § 3º do Código Penal Brasileiro que trata de injúria racial. A próxima legislação que deve ser redigida poderá corrigir a omissão estendendo a aplicação da Lei Caó, como também deverá rever a omissão no que tange ao crime de injúria qualificada no caso de injúria homofóbica e transfóbica.

Segundo Juciane de Gregori e Marcela Zamboni na obra '*Relações Afetivas e Violênca. Sentidos da transfobia no contexto familiar e amoroso'*, assim como o racismo estrutural, também apontam uma transfobia estruturante da sociedade:

> "Em um norte com um espectro de amplitudes e intensidades variadas, a transfobia está ligada diretamente à não legitimação ou à negação da condição trans, refletindo em atitudes de retaliação. Através da transfobia, as violações perpetuam-se para além do viés institucional, como um amplo fenômeno social e que não pode ser compreendido com lentes universais, tampouco redutoras ou individualizantes, que omitam a discussão política, cultural e econômica envolta nesse processo. Há uma "espécie de compreensão decolonial sobre a transfobia, onde a csnormatividade e o cissexismo atuam como estruturantes de violências institucional, sociocultural, e existencialmente impregnadas por culturas e sociedades" (Vergueiro, 2015, p 70). Nessa dinâmica, articulam-se: Preconceito-Estigma-Discriminação--Violência-Transfobia, Preconceito e Discriminação são dois fenômenos complementares na reprodução do estigma e de violências transfóbicas, mas que se distinguem. Conforme reflete a partir do racismo, Cida Bento (2018), explana que na medida em que o preconceito está relacionado à aversão, ao estranhamento e ao repúdio, a discriminação repercute em retaliação, rejeição de espaços e privação de possibilidades. A discriminação seria um desdobramento do preconceito podendo este último existir sem que externe explicitamente um ato de discriminação." (2019, p. 123)

Reforça, portanto, Gregori e Zamboni, a partir de Cida Bento que o preconceito pode não ser exteriorizado, diferente da discriminação. Tanto a raiz do racismo como da

transfobia na sociedade ocidental cis-heteronormativa tem origem no modelo colonial do século XVI, estando alinhado ao pensamento do feminismo intersecional e decolonial, como ao transfeminismo e é nesse sentido que se entende que é perfeitamente aplicável a Lei 7.716/89 às práticas homotransfóbicas, haja vista que a origem da violência contra grupos minoritários racializados na sociedade brasileira tem a mesma origem ideológica e política de formação de privilégios cis-heteronormativa "branca" e "cristã" que também marginaliza pessoas trans e homossexuais.

8.5 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULOS AFETIVOS PELA LEI CAÓ

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, mais conhecida como Lei ou Pacote Anticrime trouxe em seu texto o instituto do Acordo de Não Persecução Penal, os ANPPs. Entretanto, conforme explica Norberto Avena, o instituto do ANPP já tinha previsão na Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público nº 181/2017, revista pela Resolução nº 183/2018. Ainda, segundo Avena, assim se trata de mais um instituto que vem "mitigar" o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, ao lado do instituto da transação penal (conforme Lei dos Juizados Especiais Criminais) e ao lado das homologações das colaborações premiadas previstas pela Lei nº 12.850/2013. A definição dada por Avena acerca do recente instituto que flexibiliza o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal (AVENA, 2020).

Infere-se também que a possibilidade de realização do acordo de não persecução penal é para que seja extinta a punibilidade do agente (art.28-A, § 13º do CPP), caso cumpra os requisitos estabelecidos pelo acordo, sendo que segue a mesma orientação tanto da transação penal em oferecer posteriormente a denúncia em sede de Juizados Especiais Criminais, em caso de não cumprimento, como também a lógica da suspensão condicional do processo no que tange à extinção da punibilidade, mas com a diferença que na suspensão já há oferecimento da denúncia. Em todos os casos o que ocorre é o prosseguimento do processo criminal em hipótese de descumprimento do ajustado, conforme se verifica no artigo 28-A, §§ 10 e 11 do Código de Processo Penal quando do não cumprimento do ajustado no acordo de não persecução penal, haja vista que deve ser proposto o acordo de não persecução penal antes do oferecimento da denúncia.

O legislador determinou outros requisitos além dos previstos no *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal, dentre eles do crime praticado não estar no âmbito da Lei Maria da Penha. Logo, infere-se que ao legislador cabia excluir os tipos de crimes que estariam no rol de possibilidades para celebração do acordo de não persecução penal. Não quis fazer, entretanto, com os crimes previstos na Lei Caó, Atualmente a Lei 7.716/89 aplica-se tanto aos crimes de preconceito, discriminação e racismo como aos crimes homotransfóbicos.

Logo, a não inclusão da Lei Caó no rol de crimes excluídos da possibilidade de acordo de não persecução penal foi liberalidade legislativa refletindo o pensamento predominante da sociedade cis-heteronormativa de continuar confirmando os privilégios da branquitude. Até porque quando da sanção da Lei Anticrime, como já mencionado, já havia sido decidido pelo STF que os crimes homotransfóbicos devem ser tratados como crimes de racismo até que se resolva a omissão legislativa.

É importante a leitura do *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal, haja vista que um dos requisitos para a celebração do acordo de não persecução penal é o tempo da pena mínima (*in abstrato*) inferior a 4 anos, além da infração penal ser cometida sem violência ou grave ameaça. Da leitura da Lei Caó verifica-se que na maioria dos tipos previstos, a pena mínima *in abstrato* é de 02 anos e a máxima de 05 anos, sendo os tipos mais divulgados previstos no artigo 20 da referida lei, a previsão de pena mínima de 01 ano e a máxima de 03 anos, não tendo razão ao legislador não ter feito ressalva à Lei 7.716/89 e excluído do âmbito de alcance do acordo de não persecução penal como o fez com os crimes cometidos no âmbito da Lei Maria da Penha.

Os crimes homotransfóbicos, com exceção da injúria de natureza homotransfóbica serão tratadas à luz da Lei Caó por decisão do STF até que nova lei trate do assunto. Portanto, são crimes imprescritíveis. Porém, com a possibilidade da celebração de acordo de não persecução penal a imprescritibilidade se torna letra morta na prática. Após o cumprimento das exigências estabelecidas no acordo de não persecução penal que serão fiscalizadas pelo juízo da Vara de Execuções Penais, é decretada a extinção da punilidade, conforme § 13 do art. 28-A.

Há uma desproporcionalidade entre a vítima e o agressor e que no final a celebração do acordo de não persecução penal continua sendo um privilégio em uma sociedade estabelecida no racismo estrutural (e por conseguinte na homotransfobia). Considerando que as pessoas que cometem crimes de racismo e homotransfobia são pessoas que também deverão atender a mais dois requisitos do artigo 28-A que são a de não cometerem violência (no sentido físico) e grave ameaça (no sentido de alta periculosidade), temos o tipo próprio da sociedade cis-heterossexista branca (ou com passabilidade branca) que comete crimes de racismo diuturnamente e que por isso goza de maiores privilégios sociais e econômicos. No final, não há punição.

Verifica-se da leitura do § 9º que a vítima ainda passa pela experiência da revitimização. A expectativa que se tem no fato dos crimes previstos na Lei Caó serem imprescritíveis é a certeza de que o ofensor será punido, ainda que em regime aberto. Mas com a possibilidade da celebração de acordo de não persecução penal os crimes raciais e por consequência os de natureza transfóbicos não serão punidos a contento, ainda que haja uma "reparação" à vítima ou prestação pecuniária, porque muitas das vítimas que praticam crimes de natureza racista e/ou homotransfóbicas estão em uma situação de privilégio

econômico em contraposição às vítimas, o que no final não equilibra as desigualdades das estruturas em se baseiam as relações sociais/raciais.

Sobre isso é importante expor uma forma de transfobia identificada por Gregori e Zamboni muito comum nos relacionamentos sexuais e afetivos entre homens e mulheres trans que é a negação do desejo e do sentimento no contexto da prostituição, onde a relação em si já não é mais uma relação cliente-prostituta (que não estaria amparada pela Lei Maria da Penha), mas onde já passa a se criar vínculos afetivos, embora fique ainda a critério do homem no contexto de machismo estrutural nomear as relações:

> "O desenvolvimento de relacionamentos abusivos, que geram dependência amorosa, ciúme exarcebado e posse, também são evidentes levando o olhar sobre performatividades ancarodas em cis-masculinidades toxicas. A romantização da relação abusiva e a idealização em meio a ilusórias juras de amor trazem consigo exigências que fazem a pessoa trans se submeter a situações desagradáveis, transpondo a transfobia nos moldes de um ciclo de violência doméstica. Outra dimensão importante de se observar é o intercruzamento das relações amorosas com o contexto da prostituição. Nesse universo, a transfobia também se apresenta, sendo frequente em casos onde a violência é precedida pela rejeição do próprio desejo que muitos homens carregam. Há um caso, nesse sentido, em que um homem foi disfarçado perseguir a mulher trans com o intuito de matá-la depois de terem feito programa sexual e ele ter se apaixonado por ela e não aceitar o próprio desejo. Esse não é o único. (2020, 117)

Pela gravidade das agressões transfóbicas muitos dos crimes cometidos estão excluídos da possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal. Ocorre que há situações- limites entre agressões que para a autoridade policial não são consideradas lesões corporais graves e sim mais próximas das vias de fato, muito comuns nos casos de violência doméstica, agressões de natureza verbal, que podem se dar em relações sexuais-afetivas entre pessoas trans*, ameaças e seus parceiros (e/ou parceiras), e serem descaracterizadas somente para transfobia para fugirem do alcance da Lei Maria da Penha e o agressor se beneficiar da celebração de um acordo de não persecução penal, bem como violências de natureza psicológica conforme se verificam nas relações de mulheres cis, e que tem a previsão da Lei Maria da Penha no art. 7º, II como uma das formas de violência praticada nas relações de gênero no âmbito doméstico, afetivo e familiar. No caso da transfobia, a prática de violência psicológica pode se confundir com a prática da discriminação amparada pelo artigo 20 da Lei Caó, caso não seja caracterizada a "relação de afeto" exigida pela Lei Maria da Penha para concessões de medidas protetivas de urgência previstas. A possibilidade de concessão de medidas protetivas vai ficar na dependência do reconhecimento do vínculo do relacionamento com o ofensor que muitas vezes fere o direito de autodeterminação de mulheres de nomearem suas relações sexuais e afetivas.

Ainda pode se verificar que há uma disparidade no tratamento dado no Direito Penal/Processual Penal que fortalece privilégios e aumenta fragilidades criadas pelo racismo estrutural. Tratando-se de instituto de natureza pré-processual o acordo de não persecução

penal, visa como elemento de "justiça consensual", chegar à finalização de demandas de crimes considerados de menor potencial ofensivo e nesses crimes de menor potencial ofensivo, o legislador achou por bem entender que os bens tutelados pela Lei nº 7.716/89, quando ofendidos, são ofensas de médio potencial.

> "O ANPP, portanto, representa uma espécie de justiça consensual, que pressupõe uma negociação com o autor do fato delituoso, daí ser denominado de instrumento de justiça negociada.(...) O acordo de não persecução penal revela-se como um instrumento de resolutividade de demandas criminais consideradas de médio potencial ofensivo, sem a presença dos elementos violência e grave ameaça, com foco na reparação do prejuízo experimentado pela vítima." (Alves, Rocha: 2021)

Essa ideia de justiça consensual, de reparação de prejuízo experimentado pela vítima e que agora poderá ser bem colocado em prática com a possibilidade de celebração de maior número de acordos de persecução penal só beneficiará realmente uma parcela da população que já possui um poder aquisitivo maior que a população que pratica crimes que estão fora do alcance da possibilidade de celebração de acordos de não persecução penal e lotam a população carcerária, como reflexo do racismo estrutural.

8.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência homotransfóbia tem se mostrado tão letal quanto a violência contra mulheres cis e quando feito o recorte racial, sendo o Brasil um país onde o racismo e o cis-heterossexista estruturantes da sociedade que busca manter suas características colonialistas para manutenção de privilégios de grupos ideologicamente hegemônicos.

Devido a isso o Brasil embora seja signatário de diversos instrumentos internacionais e já tenha por meio de Decretos Legislativos/Decretos, ratificado e reconhecido a vigência de Convenções que visam combater o racismo e a violência de gênero antes mesmo da Constituição Federal de 1988, o Brasil sempre caminhou vagarosamente na implantação de políticas públicas e políticas afirmativas em atendimentos a documentos internacionais aos quais anuiu.

O Direito brasileiro embora aparente ter evoluído para questões relacionadas à gênero, sexualidade e conflitos raciais, de cor, étnicos e religiosos, não é essa a verdade. A impressão que se tem parte de uma visão familiarista a partir das novas conjugalidades e formas de parentalidades que passaram a ser reconhecidas a partir do advento da Lei Maria da Penha que reconheceu as uniões homoafetivas entre mulheres e sobretudo com a decisão do Supremo Tribunal Federal em 2011 que reconheceu as uniões homoafetivas e posteriormente autorizou a realização de casamentos sem o requisito cis-heternormativo.

Mas onde se vê a grande exclusão de pessoas que não estão dentro da estrutura cis-heternormativa e branca da sociedade é na esfera do Direito Penal e Processual Penal. É nessa área do Direito onde se pode averiguar que as políticas criminais são tomadas de forma diferenciada para distinguir pessoas e manutenção dessas estruturas da sociedade

capitalista racista engendrada a partir do século XVI, que difunde a figura do 'humano universal', sendo ele o homem branco, cristão, heterossexual, que vive de acordo com seu sexo biológico (que corresponde às expectativas esperadas pela sociedade cis-heterossexista a partir das construções de gênero), de origem europeia, superior aos demais que domina e expropria da sua humanidade para se apropriar da sua força de trabalho.

Essa forma de pensar ainda permeia o Direito Penal e a forma como os crimes deverão ser valorados e quem são os praticantes estigmatizados por tais delitos, sem considerar que o país é estruturado pelo racismo. Essa mesma visão que exclui pessoas racializadas também influi nas políticas de repressão às violências de gênero, fazendo com que haja um caminhar vagaroso em descompasso com os compromissos internacionais assumidos.

Agora tratando de mulheres cisgêneras, recentemente no ano de 2021 duas decisões chamaram a atenção do país ganhando grande repercussão. O Juiz de Direito, da Vara Militar, Ronaldo Roth, absolveu um policial militar pelo estupro de uma jovem na viatura da PM no município de Praia Grande, estado de São Paulo. A fundamentação de Roth é que a jovem poderia ter se recusado mesmo sabendo que o PM estava armado e estava acompanhado de outro policial militar armado no mesmo veículo. Foi divulgado na imprensa que a razão da absolvição dos policiais é porque Ronaldo Roth é amigo do advogado de um dos réus.

Outro caso que também ganhou repercussão no país em 2021 foi a absolvição de um homem de 19 anos acusado pela prática do crime de estupro de vulnerável que engravidou uma menina de 11 anos em Minas Gerais. O juiz Valderi de Andrade justificou sua decisão alegando que o "namoro" era consentido e de conhecimento da família da vítima.

Essas informações trazidas demonstram como o Poder Judiciário é o reflexo ainda do pensamento da cultura do estupro, próprio do sexismo da sociedade. A sociedade cis-heterossexista patriarcal criou uma estrutura em que os homens para manutenção dos próprios privilégios não se sentem desconfortáveis em ferir direitos de mulheres. Por isso a proposta a partir da década de 1970 da criação de uma ideia de sororidade entre mulheres, para conseguir fazer frente ao pacto sexista masculino, a partir de um pacto "de defesa" entre mulheres. Ocorre que as mulheres dentro de uma sociedade capitalista, dividida pelas diferenças de classe e racializada, passaram a ceder ao pacto sexista masculino e branco dentro do capitalismo, como se vê no feminismo liberal, para galgarem espaços de comando e poder no sistema neoliberal, limitando a discussão do feminismo às demandas corporativas ou que atendam às exigências do capital. Em oposição o feminismo interseccional e decolonial demostra que esse tipo de feminismo liberal na verdade confirma pactos narcísicos brancos e sexistas, não atendendo à maioria das mulheres vítimas de racismo estrutural, bem como de transfobia estrutural.

Essa mentalidade reflete nas instituições, na forma de produzir leis que serão aplicadas em favor ou em desfavor de grupos privilegiados ou que já sofrem com exclusões. No caso dos acordos de não persecução penal, a sua celebração e homologação permitem ao

agente a extinção da punibilidade após o cumprimento das condições acordadas. Uma delas é a possibilidade de reparação da vítima. Nem tudo se resolve com dinheiro, como a questão do sentimento da dignidade, as consequências psicológicas trazidas a partir da prática discriminatória. Vítimas que constantemente narram o sentimento de que estão sempre sendo colocadas em um "não-lugar". A desproporcionalidade e privilégio dado pelo Estado a criminosos racistas (entendido também os homotransfóbicos pela extensão temporária da Lei Caó) é que muitos inclusive se encontram socialmente em posição econômica e social superior que a vítima se encontra, haja vista que muitas pessoas negras (pretas e pardas) ainda por sofrerem consequências do racismo estrutural ganham menos que as pessoas brancas, agravando ainda mais a situação quando se trata de mulheres negras. O mesmo pode ser dito com relação a pessoas trans que encontram dificuldade em se firmarem no mercado de trabalho porque são vítimas de transfobia e muitas sofrem com a baixa escolaridade devido ao histórico de violência familiar conforme relatado em sua obra Transfeminismo por Letícia Nascimento.

No caso da transfobia os crimes de maior letalidade e com requintes de violência têm aumentado no país. Ocorre que outro aspecto da transfobia que não deve ser desconsiderado é a negação dos relacionamentos afetivos vivenciados por mulheres trans, mulheres travestis e não-binárias femininas com homens cis em especifico. Assim como acontece nos relacionamentos com mulheres cis, os homens cis também ainda determinam a natureza dos vínculos sexuais e afetivos mantidos com essas mulheres, e a partir disso, a repercussão para a aplicação da Lei Maria da Penha em favor dessas mulheres ainda fica em poder do homem. Nomear os vínculos e ainda rotular mulheres de acordo com uma dupla moral ainda existe no social e acima de tudo, nomear o 'outro' é uma atitude própria colonialista negando e desconsiderando a autodeterminação alheia.

Ainda cabe ao homem na sociedade patriarcal cis-heterossexista nomear os relacionamentos sexuais e afetivos e se uma mulher ocupa o lugar de namorada, amante, esposa, ou de simples "aventura" ou "garota de programa" para fins de alcance da Lei Maria da Penha. E então começa a descaracterização da aplicação da Lei Maria da Penha para os casos de relacionamentos em que mulheres transgêneras são vítimas de violência.

Por serem relacionamentos que sofrem com a transfobia e raramente são assumidos publicamente por homens cis, essas mulheres fatalmente ao denunciarem algum tipo violação aos seus direitos que possam ser lidos à luz da Lei Caó, tratados como crime transfóbico e não como violência psíquica, moral, decorrente de um vínculo afetivo, não gozarão de medidas protetivas de urgência e ainda verão seus agressores, caso cumpram com os requisitos do § 2º do artigo 28-A do Código de Processo Penal, realizando acordo de não-persecução penal. Mas o risco à sua segurança, à sua própria vida permanecem e não há "reparação" por parte do ofensor, prevista na lei, que dê garantias à mulher trans.

De qualquer forma, analisando a questão, verifica-se que as mulheres trans continuam em um "não-lugar" para o Direito, assim como a população negra, quando se identificam desproporcionalidades na resolução de conflitos e de quem se encontra em

conflito com as leis e quais são os tipos de crimes cometidos, qual o tipo de importância que o Estado dá aos bens tutelados e a forma como busca aplicar a "justiça consensual" para buscar a "reparação" da vítima e a extinção da punibilidade, qual o perfil dos agentes que serão beneficiados e quais os tipos de delitos que são considerados de médio potencial ofensivo. Crimes de racismo e homotransfobia são considerados de médio potencial ofensivo, embora as consequências psicológicas e sociais sejam devastadoras, embora o racismo e a homotransfobia sejam estruturantes da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. Coleção Feminismos Plurais. Coord. Djamila Ribeiro. Editora Pólen: São Paulo, 2019.

ALMEIDA. Silvio de. **Racismo estrutural**. Coleção Feminismos Plurais. Coord. Djamila Ribeiro. Editora Pólen: São Paulo, 2019.

ALVES, Luana Azeredo e ROCHA, Huggo Gomes**. Acordo de não persecução penal: fronteiras da retroatividade de norma híbrida**. Grupo de Estudos e Pesquisas. Ciências Criminais em Debate. Ministério Público do Estado do Piauí, 2020.

ANTUNES, Laura. In: https://projetocolabora.com.br/ods1/lei-maria-da-penha/ Acesso em 20.10.2022.

AVENA, Norberto**. Acordo de não persecução penal** (fragmentos)

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. Fatos e mitos. Volume 1. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2016.

BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha**. Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOND, Letycia. **Casos de feminicídio crescem 22% em 12 estados durante a pandemia**. In: https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitoshumanos Acessado em 29.03.2021.

BRASIL. In: https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo. Acessado em: 11.02.2019.

BRASIL. In: https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-homossexuais-no-mundo. Acessado em: 11.02.2019.

____. **Cartilha Ministério Público e a Igualdade de Direitos Para LGBTI**. In.: www.mpf.mp.gov.br Acessado em 08.11.2019.

____. **Superior Tribunal de Justiça.** https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05042022-Lei-Maria-da-Penha-e-aplicavel-a-violencia-contra-mulher-trans--decide-Sexta-Turma.aspx

CASTELLS, Manuell. **O poder da identidade**. A era da sociedade da informação: economia, sociedade e cultura. Volume 2. 5ª edição. São Pulo: Paz e Terra, 2006.

CASTRO, Rodrigo. **Justiça de MG absolve homem que engravidou 'namorada' de 11 anos**. In: https://oglobo.globo.com/brasil/justica-de-mg-absolve-homem-que-engravidou-namorada-de-11-anos-1-25076523 Acesso em 02.07.2021.

CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS. **Princípios de Yogyakarta**. In: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf Acesso em 24 de junho de 2021.

DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na Justiça. **A efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo Revista dos Tribunais:2007.

____. **Manual das famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

____. **União homoafetiva e o preconceito da justiça**. 5 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

FRASER, Nancy, ARRUZZA, Cinzia e BHATTACHARYA, Tithi. **Feminismo para os 99%. Um manifesto**. São Paulo: Boitempo, 2019.

GREGORI, Juciane de e ZAMBONI, Marcela. **Relações afetivas e violência. Setidos da transfobia no contexto familiar e amoroso**. João Pessoa: Editora UFPB: 2020.

HOOKS, bell. **O feminismo é para todo mundo. Políticas arrebatadoras**. Editora Rosa dos Tempos: Rio de Janeiro, 2019. OLIVA, Nathalia. In: https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2019-02-04/feminicidio-brasil-janeiro.html Acessado em 11.02.2019.

LUGONES, Maria. **Colonialidade e Gênero**. In: https://bazardotempo.com.br/colonialidade-e-genero-por-maria-lugones-2/ Acesso em 06.04.2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL. **Manual de Processos e Procedimentos**. Comissão de Estudos Sobre Acordo de Não Persecução Penal.

MOREIRA, Adilson. **Racismo recrativo**. Coleção Feminismos Plurais. Coord. Djamila Ribeiro. Editora Pólen: São Paulo, 2019.

NASCIMENTO, Letícia. **Transfeminismo**. Coleção Feminismos Plurais. Coord. Djamila Ribeiro. Editora Jandaíra: São Paulo, 2019.

PIEDADE, Vilma. **Dororidade**. Editora Nós: São Paulo, 2018.

PORTAL CATARINAS. In PORTAL GELEDÉS: **Sororidade: o valor da aliança entre mulheres**. In: https://www.google.com/amp/s/www.geledes.org.br/sororidade-o-valor-da-alianca-entre-as-mulheres/amp/ Acesso em 29.03.2021.

RABAY, Glória et alli. **Direitos humanos das mulheres e das pessoas LGBTQI. Inclusão da perspectiva da diversidade sexual e de gênero na educação e na formação docente**, Editora João Pessoa: UFPB, 2016.

SANTOS, Marcos.**Índice de feminicídio aumenta em 2020 e mulheres negras são as principais vítimas**. In: https://redebrasilatual/cidadania Acesso em 29.03.2021

SERGÈS, Françoise. **Um feminismo decolonial**. São Paulo: Ubu Editora: 2020.

STEIL, Juliana e LIMA, Isabella. **Juiz que absolveu PMs de acusação de estupro em viatura é amigo de advogado de um dos réus**. In: https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2021/07/02/juiz-advogado-caso-estupro-viatura-pm-sp.ghtml. Acesso em 02.07.2021.

TIBURI, Marcia. **Feminismo em comum**. Para todas, todes e todos. Rosa dos Tempos: São Paulo, 2018.

9. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO: PELO USO ÉTICO DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Paula do Amaral Ferraz Rodrigues[277]

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo abordar brevemente acerca da discriminação algorítmica envolvendo, especificamente, as pessoas negras, em que ferramentas são desenvolvidas mediante a utilização da inteligência artificial (IA), a fim de atender aos interesses do racismo e da supremacia branca, como por exemplo, programas de inteligência artificial montados para a segurança pública, para a seleção de currículos nos processos seletivos automatizados e vendas de apólices pelas seguradoras. E a conclusão para que não haja tratamento discriminatório é que sejam aplicados parâmetros éticos, morais, democráticos, na criação de tais ferramentas, em prol dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência artificial, racismo, ética e direitos humanos.

9.1 INTRODUÇÃO

Se a proteção dos dados pessoais e a privacidade estão relacionadas a um direito humano, qual seria o limite da ética, também no âmbito jurídico, com relação aos programas de inteligência artificial, montados, por exemplo, para a segurança pública, para a seleção de currículos nos processos seletivos automatizados e vendas de apólices pelas seguradoras, envolvendo, especificamente, as pessoas negras? Até que ponto haverá o desenvolvimento de ferramentas mediante a utilização da inteligência artificial (IA), a fim de atender aos interesses do racismo e da supremacia branca?

Verifica-se que é inevitável a utilização da inteligência artificial (IA) na atual sociedade da informação hiperconectada, a qual proporciona grandes benefícios sociais e econômicos em diversas áreas. Há um grande volume de dados sendo tratados, conhecido como Big Data, e os algoritmos (fórmulas matemáticas) estão cada vez mais inteligentes. É fato que o ser humano tem que trabalhar junto com as máquinas e a inteligência artificial deve servir aos homens e não, o contrário. Ocorre que a ética deve ser incorporada desde o início do processo de criação, elaboração e desenvolvimento das ferramentas de inteligência artificial, em observância aos princípios da transparência, finalidade, e dos direitos humanos, a fim de que não haja nenhum tipo de tratamento discriminatório.

[277] Pós-graduanda em Direito dos Contratos (PUC-Rio). Especialista em Direito Público e Privado (EMERJ). Certificação DPO-EXIN. Advogada. E-mail: paulaamaral29@yahoo.com.br.

9.2 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DO DESENVOLVIMENTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

É de suma relevância entender o contexto histórico do desenvolvimento do próprio conceito de inteligência artificial (IA), em que há a preponderância de cientistas, homens e brancos, nas pesquisas nos Estados Unidos. Isso ocorre a partir da percepção de que a partir da década de 50, havia um incentivo da presença masculina branca no ensino superior, ocasionando um panorama de exclusão. Nos Estados Unidos, em 1956, ocorreram sangrentos conflitos para a aquisição dos direitos civis, tanto é que muitos lugares não permitiam o acesso de pessoas negras; para a utilização dos ônibus, as pessoas negras tinham que se sentar nos bancos da parte detrás e as pessoas brancas, nos da frente; o acesso aos banheiros era diferenciado entre pessoas brancas e negras,[278] fato este em que pode se verificar no filme "Estrelas Além do Tempo."

No Brasil, herdeiro da escravidão, por muitos anos, e ainda hoje, havia a predominância da presença masculina branca nos espaços e universidades. O racismo no Brasil se perpetuou pela desculpa da miscigenação, por força do racismo científico do século XIX, teoria construída e perpetuada por Nina Rodrigues, a partir dos discursos coloniais europeus, como por exemplo os de Gobineau,[279] para comprovar supostamente, com base na ciência, inferioridade racial dos negros em comparação aos brancos.[280] [281] Nina Rodrigues, por exemplo, entendia que se os homens não nascem iguais e, portanto, se não há uma igualdade entre as raças, consequentemente, não podia ter uma igualdade no Direito, motivo pelo qual defendia a ideia de que tinha que ser elaborado um Código Penal para pessoas

[278] JUNQUEIRA, Thiago. Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica nos Seguros. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 221 e 224.

[279] "Aos olhos de fora, o Brasil há muito tempo era visto com uma espécie de laboratório racial, como um local onde a mistura de raças era mais interessante de ser observada do que a própria natureza. (...) Gobineau, que permaneceu no Brasil durante quinze meses, como enviado francês, queixava-se: "Trata-se de uma população totalmente mulata, viciada no sangue e no espírito e assustadoramente feia." (SCHWARCZ, Lilia K. Moritz. Uso e abusos da mestiçagem e da raça no Brasil: uma história das teorias raciais em finais do século XIX.

[280] "Já em maio de 1888, saía em vários jornais brasileiros um artigo polêmico, assinado por Nina Rodrigues, onde o famoso médico da escola baiana concluía que "os homens não nascem iguais. Supõe-se uma igualdade jurídica entre as raças, sem a qual não existiria o Direito" Dessa maneira, e solapando o discurso da lei, esse "homem de sciencia", logo após a abolição formal da escravidão, passava a desconhecer a igualdade e o próprio livre arbítrio, em nome de um determinismo científico e racial. A posição não se limitava aos jornais Nina Rodrigues publicava em 1894, As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil, onde defendia não só a proeminência do médico na atuação penal, como advogava a existência de dois códigos no país – um para negros, outro para brancos, - correspondentes aos diferentes graus de evolução apresentados por esses dois grupos." (SCHWARCZ, Lilia K. Moritz. Uso e abusos da mestiçagem e da raça no Brasil: uma história das teorias raciais em finais do século XIX. Afro-Ásia, 18 (1996), p. 77-101. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/afroasia/article/view/20901.p. 88. Acesso em 14 abr. 2021.

[281] "O passo para a eugenia e para o combate à miscigenação racial foi quase que imediato. Afinal, as doenças teriam vindo da África, assim como o nosso enfraquecimento biológico seria resultado da mistura racial. É assim que a partir de inícios do século, uma série de artigos especializados passam a vincular a questão da higiene à pobreza e à população mestiça e negra, defendendo métodos eugênicos de contenção e separação da população. (...) Nesses termos a eugenia não é outra cousa sinão o esforço para obter uma raça pura e forte." (SCHWARCZ, Lilia K. Moritz. Uso e abusos da mestiçagem e da raça no Brasil: uma história das teorias raciais em finais do século XIX. Afro-Ásia, 18 (1996), p. 77-101. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/afroasia/article/view/20901. p. 94. Acesso em 14 abr. 2021.)

brancas e um Código Penal para pessoas negras;[282] também entendia que o determinismo racial era cientificamente comprovado, comprovação esta que se dava de forma empírica, tão somente mediante a observação das pessoas da raça negra. Ocorre que as pessoas negras estavam em um contexto social totalmente diferente dos brancos, em decorrência do término da escravidão, em que várias saíram das fazendas e foram largadas nas cidades. [283]

Como o Brasil adotou a política do embranquecimento da população, muitos imigrantes europeus chegaram ao Brasil após a abolição da escravidão.[284] Entende Sueli Carneiro, que:

> "a identidade étnica e racial é um fenômeno historicamente construído ou destruído. Nos Estados Unidos, onde, ao contrário do que se pensa, a escravidão também produziu uma significativa população miscigenada, definiu-se que 1/8 de sangue negro fazia do indivíduo um negro, a despeito da clareza de sua cor de pele. Aqui também definimos que 1/8 de sangue branco deveria ser um passaporte para a brancura.
>
> Vem dos tempos da escravidão a manipulação da identidade do negro de pele clara como paradigma de um estágio mais avançado de ideal estético humano; acreditava- se que todo negro de pele escura deveria perseguir diferentes mecanismos de embranquecimento. Aqui, aprendemos a não saber o que somos e, sobretudo, o que devemos querer ser. Temos sido ensinados a usar a miscigenação ou a mestiçagem como carta de alforria do estigma da negritude: um tom de pele mais claro, cabelos mais lisos ou um par de olhos verdes herdados de um ancestral europeu são suficientes para fazer alguém que descenda de negros se sentir pardo ou branco, ou ser "promovido" socialmente a essas categorias. E o acordo tácito é que todos façam de conta que acreditam." [285]

Ressalte-se que o racismo estrutural é um problema que ainda não foi enfrentado pelo Brasil e, cada vez mais, há quem trabalhe com a noção de que o imaginário escravista, colonial, nunca foi embora do país e das pessoas. Deve-se, portanto, acabar com o racismo estrutural a fim de romper com o passado escravista que, na verdade, está presente nos dias atuais.[286] Acerca do racismo estrutural, entende Silvio Almeida, que:

---

[282] SCHWARCZ, Lilia K. Moritz. Uso e abusos da mestiçagem e da raça no Brasil: uma história das teorias raciais em finais do século XIX. Afro-Ásia, 18 (1996), p. 77-101. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/afroasia/article/view/20901. p. 88. Acesso em 14 abr. 2021.

[283] SCHWARCZ, Lilia K. Moritz. Uso e abusos da mestiçagem e da raça no Brasil: uma história das teorias raciais em finais do século XIX. Afro-Ásia, 18 (1996), p. 77-101. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/afroasia/article/view/20901. Acesso em 14 abr. 2021.

[284] "Comecemos pelas faculdades de Direito cuja lógica está atrelada à própria emancipação política de 1882. Criadas em 1827, as duas escolas de Direito – uma em Recife, outra em São Paulo – visavam atender às diferentes regiões do país, e criar uma intelligentsia nacional capaz de responder às demandas de autonomia da nova nação. (....) Na verdade, se partiram de Pernambuco as grandes teorias sobre a mestiçagem, foi São Paulo, como veremos, que se preocupou em implementá-las, a partir dos projetos de importação de mão-de-obra europeia. ( ) foi São Paulo, a província que adotou a política de imigração mais restritiva, no que se refere à entrada de orientais e africanos. Ou seja, a bancada paulista limitou-se a admissão de trabalhadores a apenas alguns países da Europa, a saber: italianos, suecos, alemães, holandeses, noruegueses, dinamarqueses, ingleses, austríacos e espanhóis -, uma clara indicação da coloração que se pretendia para a população local." (SCHWARCZ, Lilia K. Moritz. Uso e abusos da mestiçagem e da raça no Brasil: uma história das teorias raciais em finais do século XIX. Afro-Ásia, 18 (1996), p. 77-101. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/afroasia/article/view/20901. p. 91. Acesso em 14 abr. 2021.)

[285] CARNEIRO, Sueli. Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil. São Paulo: Selo Negro, 2011. p. 64.

[286] "Todo povo colonizado - isto é, todo povo no seio do qual nasceu um complexo de inferioridade devido ao

> "(...)o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo "normal" com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. Comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo racismo é regra e não exceção. O racismo é parte de um processo social que ocorre "pelas costas dos indivíduos e lhes parece legado pela tradição." Nesse caso, além de medidas que coíbam o racismo individual e institucionalmente, torna-se imperativo refletir sobre mudanças profundas nas relações sociais, políticas e econômicas. ( )
>
> O que queremos enfatizar do ponto de vista teórico é que o racismo, como processo histórico e político, cria as condições sociais para que, direta ou indiretamente, grupos racialmente identificados sejam discriminados de forma sistemática. Ainda que os indivíduos que cometam atos racistas sejam responsabilizados, o olhar estrutural sobre as relações raciais nos leva a concluir que a responsabilização jurídica não é suficiente para que a sociedade deixe de ser uma máquina produtora de desigualdade racial." [287]

No âmbito tecnológico, como o Brasil importa tecnologia do exterior e há um contexto social de muita exclusão, os acessos de produção de conhecimento vêm de um lugar que despreza uma série de violências ocorridas no Brasil, e a tomada de decisão no desenvolvimento das tecnologias ocorre entre homens brancos, que nunca sofreram nenhum tipo de exclusão e preconceito em decorrência da cor da sua pele.

9.3 DISCRIMINAÇÕES ALGORÍTMICAS DECORRENTE DA UTILIZAÇÃ DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: BREVES EXPLICAÇÕES SOBRE A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA)

A Inteligência Artificial (IA) é uma tecnologia presente em inúmeros aspectos na nossa vida cotidiana, cujo funcionamento adequado ocorrerá a partir do momento em que haverá a inserção de muitos dados pessoais e não pessoais (big data) em uma base de dados da organização, a qual será programada, através dos algoritmos, em prol de uma finalidade específica. Pode-se dizer que "os dados e os algoritmos são, portanto, os insumos da IA, sem os quais seria inviável desenvolver a tecnologia,"[288] bem como que "os algoritmos são programados para classificar os dados que lhes são enviados e, muitas vezes, erros podem ser cometidos, podendo haver falsos positivos e falsos negativos". [289]

Em uma determinada pesquisa científica, por exemplo, a consequência na utilização do big data será a possibilidade de extração de inferências a partir de simples correlações,

sepultamento de sua originalidade cultural - toma posição diante da linguagem da nação civilizadora, isto é, da cultura metropolitana. Quanto mais assimilar os valores culturais da metrópole, mais colonizado escapará da sua selva. Quanto mais ele rejeitar sua negridão, seu mato, mais branco será." (FANON, Frantz. Pele negra máscaras brancas. Tradução: Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008. p. 34.)

[287] ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Editora Jandaíra, 2021. p. 50-51.

[288] MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil e processos decisórios autônomos em sistemas de inteligência artificial (IA): autonomia, imputabilidade e responsabilidade. In MULHOLLAND, Caitlin e FRAZÃO, Ana. (coord.). Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 331.

[289] MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019. p. 208.

motivo pelo qual pode-se dizer que a Inteligência Artificial deve ser compreendida como uma tecnologia que, essencialmente, permite fazer projeções ou extrair inferências a partir do treinamento de determinados sistemas, que utilizarão um grande volume de dados.[290]

A Inteligência Artificial deve ser entendida como uma replicação de tarefas, mediante o aprendizado de máquina (*machine learning*), e que possui vieses em seu aprendizado, ou seja, a máquina possui a capacidade em resolver determinadas situações a partir dos bancos de dados disponíveis para a tomada de decisões, através dos treinamentos de seus sistemas, por meio dos algoritmos.[291] Acerca do aprendizado de máquina (*machine learning*), entende a Professora Caitlin Mulholland, que:

> "A técnica conhecida como machine learning (aprendizado por máquinas) se configura como qualquer metodologia e conjunto de técnicas que utilizam dados em grande escala (input) para criar conhecimento padrões originais e, com base neles, gerar modelos que são usados para predição a respeito dos dados tratados (output). É elemento conceitual do aprendizado por máquinas a sua capacidade de definir e modificar regras de tomadas de decisão de forma autônomo, isto é, sem a necessidade de interferência humana. Por meio da metodologia do machine learning, a IA desenvolve a aptidão para ampliar experiências, aferindo delas conhecimento, por meio de um ciclo contínuo e crescente de aprendizagem."[292]

"*Uma forma mais desenvolvida de machine learning é o chamado deep learning, que utiliza as mesmas premissas, mas tem a capacidade de processar diferentes tipos de dados de maneira bastante semelhante a um cérebro humano*." [293]Com relação à Inteligência Artificial de aprendizado profundo (*deep learning*), relaciona-se com as redes neurais

[290] "(...) no contexto de uma sociedade de vigilância, o big data é capaz de capturar todas as pegadas digitais dos usuários para, a partir daí, utilizar seus "poderes" não apenas para registrar e processar o passado e o presente, como antecipar e decidir o futuro das pessoas. E faz tudo isso a devida transparência e accountability, já que os algoritmos são normalmente considerados segredos comerciais." (...) "a inteligência artificial tem sido introduzida na atividade empresarial de forma maciça e sem a observância dos necessários cuidados. Os problemas são acentuados pelo aprendizado de máquina, já que o código passa a ser alterado de maneira independente, com aumento das dificuldades para o controle de resultados." (FRAZÃO, Ana. Responsabilidade civil de administradores de sociedades empresárias por decisões tomadas com base em sistemas de inteligência artificial. In MULHOLLAND, Caitlin e FRAZÃO, Ana. (coord.). Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 508.)

[291] "Sistemas de IA possuem a capacidade de "aprender" com base em dados, resultados e padrões anteriores, solucionando problemas de maneira dinâmica, ainda que não tenham sido programados para tanto. A partir de bases de dados de treinamento, o algoritmo aprende a fazer generalizações e, eventualmente, predições, frequentemente a partir de categorizações. Assim, o aprendizado por máquinas permite que se façam previsões sobre os mais diversos assuntos, incluindo se determinada pessoa tem maior ou menor chance de honrar um empréstimo, sobre qual tipo de medicamento potencialmente produzirá melhores resultados sobre certo tipo de doença, ou ainda sobre qual estratégia de compra ou venda de ações poderá carretar maior lucro ao investidor." (WIMMER, Miriam. Responsabilidade de agentes empresariais por ilícitos administrativos praticados por sistemas de inteligência artificial. In MULHOLLAND, Caitlin e FRAZÃO, Ana. (coord.). Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 385.)

[292] MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil e processos decisórios autônomos em sistemas de inteligência artificial (IA): autonomia, imputabilidade e responsabilidade. In MULHOLLAND, Caitlin e FRAZÃO, Ana. (coord.). Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 331.

[293] Ibidem. p. 331.

artificiais, conectadas a uma máquina com a capacidade muito maior de processar as informações e ter uma resposta, e é encontrada em grandes organizações, ante o elevado preço para se desenvolver um programa de rede neural. Saliente-se que toda *deep learning* é uma *machine learning* mas, nem sempre a *machine learning* será *deep learning*. De acordo com o entendimento de Kai-Fu Lee:

> Hoje, algoritmos de IA bem-sucedidos precisam de três coisas: big data, poder de computação e o trabalho de engenheiros de algoritmo de IA bons, mas não necessariamente da elite. Trazer o poder do aprendizado profundo para lidar com novos problemas requer todos os três, mas nesta era de implementação, os dados são o aspecto central. Isso porque, quando o poder da computação e os talentosos engenheiros atingem certo limite, a quantidade de dados se torna decisiva para determinar a potência e a precisão gerais de um algoritmo.
>
> No aprendizado profundo, não há nada melhor para os dados do que mais dados. [294]

Dessa forma, no que tange ao aprendizado de máquina (*machine learning*), como haverá supervisão de um humano, deve-se, portanto, treinar os seus sistemas a partir das informações não discriminatórias contidas nos bancos de dados que servirão de treinamento. E, com relação ao *deep learning*, é essencial que a rede neural seja bem treinada pelo humano, e ensinada a identificar determinados padrões. Ocorre que, um dos grandes problemas na utilização da IA é o discriminatório, são os vieses (que não são preconceitos), ou seja, muitas vezes tais problemas são reconduzidos às bases de dados de treinamento, as quais reproduzem vieses implícitos na sociedade, como no caso da discriminação algorítmica em decorrência da cor da pele da pessoa.

9.4 Discriminações algorítmicas

Para que ocorra o aprendizado de máquina, o sistema computacional transmitirá a linguagem verbal para a computacional, a partir dos algoritmos, dentro de uma aparente neutralidade. Ocorre que, podem ocorrer violências, uma vez que os programadores (homens brancos), quando desenvolvem esses sistemas, não conseguem visualizar as violências e agressões sofridas pelas pessoas negras, cujo resultado final da tomada de decisões acaba gerando consequências para muitas pessoas em situação de marginalidade.

Na verdade, a tecnologia não é neutra, uma vez que, tendo em vista que sistemas de IA replicam ordens humanas, e que cada pessoa possui as suas compreensões de determinados assuntos, relações pessoais, bem como possuem valores distintos, os algoritmos reproduzirão a aprendizagem desenvolvida a partir de um banco de dados inicial. E, potencialmente, a depender da complexidade do sistema de IA, os algoritmos podem replicar resultados inesperados. Ressalte-se que "*vários comportamentos estão associados aos grupos aos quais as pessoas pertencem, como a raça e o gênero, e, mesmo sem acesso*

[294] LEE, Kai-Fu. Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos comunicamos e vivemos. Rio de Janeiro: Globo livros, 2019. p. 27.

direto a esses dados, se eles forem relevantes, os algoritmos, pródigos que são em fazer associações de forma obscura, irão alcançá-los" [295]. Nesse sentido, entende Cathy O´Neil:

> As aplicações matemáticas fomentando a economia dos dados eram baseadas em escolhas feitas por seres humanos falíveis. Algumas dessas escolhas sem dúvida eram feitas com as melhores das intenções. Mesmo assim, muitos desses modelos programavam preconceitos, equívocos e vieses humanos nos sistemas de software que cada vez mais geriam nossas vidas. Como deuses, esses modelos matemáticos eram opacos, seus mecanismos invisíveis a todos exceto os altos sacerdotes de seus domínios: os matemáticos e cientistas da computação. Suas decisões, mesmo quando erradas ou danosas, estavam para além de qualquer contestação. E elas tendiam a punir os pobres e oprimidos da sociedade enquanto enriquecia ainda mais os ricos. Criei um nome para esses modelos nocivos: Armas de Destruição Matemáticas, ou ADMs.[296]

Tarcízio Silva dispõe sobre o conceito de "microagressões digitais"[297] relacionadas ao "racismo algorítmico", em que são agressões que não são percebidas em um primeiro momento na utilização da tecnologia e sim, serão sentidas em um momento posterior por pessoas que estão à margem de uma posição de marginalidade e de afastamento de processos de tomadas de decisão no desenvolvimento das tecnologias:

> O conceito de microagressão foi proposto pelo psiquiatra Chester Pierce (1969; 1970) ao desenvolver trabalhos sobre a necessidade de estudar também os "mecanismos ofensivos" dos grupos opressores em medida similar ao que as práticas psiquiátricas já realizavam sobre os "mecanismos defensivos". Pierce explica que aparatos da educação e mídia criam um ambiente onde a "a maioria das ações ofensivas não são brutas e violentas fisicamente. Elas são sutis e paralisantes.
>
> (...)
>
> As microagressões raciais são "ofensas verbais, comportamentais e ambientais comuns, sejam intencionais ou não intencionais, que comunicam desrespeito e insultos hostis, depreciativos ou negativos contra pessoas de cor" (Sue, 2010ª, p.29), aplicadas consciente e inconscientemente como uma "forma de racismo sistêmico e cotidiano usado para manter aqueles à margem racial em seus lugares" (Huber&Solorzano, 2014, p.6).[298]

Em um primeiro momento, de forma mais superficial, pendente de pesquisa mais aprofundada, podemos citar como exemplo de racismo algorítmico no Brasil através do uso de tecnologias de reconhecimento facial por IA na área de segurança pública, um levantamento realizado pelo site "The Intercept Brasil", em novembro de 2019[299], em que

[295] JUNQUEIRA, Thiago. Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica nos Seguros. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 219.
[296] O´NEIL, Cathy. Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Tradução: Rafael Abraham. Santo André-SP: Rua do Sabão, 2020. p.8.
[297] SILVA, Tarcízio. Comunidades, algoritmos e ativismos digitais: olhares afrodiaspóricos. 2. ed. São Paulo: LiteraRUA, 2021. p. 132.
[298] SILVA, Tarcízio. Comunidades, algoritmos e ativismos digitais: olhares afrodiaspóricos. 2. ed. São Paulo: LiteraRUA, 2021. p. 132-133.
[299] NUNES, Pablo. The Intercept Brasil. Levantamento revela que 90,5% dos presos por monitoramento facial no Brasil são negros. 2019. Disponível em: https://theintercept.com/2019/11/21/presos-monitoramento-facial-brasil- negros/. Acesso em 14 abr. 2021.

90,5% das pessoas que foram presas, através do monitoramento facial, eram negras, no período de março a novembro de 2019, motivo pelo qual verifica-se que a tecnologia deve agravar o encarceramento em massa dos negros. Dessa forma, constata-se que é provável que os bancos de dados das Secretarias de Segurança Pública que aplicam este sistema, sejam majoritariamente compostos por pessoas negras.

A título de informação, vale ressaltar que a seletiva estrutura carcerária brasileira, em que há a predominância de negros e pardos, foi construída para solucionar a problemática da suposta vadiagem, ante o abandono estatal dos negros após a escravidão, tanto é que o tipo penal foi inserido no Código Penal de 1940, para "limpar" as ruas para a elite branca. Outra discriminação decorrente de sistema automatizado diz respeito aos processos seletivos automatizados mediante a análise de currículos. Sobre este assunto, entende Yuval Noah Harari:

> No século XXI, a decisão de contratar alguém para um emprego será cada vez mais tomada por algoritmos. Não podemos confiar na máquina para estabelecer os padrões éticos relevantes – os humanos sempre terão de fazer isso. Mas, uma vez que decidamos por um padrão ético no mercado de trabalho – por exemplo, que é errado discriminar mulheres, ou pessoas negras -, poderemos confiar em máquinas para implementar e manter esse padrão melhor que os humanos. [300]

Em 2001 e 2002, pesquisadores da Universidade de Chicago e MIT enviaram diversos currículos falsos para vagas de emprego em dois grandes jornais. Metade dos currículos continha nomes relacionados a pessoas brancas e a outra metade, a pessoas negras. A conclusão que se chegou é que além dos nomes brancos receberem 50% mais chamadas que os negros, "entre os negros, os currículos mais fortes mal faziam diferença. O mercado de contratações claramente ainda estava envenenado por preconceito." [301] O que se percebe, nesse caso, é que o algoritmo já possui capacidade executória, haja vista que não só contrata a pessoa, mas também, decide quem será demitido. Verifica-se, portanto, que os humanos estão delegando para esses sistemas IA, decisões que até então eram humanas, razão pela qual há várias situações em que estes programas, ao reproduzirem comando já pré-estabelecidos, se prestam a discriminações entre as pessoas e, com isso, geram diversos problemas. Ressalte-se que, "quanto mais adaptáveis se tornam os programas de inteligência artificial, mais imprevisíveis passam a ser suas ações". [302]

As minorias étnicas e raciais também são discriminadas pelas estatísticas das companhias de seguros nos EUA, ante a delimitação de bairros, pelos banqueiros e companhias de seguro, para que não haja a venda de apólices a essas minorias (*red-lining):* [303]

[300] HARARI, Yuval Noah. 21 lições para o século 21. Tradução: Paulo Geiger. 1. ed. são Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 87.
[301] O´NEIL, Cathy. Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Tradução: Rafael Abraham. Santo André-SP: Rua do Sabão, 2020. p.176-177.
[302] MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019. p. 149.
[303] O´NEIL, Cathy. Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Tradução: Rafael Abraham. Santo André-SP: Rua do Sabão, 2020. p.251-252.

> No final do século XIX, um renomado estatístico chamado Frederick Hoffman criou uma poderosa ADM. (...)
>
> Seu estudo fez uso exaustivo de estatística para defender que as vidas de negros norte- americanos eram tão precárias que toda a raça era não segurável. (...)
>
> Hoffman foi cegado por raça, assim como a indústria a qual pertencia. Com o tempo, é claro, as seguradoras avançaram um pouco seu pensamento e passaram a vender apólices para famílias afro-americanas. Afinal, havia dinheiro a se ganhar. Mas elas se penduraram por décadas às ideias de Hoffman de que grupos inteiros de pessoas eram mais arriscados que outros – alguns deles arriscados demais. As companhias de seguros tal qual os banqueiros delimitavam bairros nos quais não investiriam. Essa prática cruel, conhecida como red-lining, já foi proibida por diversas peças legislativas, incluindo o Fair Housing Act de 1968. Quase meio século depois, no entanto, o red-lining ainda está presente, embora em formas muito mais sutis. Está programado na última geração de ADMs.

O fato é que "os modelos opacos e invisíveis são a regra, e os transparentes, a exceção".[304] Os agentes econômicos estão operando em um ambiente favorável em decorrência da ausência de prestação de contas, uma vez que a opacidade é total. Há um problema jurídico quanto à associação da caixa preta de muitos sistemas de IA, à ausência de explicabilidade e à dificuldade de auditabilidade dos algoritmos. [305] Ou seja, é preocupante a não publicização, pelas empresas privadas, de como os algoritmos são construídos, fato este que é um problema, em decorrência da proteção da propriedade intelectual, uma vez que os algoritmos estão protegidos por patentes.

9.5 DIRETRIZES ÉTICAS A SEREM APLICADAS NOS SISTEMAS DE IA

No atual cenário hiperconectado da modernidade líquida,[306] é essencial que haja uma reflexão sobre a ética na elaboração de sistemas IA e uso de dados pessoais, uma vez que "sem uma reflexão ética que norteie adequadamente a regulação jurídica, inclusive com relação à tutela da privacidade e dos dados pessoais, essa corre risco de ser inócua ou nociva à coletividade".[307] Também entende Stefano Rodotà que os poderes públicos

[304] O´NEIL, Cathy. Algoritmos de destruição em massa: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Tradução: Rafael Abraham. Santo André-SP: Rua do Sabão, 2020. p.46.
[305] "(...) no que se refere à responsabilidade jurídica, o aspecto central a ser problematizado no contexto de decisões tomadas por sistemas de IA diz respeito à opacidade dos processos decisórios, que coloca em xeque concepções tradicionais associadas à responsabilidade subjetiva, como a existência de voluntariedade ou culpabilidade. É já corriqueiro o uso da expressão Blck Box para se referir à presença difundida de algoritmos, evidenciando, nas palavras de Frank Pasquale (2015, p. 191), o paradoxo da Era da Informação: "os dados se tornam esmagadores em amplitude e profundidade, mas frequentemente a informação mais importante para nós está fora de nosso alcance, disponível somente para insiders." (WIMMER, Miriam. Responsabilidade de agentes empresariais por ilícitos administrativos praticados por sistemas de inteligência artificial. In MULHOLLAND, Caitlin e FRAZÃO, Ana. (coord.). Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 385.)
[306] BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
[307] MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019. p. 136.

devem assegurar a relação entre a privacidade e a dignidade, na sociedade da vigilância, para que não ocorram tratamentos discriminatórios:

> os poderes públicos devem agir para que existam condições positivas que permitam a cada um viver em condições de dignidade. O direito à privacidade representa exatamente uma destas condições essenciais. Projetada na sociedade, esta reconstrução das relações entre privacidade e dignidade se apresenta como um fator fundamental para o contraste das potentes lógicas que impulsionam a transformação das nossas organizações sociais em sociedades da vigilância, da classificação, da seleção discriminatória. Uma tarefa, todavia, que parece se tornar cada vez mais difícil. [308]

Atualmente, o que se percebe com a utilização da IA na sociedade da informação, é a delegação de tomada de decisões para esses sistemas de IA e que envolvem questões técnicas, jurídicas e éticas. No que tange à ética, vale mencionar que é necessária a observação de alguns princípios que são essenciais para serem aplicados quando ocorrer o desenvolvimento de ferramentas de inteligência artificial:

> Documento do Institute of electrical and electronics Engineer (IEEE) sobre a ética no desenho dos sistemas autônomos de Inteligência Artificial pugna pela necessidade de alguns princípios nortearem as ferramentas:
>
> Princípio dos direitos humanos: Como garantir que os sistemas de IA não infringem os direitos humanos? Ou seja, como deverão os sistemas computacionais ser desenhados de forma a respeitar a igualdade de direitos nos humanos? (...)
>
> Princípio da responsabilidade: Como garantir que os sistemas de IA são "responsáveis"? Quando os sistemas são autônomos e executam ações de forma independente, sem o controle humano, de quem é a responsabilidade da execução da ação? Como garantir a moralidade das acções executadas?
>
> Princípio da transparência: Como garantir que as decisões efectuadas pelas máquinas sejam transparentes para os humanos? Isto é, como garantir que seja possível descobrir a razão de uma dada acção, decisão ou escolha feita pelo sistema de IA? Quando as decisões são efectuadas por algoritmos complexos e baseados em dados, esta transparência pode não ser trivial. Por exemplo, um sistema autônomo pode decidir se uma pessoa deve ter crédito ou não com base no perfil da pessoa e nos dados. No entanto, não existe um conjunto de regras que dite a decisão.
>
> Princípio da educação e consciência pública: Como educar os cidadãos de forma a estarem cientes dos riscos da má utilização de sistemas IA? [309]

É fato que as pessoas deixam rastros digitais ao utilizarem as novas tecnologias, motivo pelo qual quando estas informações são utilizadas pelo sistema IA, é fundamental que a ética seja aplicada no design e em observância aos princípios da finalidade e transparência, para que não haja risco de discriminação, controle e vigilância, em especial,

[308] RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 237-238.
[309] SULOCKI, Victoria de. Novas tecnologias, Velhas discriminações: ou da Falta de Reflexão sobre o Sistema de Algoritmos na Justiça Criminal. In MULHOLLAND, Caitlin e FRAZÃO, Ana. (coord.). Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 681-682.

discriminação de certas pessoas tão somente em decorrência da cor da sua pele. Ocorre que, "muitas vezes, durante a fase de design, as consequências são indeterminadas pois dependem parcialmente das ações de outros fatores e agentes além dos designers". [310] Entende Maria Helena Nazaré:

> o método e as infra-estruturas usados no tratamento e investigação sobre Big Data são desenhados com a finalidade de obter correlações de um conjunto de dados com um outro qualquer conjunto, do que decorrem riscos de utilização incorreta do ponto de vista ético bem como científico.
>
> Algumas questões éticas, como a da privacidade, a que nos referiremos mais adiante, têm recebido muita atenção e análise de forma, pelo que se pode afirmar estarem actualmente bem estudadas e compreendidas. O mesmo não se verifica com outras como sejam, por exemplo, as decisões tomadas por algoritmos (algorithmic decision-making), perfil através da classificação de indivíduos em grupos que pode resultar em discriminação, controlo e vigilância e ainda a ausência de transparência em todo um processo construído por vários passos. (...)
>
> A monitorização e vigilância de comportamentos individuais é outra possibilidade que resulta do uso e análise de dados no contexto Big Data e que apresenta diversos desafios importantes de natureza ética. [311]

No mesmo sentido, também entende o Professor Eduardo Magrani:

> Para tanto, devemos aprimorar e fomentar modelos de design de tecnologia centrados no ser humano (human-centered design) e sensíveis a valores constitucionais, regulando, por exemplo, ética, segurança e privacidade por meio do design.
>
> O direito deve estar atento ao seu papel nesse cenário para, de um lado, não obstaculizar demasiadamente o desenvolvimento econômico e tecnológico em andamento e, do outro lago, regular com eficácia as práticas tecnológicas, visando a coibir abusos e protegendo os direitos vigentes. [312]

Dessa forma, é fato que o "avanço científico e jurídico não pode andar apartado da ética",[313] bem como que a "regulação jurídica, construída democraticamente na esfera pública, deve fornecer a arquitetura adequada para proporcionar a construção dos canais éticos apropriados para que o fluxo de dados e de ações não humanas possam escoar dentro dos limites ético-jurídicos".[314]

[310] MAGRANI, Eduardo; SILVA, Priscila e VIOLA, Rafael. Novas perspectivas sobre ética e responsabilidade de inteligência artificial. In MULHOLLAND, Caitlin e FRAZÃO, Ana. (coord.). Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 117.
[311] NAZARÉ, Maria Helena. Big Data e desafios éticos. In Ética aplicada: novas tecnologias. NEVES, Maria do Céu Patrão e CARVALHO, Maria da Graça (Coord.). 1. ed. jul 2018. Lisboa-Portugal: Edições 70. 2018. p. 318- 319.
[312] MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019. p. 264.
[313] MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019. p. 245.
[314] MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019. p. 245.

9.6 CONCLUSÃO

Tendo em vista a ausência de regulação específica sobre inteligência artificial no Brasil, é fundamental que a sociedade civil, entidades em prol das pessoas negras, dentre outros, tenham a oportunidade de apresentar, ao Governo Federal, os desafios que porventura possam surgir com relação à regulação da tecnologia, por exemplo. Também é imprescindível que haja debates sobre o racismo estrutural, que é um grande problema que ainda não foi enfrentado pelo Brasil e que está arraigado na atual sociedade da informação, cujo imaginário escravista e colonial deve ser extirpado do país e das pessoas. [315] A tecnologia não é neutra, pois foi projetada por seres humanos para ser utilizada de certa maneira, também deve haver um maior diálogo entre os profissionais do Direito e os cientistas da computação. É inegável o fato de que a inteligência artificial possui vários benefícios, ocorre que, além de ser necessário o seu uso ético, é essencial que haja um controle permanente de auditoria com relação ao resultado dessas ferramentas.

Por fim, é fundamental que haja parâmetros éticos, morais, democráticos, na criação das ferramentas de IA, em prol da proteção dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, bem como deve haver uma maior transparência, equidade, justiça e tomada de contas no uso das novas tecnologias, para que não haja nenhum tratamento discriminatório.

[315] Conforme entendimento de Silvio Almeida, "se o racismo é inerente à ordem social, a única forma de uma instituição combatê-lo é por meio da implementação de práticas antirracistas efetivas. É dever de uma instituição que realmente se preocupe com a questão racial investir na adoção de políticas internas que visem: (a) promover a igualdade e a diversidade em suas relações internas e com o público externo – por exemplo, na publicidade; (b) remover obstáculos para a ascensão de minorias em posições de direção e de prestígio na instituição; (c) manter espaços permanentes para debates e eventual revisão de práticas institucionais; (d) promover o acolhimento e possível composição de conflitos raciais e de gênero. A segunda consequência é que o racismo não se limita à representatividade. Ainda que essencial, a mera presença de pessoas negras e outras minorias em espaços de poder e decisão não significa que a instituição deixará de atuar de forma racista." (ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Edit ora Jandaíra, 2021. p. 48-49.)

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Editora Jandaíra, 2021.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CARNEIRO, Sueli. Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil. São Paulo: Selo Negro, 2011.

FANON, Frantz. Pele negra máscaras brancas. Tradução: Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

FRAZÃO, Ana. **R**esponsabilidade civil de administradores de sociedades empresárias por decisões tomadas com base em sistemas de inteligência artificial. In MULHOLLAND, Caitlin e FRAZÃO, Ana. (coord.). *Inteligência artificial e direito:* ética, regulação e responsabilidade. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

HARARI, Yuval Noah. 21 lições para o século 21. Tradução: Paulo Geiger. 1. ed. são Paulo: Companhia das Letras, 2018.

JUNQUEIRA, Thiago. Tratamento de Dados Pessoais e Discriminação Algorítmica nos Seguros. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LEE, Kai-Fu. *Inteligência artificial:* como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos comunicamos e vivemos. Rio de Janeiro: Globo livros, 2019.

MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs**: ética e privacidade na era da hiperconectividade**. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

MAGRANI, Eduardo; SILVA, Priscila e VIOLA, Rafael. Novas perspectivas sobre ética e responsabilidade de inteligência artificial. In MULHOLLAND, Caitlin e FRAZÃO, Ana. (coord.). *Inteligência artificial e direito:* ética, regulação e responsabilidade. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil e processos decisórios autônomos em sistemas de inteligência artificial (IA): **autonomia, imputabilidade e responsabilidade**. In MULHOLLAND, Caitlin e FRAZÃO, Ana. (coord.). *Inteligência artificial e direito:* ética, regulação e responsabilidade. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

NAZARÉ, Maria Helena. *Big Data e desafios éticos*. In Ética aplicada: novas tecnologias. NEVES, Maria do Céu Patrão e CARVALHO, Maria da Graça (Coord.). 1. ed. jul 2018. Lisboa- Portugal: Edições 70. 2018.

NUNES, Pablo. The Intercept Brasil. Levantamento revela que 90,5% dos presos por monitoramento facial no Brasil são negros. 2019. Disponível em: https://theintercept.com/2019/11/21/presos-monitoramento-facial-brasil-negros/. Acesso em 14 abr. 2021.

O´NEIL, Cathy. *Algoritmos de destruição em massa*: como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Tradução: Rafael Abraham. Santo André-SP: Rua do Sabão, 2020.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância **– a privacidade hoje**. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHWARCZ, Lilia K. Moritz. Uso e abusos da mestiçagem e da raça no Brasil**: uma história das teorias raciais em finais do século XIX**. Afro-Ásia, 18 (1996), p. 77-101. Disponível em: https://periodicos.ufba.br/index.php/afroasia/article/view/20901. Acesso em 14 abr. 2021.

SILVA, Tarcízio. *Comunidades, algoritmos e ativismos digitais*: olhares afrodiaspóricos. 2. ed. São Paulo: LiteraRUA, 2021.

SULOCKI, Victoria de. Novas tecnologias, Velhas discriminações: ou da Falta de Reflexão sobre o Sistema de Algoritmos na Justiça Criminal. In MULHOLLAND, Caitlin e FRAZÃO, Ana. (coord.). *Inteligência artificial e direito:* **ética, regulação e responsabilidade**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

WIMMER, Miriam. Responsabilidade de agentes empresariais por ilícitos administrativos praticados por sistemas de inteligência artificial**.** In MULHOLLAND, Caitlin e FRAZÃO, Ana. (coord.). *Inteligência artificial e direito:* ética, regulação e responsabilidade. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

10. MEDIDAS ALTERNATIVAS DE COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA: FORMAS DE DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL

Rafael Alves de Oliveira[316]

RESUMO: A presente investigação procura entender, em linhas gerais, como a crise vivenciada pelo Brasil tem atingido o âmbito dos processos que envolvam as execuções fiscais, que são um dos de maiores importâncias para o Estado Democrático brasileiro, visto ser uma grande fonte de receita para implantação e manutenção de direitos e garantias fundamentais do período pós-democrático. Neste sentido, busca analisar como as medidas alternativas de cobrança da dívida ativa podem servir como válvula de escape de tal crise em um momento chave para a economia do Estado brasileiro, estudando como cada uma vem sendo aplicada no Brasil e quais suas características, bem como quais suas perspectivas de aplicação dentro do cenário de crise vivenciado.

PALAVRAS-CHAVE: Execuçãofiscal.Dívidaativa.Crise. Desjudicialização. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The present investigation seeks to understand, in general terms, how the crisis experienced by Brazil has reached the scope of the processes involving tax executions, which are one of the most important for the Brazilian Democratic State, since it is a great source of revenue for implementation and maintaining fundamental rights and guarantees on the post-democratic period. In this sense, this research seeks to analyze how alternative measures to collect active debt can serve as an escape valve from such in the crisis, at an important moment for the economy of the Brazilian State, studying how each one has been applied in Brazil and what are its characteristics, as well as what are their prospects for application within the crisis scenario experienced.

KEYWORDS: Taxenforcement. Active debt. Crisis. Judicialization. Fundamental Rights.

10.1 INTRODUÇÃO

O objeto da presente investigação é matéria de questão urgente em âmbito social, econômico, jurídico e político, visto que os tributos, que são os agentes formadores da dívida ativa, elemento formador da execução fiscal, são um dos grandes financiadores da manutenção de direitos e garantias fundamentais em estados que optaram por, após o período da segunda guerra mundia, adotar o Estado Democrático de Direito, como foi o caso do Brasil, ainda que de forma tardia, em 1988, após longo período ditatorial.

[316] Procurador-Geral do Município de Nova Iguaçu. Mestrando em Ciências Jurídicas Forenses na Universidade Portucalense (UPT) – Porto, Portugal.

A execução fiscal no Brasil é tratada na Lei 6.830 de 1980, ou seja, legislação que foi formulada sob outro paradigma jurídico, outros princípios e costumes, inclusive anteriormente à Constituição da República Federativa de 1988. Não obstante, o Código Tributário Nacional, ainda em vigor, foi promulgado no ano de 1966, legislações que hoje se encontram obsoletas e, apesar das constantes reformas legislativas, suas bases principiológicas dificultam maiores respostas para a crise vivenciada no âmbito das execuções fiscais.

O Brasil, assim como os outros países da América do Sul, sofreu e ainda sofre, com a problemática de finaciamento dos direitos fundamentais, bastante precários e sempre violados no continente.

Neste sentido, os recursos que são oriundos das execuções fiscais no estado brasileiro seriam destinados para tais finalidades, isto é, de grande urgência e necessidade no estado capitalista neoliberal vivenciado no século XXI, de clara desigualdade e pobreza, trazendo as medidas alternativas às execuções fiscais como medidas urgentes de captção de tais recursos para o Estado, sem que sejam violados outros direitos.

O objetivo geral do trabalho consiste em discutir se as medidas alternativas utilizadas atualmente na cobrança de dívida ativa podem funcionar como formas de superação da crise que se vive no âmbito da execução fiscal no Brasil, possuindo o seguinte questionamento de partida: as medidas alternativas de cobrança da dívida ativa podem funcionar como formas de mitigação da crise de execução fiscal atualmente vivida no Brasil.

Incubido na missão de responder tal questionamento, recorreu-se ao uso do método hipotético dedutivo, em que, no primeiro capítulo, a partir do objetivo específico de analisar o panorama atual da crise de execução fiscal no Brasil, procedeu-se à utilização de consulta à doutrina referente ao assuno, para estabelecer como este tem sido encarado atualmente.

No segundo capítulo, motivado pelo objetivo específico de analisar as medidas de desjudicialização da dívida ativa utilizadas no Brasil atualmente, realizou-se breve análise de cada uma das medidas em espécie, assim como de suas características intrínsecas, de acordo com a profundidade de sua utilização no país e sua relevância.

No terceiro capítulo, a partir do objetivo específico de analisar se as medidas servem como forma de superação da crise que se vive no âmbito da execução fiscal no Brasil, procedeu-se à comparação do exposto nos capítulos anteriores e formulação de perspectivas para a execução fiscal extrajudicial no Brasil nos próximos anos e a crise em si.

A crise vivida pelo Estado brasileiro demanda que novas alternativas sejam construídas para que se dê maior efetivação à Carta Constitucional de 1998 – denominada de Constituição Cidadã –, visto que é visível, no Brasil, como a inefetividade abala as estruturas dos demais seguimentos jurídicos, econômicos e sociais. Um destes seguimentos diz respeito ao direito tributário fiscal, ainda refém de um Código do ano de 1966, objeto de vários retalhos ao longo de quase sessenta anos.

10.2 A CRISE DE (IN)EXECUÇÃO FISCAL NO BRASIL: APONTAMENTOS SOBRE OS PONTOS CRÍTICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A questão da dívida ativa possui lugar de discussão primordial em um país como o Brasil, visto que decidiu por adotar na Constituição da República Federativa de 1988, o Estado Democrático de Direito, construído nos pilares de uma sociedade que garanta o desenvolvimento nacional, buscando erradicar a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais, conforme a redação dos artigos 1º e 3º, I, II e III[317].

Implementar o Estado Democrático de Direito que, como bem se sabe, herda todas as características do Estado de Bem-Estar Social, adicionando-se a questão política-democrática, demanda com que o Estado tenha recursos públicos para executar suas necessidades, ou seja, cumprir com os seus objetivos e deveres.

É de conhecimento notório que a manutenção da grande parte dos direitos e das garantias fundamentais atualmente presentes na Constituição Cidadã de 1988 não demandam mera abstenção por parte do Estado, fazendo com que estes tenham certos custos, como acontece com os direitos fundamentais conhecidos como de segunda geração, responsáveis por garantir saúde, educação, seguridade social e etc.

Neste sentido, o Estado cobra de seus jurisdicionados os tributos para que tais gastos com direitos e garantias fundamentais possam ser sustentados de maneira efetiva. Quando tais tributos não são pagos de forma espontânea pelo jurisdicionado, o Estado se vê forçado a realizar cobrança compulsiva da quantia, vindo, então, a Fazenda Pública a inscrever a dívida tributária do jurisdicionado como dívida ativa, formando a Certidão de Dívida Ativa (CDA), documento hábil a iniciar a Execução Fiscal, conforme as regras do Código de Processo Civil brasileiro, em que não há execução sem qualquer título executivo (BUENO, 2015). A Certidão de Dívida Ativa (CDA) da Fazenda Pública da União Federal, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, conforme o artigo 784, inciso XI do Código de Processo Civil de 2015, é um título executivo extrajudicial, com procedimento regulado pela Lei de Execução Fiscal (LEF) – Lei no. 6.830 de 1980 –, sendo o CPC subsidiário à tal Lei, conforme o artigo 1º da LEF.

O processo de execução fiscal no Brasil sempre enfrentou diversos problemas, de das mais diversas naturezas possíveis. Uma das que podem ser apontadas, pode ser, principalmente, o descompasso existente entre a LEF e o CPC, que possuem anos de diferença – a LEF é de 1980, enquanto que o CPC é de 2015 –, o que acarreta numa grande divergência entre bases principiológicas de concepção entre ambas legislações.

[317] Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...].
Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - Garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. BRASIL, 1988.

Cássio Benvenutti de Castro aponta que havia certo isolamento entre as fontes normativas já entre antigo CPC de 1973 e a LEF de 1980 (CASTRO, 2015), e a reforma para o CPC de 2015, que evidenciou ainda mais a valorização do princípio da efetividade nas relações jurídicas capitalistas do século XXI, distancia cada vez mais da LEF de 1973, assim como o ideário jurídico daquele tempo, bastante baseado no ideal de segurança jurídica.

Esse descompasso entre as fontes principológicas da LEF e do CPC pode ser apontado como um dos fundamentos de base iniciais para aprofundamento do estudo da crise da execução fiscal no Brasil, uma vez que, em tese, o CPC complementaria os pontos lacunosos da LEF.

De plano, esta falta de alinhamento entre as legislações (não somente da LEF e o CPC, mas também eventuais descaminhos entre a LEF e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, embora a Lei tenha sido recepcionada), é uma das principais responsáveis por outro fator da crise de execução fiscal no Brasil: a morosidade de tramitação das ações no judiciário brasileiro.

Conforme dados oficiais do Conselho Nacional de Justiça de 2020, é na execução fiscal que está o maior congestionamento do poder judiciário nacional, atingindo 86,9% de taxa de congestionamento, a maior de todos os tipos de processo em curso no país (BRASIL, 2020).

Além disso, o mesmo relatório evidencia que os processos de execução fiscal representam, de forma aproximada, cerca de 39% dos casos pendentes no poder judiciário ao redor do território nacional, e calculado com a taxa de congestionamento aproximada para 87%, tem-se que de cada cem processos de execução fiscal em trâmite no Brasil, apenas treze foram baixados (BRASIL, 2020).

Entre os motivos para tal morosidade, a academia tem destacado alguns, que possuem diversas naturezas: deficiência do cadastro de contribuintes dos Entes, inexistência ou esvaziamento patrimonial dos devedores, pouco efetivo de pessoal nas procuradorias da Fazenda Nacional com baixo quadro de procuradores e servidores, alta formalidade da LEF, restrições orçamentárias, alto custo de tramitação e diversos outros.

Não obstante, segundo estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), estima-se que o custo médio do Processo de Execução Fiscal Médio é de R$ 4.658,39. Se excluídos os custos com embargos e outros recursos, o valor é reduzido para R$ 4.368,00, apenas na Justiça Federal de Primeiro Grau (BRASIL, 2011).

O mesmo estudo considerou como fatores determinantes para tais conclusões e apontamentos que foram anteriormente levantados o baixo grau de cooperação entre os atores intervenientes no processamento da execução fiscal (poderes judiciário, legislativo e executivo, além da advocacia pública e privada), a organização e a gestão administrativa da Justiça Federal são ineficientes (principalmente no âmbito da execução fiscal), o

jurisdicionado pouco aciona os mecanismos de defesa administrativos ou pré-processuais ou pouco conhece sobre eles, possuindo a preferência por efetuar o pagamento ou instrumentalizar a prescrição da dívida ativa (BRASIL, 2011).

Estes problemas não são exclusivos dos processos de natureza fiscal, tampouco se processam de forma mais grave neste âmbito, entretanto, no cenário brasileiro atual, são os pontos que destacam a morosidade dos processos de execução fiscal na máquina judiciária brasileira, afinal, a morosidade é uma característica peculiar do processo judicial do Brasil como um todo (BRASIL, 2011).

Desta forma, já na década passada iniciaram-se os debates no Brasil sobre formas alternativas para a cobrança da dívida ativa, já que a morosidade sempre foi presente neste tipo de ação, com soluções que possuem base nas sólidas e positivas experiências de países como Portugal, Romênia, Letônia, Lituânia, República Checa e Eslováquia.

Atualmente, apesar da falta de um maior aprofundamento na matéria, seja no âmbito legislativo, jurisprudencial ou acadêmico, utilizam-se no Brasil algumas formas de cobrança alternativa da dívida ativa, que não por meio judicial, a serem analisadas e aprofundadas no capítulo seguinte.

10.3 DESJUDICIALIZAÇÃO DA DÍVIDA ATIVA: FORMAS ALTERNATIVAS À COBRANÇA JUDICIAL DA DÍVIDA ATIVA EXISTENTES NO BRASIL

Como forma de desafogar o poder judiciário lotado com as execuções fiscais, seja na Justiça Federa, nas Justiças Estaduais ou até nos Tribunais Superiores, e de tornar a execução das dívidas ativas efetivas, cada vez mais tem sido utilizada as medidas alternativas de cobranças das dívidas ativas.

Desjudicializar significa, segundo Daniela de Oliveira, significa:

> a existência de um movimento de retirada do Judiciário, o qual está ligado a temas que são postos de um outro patamar de processualidade – especialmente a administrativa –, deixando de ser objeto de tratamento judicial (OLIVEIRA, 2015).

A primeira forma de desjudicialização da dívida ativa e nos moldes das bases principiológicas do CPC de 2015, vem a partir da Lei no. 13.140 de 26 de junho de 2015, que é a mediação extrajudicial, ocasião em que o artigo 32 da legislação traz a possibilidade que a União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possam criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos (BRASIL, 2015).

Seriam câmaras administrativas para a resolução do conflito em que foi formado em torno da dívida ativa, para a solução sem que fosse aberto um processo judicial, sendo possível que as partes possam negociar o pagamento da dívida no local, por meio de composição (inciso I, art. 32), ou ainda, celebrar, quando possível, o termo de ajustamento de conduta (popularmente conhecido como TAC – inciso III, art. 32). O acordo produzido na

câmara administrativa de arbitragem terá força de título executivo extrajudicial, em que, caso frustrado, poderá ser objeto de execução (JESUS, 2017).

A segunda forma existente no Brasil é a transação, presente no Código Tributário Nacional (CTN), no Art. 171, que seria a transação tributária, caracterizada por representar "acordo ou as concessões recíprocas que encerram um litígio instalado, com reciprocidade de ônus e vantagens" (SABBAG, 2018), buscando a extinção do crédito tributário.

A transação tributária ainda não foi muito utilizada no Brasil, e nem muito aprofundada jurisprudencial ou academicamente, embora esteja presente no ordenamento jurídico desde 1966, ano em que foi sancionado o Código Tributário Nacional.

Outro método presente no ordenamento jurídico brasileiro e o mais utilizado é o protesto extrajudicial da certidão da dívida ativa, regulamentado pela Lei no. 12.767 de 2012, que incluiu a certidão da dívida ativa no rol dos títulos que são passíveis de protesto no Brasil.

À época da inclusão, o Supremo Tribunal Federal foi instado a julgar por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 5.135) sobre a constitucionalidade da referida inclusão, decidindo por maioria que o protesto da certidão de dívida ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir desproporcionalmente quaisquer direitos fundamentais dos jurisdicionados, não sendo uma sanção política.

Como bem afirma Luiz Felipe Difini, "a utilização do protesto da Certidão da Dívida Ativa constitui possivelmente o meio de cobrança mais célere disponível no ordenamento" (DIFINI, 2018).

Segundo dados da Advocacia-Geral da União, apenas em 2012, quando foi permitido o protesto da Certidão da Dívida Ativa por meio de legislação, conforme citado acima, cerca de sete mil certidões foram enviadas para protesto, cerca de cinco mil foram protestadas, e duas mil e trezentas foram pagas, atingindo percentual superior a 31% de recuperação referente ao total de títulos que foram enviados para protesto. Isso significa dizer que 52% foram pagos do total enviado para protesto (DIFINI, 2018).

Difini ressalta, ainda, que a doutrina se posiciona favoravelmente ao protesto da Certidão da Dívida Ativa como o meio alternativo de cobrança às execuções fiscais, justamente por, de acordo com os dados estatísticos, estar demonstrado ser o "menos oneroso ao Erário, pois implica custos financeiros substancialmente menores (em comparação à execução fiscal), com alto grau de celeridade e eficiência" (DIFINI, 2018), sendo válido ressaltar, ainda, que há grande desestímulo da judicialização concernente à matéria, acarretando numa grande redução do grau de litiogisidade.

Ou seja, pesam para uma ampla aplicação do protesto da Certidão da Dívida Ativa não somente os argumentos de que há legislação que permita sua devida utilização, ou jurisprudência e entendimento da Suprema Corte nacional corroborando tal entendimento, mas também a experiência fática que se vêm tendo no decorrer dos últimos anos, que deve ser cada vez mais encorajada e utilizada pelos órgãos do Poder Público.

Outro método passível de utilização no Brasil, entretanto, pouco utilizado, é a inscrição do jurisdicionado no cadastro de mal pagadores das instituições de restrição de crédito, popularmente conhecidas em território nacional como "SPC" e "SERASA", que são empresas de direito privado.

Embora não haja lei federal que permita tal ato do Poder Público, admite- se, segundo o Superior Tribunal de Justiça, por meio dos critérios de competência distribuídos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pelo Código Tributário Nacional a possibilidade de que os Estados venham a legislar sobre a permissibilidade de inscrição do jurisdicionado em tais instituições de restrição de crédito[318], permitindo que haja o cadastro.

Um método que tem a tendência de surgir e crescer nos próximos anos no Brasil é a cessão ou securitização da dívida ativa, que atualmente tramita no Congresso Nacional por meio dos Projetos de Lei PL 3337/2015, PLS 204/2016 e PLP 459/2017.

Este método alternativo de cobrança da dívida ativa consiste em:

> um processo através do qual uma variedade de ativos financeiros ou não-financeiros (ativos base) são vendidos, no mercado, a investidores na forma de títulos. Desta forma, qualquer fluxo de caixa, seja atual ou futuro, que é gerado por ativos, pode ser securitizado. (CASTRO, 2018)

Isto é, são processos por meio dos quais as empresas emitem valores mobiliários no mercado de capitais para captação de recursos, em que seus passivos passam a ser constituídos por títulos emitidos no mercado, sendo assim, líquidos.

A securitização constitui método alternativo interessante para cobrança de dívida ativa, com experiência em países como Estados Unidos da América, Austrália e Nova Zelândia, que tiveram diversos resultados positivos (CASTRO, 2018).

Entretanto, além da securitização enfrentar o problema da morosidade de tramitação no Congresso Nacional, também possui escassez quanto a debate acadêmicos sobre a matéria, com limitada literatura sobre a matéria, talvez explicada pela demora na tramitação dos projetos de lei no Congresso Nacional.

Outro método alternativo de cobrança alternativa da dívida ativa que possui tendência de crescimento nos próximos anos é a execução fiscal administrativa, objeto do Projeto de Lei 4.257/2019 que altera a Lei das Execuções Fiscais, com a finalidade de possibilitar que o Poder Público e o jurisdicionado possam vir a discutir o débito constante da dívida ativa em âmbito administrativo, isto é, fora do âmbito judicial.

Como bem defende o Magistrado Humberto Gomes de Barros:

> fazer da execução um processo jurisdicional não é, data vênia, atitude feliz. Não faz sentido demitir o administrador de sua competência expropriatória para que o juiz (também agente estatal) execute o ato administrativo. Por

[318] AgRg no RMS 31551/GO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA2010/0030120-4.Disponívelem: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000301204&dt_publicacao=2 4/08/2010. Acesso em: 15 de maio de 2021.

> outro lado, a atividade judicial, naturalmente lenta e dispendiosa, deveria reserva-se para questões mais complexas. A jurisdicionalização da cobrança dos créditos estatais transforma a justiça brasileira em imenso depósito, onde os processos de execução fiscal acumulam-se, paralisados, sem qualquer solução (BARROS, 2007).

O autor defende, assim, que a execução fiscal deveria ser 100% administrativa, sendo o Poder Judiciário provocado pelo jurisdicionado somente quando tivesse algum direito ou garantia fundamental violado pelo Estado no ato de execução do processo administrativo (BARROS, 2007).

Por fim, um dos métodos que mais vêm sendo utilizado para solução de conflitos ao redor do mundo nos últimos anos, a arbitragem constitui método amplamente estudado na academia recentemente, com ampla tendência de aplicação em todos os âmbitos do contencioso jurídico nos próximos anos.

No Brasil, atualmente, ainda há carência de legislação que permita o uso da arbitragem para a solução de controvérsias que envolvam os tributos. Há somente um Projeto de Lei (PL 4.257/2019 – o mesmo da execução fiscal administrativa), em que possibilita ao contribuinte optar pela via arbitral ao se defender da cobrança do débito que foi inscrito em dívida ativa.

Estes são os métodos alternativos de cobrança da dívida ativa principais em uso, em discussão e com boas perspectivas de uso no Brasil para o futuro, e que despertam reflexões sobre seu uso, a serem realizadas no capítulo seguinte.

10.4 COMO SUPERAR A CRISE DE (IN)EXECUÇÃO FISCAL NO BRASIL? AS MEDIDAS ALTERNATIVAS DE COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA COMO FORMA DE SOLUÇÃO DA CRISE

Nos últimos anos o Brasil vem atravessando uma grave crise que possui ramificação por diversos âmbitos, isto é, repercute na economia, política, sociedade e no mundo jurídico.

No âmbito jurídico, é possível identificar os efeitos da crise em todos os setores e ramos do direito, principalmente no setor fiscal, conforme analisado no primeiro capítulo deste breve ensaio.

Entretanto, embora seja o setor com maiores efeitos e evidências da crise sentida em termos gerais, também é o que mais apresenta respostas para tal situação, e que inclusive já estão em curso, como ocorre com os protestos da Certidão da Dívida Ativa, que têm funcionado de forma efetiva se comparado com a Execução Fiscal, ou respostas que precisam apenas de maior rapidez na tramitação no processo legislativo para que venham a entrar em vigor e ajudem na recuperação por parte do Estado do crédito fiscal que possui perante o jurisdicionado.

A mediação extrajudicial em matéria fiscal ainda é bastante precária no Brasil, uma vez que a Lei no. 13.140 de 26 de junho de 2015, no art. 32 limitou-se a facultar a criação das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflito, transparecendo que o

legislador não possui a devida preocupação ou não despende a atenção necessária sobre o assunto, embora o que cause a morosidade de tramitação dos projetos de lei no Congresso Nacional sejam as formulações de diversas comissões de análises e estudos sobre os objetos do que se discute nos projetos de lei que estejam em comento.

É inolvidável que o Código de Processo Civil de 2015 contribuiu significativamente em torno do favorecimento das medidas negociais em detrimento do processo em si, com disposições que encorajam que o próprio magistrado, em diversas fases processuais, proponha às partes que venham a transacionar sobre a matéria em litígio, tendo em vista a urgência de debate em torno da morosidade e congestionamento do Poder Judiciário brasileiro.

Já não são mais efetivos os esforços em reforçar que o Poder Público venha a empreender garantias para que as execuções fiscais venham a correr de forma mais célere em âmbito judicial, visto que, diariamente, milhares de ações em todo o território nacional são protocoladas.

Não obstante, o Poder Público necessitaria despender mais recursos públicos para realizar concursos públicos para a contratação de servidores com a finalidade de tornar mais célere o andamento dos processos já em curso e os que viriam a entrar.

Por este motivo, faz-se prudente que o Estado venha a encorajar os seus entes a utilizar e implementar as medidas alternativas para a cobrança da dívida ativa, não somente pela importância dos valores "congelados" em tais processos paralisados nas varas judiciais ao redor do país, mas também para poupar o gasto de recursos que seriam maiores que com as medidas aqui explanadas.

Não se sabe muito também o motivo da transação tributária não ser tão utilizada, apesar de ser mecanismo presente no Código Tributário Nacional desde quando foi promulgado, em 1966, embora constitua meio interessante de solução do conflito, em que ambas as partes cederiam algo em prol do acordo, desafogando o Poder Judiciário.

Entretanto, importante ressaltar que no dia 14 de abril de 2020 o Presidente da República sancionou a Lei n. 13.988, conhecida como Medida Provisória do Contribuinte Legal, trazendo hipóteses mais abrangentes de transação tributária para o Art. 171 do CTN, com regras mais flexíveis para transações como descontos e maiores prazos para pagamentos dos débitos, assim como penalidades por rescisão da transação (BRASIL, 2020).

Neste sentido, é de grande importância que se realize o acompanhamento da evolução da transação tributária nos próximos anos, pois constitui um dos meios alternativos de execução da dívida ativa com grande potencial de utilização e recuperação de recursos por parte do Poder Público.

Como foi ressaltado, o protesto da Certidão da Dívida Ativa é o meio alternativo à execução fiscal mais utilizado e o mais eficiente no Brasil, com alto índice de recursos recuperados por parte do Poder Público, além de ser o menos oneroso.

A questão é tão urgente e necessária, além de ter demonstrado bons resultados, que alguns órgãos de representação jurídica (procuradorias municipais, estaduais e federais) têm celebrado com entidades e institutos de protesto de títulos acordos e convênios para protestos de títulos, buscando maior celeridade e rapidez neste tipo de procedimento[319], que possui perspectiva de ser adotado por mais municípios e outras entidades com o decorrer do tempo.

Conforme demonstrado no capítulo anterior, o protesto tem apresentado altos índices de recuperação de recursos financeiros por parte do Estado, com grande índice de pagamento pelos jurisdicionados, fazendo com que o Poder Público recupere grande parte dos recursos, aplicando-os nas mais diversas áreas, fazendo grande diferença neste momento de crise nas execuções fiscais, de petrificação das ações judiciais no Poder Judiciário.

Entre todos os métodos alternativos de desjudicialização da dívida ativa, a inscrição do jurisdicionado devedor no cadastro dos órgãos de restrição de crédito é o mais problemático e polêmico, visto que colaciona diversas críticas doutrinárias e midiáticas[320], que o caracterizam como mais repressivo e violador de direitos e garantias fundamentais, sendo muito mais gravoso do que o pagamento do próprio débito, visto que tais empresas fornecem informações para bancos e instituições financeiras impedindo que o jurisdicionado realize empréstimo, abra contas, poupanças, consiga emitir cartões e outras operações financeiras.

Acreditamos que este método é o mais violador, de fato, entre todos os apresentados e utilizados no Brasil, por restringir diversos direitos e liberdades do jurisdicionado, que muitas vezes tem o efeito reverso de dificultar ainda mais a satisfação do crédito, além de ser prejudicial a outras questões mais profundas, como por exemplo de matrizes macroeconômicas, pois congelam ainda mais a circulação de moedas no país e etc, mesmo que possua a chancela do Poder Judiciário para utilização em território nacional.

Entre os listados e que ainda não possui aplicação no país, o que mais tem potencial é a securitização ou cessão da dívida, por representar um dos métodos com mais benefícios para o Estado, segundo Kleber Pacheco de Castro, que além de possibilitar um retorno financeiro maior que as execuções fiscais, apresenta outros resultados como:

> facilitação de criação de mercados financeiros, redução de risco de liquidez do mercado de crédito, aumenta a dispersão dos ativos financeiros, incre-

[319] Importante ressaltar ainda que algumas prefeituras já realizam a possibilidade de utilização de sistema digital em seus websites para que o jurisdicionado venha a consultar a Certidão de Dívida Ativa que foi protestada em seu desfavor, como é o caso da prefeitura de Belo Horizonte, em que a sua procuradoria foi uma das primeiras do Brasil a realizar o protesto da Certidão de Dívida Ativa. A Procuradoria de Nova Iguaçu também é referência no assunto e realizou nos últimos anos milhares de protestos de certidões, que podem ser consultadas no website da prefeitura.

[320] Uma simples busca pelo termo em websites de busca na internet mostra um rol de links com duras críticas a essa medida, como por exemplo, "considerando que a inscrição nos cadastros de restrição ao crédito é meio coercitivo desnecessário – e, por conseguinte, desproporcional – de cobrança, impende repensar, urgentemente, a utilização de tal expediente pela Fazenda Pública. Entendimento contrário fere, às escâncaras, a isonomia, bem assim os direitos de propriedade e liberdade". (CARVALHO, 2018).

> menta a propensão a poupar da economia como um todo, reduz custos de transação, melhor alocação dos riscos e dos recursos no mercado, promovendo o fortalecimento do mercado financeiro, redução do foco sobre a propriedade, e absorção e redução do impacto de recessões econômicas e uma das mais importantes de todas, o benefício da possibilidade de realizar maiores investimentos nas áreas sociais (CASTRO, 2018).

Diante da urgência do cenário exposto em torno dos recursos "presos" nas execuções fiscais, percebe-se que em uma análise macro, a securitização apresenta resultados mais garantidores de um cenário melhor para o país, sendo necessário que o Congresso Nacional deva dar a devida atenção e a urgente tramitação para o projeto de lei da securitização e sua consequente aprovação, obviamente, tudo em conformidade com a Constituição e Leis Federais.

A execução administrativa também possui lastro de ótimas experiências em outros países, conforme mencionado anteriormente, sendo outro instrumento importante para a desjudicialização da execução fiscal no Brasil, com fins de alcance da eficiência e celeridade, sem deixar de lado a segurança jurídica e o respeito a direitos e garantias fundamentais, sendo de salutar importância que o Congresso Nacional também dê a devida importância e acelere a tramitação do projeto.

A possibilidade de ter a dívida executada logo após a chance de defesa, quando a dívida é inscrita, tem o condão de equacionar e economizar não só recursos financeiros estatais, mas também tempo e mão de obra de servidores, podendo ser uma grande medida aliada da desjudicialização.

Por fim, a arbitragem é a medida alternativa que mais tem ganhado espaço ao redor do mundo. Entretanto, no Brasil, na forma em que a distribuição de competências se encontra na Constituição da República Federativa de 1988 e principalmente no Código Tributário Nacional, a medida enfrentaria alguns entraves, como por exemplo, a questão de prever por meio de lei uma das possibilidades de extinção da relação jurídica constituída em torno do débito tributário, a prolação da sentença arbitral, podendo ser desconstituída apenas pelo Poder Judiciário, além de outros entraves legais como na Lei no. 9.307/1996 – Lei da Arbitragem.

A experiência de Portugal em relação à arbitragem tributária tem sido bastante positiva, segundo XXX, em que há limitações quanto "ao valor da disputa e em relação às matérias passíveis de submissão" (PISCITELLI, 2018, p.8), o que ajudaria a refutar o argumento da indisponibilidade da receita pública e dos recursos públicos oriundos de execuções fiscais, por exemplo.

Todas as medidas aqui listadas ainda são bastante carentes de estudos e análises mais aprofundadas no Brasil, além de poucas vezes provocadas em âmbitos judiciais, sendo ainda prevalente a clássica execução fiscal. Entretanto, há grande perspectiva de mudança no paradigma presente conforme o que se tem visto com as medidas alternativas, sobre como o Estado e o âmbito jurídico em geral as têm enxergado.

10.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise das medidas alternativas de cobrança da dívida ativa utilizadas no Brasil explanadas no presente estudo nos permite realizar algumas conclusões e realizar algumas perspectivas sobre o instituto da desjudicialização da execução fiscal no país.

Conforme exposto, acreditamos que restou evidente que o ambiente de crise instalado no país é extremamente grave e que merece a devida atenção por parte dos agentes públicos competentes por parte do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, principalmente na matéria de execução fiscal, que é onde, conforme os dados analisados, há o maior índice de congestionamento do Poder Judiciário em território nacional, além de ser onde está congelada uma das maiores verbas de recurso público do país atualmente.

Estes recursos possuem urgência de aplicação e assim que desbloqueados, já possuem destino certo para manutenção e resguardo de direitos e garantias fundamentais de milhões de pessoas necessitadas ao redor do país.

Sendo assim, assim como outras medidas que venham a surgir eventualmente, desde que não violem direitos e garantias – como a inscrição do jurisdicionado nos órgãos de cadastro de restrição ao crédito –, e respondendo o questionamento-problema que assentou a pesquisa deste artigo, as medidas alternativas de cobrança da dívida ativa podem funcionar, sim, como forma de mitigação da crise execução fiscal atualmente vivida no Brasil, diante de tudo que foi exposto nos três capítulos, em verdade, faz-se de extrema urgência que as medidas venham a ser aplicadas, dentro dos parâmetros da legalidade e constitucionalidade.

Por fim, cabe ressaltar que tais medidas precisam ser aprofundadas em todos os sentidos, mas principalmente no âmbito acadêmico, devido à escassez de debate que se tem em relação ao assunto no âmbito jurídico, com a finalidade de enriquecer cada vez mais o ambiente, findando a melhoria da arrecadação e da própria execução no Brasil, tendo como fim último a manutenção dos direitos e garantias no país.

REFERÊNCIAS

BARROS, Humberto Gomes de. Execução Fiscal Administrativa. **Revista CEF**, Brasília, Ano XI, n. 39, 2007, p. 8.

BRASIL. CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Analítico Justiça em Números**,2020. Disponívelem:https://www.cnj.jus.br/wp- content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em--N%C3%BAmeros-2020- atualizado-em-25-08-2020.pdf.

_____ . **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

_____ . **Lei no. 13.105 de 26 de junho de 2015**. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm.

_____ . Advocacia-Geral da União. **Protesto de Certidões de Dívida Ativa**, Notícias.Disponívelem: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/167799. Acesso em: 15 de maio de 2021.

_____ . IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**. Comunicados do IPEA, no. 83, 31 de março de 2011.

_____ . **Lei no. 13.988 de 14 de abril de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13988.htm.

Acesso em: 15 de maio de 2021.

_____ . Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RMS 31551/GO**. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

2010/0030120-4.Disponívelem: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000301204& dt_publicacao=24/08/2010. Acesso em: 15 de maio de 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil: Inteiramente Estruturado à Luz do Novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Guilherme. **A execução fiscal e os cadastros de restrição ao crédito:atéquando?ColunaMigalhasdePeso**.Disponívelem: https://www.migalhas.com.br/depeso/282476/a-execucao-fiscal-e-os-cadastros- de-restricao-ao-credito-ate-quando. Acesso em: 16 de maio de 2020.

CASTRO, Caio Benvenutti de. A Execução Fiscal e as Suas Crises de Instância**. Revista Doutrina Nacional**, 2015.

CASTRO, Kleber Pacheco de. Securitização de Recebíveis: Uma avaliação de créditos tributários e dívida ativa no setor público brasileiro. **Economic Analysis of Law Review**, no. 2, 2018, p. 6.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Protesto de Certidão de Dívida Ativa e Tutela Provisória no Novo CPC. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 45, Dezembro, 2018.

JESUS, Marcela do Amaral Barreto de. Mediação e Conciliação no Âmbito da Jurisdição Administrativa no Brasil. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 47- 53, jan./abr. 2017.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. **Desjudicialização. Acesso à Justiça e Teoria Geral do Processo**. Curitiba: Juruá, 2015.

PISCITELLI, Tathiane. MASCITTO, Andréa. **Desafios e Limites da Arbitragem Tributária no Direito Brasileiro**. CAAD – Arbitragem Tributária. 2018.

SABBAG, Eduardo. **Código Tributário Nacional Comentado**. – 2 Ed. Rev. Atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

11. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DELAÇÃO PREMIADA: ERROS PASSADOS COM OS QUAIS NÃO SE APRENDEU

Rafael Ferreira de Albuquerque Costa[321]

RESUMO: Este artigo buscou aferir a compatibilidade do instituto da colaboração premiada com a Constituição. Para tanto, empreendeu-se a análise de casos públicos e notórios e de matérias jornalísticas, bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de precedentes da Suprema Corte estadunidense, com enfoque na literatura especializada sobre o tema, além do recente precedente fixado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça na Pet. nº 13.974. Os resultados da pesquisa sugeriram dificuldades na conciliação entre a colaboração premiada e a Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada; Delação; Inconstitucionalidade; Operação Lava Jato.

11.1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem como escopo analisar a compatibilidade tanto teórica quanto prática do instituto do acordo de colaboração premiada com a Constituição da República de 1988, através de uma perspectiva crítica. Para tanto, é necessário advertir acerca de premissas utilizadas ao longo do trabalho, como também de nomenclaturas e posicionamentos, principalmente porque destoam da maneira como encaram o tema os Tribunais Superiores.

Em primeiro lugar, merece atenção a nomenclatura do instituto. Ao longo do trabalho, buscou-se utilizar mais a palavra "delação" para designar tanto as declarações decorrentes do acordo de colaboração quanto as unilaterais, uma vez que entendemos que a há um claro enfoque eufemístico no termo "colaboração", muito embora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considere ambos como institutos distintos regulados por diplomas legais diferentes. Entretanto, a preferência pelo vocábulo "delação" deu lugar por vezes à coesão textual, não tendo sido o rigor técnico estritamente cumprido, de modo que os *nomen juris* "delação" e "colaboração" foram utilizados como sinônimos.

Frise-se que não houve uma análise exaustiva do procedimento e dos contornos do acordo de delação premiada, tampouco das incongruências internas e externas do instituto, mas procurou-se analisar alguns pontos a princípio mais evidentes que parecem ser incompatíveis com as disposições da Constituição de 1988. A título de ilustração de outras problemáticas não abordadas, pode-se mencionar a possibilidade de pessoas jurídicas celebrarem acordos de colaboração premiada, a licitude e os limites da utilização dos elementos e das provas produzidos pelo colaborador quando rescindido o acordo, com ou

[321] Advogado criminalista. Pós-graduando em Direito Criminal Contemporâneo pela FGV-Rio. Membro da Comissão de Direitos Humanos da Seccional OAB/RJ.

sem sua culpa, a violação em abstrato da função social do contrato considerando a natureza jurídica de negócio jurídico processual do instituto, a legitimidade do delegado de polícia para celebração de acordos, o viés utilitarista do instituto, distanciando-o do fim de apuração dos fatos, o valor probatório das declarações prestadas (SANTORO, 2021, p. 213), a necessidade de contraditório prévio à homologação do acordo (BADARÓ, 2017, p. 133) e a clandestinidade de acordos celebrados sem conhecimento dos réus mencionados, o que pode gerar um contraste com a garantia da ampla defesa.

A metodologia dispensada na elaboração deste artigo cinge-se à revisão de literatura, perpassando o cotejo de material doutrinário, bibliográfico e jornalístico, bem como da jurisprudência dos tribunais superiores, principalmente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, além de alguns julgados pertinentes da Suprema Corte estadunidense.

O primeiro capítulo, dedica-se a argumentação em demonstrar como a dinâmica intrínseca à celebração do acordo eiva a voluntariedade dos colaboradores de vícios aptos a suscitar um questionamento quanto à sua validade do ponto de vista legal, como também do ponto de vista constitucional, visto que pode ganhar contornos de tortura, prática vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Pôs-se em perspectiva a questão da consensualidade e sua higidez como fundamento último da barganha penal, utilizando-se de caso público e notório ocorrido nos prelúdios da operação Lava Jato.

No segundo, terceiro, quarto e quinto capítulos, o objeto do estudo visou a demonstrar os preceitos constitucionais específicos que estariam sendo periclitados quando da celebração de um acordo de delação premiada. Valemo-nos novamente de um caso de repercussão ocorrido no bojo da operação Lava Jato, qual seja a apelidada pelos veículos de comunicação social de Delação do Fim do Mudo, apontando as possíveis fragilidades que se operam sobre o contraditório e a ampla defesa, sobre a presunção de inocência, especialmente enquanto regra de prova, e sobre a o sistema acusatório em geral.

11.2 AS COAÇÕES QUE IMPEDEM A VOLUNTARIEDADE DO DELATOR

A invocação do princípio do consenso supre, por vezes, a necessidade de legitimação de uma justiça penal negocial (LOPES JUNIOR, 2021, p. 5). Contudo, limitar a discussão à autonomia da vontade do acusado em dispor do contraditório e da ampla defesa, dentre outros direitos constitucionalmente assegurados, tende a torná-la superficial e desconectada de um Estado de Direito (SCHÜNEMANN & SACHER, 2005, p. 100), a perpetuar o cenário de utilização do direito penal e processual penal banalmente "como resposta para problemas sociais complexos, priorizando soluções e paliativas e sem enfrentar as causas reais" (LOPES JUNIOR, 2021, p. 4).

A consensualidade, muito embora seja admitida em se tratando de negociação cujo objeto é a estrita pecúnia ou obrigações civis com base na igualdade de posição dos

contratantes, ainda assim é encarada na esfera cível com cautela caso figurem partes com poderio de barganha manifestamente desproporcional e com a possibilidade de sujeitar a outra parte ao seu alvedrio mediante contratos por adesão. Na hipótese de negociação de direitos indisponíveis, é necessária prudência. Isto porque a liberdade negocial aparenta ser um eufemismo para a tergiversação em que consiste a submissão do imputado às exigências do Estado (SCHÜNEMANN, 2005, pp. 105 e 106), uma vez que não há paridade de armas, muito menos acesso aos elementos de prova em face de si, reduzindo o processo de uma garantia constitucional a um teatro acusatório destinado à contenção de prejuízos defensivos e à maximização da persecução penal. Em outras palavras, de acordo com ABRÃO (2021, p. 183),

> criticamente, um dos pontos questionáveis sobre os acordos envolvem a (in) voluntariedade do acusado ao firmar referido pacto com o acusador, diante da possível coerção, não física, mas intelectual, sofrida e ante sua posição fragilizada perante o órgão persecutório.

Em que pese se desdobrar por vezes em aspectos de direito material, a delação detém um caráter proeminentemente processual, "em viés probatório, com o afastamento do acusado de sua posição de resistência, a partir da fragilização de sua defesa e a aderência à persecução penal" (VASCONCELLOS, 2018, p. 61). O deslocamento do imputado de sua posição tradicional, nesse sentido, deflui de uma avaliação de prós e contras em exercer os direitos que lhe assegura a Constituição por meio do balanço entre a falta de conhecimento de todo o acervo informacional que o Estado possui contra si – pois, quando se está envolvido em uma megaoperação, o colossal volume de informações, de sujeitos e de fatos é de tal magnitude que, na realidade, a revelação integral do material probatório acaba por inviabilizar o exercício pleno do direito de defesa –, da dificuldade em ter acesso à integralidade das investigações, da possibilidade de receber uma reprimenda corporal mais gravosa caso não celebre o acordo, da insuavizável tortura sofrida mediante a decretação de prisões cautelares indevidas e da própria pendência de uma acusação criminal, assim como psicologicamente, o que se afigura possível apenas com a conivência do Poder Judiciário.

Um acordo na seara criminal implica em possíveis consequências as quais, ainda que aplicadas no menor patamar, afetam a liberdade do indivíduo. É de se cogitar a situação em que se encontra o imputado no momento de decidir pela celebração ou não de um acordo para delatar: de um lado, acusações que podem resultar em privação da liberdade; de outro, o abrandamento da persecução penal por um sacrifício que, considerado no plano individual, pode ser módico e até mesmo vantajoso, visto que era/é praxe a concessão de benefícios ilegais aos delatores, sobretudo pelo ainda prevalente posicionamento pela ilegitimidade do delatado para impugnar o acordo.

Tome-se como exemplo a experiência do rito sumaríssimo do Juizados Especiais Criminais em que as propostas feitas pelo órgão acusador são elaboradas à *prêt-à-porter* e aceitas pelo Suposto Autor do Fato sem sequer a produção de um mínimo de prova

sob o crivo do contraditório, bastando a iniciativa da lavratura do Termo Circunstanciado para que a parte seja reputada incontestavelmente a vítima. As propostas, caso aceitas, encerram a fase de conhecimento e encaminham os autos para o Juízo das Execuções sem exame de mérito e sem negociação, tampouco reduzindo o número de encarcerados, mas, ao contrário, ampliando o número de indivíduos postos sob a vigilância do poder punitivo (KARAM, 2009, pp. 10 e 11). Com efeito, é preciso olhar criticamente para a barganha penal, especialmente porque há uma disparidade de armas descomunal, de maneira que, logicamente, a parte avantajada tenderá a ceder menos quando à mesa, bem como à burocratização e à verticalização da consensualidade, se é que ela existe, nas mãos dos operadores jurídicos, numa reprodução em maior escala da administração do sistema de justiça criminal (CARVALHO, 2014, p. 132).

Efetivamente, os únicos personagens que se satisfazem nessa engrenagem negocial são os atores jurídicos que gozam da celeridade e simplificação de seus trabalhos e a audiência do espetáculo do sistema de justiça criminal que se deleita com megaoperações, incursões policiais em comunidades, vazamento de áudios de investigações sigilosas e na suposta descoberta de esquemas de corrupção (CARVALHO, 2014, p. 133; LANGBEIN, 1978, p. 18). O imputado, por sua vez, resta nu de opções frente a gravidade das consequências que se lhe aguardariam na hipótese de desejar prosseguir com todas as suas garantias constitucionais.

A título ilustrativo, socorremo-nos no caso *North Carolina vs. Alford* em que Alford foi acusado de homicídio, cujas penas, de acordo com a Lei do estado da Carolina do Norte à época previa, eram de 2 a 30 anos de prisão, caso fosse considerado culpado de um homicídio de segundo grau pelo júri, ou de morte, se condenado pelo júri por homicídio de primeiro grau, salvo a recomendação de prisão perpétua. O acusado declarou-se culpado, mas consignou que só o fez em razão do medo decorrente da ameaça de pena de morte, o que foi reconhecido em sede de recurso em ação de *Habeas Corpus*. Decidiu a Suprema Corte estadunidense, porém, que a autodeclaração de culpa (*guilty plea*) representava "uma voluntária e inteligente escolha dentre as alternativas disponíveis ao réu, especialmente um representado por competente advogado, não está compelido pelo sentido da Quinta Emenda porque ela foi inserida para evitar a pena de morte" (Estados Unidos da América, Suprema Corte, 1970, tradução livre). Nota-se o excessivo formalismo da postura adotada no caso julgado pela Suprema Corte estadunidense, considerando apenas os critérios da inteligência/informação e da voluntariedade numa perspectiva contratualista clássica de liberdade individual.

No Brasil, houve também um caso emblemático, ocorrido no bojo da operação Lava Jato, que nos servirá de exemplo. Em 2014, foi decretada a prisão preventiva de Paulo Roberto Costa, então Diretor-Presidente da Petrobras. Muito embora seja direito estampado do detido a sua reclusão em local próximo ao da família, ele foi levado à carceragem da Polícia Federal de Curitiba, onde teve restringido seu contato com a família e com seus

advogados em razão da distância, verdadeira pena de banimento, expressamente vedada pelo texto constitucional (art. 5º, XLVI, *d*) (FERNANDES, 2020, p. 112).

Os abusos não cessaram, tendo seus advogados percebido que Paulo Roberto "se desesperava quando se aproximavam os feriados. Percebi que os policiais do plantão trancavam os presos, que passavam dias sem tomar banho de sol, e mesmo banho durante aqueles dias" (FERNANDES, 2020, p. 113), dando causa a um pedido de *Habeas Corpus* indeferido sob o fundamento de que, conquanto "tenha suscitado pródigos argumentos jurídicos acerca da dignidade da pessoa humana e dos direitos a serem assegurados ao preso, não trouxe elementos concretos aptos a demonstrar que sua dignidade esteja sendo violada pelo Estado, dadas as circunstâncias" e arremata afirmando que as restrições do cárcere "são próprias da sua situação que, diga-se, é provisória, e que, por enquanto, se justificam" (FERNANDES, 2020, p. 115).

Houve, aliás, ameaças dos policiais responsáveis pela carceragem de que, na hipótese de Paulo Roberto continuar a "causar problemas" reclamando seus direitos, seria transferido para o presídio federal de Catanduvas (LUCHETE, 2014). Após a notícia, Paulo Roberto é encaminhado para o presídio estadual de Piraraquara/PR (PEP II), em razão do que foi oficiado o Juízo sobre a insegurança desse estabelecimento prisional pela Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Paraná, resultando na derradeira transferência de Paulo Roberto do PEP II de volta à carceragem da Polícia Federal, de forma que "o mecanismo necessário para se obter as delações por prisões ilegais e verdadeiras torturas lentas, somadas as (*sic*) pressões às famílias, (*sic*) estava pronto" (FERNANDES, 2020, pp. 121 a 124).

Tanto no caso *North Carolina vs. Alford* quanto no do ex-diretor da Petrobras, parecem exalar certo cinismo institucional inerente à burocratização exacerbada e ao elitismo Judiciário, acompanhado até mesmo por defensores que entendem se tratar a delação de um meio legítimo de defesa. É árduo compreender a autodeclaração de culpa como uma escolha sóbria e racional, principalmente quando se defrontará com uma possível pena de morte e sobre a que não há a mínima certeza da superveniência ante as inúmeras variáveis intrínsecas a um julgamento. Igualmente, é poroso e frágil a alegação da higidez da voluntariedade de alguém que foi privado dos banhos de sol e higiênico, além de ter sido ameaçado por agentes do próprio Estado.

Parece incontornável o fato de que toda barganha efetuada no seio da administração do sistema de justiça criminal eiva-se de violações à dignidade da pessoa humana, assim como essas vis condutas violadoras são uma estratégia processual ostensivamente aplicada, tendo em vista que em parecer exarado pelo Ministério Público Federal se aduziu que a "possibilidade de a segregação influenciá-los (os delatores) na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade, o que tem se mostrado bastante fértil nos últimos tempos" e que a prisão cautelar "tem importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais" (BRASIL, Ministério Público Federal, 2014, pp. 2 e 7).

Outrossim, o ex-juiz-ex-ministro MORO (2004, pp. 58 e 59) já exaltava a operação *Mani Pulite*, enaltecendo a publicidade dos atos investigatórios e que a tática.

> de investigação adotada desde o início do inquérito submetia os suspeitos à pressão de tomar decisão quanto a confessar, espalhando a suspeita de que outros já teriam confessado e levantando a perspectiva de permanência na prisão pelo menos pelo período da custódia preventiva no caso da manutenção do silêncio ou, vice-versa, de soltura imediata no caso de uma confissão (uma situação análoga do arquétipo do famoso "dilema do prisioneiro").

Visando à resolução do problema atinente à voluntariedade, a Lei nº 13.964/19 alterou a redação do art. 4º, §7º, IV da Lei nº 12.850/13, acrescendo que o exame da voluntariedade do delator será procedido "especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares". Entretanto, parece insuficiente a alteração promovida, uma vez que o enfrentamento dos rigores do processo penal e das consequências materiais incertas e mais graves que sobrevirão, por si só, já macularia qualquer voluntariedade. De todo modo, é despiciendo aduzir que a praxe é aponta para a vulgarização da aplicação de cautelares, sendo que 29,8% da população carcerária brasileira é composta por presos provisórios (BRASIL, Departamento Penitenciário Nacional, 2020).

As transgressões e a negação aos direitos humanos mais basilares que visam a forçar o imputado a delatar, como assevera LANGBEIN (1978, p. 13), tornam a barganha penal semelhante à tortura da inquisição apenas com distinção de grau, não de natureza, porque, em última análise, ambas são coercitivas e denotam uma transição de um modelo adjudicatório para um concessivo (LANGBEIN, 1978, pp. 12 e 13). Essa semelhança não encontra limitação no *plea bargaining* estadunidense ou na delação premiada brasileira, senão espraia-se por onde quer que os tentáculos poder punitivo alcancem, a exemplo do caso japonês, narrado por KAWATSU (2021, pp. 10 e 11), que, a despeito da nomenclatura idêntica à do instituto anglo-saxão, se assemelha com os acordos para delatar. Sua inserção formal no ordenamento japonês ocorreu não em razão da necessidade de repressão, mas do clamor por segurança jurídica e amparo legal dos acusados, que eram submetidos a longos interrogatórios, eram alvos de medidas cautelares raramente negadas pelos magistrados e se acuavam diante da iminente ameaça do cárcere.

11.3 O FRACASSO DA "DELAÇÃO DO FIM DO MUNDO" E A IMPORTÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – AS SALUTARES, MAS INSUFICIENTES MUDANÇAS DO ART. 4º, §16 DA LEI Nº 12.850/13

O contraditório e a ampla defesa são classicamente de suma importância para a construção do processo. LOPES JUNIOR (2020a, p. 43) exalta a importância de Fazzalari em razão de sua visão superar o formalismo-burocrático e repristinar o contraditório como elemento de todos os atos do procedimento até seja proferido o provimento final e colocando essa característica/garantia do processo no patamar de método de comprovação da verdade

e de disputa pelo sentido da prova, sendo um ato de questionamento da "suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petitória)" (LOPES JUNIOR, 2020a, p. 112).

Contradizer os fatos imputados ou a narrativa proposta por apenas uma das partes é de fundamental relevância para a garantia de um mínimo de confiabilidade epistemológica. Acompanhando a captura cognitiva que o primeiro contato com a versão acusatória pode gerar, existe apenas um ângulo do fato até então apresentado, sendo absolutamente necessária a colaboração a partir do enfoque do imputado para a integração do fato e a formação do convencimento judicial.

Entendemos benigno para o processo penal a inclusão dos incisos e da nova redação dada ao §16 do art. 4º na Lei 12.850/13, o qual tolhe a utilização exclusiva do teor da delação para decretação de medidas cautelares reais ou pessoais, para proferimento de decisão da denúncia ou da queixa-crime e para prolação de sentença condenatória, máxime porque, à exceção da sentença, essas decisões judiciais demandam o preenchimento de um *standard* de prova menor e são desprovidas de contraditório prévio, sendo de extremo bom tom a exigência de outros elementos de corroboração. Essa, aliás, é a posição de BADARÓ (2017, p. 135) para quem consiste em importantíssima regra de valoração da prova, a qual, de modo algum, representa um retorno, ao sistema de prova tarifada. Na realidade, ainda segundo o processualista, cuida-se de regra de valoração mediante regime de prova legal negativa.

Contudo, essa alteração não parece dar conta da esterilização do contraditório imposta pela vulgarização da delação premiada no cenário jurídico nacional. A título de ilustração, analisar-se-á o contexto da apelidada "Delação do Fim do Mundo", que originou a abertura de 286 linhas de investigação no Brasil (NEVES, 2021), cujo sigilo do documento foi levantado pelo Ministro Edson Fachin (CONSULTOR JURÍDICO, 2017).

O episódio refere-se ao acordo de delação premiada firmado com executivos da empresa Odebrecht, que somaram os 77 (setenta e sete), tendo mencionado 293 fatos passíveis de apuração pelo Ministério Público, dos quais sete foram de plano arquivados por não possuírem evidências de crimes. Segundo a matéria jornalística, apenas 47 dos 286 casos engendraram ações penais e, desses 47, sete tiveram sentença condenatória proferida, de sorte que apenas 2,5% dos fatos levados a conhecimento do Ministério Público efetivamente se tornaram condenações (NEVES, 2021).

Não há dúvidas de que o impacto na esfera individual dos delatados seria ainda mais devastador se não houvesse a vedação legal à emissão de pronunciamentos judiciais apenas com base na palavra do delator. Por outro lado, evidencia-se ainda mais o déficit epistêmico a que está sujeito o instituto do acordo de delação premiada, visto que a mera verossimilhança no caso da "Delação do Fim do Mundo" bastou para o enveredamento e empenho de esforços na direção de persecuções penais natimortas, o que, além de depor contra a fiabilidade epistemológica do instituto e fazer saltar seu prejuízo em termos de contraditório, indica graves alocações de recursos públicos em investigações infrutíferas.

Em boa hora, porém não nos livra das preocupações, incluiu-se, por meio da Lei nº 13.964/13, o art. 3º-B, §4º, cuja previsão permite a realização de uma instrução prévia à continuidade das tratativas quando necessária à elucidação de circunstância de fato, de capitulação jurídica, relevância ou interesse e utilidade públicos. De todo modo, mesmo com a inclusão retro citada, insiste-se em dar proeminência à investigação penal e à produção de elementos de informação em seu bojo, como se às partes coubesse levar ao órgão judicante a demanda resolvida e a este restasse apenas a homologação e a confirmação do preteritamente pactuado. Há um claro retorno ao modelo de concentração das funções que, em vez de se atribuir a investigação e julgamento ao magistrado, atribuem-se ao Ministério Público, de maneira que "a fogueira da inquisição continua acesa, só tendo sido trocado quem exerce o papel de inquisidor" (BADARÓ, 2017, p. 143).

Sob outra perspectiva, a ampla defesa revela a necessidade e possibilidade jurídica de impugnar a decisão homologatória do acordo de delação. A Lei nº 13.964/19 incluiu o §7º-B no art. 4º da Lei nº 12.850/13, reputando nulas de pleno direito as cláusulas que obstem a impugnação da decisão homologatória do acordo de delação. Embora pareça claro quando se trata da contratualidade cível, para a qual não são bem-vistas as renúncias, sobretudo quando advindas de um contrato celebrado por adesão (BRASIL, 2002), era comum nos acordos de delação premiada a estipulação de cláusula de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória do acordo (BOTTINI, 2017, p. 187), a exemplo do acordo objeto do Habeas Corpus nº 127.483 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2015). Obrigou-se o delator, na hipótese, a desistir de toda e qualquer defesa processual, bem como de impugnar o acordo em caso de descumprimento pelo Ministério Público, em franca violação da garantia constitucional do acesso à justiça.

Nesse sentido, contrapõe-se à referida garantia a renúncia ao direito de recorrer da decisão que homologa o acordo. Veja-se que não se está a defender que possa o delator agir de má-fé e dar causa à nulidade, uma vez que esse comportamento é vedado tanto pela lei processual penal quanto pelo princípio geral de direito segundo o qual ninguém poderá se beneficiar da própria torpeza. Logo, não se cuida de *venire contra factum proprium* e violação da boa-fé objetiva, senão da observância da estrita legalidade na atuação do Estado, a permitir seja, em certas situações, questionada a competência do juízo homologador do acordo, além de outros eventuais aspectos objeto de impugnações cabíveis (BOTTINI, 2017, 192). É de maior essencialidade a garantia do acesso à justiça e à ampla defesa tão logo seja homologado o acordo se se adota o posicionamento, do qual dissentimos, de BOTTINI (2017, p. 194) para quem a homologação do acordo de colaboração premiada reveste o ato de perfeição e autoridade, sobre o qual recai a manta da proteção constitucional contra a sindicabilidade judicial e o prejuízo posterior da lei, podendo ser afastada em hipóteses excepcionais, tais quais as que autorizam a desconstituição da coisa julgada. Ou seja, para o autor, há preclusão consumativa com a decisão homologatória, o que com

mais razão advoga em favor do direito à impugnação do acordo, ante a impossibilidade superveniente de revisão de ofício pelas instâncias superiores.

Enquanto meio de obtenção de prova – natureza jurídica da delação premiada, em tese, pacificada pela alçada ao patamar legal (art. 3º-A) –, está o instituto submetido a um regime jurídico próprio que abrange o contraditório diferido, tanto para o delator quanto para o delatado, realçando ainda mais a imprescindibilidade do direito à impugnação da decisão homologatória. Outrossim, a relevância prática da fixação de sua natureza jurídica tange a própria vedação de sua utilização como elemento de convencimento.

O processo penal, portanto, sofre alterações substanciais em sua dinâmica quando desfalcado de contraditório. Por isso, é perceptível que as mudanças acerca da instrução prévia à celebração do acordo, a necessidade de elementos de corroboração para emissão de juízos desfavoráveis a terceiros e a nulidade das cláusulas que vedam a impugnação da decisão homologatória não se prestam a corrigir os desvios do processo penal. A concentração da produção de provas na fase pré-processual evidencia pouco apreço à decisão de um terceiro imparcial, bem como a um mínimo de correlação entre a verdade processual e o provimento final, ao passo que elementos de caráter alucinatório promovem distorções cognitivas e processuais, mesmo que se fundem no acusador, antecipando juízos de culpa e prescindindo de qualquer corroboração. Afinal, evidências e convicções já dispensam provas.

11.4 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA DE PROVA: A INVERSÃO DA DELAÇÃO

A presunção de inocência está prevista na Constituição brasileira em seu art. 5º, LVII, ao dispor que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", sendo também objeto de normas internacionais, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 2) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 11, 1). Disso decorrem implicações de natureza exo e endoprocessual, quais sejam a regra de tratamento que as autoridades públicas devem dispensar ao acusado e a vedação à publicidade excessiva, bem como a alocação do ônus probatório todo a cargo da acusação e a limitação da utilização de medidas cautelares tão somente para assegurar o resultado do processo (LOPES JUNIOR, 2020a, pp. 109 a 111).

Essa garantia processual, ademais, é primordial para verificação de um sistema acusatório, o qual, segundo PEZZOTTI (2020, p. 77), tem "como coração a presunção de inocência", ao contrário do que ocorre com o sistema adversarial, em que para além de as partes possuírem a exclusiva iniciativa probatória, elas detêm poder dispositivo sobre suas garantias, não havendo compromisso com o estado de inocência, muito menos com a concretização de políticas estatais ou fins públicos (PEZZOTTI, 2020, pp. 82, 83 e 90). Nesse sentido, parece assistir razão a LOPES JUNIOR (2021, p. 5) quando afirma que a

negociação não é um traço do sistema acusatório; ao contrário, supervaloriza a confissão e os atos de investigação produzidos sem a observância do contraditório e da ampla defesa, a depreciação da atividade judicante como garantia do acusado, passando a ser mera homologadora da vontade das partes (vide item 3), como também a presunção de inocência, visto que rebaixa a exigência do *standard* de prova para aplicação da reprimenda penal.

Especificamente quanto à regra probatória segundo a qual não existe distribuição de carga probatória no processo penal, destaca-se que não se admite "nenhum tipo de inversão de carga probatória" (LOPES JUNIOR, 2020a, p. 110), consubstanciando mera atribuição de carga probatória à acusação, a quem cabe provar, licitamente e acima de qualquer dúvida razoável, a conduta criminosa descrita na denúncia. Emerge dessa constatação que a delação premiada permite e inclusive depende de uma inversão dessa regra de prova, porquanto realoca o ônus probante no polo passivo da demanda, em especial a partir da disposição do art. 3º-C, §4º em que "incumbe à defesa instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, indicando as provas e os elementos de corroboração".

Dito de outro modo, a produção probatória auto e heteroincriminatória ficará a cargo da defesa, pervertendo a garantia processual da presunção de inocência, e que só adquire alguma fiabilidade com a renúncia do acusado ao direito ao silêncio, senão se poderia cogitar que o acusado pudesse estar mentindo sem estar sujeito a nenhuma ou ínfima sanção. A violação de regras constitucionais e a afronta à jusfundamentalidade desses direitos reverbera efeitos na validade do acordo celebrado e na inadmissibilidade das provas produzidas pelo delator e de todas aquelas derivadas de sua contribuição com a investigação.

Nas palavras de BRANDÃO e CANOTILHO (2016, p. 37):

> O atentado à dignidade pessoal dos réus determinado pelo procedimento ludibrioso identificado não se esgota no facto de eles serem levados a acusar-se a si mesmos em virtude de um engano em que o Estado os faz incorrer. Radica ainda também na instrumentalização de que são alvos para um fim que lhes é estranho, a perseguição criminal de terceiros. O que estes acordos de colaboração premiada revelam e' uma tentativa de a outrance criar condições para a obtenção de provas incriminatórias de pessoas suas parceiras no crime. Para isso, lança-se mão do instrumento insidioso das promessas falsas, com sacrifício das mais elementares garantias de defesa próprias do estatuto processual do arguido.

Evidenciam os autores que o particular estaria agindo como verdadeiro *longa manus* do órgão acusador, disfarçando as violações às garantias constitucionais pelo Estado. Conquanto seja admitida a possibilidade de violação de direitos fundamentais em âmbito horizontal, ou seja, por pessoas privadas, é incomum o conhecimento de casos que cuidem dessa espécie de transgressão, sobretudo em matéria penal, o que torna ainda mais penosa a identificação do fenômeno.

Contudo, acertada parece a conclusão de BRANDÃO e CANOTILHO (2016, p. 37) para essas hipóteses nas quais endossam que a "a proibição de valoração de provas obtidas

deste jeito enganoso deve ser absoluta, projectando-se não apenas na direcção do colaborador enganado, como também na dos terceira visados pelas suas declarações delatórias". No quanto acabado de se expor, a solução deve ser pela inadmissibilidade da prova, eis que obtida por meio ilícito, qual seja a inversão indevida da regra de prova imposta pelo próprio texto constitucional.

11.5 O PROBLEMA DA ISONOMIA INERENTE À ADMISSÃO DA DISCRICIONARIEDADE MINISTERIAL

Os contornos da heurística imanente à escolha do momento de celebração do acordo e do sujeito que será contemplado repousam em extrema margem de discricionariedade, "para não se dizer puro arbítrio do acusador" (BADARÓ, 2017, p. 142), o que suscitou o debate sobre a criação pelo legislador de exceções ao princípio da obrigatoriedade (legalidade) da ação penal, sob a cláusula do que se veio a denominar discricionariedade regrada. Posto que muitos admitem sua conformidade com o ordenamento jurídico, parece-nos padecer de inconstitucionalidade na medida em que afeta o devido processo legal e a isonomia.

Segundo o BADARÓ (2017, p. 137), é possível falar em modelo clássico de justiça penal:

> Segundo o qual ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Esse modelo costuma caracterizar o processo penal como um instrumento de legitimação do poder de punir estatal, a partir do funcionamento de um mecanismo cognitivo para a verificação factual da imputação formulada na acusação, com a aplicação da norma penal adequada e a sanção correspondente, no caso sua demonstração além de qualquer dúvida razoável.

A descrição acima parece corresponder ao modelo eleito pela Constituição brasileira, apesar de serem cada vez mais aceitos espaços de negociação no processo, o que aponta para dificuldades no tocante à isonomia e à fundamentação, isto é, no controle e na equidade das ações pautadas pelo juízo de conveniência e oportunidade do Estado no âmbito do processo penal. Com efeito, também se mostra salutar a introdução da regulamentação do art. 3º-B, notadamente seu §1º, visto que exige seja justificado o indeferimento sumário da proposta de acordo do delator. Contudo, ainda que se exija a justificativa, e daí exsurge o dever de fundamentar, o Estado não possui limites definidos do que pode ou não servir como respaldo jurídico para aceite ou recusa da delação, à exceção da pressuposição de interesse e utilidade públicos (art. 3º-A) e a do critério de determinação de conhecimento prévio do fato pela Autoridade Celebrante para fins de concessão de benefício do não oferecimento da denúncia (art. 4º, §4º-A), incorrendo na mesma falha de isonomia e de segurança jurídica.

Em que pese a objeção quanto à veracidade e fiabilidade das declarações prestadas pelo delator (GUIDI, 2006, p. 137) terem sido em muito minimizadas pela vedação legal

ao pronunciamento judicial de mérito ou cautelar lastreado somente no dado obtido na delação (BRASIL, 2019), ainda há margem para a crítica, especialmente se tomarmos o exemplo da apelidada Delação do Fim do Mundo, mencionada no capítulo 3. Nessa delação, foi possível observar os efeitos deletérios da seletividade do sistema.

ZAFFARONI (2011, p. 47) expõe que a seletividade penal é um produto histórico-social de determinada localidade, que se utiliza de veículos de informação de massa, para direcionar quais seriam as transgressões mais carregadas de perversidade e violência no imaginário social, geralmente identificando-as com alguma característica social ou fenotípica do delinquente. Para WEIS (2021, p. 297), o delito, nesse sentido, acaba se restringindo aquilo que produz a dialética entre a infraestrutura e superestrutura, isto é, dos interesses da classe dominante em determinada sociedade; o que é diferente do conflito penal, o qual se refere às condutas mais lesivas socialmente e deveriam, ainda segundo a autora, ser vistos sob o ponto de vista das classes subalternas. Não obstante, sabe-se que prevalecem os interesses da infraestrutura desde o ponto de vista marxista. Fato é que o sistema penal "*es injusto en todos lados y particularmente en nuestra lastimada latinoamérica. A esta injusticia se la llama 'selectividad penal*'" (WEIS, 2021, p. 294).

Essa é a noção clássica de seletividade penal que, a partir da criminologia crítica, denuncia que o exercício do poder punitivo é sempre desigual, desde o momento da criação legislativa (sua gênese) até o momento da sua aplicação, sujeitando-se à discricionariedade de diversos agentes ao longo da cadeia persecutória. A despeito de ter sido desenvolvido para explicar a fenomenologia da criminalização e marginalização das classes mais pobres, é possível aplicar o conceito de seletividade no bojo da criminalidade econômica que parece ser o objeto principal dos acordos de delação premiada.

A seletividade penal, em termos mais simples, pode ser conceituada como a condução pelo sistema à atuação de seus agentes sobre determinados grupos em razão de preconceitos e preconcepções. Com efeito, a narrativa sobre a impunidade dos poderosos, a demonização da política e a crença de que ricos não vão presos são fatores que tendem a favorecer a construção das elites como inimigos, sujeitando-as ao mesmo processo que excluiu a população não branca e pobre e legitimou sobre elas o exercício do poder punitivo.

Nesse cenário, a legalidade, cuja uma das faces é a obrigatoriedade na promoção da ação penal, funciona como limitador dessa seletividade. O princípio da obrigatoriedade impõe ao Estado o dever de investigar sempre que tiver notícia de um crime e o dever de acusar sempre que houver prova da materialidade de um delito acompanhada de indícios suficientes de autoria (CAEIRO, 2000, p. 32). Se antes o dogma da obrigatoriedade se justificava pela pretensão de justiça absoluta, na qual se solucionam todos os crimes e todos os criminosos, a constatação da diferença entre os crimes efetivamente conhecidos pelo Estado e os praticados, a cifra oculta, e o desvelamento pela criminologia das reais

razões do sistema penal alçaram o princípio da obrigatoriedade ao grau de pressuposto para a execução do poder punitivo, mas, principalmente para "preservar a justiça penal de 'suspeitas e tentações de parcialidade e arbítrio' que possam comprometer 'a confiança da comunidade na incondicional objectividade' do aparelho judiciário e, consequentemente, a eficácia preventiva das normas penais" (CAEIRO, 2000, p. 33).

Importa advertir que a mera emissão de juízos é inerente a qualquer atividade que demande a aplicação do direito, de sorte que não se endossa que o Ministério Público os deixe de praticar. A análise sobre a justa causa, sobre a tipicidade, o arquivamento, etc. não implicam em um juízo de oportunidade, senão na aplicação de critérios legais que conformam a política criminal adotada pelo legislador. A admissão da oportunidade, ou seja, da utilização de critérios de conveniência meta-jurídicos desembocaria na concretização de uma política criminal própria da instituição responsável pela persecução criminal, a qual não possui mandato popular (CAEIRO, 2000, pp. 35, 40 e 41, 44 e 45). Outrossim, conferir margem ampla de deliberação ao Estado, máxime quando se trata do poder punitivo, demanda cautela, visto que frequentemente é preciso desconfiança sobre o paternalismo das instituições e do exercício do "bom poder" (CARVALHO, 2014, p. 133). A própria Delação do Fim do Mundo demonstrou como é possível a confusão entre o interesse público e o interesse do ocupante do cargo, enveredando a persecução penal em face de indivíduos específicos.

Um outro bom exemplo do impacto negativo prático e jurídico da oportunidade no seio da delação premiada foi a concessão de benesses ilegais nos acordos. Em trabalho publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, SANTORO (2021) elenca previsões *extra* e *contra legem* nos acordos firmados no bojo da Operação Lava Jato, sobretudo no que tange à multa compensatória, à pena, à prova, ao direito de acesso à justiça, à competência, aos bens, à propositura de outras ações e a medidas cautelares pessoais. Extrai-se da análise que o Ministério Público, ao lançar mão de cláusulas violadoras da ordem pública e da reserva legal, do núcleo essencial dos direitos fundamentais e da proibição do excesso, parece colocar-nos diante de um autoritarismo que avoca para si as atribuições de outros poderes, como se "os órgãos de persecução não tivessem qualquer vínculo com a legalidade e/ou que os órgãos de persecução pudessem produzir eles mesmos a legalidade" (SANTORO, 2021, pp. 213/214). Há uma aparente afronta à isonomia, porquanto não há forma de controle da concessão de determinado benefício extralegal ou ilegal a um e não a outro investigado, de modo que se devem questionar "os motivos pelos quais a maior parte das disposições violadoras da legalidade não são consideradas inválidas na prática" (SANTORO, 2021, p. 211).

Conquanto seja contundente a crítica no tocante ao respeito à legalidade pelas instituições públicas, que foi até mesmo contemplada pelo Poder Legislativo com a edição da Lei nº 13.964/19, que alterou o art. 4º, §7º, II da Lei nº 12.850/19, passando a vedar, sob

pena de nulidade, qualquer espécie de sanção ou benefício acordado que não estivesse previsto em lei, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos da Pet. 13.974, deu provimento ao agravo regimental em matéria penal interposto pelo Ministério Público Federal não tornar inválidos os negócios jurídicos que possuam esse tipo de benesse extralegal, permitindo ao magistrado que avalie, segundo critérios de ponderação e proporcionalidade, as vantagens pactuadas em relação à efetividade da delação.

Nesse sentido, há um retorno ao modelo de concentração de funções, o que já indica franca violação ao princípio acusatório, como se verá no capítulo seguinte, pois fica a cargo do Estado o "se", o "quando", o "com quem" e o "como" do acordo de delação premiada (BADARÓ, 2020, p. 143). Dito nas palavras de BADARÓ (2020, p. 143):

> É o Ministério Público que irá escolher com quem celebrará a colaboração e, o que é mais relevante, que versão dos fatos será aceita. Há colaboradores que recebem imunidade e sequer são processados; outros, mesmo sem terem sido investigados ou denunciados, já aceitam voluntariamente uma pena específica a ser cumprida, com a simples homologação do acordo. Não haverá instrução e nem julgamento!

A questão de fundo sobre a qual se pauta a legitimação de uma condenação criminal, qual seja a construção de uma verdade processual dialética em contraditório aferida por um juízo imparcial, esvai-se no traslado da legalidade, isto é, no dever de investigar e de acusar, para a discricionariedade da eleição descriteriosa de uma versão dos fatos e de quem merece ou não ser agraciado pelo acordo.

A discricionariedade ministerial, ou oportunidade, implica na derradeira distorção da redução da intervenção judicial no processo penal, incompatível com seu papel de institucional de efetivação dos direitos fundamentais. É preciso destacar que a difusão do *nolle prossegui* (promessa de não persecução, em tradução livre) no direito estadunidense promoveu a maior distorção sistêmica, visto que subverteu a lógica processual e transformou o julgamento pelo júri uma exceção e a solução do processo pelo consenso entre as partes como regra (PEZZOTTI, 2020, p. 140 e 142), sendo que começou com o interesse do Estado em uma política criminal direcionada para a repressão mais eficiente de tipos penais específicos, como o comércio ilegal de álcool, e atingiu seu ápice quando foi permitida a concessão do *nolle prossegui* a qualquer membro do órgão acusatório. Ademais, a popularização dessa solução processual deveu-se também à sobrecarga de trabalho dos responsáveis pela *persecutio criminis* e à maior complexidade dos julgamentos, que passaram a contar com a assistência de defesa técnica e regras mais robustas de direito probatório (PEZZOTTI, 2020, pp. 138 a 141).

Destarte, observa-se que a opção pela oportunidade consiste em assumir mais uma forma de seletividade penal, o descontrole da atuação do Ministério Público, e o retorno a um processo penal de funções concentradas e a subversão da lógica processual, tornando a solução por julgamentos a exceção, agravando ainda mais o problema da aplicação de pena e de benefícios penais sem a observância da garantia da jurisdicionalidade.

11.6 A DESVIRTUAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Há quem distinga de forma substancial a laboração da justiça penal consensual ou negociada, típica do direito de matriz anglo-saxã, e do acordo de delação premiada, *v. g.* BRANDÃO e CANOTILHO (2016, pp. 22 e 23) quando afirmam que "os esquemas processuais penais de natureza negociada deixam de fora a delação de terceiros, circunscrevendo-se à confissão de crime próprio", de maneira que a "mitigação da punição fundada no contributo para a responsabilização de comparticipantes no crime fica à sua margem", ao passo que, no que concerne à delação, há a "atenuação da sua responsabilidade fundada na autoincriminação ou na admissão de culpabilidade". De todo modo, parece inafastável a nota de que ambos flertam com a admissão da própria culpa como elemento central da responsabilização penal.

Com efeito, importa sublinhar que a característica principal do sistema inquisitivo é atribuir ao processo penal um caráter adjetivo, isto é, a função última de realização do direito material (PRADO, 2006 p. 105) do que deriva o acúmulo de funções em um sujeito processual e a primazia da confissão como *regina probationum* em razão da busca incessante pela verdade real (*veritas delicti*), já que esse meio de prova poderia revelar "o que nenhum inocente poderia saber" (LANGBEIN, 1978, p. 7).

Sabe-se, já tendo sido trabalhado em capítulos pretéritos deste trabalho, que a verdade real constitui um dogma no processo penal inquisitório do qual ainda se encontra resistência para se desvincular o Sistema de Administração de Justiça Criminal. O *nemo tenetur se detegere*, o direito à não autoincriminação, surge como contraposto a esse dogma processual responsável por alocar no imputado o ônus da prova sobre o fato, assegurando que nenhum indivíduo se visse coagido a prestar qualquer espécie de informação que implicasse direta ou indiretamente na assunção de autoria de um delito (EL RAFIH & BATICH, 2021, pp. 198 e 199).

Embora se reconheça que o conteúdo do direito à não autoincriminação se altere a depender da localidade e da tradição jurídica do sistema, *e.g.*, nos Estados Unidos, esse princípio é interpretado restritivamente, abarcando apenas as declarações comunicativas, orais ou escritas, do réu (Estados Unidos da América, Suprema Corte, *Schmerberer vs. California*, 1966), o ordenamento jurídico brasileiro consagra amplamente o *nemo tenetur se detegere*. Assegura-se-o sob duas vertentes: a primeira é o direito de não ser obrigado a depor contra si e a segunda, o direito de não se declarar culpado. Com isso, ramifica-se ainda mais a cadeia de direitos do imputado, garantindo-lhe o direito a não confessar, o direito de mentir desde que não prejudique terceiros, sob pena de responder pelo crime de denunciação caluniosa, o direito de não produzir qualquer tipo de prova contra si e o direito de não participar ativamente no processo (EL RAFIH & BATICH, 2021, pp. 199 e 200).

EL RAFIH e BATICH (2021, pp. 200 e 201), ao citarem Gabriela E. Córdoba, constatam que o direito à não autoincriminação "constitui um dos limites à averiguação da

verdade no domínio da administração da Justiça Penal e uma das maiores conquistas do processo penal reformado", uma vez que se afasta da perspectiva de que o fim último do processo era o alcance da verdade material.

Há quem defenda, no entanto, que a previsão legal de renúncia ao direito ao silêncio, estampada no art. 4º, §14 da Lei nº 12.850/13, não ofende a Constituição da República e a ordem pública. Isso porque é feita a distinção entre a renúncia e o não exercício.

Tome-se como exemplo um réu confesso. É da vasta maioria da doutrina que é lícito não exercer o direito a não se autoincriminar a fim de ser agraciado com uma circunstância atenuante no momento da dosimetria. O argumento pretende traçar um paralelo com a delação precisamente nesse ponto: se ao réu é lícito confessar fato seu, também o seria a confissão de fato seu e de outrem com o objetivo de alcançar alguma das benesses legais relacionadas à delação, sem que isso importe na renúncia a um direito.

Contudo, parece incorrer em falha essa dedução, uma vez que ignora o elemento da retratabilidade na hipótese. Caso confesse, é tão lícito ao réu a assunção da responsabilidade pelo fato quanto à retratação da confissão, sem que disso se retire um prejuízo jurídico, sendo relevante apontar que pode haver uma desvantagem prática no tocante ao convencimento do julgador. Já na hipótese da delação, embora seja a confissão pressuposto do acordo, a retratação é acompanhada de sanções jurídicas como a rescisão do acordo e a possibilidade de utilização das provas apresentadas e das declarações prestadas no processo, menos a seu desfavor, que, salvo melhor juízo, pretendem conferir ao acordo um estado de irreversibilidade. Com efeito, talvez extrapole o limite do núcleo essencial do direito fundamental à não autoincriminação a imposição de sanções e condicionantes ao seu exercício, a configurar uma renúncia, não mero ato dispositivo válido à luz do ordenamento. Dessa forma, a assunção do compromisso legal de dizer a verdade parece repristinar a valorização da confissão como meio de prova preponderante.

A delação premiada parece desnaturar, portanto, o sistema acusatório em todas as suas características essenciais, estampando mais uma incongruência com as disposições constitucionais. O direito à não autoincriminação, calcado nos direitos constitucionais à presunção de inocência, ao silêncio e à ampla defesa, é afastado para possibilitar o mínimo de coerção do imputado e a fiabilidade de suas declarações, ao passo que, como exposto à miúde nos capítulos 2, 3 e 4, a celebração de acordos aparentemente encontra problemas substanciais com preceitos constitucionais, notadamente o contraditório, a ampla defesa, sob a perspectiva do direito ao recurso, a isonomia, a presunção de inocência e à concentração de funções.

11.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A delação premiada ganhou a simpatia da prática forense sob o discurso de salvação da única via possível. O pacto de silêncio das organizações criminosas, sua presença quase etérea aos olhos do Estado e a dificuldade em produzir provas da materialidade e em delinear a autoria dos delitos por elas praticados (MINGARDI, 1998, pp. 83 a 87) permitiram a invocação da delação premiada como impreterível instrumento de alcance da Justiça, em especial a partir da difusão do interesse estadunidense em reprimir delitos de organizações criminosas e de lavagem de dinheiro, praticados em consequência dos lucros gerados pelo tráfico de drogas, no cenário internacional (D'ELIA FILHO, 2007, pp. 89 a 103; FERNANDES, 2020, pp. 17 a 22; ZAFFARONI, 1996, pp. 49 e 50), que ocasionou na adesão do Brasil à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) por meio do Decreto n° 5.015/04. Muito embora seja argumentada a juridicidade das delações e de outras técnicas especiais de investigação no art. 20.1 do referido Decreto (BRASIL, 2004), ou seja, no compromisso internacional assumido pelo Brasil, impende destacar a ressalva do próprio dispositivo, que condiciona a adoção de técnicas especiais de investigação a quanto "os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem".

A Convenção de Mérida, em seu art. 37 (BRASIL, 2006), tal qual a já citada Convenção de Palermo, no seu art. 26 (BRASIL, 2004), cuidando especificamente da delação premiada, trazem em sua redação as expressões "considerará a possibilidade" e "em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno", de maneira que é bastante claro que em momento algum a soberania nacional seria mitigada ou que o compromisso internacional seria um óbice à concretização dos direitos fundamentais pátrios, muito menos de normas de direitos humanos cujo *status* muitas das vezes é de *jus cogens*.

As violações constitucionais que se buscaram demonstrar neste trabalho não deveriam ceder a uma suposta inevitabilidade e necessidade extrema materializada num Tratado Internacional, sobretudo quando os próprios compromissos internacionais ressaltam a imprescindibilidade da compatibilidade com o sistema jurídico interno de cada Estado, relegando o ordenamento jurídico à mercê de perspectivas utilitaristas. Nas palavras de LOPES JUNIOR (2019), "se a transação penal já se mostrou uma perversa mercantilização do processo penal, no sentido mais depreciativo da expressão, imagine-se o imenso estrago que causará uma ampliação excessiva ou ilimitada desse espaço?" E é isto que vieram infrutiferamente modificar as alterações trazidas pela Lei nº 13.964/19, postos os mais escandalosos abusos perpetrados pelo Estado brasileiro na utilização irrestrita da delação premiada, que foram permitidos pelo Poder Judiciário, muito embora se insurgissem os responsáveis pela defesa criminal, e para os quais tem aberto os olhos agora a jurisprudência, sobretudo com os escândalos revelados pela apelidada "Vaza Jato"[3221].

[322] [1] Nome pelo qual ficou conhecido na imprensa brasileira o vazamento de conversas do ex-juiz-ex-Ministro

Grandes vitórias da democracia são, segundo STRECK (2020), acompanhadas de alarmismo e de falácias e celeumas, de modo que não convencem argumentos sustentados no catastrofismo do fim do combate a corrupção e da impunidade, como do desmonte do sistema de justiça criminal (CABRERA & RIBEIRO, 2021, p.14). O reconhecimento de que a justiça penal negocial, em especial a delação premiada, merece correções para adequar-se à Constituição é uma dessas vitórias. Parece claro quando observamos em retrospecto e constatamos que o fim da escravidão não levou a economia à bancarrota, tampouco que a concessão de direitos trabalhistas às empregadas domésticas extinguiu essa modalidade laborativa. Servem esses afãs, ao menos, para notarmos que o processo, tal qual o Direito, é "um microcosmos do Estado de Direito", devendo-lhe, pois, correspondência por ser expressão daquilo que o próprio Estado é (MARTINS, 2013, pp. 2 e 3).

O processo, portanto, para atender a demanda da eficiência e da celeridade de um julgamento expedito em demasia, o que se revela não raras vezes injusto, visto que o tempo permite o debate e a prudência, além da dúvida, não deve sucumbir à lógica mercantilista neoliberal e deixá-la sobrepor-se ao devido processo, que é o esperado do exercício da jurisdição, verdadeira garantia do cidadão frente o poder punitivo. O prospecto, no entanto, é de ampliação da consensualidade na esfera penal, apesar da relevância dada aos problemas ínsitos da delação, a exemplo de o Superior Tribunal de Justiça, contrariando a previsão legal, ter mantido a discricionariedade do Ministério Público para propor benefícios não elencados na Lei nº 12.850/13, permitindo que novos abusos possam ser eventualmente cometidos na utilização do instituto.

Sérgio Moro com os Procuradores Federais de Curitiba que compunham a Força-Tarefa da Operação Lava Jato.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. A expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro: o que se pode (não) aprender da experiência americana com o *plea bargain*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCRim**, a. 29, n. 179, (pp. 177 a 196). São Paulo: Ed. RT, maio 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal?** *In*: WUNDERLICH, Alexandre *et al*. BOTTINI, Pierpalo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). Colaboração premiada. São Paulo: Editora

Revista dos Tribunais, 2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A homologação e a sentença na colaboração premiada na ótica do STF**. *In*: WUNDERLICH, Alexandre *et al*. BOTTINI, Pierpalo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). Colaboração premiada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BRANDÃO, Nuno; CANOTILHO, J. J. Gomes. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava Jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. Coimbra, a. 146, n. 4000, set./out. 2016 (pp. 16 a 38).

BRASIL. Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004. Promulga a **Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. Brasília: Congresso Nacional [2004]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 31 maio de 2021.

BRASIL. Decreto nº 5.687 de 31 de janeiro de 2006. Promulga a **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília: Congresso Nacional [2006]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 02 jun. de 2021.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Presos em Unidades Prisionais no Brasil**. Brasília: SISDEPEN, 2020. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjU3Y2RjNjc-tODQzMi00YTE4LWEwMDAtZDIzNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMt-NDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em: 27 jul. de 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui do **Código Civil**. Brasília: Congresso Nacional [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 21 ago. de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal**; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasil: Congresso Nacional, [2013]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 26 jul. de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e**

processual penal. Brasil: Congresso Nacional, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 26 jul. de 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Regional da República da 4ª Região. **Parecer no HC 5029050-46.2014.404.0000**. Porto Alegre/RS: 21 nov. de 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-parecer-mpf-prisao-forcar.pdf. Acesso em: 27 jul. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Habeas Corpus**: HC 127483/PR. Relator(a): Dias Toffoli. Brasília: julgado em 27/08/2015, processo eletrônico DJe-021, divulgado em 03 fev. de 2016, publicado em 04 fev. 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur337159/false. Acesso em: 28 abr. de 2021.

22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno. Acesso em: 26 jul. de 2021.

CABRERA, Michele Gironda; RIBEIRO, Bárbara Feijó. Os acordos penais como efeito da retó-

rica do catastrofismo: uma análise a partir do *plea bargaining* estadunidense. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, a. 29, n. 344, jul. 2021 (pp. 12 a 14).

CAEIRO, Pedro. **Legalidade e oportunidade**: a perseguição penal entre o mito da justiça absoluta e o fetiche da gestão eficiente do sistema. Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, Vol. 21, n. 84, out./dez. de 2000 (pp. 31 a 47).

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de um Modelo Crítico de Justiça Restaurativa. **Sistema Penal & Violência**. Porto Alegre, vol. 6, n. 1, jan./jun. 2006 (pp. 129 a 136).

CONSULTOR JURÍDICO. Fachin levanta sigilo de inquéritos relacionados à delação da Odebrecht. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-abr-11/fachin-levanta-sigilo-inqueritos-relacionados-delacao-odebrecht. Acesso em: 21 ago. de 2021.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. 3ª ed. 3ª reimpr. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

EL RAFIH, Rhasmye; BATICH, Filipe Lovato. O princípio da não autoincriminação e a interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCRim**, a. 29, n. 179, (pp. 197 a 221). São Paulo: Ed. RT, maio. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Appeal from the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit*. *North Carolina vs. Alford*, 400 U. S., 25, 1970. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/400/25/. Acesso em: 27 jul. de 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Writ of certiorari from the Superior Court of California, County of Los Angeles*. *Schmerber vs. California*, 384, U.S., 757, 1966. Disponível em: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/. Acesso em: 16 out. de 2021.

FERNANDES, Fernando Augusto. **Geopolítica da intervenção**: A verdadeira história da operação lava jato. 1ª ed. São Paulo: Geração Editorial, 2020.

KARAM, Maria Lúcia. **A privação da liberdade**: o violento, danoso, doloroso e inútil sofrimento da pena. Vol. 7. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2009.

KAWATSU, Hiroshi. *Plea bargaining in Japan*. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, a. 29, n. 344, jul. de 2021 (pp. 10 e 11).

LANGBEIN, John H. *Torture and plea bargaining*. **The University of Chicago Law**

Review. Chicago, vol. 46, n. 1, 1978. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1546&context=fss_papers. Acesso em: 27 jul. de 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JeCrim. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, a. 29, n. 344, jul. de 2021 (pp. 4 a 6).

LOPES JUNIOR, Aury. Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-fev-

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUCHETE, Felipe. Ex-diretor da Petrobras diz que foi ameaçado pela PF. **Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-abr-25/carta-ex-diretor-petrobras-sido-ameacado-policia-federal. Acesso em: 27 jul. de 2021.

MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados**: corrupção, expectativa e processo penal. São Paulo: Atlas, 2013.

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MORO, Sérgio Fernandes. Considerações sobre a operação Mani Pulite. **Revista CEJ**. Brasília, n. 26, jul./set. de 2004 (pp. 56 a 62).

NEVES, Rafael. Fiasco do fim do mundo: Delação da Odebrecht livrou corruptores e entrega só uma condenação a cada 40 processos. **The Intercept Brasil**, 2021. Disponível em: https://theintercept.com/2021/05/25/delacao-odebrecht-lava-jato-falta-provas/. Acesso em: 21 ago. de 2021.

PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **Colaboração premiada**: Uma perspectiva de direito comparado. São Paulo: Almedina, 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Disposições *extra* e *contra legem* nos acordos de Colaboração Premiada no Brasil: análise qualitativa dos termos celebrados na Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCRim**, a. 29, n. 182, (pp. 191 a 228). São Paulo: Ed. RT, ago. 2021.

SCHÜNEMANN, Bernd; SACHER, Mariana. La reforma del proceso penal. Madrid: Dykinson, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial e a vitória de Pirro na decisão de Fux. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jan-27/streck-ativismo-judicial-vitoria-pirro-decisao-fux. Acesso em: 26 jul. de 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

WEIS, Valeria Vegh. *¿Qué es la selectividad penal?*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCRim**, a. 29, n. 182, (pp. 293 a 315). São Paulo: Ed. RT, ago. 2021.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **"Crime organizado"**: uma categorização frustrada. Trad. Rogério Marcolini, In: Discursos sediciosos. Rio de Janeiro: Relume e Dumará, Vol. 1, a. 1, 1996 (pp. 45 a 67).

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; REP, Miguel. **La cuestión criminal**. Buenos Aires: Planeta, 2011.

12. A PLATAFORMIZAÇÃO DO TRABALHO SUBORDINADO COMO FORMA DE FRUSTAÇÃO DE DIREITOS ASSEGURADOS PELA LEGISLAÇÃO DO TRABALHO E A CARACTERIZAÇÃO DE ILÍCITO PENAL

Rosildo da Luz Bomfim[323]

RESUMO: O fenômeno da *uberização ou plataformização* através de modelos de negócios e relações contratuais denominadas "economias de compartilhamento", onde pessoas jurídicas se autodenominam empresas de aplicativos e albergam em suas plataformas eletrônicas trabalhadores, aos quais chamam de autônomos, tem implicações com os crimes contra a organização do trabalho. Essa prática da *uberização* ou *plataformização* pode, se configurado o vínculo empregatício, se caracterizar como frustração de direito assegurado por lei trabalhista, segundo o preceituado no artigo 203 do Código Penal Brasileiro. O presente trabalho pretende investigar o real enquadramento desses trabalhadores da era digital: são eles realmente trabalhadores autônomos, como afirmam as empresas de aplicativos ou são trabalhadores subordinados com vínculo empregatício? E pretende analisar se a *uberização* do trabalho configura um ilícito penal passível de ser abordado pelo Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Uberização. Plataformização. Fraude. Ilícito Penal.

ABSTRACT: The phenomenon of *uberization* or *platforming* through business models and contractual relationships called "sharing economies", where legal entities call themselves applicative companies and host workers on their electronic platforms, which they call self-employed, has implications with crimes against the organization of work. This practice of *uberization* or *platforming* can, if the employment relationship is configured, characterize as a frustration of the right guaranteed by labor law, according to the provisions of article 203 of the Brazilian Penal Code. The present work intends to investigate the real framing of these workers in the digital age: are they really self-employed, as the app companies claim, or are they subordinate workers with an employment relationship? In addition, intends to analyze whether the *uberization* of work constitutes a criminal offense that can be addressed by Criminal Law.

KEYWORDS: Uberization. Platforming. Fraud. Criminal offence.

12.1 INTRODUÇÃO

O estudo tem como objetivo analisar o fenômeno da *uberização* e ou *plataformização* no mundo do trabalho, visando o enquadramento dos trabalhadores como autônomos

[323] Advogado, Mestre em Gestão do Trabalho e Professor de Pós-Graduação da Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro (RJ).

(sem vínculo empregatício) ou como empregados (com vínculo empregatício). Se configurado o vínculo empregatício, verificar se o tema pode ser abordado, além do Direito do Trabalho, pelo Direito Penal, especificamente no capítulo do Código Penal que trata dos Crimes Contra a Organização do Trabalho.

Com o desenvolvimento da Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), o acesso democratizado à Internet, aos *smartphones* e aos aplicativos de celulares criou um campo propício para a economia de compartilhamento. Este tipo de economia foi introduzido no campo das relações laborais por entusiastas do mundo tecnológico, originando uma nova forma de consumo, na qual as pessoas preferem alugar, compartilhar, pegar emprestado ao invés de comprar.

Na crista desta onda de inovação tecnológica surgiram no Brasil e no mundo empresas de aplicativos como a Uber do Brasil Tecnologia Ltda., 99 Tecnologia Ltda., Cabify Agência de Serviços de Transporte de Passageiros Ltda., AIRBNB Serviços Digitais Ltda. (motor de busca de meios de hospedagem), ZIPCAR **(serviço de compartilhamento de veículos) e** RAPPI (*startup* de entrega sob demanda). Essas empresas desafiam o modelo tradicional de prestação de serviços com vínculo empregatício nas relações laborais.

Os prestadores de serviços cadastrados nas plataformas das empresas de aplicativos passam a ter acesso aos clientes dessas empresas (que afirmam que os clientes são dos prestadores de serviço) para prestação de seus serviços, através de aplicativos baixados em seus celulares. Essas plataformas intermediadoras de mão de obra são as grandes beneficiárias das transações comerciais realizadas nas operações que intermediam, pois não assumem nenhuma obrigação com relação aos prestadores de serviços e consumidores dos serviços prestados.

O que se percebe é que as empresas de aplicativos que intermediam negócios jurídicos são despersonalizadas quanto às suas responsabilidades perante as pessoas e os negócios realizados. Voltando a se personalizar quando da participação nos lucros gerados pela intermediação.

No momento atual do Direito do Trabalho, a controvérsia que se impõe (que interessa também ao Direito Penal) é se esses trabalhadores são subordinados através de algoritmos. Mascarando, assim, uma relação de trabalho com objetivo de obter lucros fáceis através da prática de fraude contra a legislação do trabalho e em desfavor do trabalhador, afrontando desta forma o artigo 203 do Código Penal.

12.2 O ILÍCITO PENAL E A TUTELA DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Muito embora o Direito Penal e o Direito do Trabalho sejam autônomos e independentes, sabe-se que há íntima conexão entre as ramificações do direito em razão de seu caráter unitário, o que leva o Código Penal a descrever tipos penais referentes aos Crimes Contra a Organização do Trabalho. Entre os tipos penais que se relacionam com o Di-

reito do Trabalho e com o fenômeno da *uberização* ou *plataformização* do trabalho está o denominado **FRUSTRAÇÃO DE DIREITOS ASSEGURADOS POR LEI TRABALHISTA**, a saber:

> Art. 203 - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:
>
> Pena - detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
>
> § 1º Na mesma pena incorre quem:
>
> I - Obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida;
>
> II - Impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais.
>
> § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

No mesmo sentido do artigo 203 do Código Penal supramencionado, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no artigo 9º também gera consequências em caso de frustração de direitos do trabalhador assegurados pela legislação do trabalho, como se pode perceber:

> Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

A indagação que aqui se faz é: porque dois ramos do direito, completamente independentes, tratam de fraude aos direitos dos trabalhadores constantes na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)? A resposta que se impõe é que a simples condenação judicial do empregador (reclamado) que praticou fraude aos direitos do trabalhador, condenando-o ao pagamento das verbas devidas, não resolve o problema social gerado pelas fraudes, mas tão somente o problema individual do referido trabalhador (reclamante).

Nas palavras de Costa e Molaro (2011, p.26), além da condenação na seara trabalhista é imprescindível que:

> [...] o juiz do trabalho entenda que, havendo fraude às leis trabalhistas nos termos estipulados no art. 203 do Código penal, tão-somente a condenação da empresa ao pagamento do valor respectivo ao direito trabalhista violado não transformará a realidade social na qual está inserido aquele trabalhador.

O problema é que apenas a condenação pelo Juiz do Trabalho, ao detectar a fraude, ao pagamento da verba devida não gera efeito preventivo para que as empresas não sejam reincidentes, porque, via de regra, apenas pagam o que é devido sem nenhuma outra sanção.

Esta percepção foi desenvolvida por Costa e Molaro (2011, p. 26 e 27) quando investigaram a integração do Direito Penal como o Direito do Trabalho, nos seguintes termos:

> O raciocínio de hoje é simples e incentiva o desrespeito aos direitos trabalhistas: o que é mais fácil para uma empresa, cumprir todas as leis traba-

> lhistas, arcando com enormes custos, ou desrespeitar as normas laborais e, somente, caso algum empregado ajuíze ação trabalhista, pagar aquilo que já era devido? Observa-se que, neste último caso, não há nenhum plus, isto é, paga-se simplesmente aquilo a que já estava obrigado, podendo conseguir, até mesmo, um parcelamento homologado pelo juiz.
>
> "[...] a aplicação isolada das normas trabalhistas incentiva a inadimplência e a fraude. Por outro lado, o Direito como um todo, quando realmente aplicado, pode acarretar o efetivo respeito aos direitos mínimos dos trabalhadores." (idem, p. 27).
>
> [...] provocando os membros do Ministério Público quando pertinente [...] é que se estará aplicando na totalidade as normas jurídicas que visam à proteção dos direitos trabalhistas, realizando, assim, uma verdadeira mudança na realidade social em que estão inseridos os trabalhadores. (idem, p. 27).

A visão dos autores supramencionados encontra-se em perfeita harmonia com o disposto no *caput* artigo 59 do Código Penal quando estabelece que a função da pena é a reprovação e prevenção do crime, como se percebe da leitura do dispositivo:

> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (grifos nossos):

A fraude aos direitos do trabalhador contida na CLT e no artigo 7º da Carta Republicana é, contemporaneamente, um ilícito penal e trabalhista, na possibilidade de se concluir que o trabalho através de intermediação de plataformas de aplicativos é uma fraude ao contrato de emprego subordinado. Quanto a ser fraude ou não, é este justamente o objeto desse estudo ao analisar o Termo de Uso e Privacidade das Plataformas de Aplicativos.

12.2.1 Elementos objetivo e subjetivo do tipo penal denominado Frustração de Direitos Assegurados por Lei Trabalhista

Bitencourt (2009, p. 389-390), exemplifica o elemento objetivo e subjetivo do tipo penal, afirmar que:

> A ação consiste em frustrar (impedir, iludir, privar), mediante violência ou fraude, direito assegurado pela legislação do trabalho. Os meios executivos devem ser mediante violência (vis corporalis) ou fraude (manobra ardilosa, astuciosa, uso de artifício).
>
> A ação do agente frustrar direito assegurado pela legislação do trabalho. Trata-se de norma penal em branco, dependente de definição da legislação trabalhista, pois era nela que identificaremos essa norma complementadora do tipo penal em análise.
>
> O elemento subjetivo do crime é o dolo, constituído pela vontade consciente de frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho. É indispensável que o agente tenha consciência e vontade de empregar e meio executivo, seja fraude, seja a violência.
>
> Não há necessidade de presença de qualquer elemento subjetivo especial do injusto, sendo irrelevante as razões ou motivos que levaram o agente a praticar a ação incriminada.

Da análise da figura típica contida no artigo 203 e *caputs* do Código Penal, verifica-se que o núcleo do tipo penal é frustrar direitos assegurados pela legislação do trabalho mediante fraude, que se caracteriza como artificio utilizado para induzir ou manter o trabalhador em erro.

É neste momento que se faz a correlação entre o Direito Penal e o Direito do Trabalho através das seguintes indagações:

i) os trabalhadores *uberizados* ou *plataformizados* são subordinados através dos algoritmos das empresas de aplicativos?
ii) As plataformas digitais facilitam o empreendedorismo genuíno ou suas relações com os prestadores de serviços são mais hierarquizadas a ponto de caracterizar vínculo empregatício?
iii) Os prestadores de serviços podem receber medidas disciplinares das plataformas de aplicativos?
iv) O bloqueio temporário de acesso ao trabalhador à plataforma ou a ausência de liberdade de definir seus próprios preços dos serviços prestados lhes retiram o enquadramento de trabalhadores autônomos?

Se todas as indagações forem positivas, chegar-se-á a conclusão de que a *plataformização* do trabalho através dos aplicativos é uma forma de fraude por fazer crer serem os trabalhadores autônomos. Afastando-os do arcabouço legislativo da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e do artigo 7º da Carta Republicana.

Damásio de Jesus (2007, vol. 3, p. 414 apud Rogério Grego), dá o tom do *modus operandi* da fraude tipificada no artigo 203 do Código Penal: "fraude é o engodo empregado pelo sujeito para induzir ou manter a vítima em erro".

Assim, há necessidade de investigação da relação entre as empresas de aplicativos e os trabalhadores sob demanda (plataformizados) para se atestar a existência ou não de vínculo de emprego mascarado de trabalho autônomo. E, assim, se averiguar se as empresas de aplicativos comentem ou não os crimes citados no Título IV – Crimes Contra a Organização do Trabalho do Código Penal.

12.3 ANÁLISE DO TERMO DE USO E PRIVACIDADE DAS PLATAFORMAS DE APLICATIVOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Neste tópico vamos nos debruçar sobre o termo de uso das plataformas de aplicativos, a fim de observar se há centralização e controle das atividades dos prestadores de serviços. E em caso positivo, observar se há caracterização de vínculo de emprego mascarado de trabalho autônomo a caracterizar o tipo penal do artigo 203 do Código Penal.

Vejamos, se o Termo de Uso da empresa de aplicativo 99 TECNOLOGIA LTDA. prevê sanções aos motoristas incompatíveis com a figura do trabalhador autônomo. E para tanto, analisaremos a cláusula 8.1 que tem a seguinte dicção:

> 8.1. O Motorista Parceiro concorda que a 99, à sua livre discrição, poderá aplicar multa, suspender ou cancelar sua utilização do Serviço, incluindo, mas não se limitando: (i) por descumprimentos e/ou violação destes Termos;
>
> (ii) pelo resultado de sua avaliação pelos Passageiros e pela análise de sua taxa de cancelamento e outros critérios, nos termos da Cláusula 6, acima; (iii) em função de ordem judicial ou requisição legal de autoridade pública competente; (iv) por requisição do próprio Motorista Parceiro; (v) por desativação ou modificação do Serviço (ou de qualquer de suas partes); (vi) por caso fortuito, força maior e/ou questões de segurança; (vii) por inatividade da conta por um longo período de tempo; (viii) pela suposta prática de qualquer infração de trânsito, atividade fraudulenta ou ilegal por parte do Motorista Parceiro, a critério da 99; (ix) pelo uso inadequado ou abusivo do Aplicativo, incluindo a utilização por terceiros ou transferência de sua Conta, a realização de corrida com veículo distinto do cadastrado no Aplicativo, utilização de quaisquer aplicativos ou programas que visem a alterar a informação da localização geográfica do Motorista Parceiro para manipular o Aplicativo, e outras hipóteses de uso indevido ou abusivo do Aplicativo, a critério da 99; e/ou (x) por inadimplemento por parte do Motorista Parceiro de quaisquer obrigações, valores, pagamentos devidos em razão do Serviço, quando aplicável. (Disponível em https://99app.com/legal/termos/motorista/).

O que se extrai da cláusula supramencionada é que a empresa de aplicativo 99 TECNOLOGIA LTDA. pode livremente, por exemplo, em razão de má avaliação ou taxa de cancelamento de corrida, impor multa, desativar o motorista do uso do aplicativo ou suspendê-lo por um lapso de tempo.

Ora, a imposição de multa, a desativação do aplicativo ou a suspensão de motoristas não se coadunam com o qualificativo de motoristas autônomos. Longe da autonomia propagada nos veículos de comunicação, tais condutas da empresa de aplicativo se assemelham aos instrumentos disciplinadores do empregado registrado na CLT.

É sabido que a suspensão prevista no item 8.1 tem caráter disciplinar com o fim específico de resgatar o comportamento do motorista, conforme as exigências da empresa, tal qual a suspensão prevista no artigo 474 da CLT.

Outra inverdade divulgada pelas empresas de aplicativos é a afirmativa de que os motoristas trabalham quando querem. Como já demonstrado, a cláusula 8.1 permite a condenação em multa, desativação do aplicativo ou suspensão do motorista em caso de não acesso ou acesso limitado ao aplicativo. Logo, está demonstrado que há exigência, por parte das empresas, que os motoristas trabalhem por períodos longos, conforme estabelecido pela cláusula 8.1, item VII do Termo de Uso da empresa de aplicativo 99 TECNOLOGIA LTDA. e pelo artigo 13.3 do Termo e Condições Gerais dos Serviços de Intermediação Digital da UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA, respectivamente:

> Cláusula 8,1
>
> O Motorista Parceiro concorda que a 99, à sua livre discrição, poderá aplicar multa, suspender ou cancelar sua utilização do Serviço, [...]
>
> Item VII: por inatividade da conta por um longo período de tempo;

> Artigo 13.3
>
> O(A) Cliente reconhece expressamente e consente que ao formular as condições deste Contrato intenciona prestar Serviços de Transporte de forma rotineira e, desta forma, a Uber considerará o(a) cliente e seus (suas) motoristas como sujeitos passivos, se assim previstos na lei tributária aplicável. (Grifos do autor)

Onde está a autonomia do motorista para laborar a hora que bem entender? Exige-se, sim, uma jornada de trabalho sob pena de severas sanções, incluindo a desativação do motorista, o que equivale à demissão registrada na CLT.

Da análise do Termo de Uso e Privacidade da UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. verificamos, como acontece nas demais empresas de aplicativo, que é ela que determina o valor das corridas de passageiros através de decisão automatizada, como se depreende do item 09 abaixo do termo em comento:

> 9. Decisões automatizadas
>
> Ativar o preço dinâmico, no qual o valor de uma viagem ou preço de entrega dos pedidos do Uber Eats é determinado segundo fatores que estão sempre mudando, como o tempo estimado e a distância, o trajeto previsto, o tráfego estimado e o número de passageiros e motoristas que utilizam a Uber em um dado momento (item III.B.9.1). (Grifos do autor)
>
> (Disponível em: <*https://www.uber.com/legal/pt-br/document/?name =privacy-notice&country=brazil&lang=pt-br*>.

O texto supramencionado deixa claríssimo que é a UBER que decide, sempre através de algoritmos, qual o preço da tarifa a ser cobrada aos "clientes dos motoristas parceiros". Indaga-se: se os clientes são dos motoristas e não das empresas de plataforma, como se explica a UBER administrar os preços das tarifas das viagens dos passageiros? A resposta é óbvia: porque ela é a dona do negócio e não os motoristas. Sendo assim, não há que se falar em autonomia.

O que se observa é que todas as empresas de aplicativo têm critérios permanentes de avaliação dos ditos trabalhadores autônomos. E ainda que as empresas terceirizem aos usuários essas avaliações, estas servem como regra de rescisão contratual de forma unilateral, como está claro na cláusula 5ª do Termo de Uso e Condições Gerais para condutores da CABIFY AGÊNCIA DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS LTDA. abaixo descrita:

> Cláusula Quinta – Das avaliações pelos Passageiros
>
> 5.1 O Condutor poderá ser avaliado pelos Passageiros após a prestação dos Serviços de Motorista relativamente à qualidade dos serviços prestados, após cada uma das corridas realizadas.
>
> 5.1.1. Referida avaliação será facultada aos Passageiros após o término da corrida solicitada e será realizada de acordo com critérios subjetivos dos mesmos, classificando a qualidade do serviço prestado em escala de 1 (um) a 5 (cinco), sendo 1 (um) a pior qualidade e 5 (cinco) a melhor qualidade, podendo, ainda, segmentar por parâmetros pré estabelecidos pela Cabify re-

> lativamente a quesitos de conduta, técnica, cordialidade entre outros, além de um campo para livre preenchimento.
>
> 5.1.2. A Cabify, a seu exclusivo critério, visando à melhora constante da qualidade dos serviços agenciados, poderá, com base nas avaliações dos Passageiros, excluir o Condutor de sua base de cadastro, rescindindo o presente Termo. (Grifos do autor). Disponível em: *https://assets.cabify.com/app/driver/terms/br/T%26C_CabifyBrazil_2017.pdf.*

Avaliação direta e específica após cada uma das corridas realizadas (5.1); critérios de avaliação fixados pela empresa de aplicativo (5.1.1) e rescisão unilateral, com base em avaliações constantes e diárias por critérios estabelecidos pela empresa (5.1.2), caracterizam a figura do empregador, posto que à luz do artigo 2º da CLT há direção e controle da prestação pessoal do trabalho prestado pelo dito trabalhador autônomo.

Contrariando os regramentos de trabalho autônomo, a empresa de aplicativo LALAMOVE TECNOLOGIA (BRASIL) LTDA. estabelece prazo de entrega cronometrado e ordem de entrega de mercadorias, como se extrai dos itens abaixo mencionados do seu Termo de Uso:

> **1. INTERPRETAÇÃO**
>
> **g. "Entrega Cronometrada"** significa uma Entrega que precisa ser realizada dentro do período de tempo indicado na Plataforma;
>
> **4. Da operação da Plataforma**
>
> **4.1.** A Lalamove oferece, por meio da Plataforma, um serviço de intermediação de Entregas e fretes de Cargas. As regras que regem os principais passos para a utilização da Plataforma serão as seguintes:
>
> **v. É possível que um só Pedido implique Entregas em múltiplos destinos?** Sim e caso a Plataforma indique que uma Entrega tem múltiplos Destinos, **AO ACEITAR VOCÊ ENTENDE E CONCORDA QUE DEVERÁ REALIZAR, NO MESMO DIA E SEGUINDO AS INSTRUÇÕES DO CLIENTE, AS ENTREGAS EM TODOS OS DESTINOS INDICADOS, NA ORDEM ESTABELECIDA PELA LALAMOVE E/OU CLIENTE E DISPONIBILIZADA A VOCÊ NA PLATAFORMA. (Grifos do autor)** (Disponível em: *https://www.lalamove.com/brasil/termos-e-condicoes)*

Mais uma vez, a conduta da empresa de aplicativo que determina ao "suposto autônomo" a entrega de mercadoria cronometrada e em ordem de destino estabelecida fere frontalmente a autonomia do prestador de serviço. E se assemelha à direção na prestação de serviço do empregado configurada no artigo 2º da CLT: "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço". (Grifos do autor)

De todos os casos até aqui analisados, o que mais causa espanto é o do **Tribunal do Consumidor Tecnologia e Recuperação de Créditos Ltda.** que licencia sua plataforma para advogados atuarem como conciliadores extrajudiciais. (Disponível em: https://www.tribunaldoconsumidor.com.br/Termos.pdf).

Em seu contrato de licenciamento de software percebe-se que é a própria empresa que: fixa o horário de trabalho em dias uteis das 08h:00min às 18h:00min e aos sábados das

08h:00min às 12h:00min (cláusula 6.10.2.2), podendo se estender em até 15 minutos após o prazo regulamentar, isso em todos os dias (6.10.2.5), bem como a forma de vestimenta para atender clientes (6.10.3.1); condiciona a apresentação da carteira da OAB para utilização da plataforma (13.1) e promove a avaliação dos conciliadores para fins de rescisão contratual e expedição de advertências (15).

Abaixo, eis as cláusulas retromencionadas para conferência devido à semelhança destas com as regras de um contrato de trabalho com vínculo empregatício estabelecidas na CLT.

> 6.10.2.2 - O CONCILIADOR deverá obedecer a horários entre segunda a sexta-feira, de 08:00hs às 18:00hs, e aos sábados, de 08:00hs às 12:00hs
>
> 6.10.2.5 - Será disponibilizado um período de 15 (quinze) minutos de tolerância ao CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL para encerrar o último atendimento, devendo este comunicar ao CONSUMIDOR o horário e regra de funcionamento.
>
> 6.10.3.1 - A reunião será em tom formal, devendo o CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL, mesmo que a distância, estar trajado com roupas que respeitem o padrão normal jurídico do país. Além disso, o CONCILIADOR deve realizar atendimento pautado em ética, respeito, sigilo, conhecimento e cordialidade.
>
> 13.1 - Para utilizar a PLATAFORMA e se conectar com EMPRESA e CONSUMIDOR, o CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL deverá efetuar seu cadastro junto ao TDC na referida categoria, apresentando ao TDC as seguintes informações e documentos válidos:
>
> • Carteira Nacional de Habilitação (CNH) na categoria apropriada;
>
> • Cédula de identidade RG;
>
> • Cadastro de Pessoa Física (CPF);
>
> • Foto de identificação;
>
> • Número de telefone e/ ou celular (preferencialmente, com acesso ao aplicativo WathsApp);
>
> • Comprovante de residência válido e com no máximo 06 (seis) meses;
>
> • Carteira da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil, caso seja advogado;
>
> • Declaração de matrícula ou de diploma emitido por Instituição de Ensino regularmente cadastrada pelo MEC em curso de nível médio ou superior;
>
> • Quaisquer documentos adicionais que o TDC julgar necessários para realizar o cadastro.
>
> 15. DA AVALIAÇÃO DOS CONCILIADORES JURÍDICOS E DA MANUTENÇÃO DO PADRÃO DE QUALIDADE TDC
>
> 15.1. A PLATAFORMA permite que EMPRESAS e CONSUMIDORES avaliem o serviço de atendimento e negociação individual prestado pelo CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL. Essa avaliação é facultativa para o cliente, e consiste na atribuição de uma nota de 1 (um) a 5 (cinco) para o atendimento e negociação do CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL. Adicionalmente à avaliação feita pelos usuários, o TDC poderá avaliar o CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL de acordo com a sua atuação, inclusive no que tange ao disposto na cláusula 5.7 acima.

> 15.1.1. Na avaliação do atendimento do CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL, o cliente é livre para considerar a gentileza, a presteza, a eficiência e a clareza na transmissão das informações, bem como demais critérios que indiquem a qualidade do atendimento.

Embora tais cláusulas contratuais denotem cabalmente um contrato de trabalho com vínculo empregatício, na cláusula 8.1 a referida empresa nega tal vínculo empregatício, asseverando que:

> 8. DA INEXISTÊNCIA DE VÍNCULOS ENTRE O TDC E O CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL
>
> 8.1 O CONCILIADOR EXTRAJUDICIAL reconhece que estes TERMOS DE USO e o seu cadastro junto ao TDC não estabelecem qualquer tipo de vínculo societário, associativo, cooperativo, empregatício ou econômico entre as partes, direta ou indiretamente. (Grifos do autor)

O caso supramencionado configura típico contrato de trabalho com vínculo empregatício na modalidade de teletrabalho, nos moldes do artigo 75-B da CLT, a saber:

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

Assim, a subordinação cara a cara deixou de ocupar posição hegemônica e passou a conviver com novas lógicas de organização da força de trabalho, que adotam instrumentos distintos de controle e gestão do labor humano. Nesse passo, não obstante as divergências apontadas, colhe-se o ensinamento de Romita (1979, p.79): "o tradicional critério subjetivista e personalista, que considera a subordinação pelo prisma da direção e fiscalização do poder de mando e dever de obediência, mostra-se, hoje em dia, insuficiente".

Impende observar que a etimologia da palavra subordinação advém dos termos sujeição e submissão, e se refere ao submetimento às ordens de outro. Um trabalhador de aplicativo (trabalho sob demanda) pode ser submetido ao seu empregador através de ordens diretas ou, via remota, como no caso das empresas acima.

Quando os trabalhadores de aplicativos (trabalhadores sob demanda) recebem ordens à distância de seu empregador, não há que se falar em descaracterização da subordinação jurídica. A plataforma (algoritmos) é apenas o instrumento utilizado ou meio de comunicação para concessão das ordens e dos respectivos acatamentos, logo, pode-se perfeitamente caracterizar o vínculo de emprego.

12.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle do trabalhador empregado que antes se realizava através de um superior hierárquico, hoje se realiza através de uma gestão por algoritmos inseridos em um software, ou seja, a subordinação e o controle efetivo dos trabalhadores de aplicativo (sob demanda) se dão através da figura da pessoa jurídica intermediada pela plataforma de aplicativo, como é permitido pelo parágrafo único do artigo 6º da CLT que preconiza:

> Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

A figura do trabalhador autônomo é incompatível com sanções disciplinares como a suspensão e multa inseridas no Termo de Uso e Privacidade das empresas analisadas no item 03 acima.

O trabalhador autônomo tem a liberdade de angariar novos clientes e definir o preço de seus serviços, o que não ocorre nos casos das empresas aqui estudadas que, de forma automatizada, fixam o preço dos serviços prestados pelos supostos "trabalhadores autônomos".

Conclui-se que a intermediação da mão de obra através de plataformas de empresas de aplicativos caracteriza uma fraude ao contrato de emprego, posto que há efetiva subordinação dos trabalhadores empregados às referidas empresas como se extrai da análise dos Termos de Uso e Privacidade de diversas empresas investigadas.

Não resta dúvida que a alegada autonomia dos trabalhadores tem como finalidade apenas suprimir os direitos a eles concedidos, tanto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) quanto nos direitos configurados no artigo 7º da Carta Republicana, forjando assim o regramento descrito no artigo 203, caput, do Código Penal que menciona: "Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho".

A proteção imediata de direitos trabalhistas é encontrada nas normas jurídicas formalmente integrantes do Direito do Trabalho e complementada com outros ramos da ciência jurídica, inclusive o Direito Penal.

A condenação das empresas ao pagamento do valor respectivo ao direito trabalhista quando do reconhecimento do vínculo entre trabalhadores e empresas de aplicativos, não transformará a realidade social na qual está inserido aquele trabalhador. É preciso aplicação do Direito Penal como forma de prevenção e reprovação das fraudes praticadas em desfavor de milhares de trabalhadores.

Assim, identificada a ocorrência do crime contra a organização do trabalho, o magistrado trabalhista tem o dever funcional, sustentado pelo artigo 40 do Código de Processo Penal, de requisitar a instauração de termo circunstanciado ou de inquérito policial, a depender da configuração ou não do crime de menor potencial ofensivo; ou noticiar o fato, com cópia das principais peças dos autos, ao Ministério Público por se tratar de crime de ação penal de iniciativa pública incondicionada.

O ajuizamento da ação penal trará como consequência uma ampla investigação no ambiente virtual das empresas de aplicativos. Como a perícia computacional para investigação da existência de subordinação jurídica por algoritmo, capaz de causar um efeito pedagógico, preventivo e de reprovação. Inibindo os anseios de novos adeptos às práticas e reduzindo o número de vítimas, o que gerará uma diminuição nas demandas trabalhistas, possibilitando a recuperação da capacidade jurisdicional, fomentando os princípios da celeridade e da eficiência da prestação da tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS

AVISO DE PRIVACIDADE DA UBER. **UBER**, Brasil, 2020. Disponível em: https://www.uber.com/legal/pt-br/document/?name=privacy-notice&country=brazil&lang=pt-br. Acesso em: 13 de jul. de 2020.

BARBOSA JR, Francisco de Assis. **GIG economy e contrato de emprego: aplicabilidade da legislação trabalhista aos vínculos de trabalho da nova economia**. Rio de Janeiro: LTr, 2019.

BAZZO, Walter Antonio. **Ciência, tecnologia e sociedade: e o contexto da educação tecnológica**. Santa Catarina: UFSC, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, 5. ed. Niterói: Saraiva, 2009, p. 389/390.

BRASIL. **Presidência da República.** Projeto de Lei 3.129/2004 de 13 de julho de 2017**.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=155964. Acesso em: 14 de jun de 2020.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda e Bianca Neves Bomfim. A zona cinzenta do trabalho e emprego, trabalhadores sob demanda em plataformas digitais e trabalhadores portuários avulsos: direitos trabalhistas além da relação de emprego. **UFRJ**. Revista Contracampo, Ed. v.9, nº 2/2020. Disponível em: https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38553/pdf. Acesso em: 14 de jun. de 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**, 6. ed. São Paulo: Paz e Terra S/A, 2002.

CONTRATO DE LICENCIAMENTO DE SOFTWARE. Conciliador Extra Judicial – TDC. **TRIBUNAL DO CONSUMIDOR**. Disponível em: https://www.tribunaldoconsumidor.com.br/Termos.pdf. Acesso em: 19 de fev. de 2021.

COSTA, Breno Ortiz Tavares; MOLARO, Rodrigo de Moraes. **A aplicabilidade do art. 203 do código penal na seara trabalhista.** Revista nº 83 (jan. / jul. – 2011) do TRT da 3ª Região. Disponível em: Consulta em 23 de jan. 2014. 49

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

GREGO, Rogério. **Curso de direito penal - parte especial**. 3.ed. Niterói: Impetus, 2007.

LEME, Ana Carolina Reis Paes. **Da máquina à nuvem: caminhos para o acesso à justiça pela via de direitos dos motoristas de uber**. Rio de Janeiro: LTr, 2019.

MIRABETE, Júlio Fabbrini**. Juizados especiais criminais**. São Paulo: Atlas, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROMITA, Arion Sayao. **A subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização do pensamento único à consciência universal**. 31º ed. Rio de Janeiro: Record, 2020.

SCHOLZ, Trebor. **Cooperativismo de plataforma: contestando a economia do compartilhamento corporativo**. São Paulo: Elefante, 2016.

SLEE, Tom. **Uberização: a nova onda do trabalho precarizado**. 4.ed. São Paulo: Elefante, 2019.

SUNDARARAJAN, Arun. Economia compartilhada: o fim do emprego e a ascensão do capitalismo de multidão. São Paulo: Senac, 2018, p.301.

TERMO DE USO E CONDIÇÕES GERAIS PARA CONDUTORES. **CABIFY**. São Paulo, 2017. Disponível em: https://assets.cabify.com/app/driver/terms/br/T%26C_CabifyBrazil_2017.pdf. Acesso em: 19 de fev. de 2021.

TERMOS E CONDIÇÕES DE USO LALAMOVE PARA MOTORISTAS PARCEIROS. **LALAMOVE**. Brasil, 2020. Disponível em: https://www.lalamove.com/brasil/termos-e-condicoes. Acesso em: 19 de fev. de 2021.

TERMOS E CONDIÇÕES. **99**. Disponível em: https://99app.com/legal/termos/motorista/. Acesso em: 19 de fev. de 2021.

13. A IMPORTÂNCIA DE UMA LUPA SOBRE SELEÇÃO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Victor Magarian Chilelli[324]

> "Neste momento em que o Supremo assume presença mais ativa em nossa sociedade, nos destinos de nossa democracia, é natural que seja objeto de tentativas múltiplas de aperfeiçoamento institucional e procedimental. Vamos ficar inertes ou repetir o copiar outros?"
>
> *Joaquim Falcão*

RESUMO: O presente artigo visa defender a assertiva de que a seleção dos Ministros do STF precisa ser uma preocupação central, nos tempos atuais, tanto para juristas como leigos. Com isso, espera instigar debates e convencer o leitor a aprofundar-se sobre o tema. A competência quantitativa, qualitativa e administrativa da Corte é inegavelmente superlativa. Seja por meio de decisões colegiadas ou monocráticas, interpretativas ou meramente técnicas, o STF assume, desde a promulgação da Constituição de 1988, um ponto central dentro da política e elaboração do ordenamento jurídico brasileiro. Isso se mostra extremo em um cenário no qual cada juiz tem poderes para fazer diferença no funcionamento do Tribunal. Apoie-se ou não, a Corte tornou-se significativa não só na vida dos operadores do direito como também das pessoas comuns, uma vez que todos, se uma maneira ou de outra, são afetados em seu dia a dia pela sua jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário; Supremo Tribunal Federal; ingresso na magistratura; papel das cortes constitucionais; jurisdição constitucional.

13.1 INTRODUÇÃO

A seleção dos Ministros do Supremo Tribunal Federal precisa ser, hoje, uma das principais preocupações tanto para juristas como leigos.

Ao longo do presente artigo, irei defender tal afirmação em quatro etapas: 1. importância do STF enquanto instituição para o direito e administração pública; 2. poderes coletivos e individuais que os membros dessa Corte exercem; 3. contexto político no qual seus juízes estão inseridos; e 4. relevância da seleção para juristas e leigos.

Firmadas as quatro premissas, o leitor encontrará ao final a exata primeira frase deste artigo, uma vez que ela será a conclusão lógica dos raciocínios apresentados.

[324] Bacharel em Direito pela PUC-Rio (2019) e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela mesma universidade (2022). É advogado (OAB/RJ n. 245.220) e atual membro da Comissão de Assuntos Constitucionais da OAB/DF (triênio de 2022 a 2024).

13.2 A IMPORTÂNCIA OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO

Quão importante é o Supremo Tribunal Federal? A princípio, essa é uma pergunta aberta a um sem número de respostas. O próprio conceito de *importância* pode ser construído de forma subjetiva, com padrões baseados nos valores e circunstâncias de quem o expressa. Entretanto, o que se busca aqui é relevância *objetiva* da instituição, característica que não é opinativa nem intuitiva. Para tanto, uma resposta baseada em padrões imparciais é necessária. Proponho, desse modo, dois preceitos para definir a relevância da Suprema Corte: sua competência jurisdicional e sua posição institucional dentro do Estado.

13.2.1 Competência jurisdicional

O primeiro aspecto se refere às *funções* que o Tribunal desempenha. Refiro-me à sua lista de *competências jurisdicionais*, elencadas no art. 102 da CF/1988. O grau de importância da Corte é diretamente proporcional à relevância das causas que tem atribuição de julgar; tanto no sentido quantitativo (quantas causas são julgadas num determinado intervalo) como qualitativo (quais os interesses discutidos nos processos). Se o julgamento de determinada matéria traz consequências significativas para uma classe ou região, então o órgão decisório será igualmente relevante a esse grupo ou território. Ao mesmo tempo, quanto mais lides julgadas, mais a influência sobre os jurisdicionados se faz constante ao invés de esporádica. Perceba-se que os dois fatores são conjugáveis: o julgamento frequente de causas de monta dá à jurisdição do STF tanto amplitude como profundidade.

Nesse sentido, a amplitude da jurisdição do STF é indiscutível: entre 2010 a 2021 número de processos recebidos e baixados pela Corte ultrapassou a marca do *milhão*[325].

No tocante à análise *qualitativa*, entretanto, a relevância de uma matéria é sempre debatível. O resultado de um processo pode afetar profundamente um grupo, mas, na visão de alguém desinteressado, ser insignificante. Por isso, a pertinência qualitativa deve ser medida não pela avaliação singular de cada litígio, e sim pelo conjunto de causas. Pense-se nos seguintes de processos decididos pelo STF no mesmo período destacado (2010 a 2021): constitucionalidade da Lei de Anistia (ADPF n. 153); validade da política de cotas raciais (ADPF n. 186); posse do mandato político em fidelidade partidária (ADI n. 5.081); constitucionalidade do casamento civil homoafetivo (ADI n. 4.277); constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa (ADC n. 29 e 30); proibição do uso do amianto (ADI n. 3.406 e 3.470); proibição da vaquejada (ADI n. 4.983); execução da sentença penal após 2ª instância (ADC n. 43 e 44); criminalização da homofobia (ADO n. 26); e competência concorrente para as ações contra a COVID-19 (ADI n. 6.341).

Tal lista é uma amostra bastante eclética da agenda da Corte. Ainda que se possa ser cético quanto à expressividade de alguns desses temas, suportar o ônus argumentativo de que *todos* são irrelevantes é improvável.

[325] Tal dado está disponível no Portal de Informações Gerenciais do Supremo Tribunal Federal (https://transparencia.stf.jus.br).

Destaque-se, por fim, que a competência da Corte Constitucional possui uma característica ímpar: não há segundo grau de jurisdição para suas decisões. Uma instância ordinária, por mais que possa decidir causas notórias, tem sempre seu julgamento passível de reforma por algum juízo recursal. Contudo, no caso do STF não só a palavra final incide sobre suas competências recursais[326] (art. 102, I da CF/1988) como originárias (art. 102, II e III da CF/1988). Isso aumenta ainda mais, portanto, o peso de suas ações.

13.2.2 Posição dentro da Administração Pública

O segundo padrão para atribuição da relevância objetiva é a posição dentro do organograma do Estado. Definir isso é simples, uma vez que a CF/1988 organizou bem.

Nessa construção, o STF também possui alocação ímpar. Entre todas, as mais pertinentes são os cargos privativos de seus membros:

> O Presidente do STF também preside o Conselho Nacional de Justiça (art. 103- B, § 1º da CF/1988). Os demais cargos, aliás, são indicados pelo próprio STF, caso o Presidente da República não exerça essa faculdade no prazo legal (mesmo artigo, §§ 2º e 3º). Como ao CNJ compete a administração máxima do Judiciário, o Ministro que o preside também exerce funções administrativas importantes.
>
> Além disso, o Presidente da Suprema Corte também preside o Senado Federal durante eventual processo de impeachment do Presidente da República e outras autoridades de alto escalão (art. 52, parágrafo único, da CF/1988). Nesses casos, note-se, o magistrado atua sem poder decisório sobre o mérito – sendo apenas coordenador formal do processo.
>
> Por fim, há possibilidade de o Presidente do Supremo exercer, ainda que de forma provisória, o posto de Presidente da República. Isso ocorre quando houver ausência dos três substitutos anteriores (CF/1988, art. 80). Esse é um dos motivos, aliás, de exigir- se do cargo de Ministro do STF nacionalidade brasileira nata: seu ocupante pode vir a comandar as Forças Armadas (CF/1988, art. 84, XIII).

Quanto aos demais Ministros, há mais duas atribuições dignas de atenção:

> Seus subsídios são o parâmetro-limite (“teto”) de todos os demais servidores públicos (art. 37, XI da CF/1988). Como a lei que fixa esse subsídio é de iniciativa do próprio STF (Lei n. 13.091, art. 2º), o órgão acaba tendo certa ingerência sobre as despesas do Estado.
>
> São de Ministros do STF três das sete vagas do TSE, entre elas, inclusive, a da Presidência (CF/1988, art. 119, I, “a” e parágrafo único). Das quatro vagas restantes, as duas reservadas a advogados são de escolha do Presiden-

[326] Há uma ressalva a se fazer quanto aos julgamentos recursais: os recursos, a rigor, não são automáticos. Logo, é possível que um litígio que admita recurso ao STF transite em julgado na instância ordinária, seja pela inércia da parte interessada ou por um descuido formal (como a perda de um prazo, p. ex.). Nessas hipóteses, a competência relevante é a que de fato foi exercida, i.e., a do juízo que deu a resposta determinante à lide. Desse modo, a análise quantitativa deve computar somente as causas de fato julgadas pela Corte; excluídas, portanto, aquelas que poderiam ter sido objeto da competência recursal, mas que, por qualquer razão, não o foram as instituições da República. No que concerne o Judiciário, foram dadas aos tribunais certas atribuições residuais que extrapolam a de bouché de la loi defendida por Montesquieu, tais como: i. propositura de projetos de lei, edição de súmulas e criação dos próprios regimentos internos (legislativas); e ii. administração orçamentária interna, participação em conselhos e realização de concursos públicos (executivas).

> te da República, só que a partir de lista sêxtupla criada também pelo STF (mesmo artigo, inciso II). Isso demonstra que a Corte, além de ocupar a última instância do Poder Judiciário, também compõe significativa parte do Tribunal que coordena o processo eleitoral no Brasil.

Mas, além disso, também cabe ao Tribunal o julgamento de conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal (art. 102, II, "o" da CF/1988); além daqueles que envolvam a sua própria competência (art. 102, II, "l" da CF/1988). Essa regra cria uma fiscalização quase onipresente da Corte, ao menos na esfera federal, sobre a distribuição da jurisdição. Embora essa seja uma função formalmente judicial, há uma essência administrativa nela incutida. Afinal, ainda que só em certo grau, a Suprema Corte tem poder para *organizar* a jurisdição do país.

Os exemplos elencados demonstram que o STF tem *significativo espaço administrativo* dentro do Estado. Sem seus Ministros, portanto, a magistratura não só deixa de operar como ficam desfalcadas diversas instituições.

13.2.3 Conclusão parcial

Os dois fundamentos apresentados têm base objetiva, *i.e.*, são fatos. A constatação de existência, positivada na lei e documentada em dados, da extensão da sua jurisdição e envergadura das suas decisões é prova da relevância da jurisdição do Supremo. Na mesma linha, a atribuição legal a posições administrativas conferidas à Corte expressa seu tamanho dentro do Estado. Reconhecer isso implica em atestar a significância de seus titulares, quais sejam, os Ministros do STF.

Certificada essa premissa, passo o foco justamente a esses Ministros para trarar da relação entre o *funcionamento* do Tribunal e a sua *composição*.

13.3 IMPORTÂNCIA OBJETIVA DOS SEUS MEMBROS

O Supremo Tribunal Federal é composto por 11 juízes (art. 101 da CF/88), sendo órgãos da Corte o Plenário, as Turmas e o Presidente (art. 3º do RISTF). A competência de cada órgão é disposta de acordo com a matéria e classe processual. Além disso, os relatores de cada processo podem determinar medidas jurisdicionais, como concessão de liminares *ad referendum*, colocação do julgamento em pauta, elaboração das ementas (se acompanhado pela maioria) e, assim como todos os colegas, exercer o direito regimental à vista (art. 134 do RISTF). Perceba-se, então, que o Tribunal decide tanto pela via colegiada (Plenário e Turmas) como monocrática (relatores e Presidência). Ambas exigem análise.

13.3.1 Julgamentos colegiados

Em julgamentos colegiados, a composição da Corte molda o resultado dos processos de uma forma imprevisível: cada magistrado pode ter posicionamento único em cada área

do direito, sendo tarefa complexa – embora não impossível[327] – traçar o perfil exato de cada juiz. Entretanto, como o modelo de decisão do STF é *seriatim*, nos temas com divisão de posicionamentos o voto de apenas *um* Ministro pode ser determinante. Assim, um escore provável de 2 x 3 (nas Turmas) ou 6 x 5 (no Plenário) em processo pendente fará com que a aposentadoria de um Ministro que iria votar com maioria dê ao seu sucessor o poder de definição final da decisão do colegiado.

O STF também é autorizado a modular os efeitos da sua decisão (art. 27 da Lei n. 9.868/99), poder jurisdicional único que exige quórum qualificado (8 ministros). Essa modulação permite que uma decisão em controle de constitucionalidade tenha seu tempo de aplicação alterado, manipulando as consequências práticas da mesma. A extensão desse poder é facilmente observada, por exemplo, em matérias tributárias (como contribuições previdenciárias) ou em calamidades públicas (como na pandemia de COVID-19). No extremo, a decisão da Corte pode salvar ou condenar o planejamento orçamentário do governo ou uma política pública emergencial, o que é uma *influência* significativa na *política*.

E, seja por meio da maioria ou quórum qualificado, o STF pode exarar decisões que são manipulativas do texto legal, *i.e.*, que adicionam, restringem ou substituem o significado de uma norma a fim de adaptá-la ao sentido que a Corte atribuiu ao texto constitucional[328]. Isso abre lacunas para que os Ministros sejam *criativos* no exercício da jurisdição. Como a linguagem legislativa pode conter termos vagos e/ou ambíguos, que impedem uma extração objetiva de significado, há possibilidade de diversas interpretações sobre a mesma norma, cada qual levando a resultados distintos. O perigo disso é que "[s]e o juiz não tem critérios precisos para identificar qual é o significado do documento normativo, é difícil explicar quando (...) está errando a respeito do significado ou quando está inventando-o" (ASSIS, 2019, p. 44).

O horizonte de possibilidades de uma invenção é exatamente a criatividade do inventor. Logo, a depender das ideologias, preferências morais e visão de mundo dos Ministros, uma determinada lei poderá ter seu significado ampliado, reduzido ou até substituído por um sentido que, ao invés de positivado em material legislativo, encontra base tão somente no juízo político da maioria da Corte.

Porém, antes de tratar da relação do Supremo com juízos políticos, é necessário citar um caso extremo: quando não é a maioria do Plenário ou Turma, e sim apenas *um* Ministro, a tomar as decisões.

13.3.2 Julgamentos monocráticos

A análise das decisões monocráticas demonstra a influência de quem ocupa o cargo de forma mais explícita. ARGUELHES e RIBEIRO (2018) discorrem sobre isso ao detal-

[327] O VIII Relatório Supremo em Números: Quem decide no Supremo? : tipos de decisão colegiada no tribunal (ALMEIDA, ARGUELHES e PEREIRA, 2020) é um estudo que se propõe justamente a descrever os dados necessários para mitigar essa imprevisibilidade.
[328] Para um aprofundamento nesse tema, v. ASSIS (2019).

har como um Ministro do STF exerce, *individualmente*, significativa parte da jurisdição da Corte. Isso se dá a partir de certos comportamentos.

Em primeiro lugar, de maneira descentralizada (bastando ser membro do STF), por meio dos pedidos de vista. A requisição de vista é um direito regimental garantido a todos os Ministros, com base no art. 134 do RISTF, cujo prazo de devolução é constantemente *violado* (p. detalhes estatísticos, v. ARGUELHES e HARTMANN, 2017, p. 117 e 118). Feito o pedido, fica obstada a prolação da decisão colegiada – mesmo quando já tiver maioria formada – adiando-se a implementação da jurisdição. No período de 1988 até 2013, o número de pedidos de vista ultrapassou a marca de 2987 (idem, p. 116).

Em seguida, fazendo uso dos amplos poderes de relator, que pode dar decisões liminares *ad referendum* e (deixar de) alocar o processo à pauta de julgamento. As liminares, em tese, podem ser reformadas pelo Plenário. Todavia, a realidade é que não só uma esmagadora maioria das decisões em controle de constitucionalidade é monocrática como sua revisão constantemente perde o objeto por decurso do tempo[329].

Finalmente, cada Ministro pode, de forma imprevisível, sinalizar na mídia ou academia um determinado posicionamento sobre assunto político que está ou pode vir a ficar sub judice. Embora o Estatuto da Magistratura coíba essa espécie de manifestação (Lei Complementar n. 35/79, art. 36, III), não há registro de censura ou punição a qualquer membro do STF que tenha concedido entrevistas opinando sobre processo pendente na Corte ou sob sua relatoria. É como se o Ministro fosse um comentarista esportivo que também participa do jogo, podendo anunciar até mesmo aonde chutará a bola.

A consequência do quadro apresentado é que "[e]m vários momentos críticos, o poder judicial foi exercido individualmente por ministros do STF, sem participação relevante do plenário da instituição ou até mesmo contra ele". Assim, "Pedidos de vista, relatorias estratégicas para o governo [e] manifestações na imprensa em momentos- chave" fazem com que, para determinados interesses políticos, "a utilidade de uma única indicação para o STF [se torne] incalculável" (ARGUELHES e RIBEIRO, 2018, p. 13- 14 e 26-27).

Vale mencionar que o cenário narrado em nada impede o exercício *criativo* da juris-

[329] Ilustrativamente, "[e]ntre 2007 e 2016, passaram-se em média 1.278 dias entre uma decisão liminar monocrática, em controle concentrado, e a primeira oportunidade de manifestação colegiada no mesmo processo. Considerando-se apenas as decisões concessivas de liminares, a média é de 797 dias. Para além do controle concentrado, considerando todas as classes processuais no período de 2012 a 2016, passaram- se em média 617 dias entre a concessão monocrática de uma medida liminar e a primeira oportunidade de apreciação por um colegiado. No mesmo período, nos casos em que a liminar monocrática concessiva foi seguida de uma decisão declarando o julgamento prejudicado, o tempo de vigência da referida liminar foi, na média, de 767 dias" (ARGUELHES e RIBEIRO. 2018, p. 24). Esse é um problema complexo: mesmo que o Pleno fosse obrigado a se manifestar em prazo certo – e de fato o fizesse –, a já ressaltada amplíssima carga processual da Corte dificultaria imensamente que tudo fosse decidido em colegiado. Há, ainda mais, a definição do timing, exercido por meio do controle da pauta de julgamentos. Essa atribuição é apenas dos relatores e presidentes da Corte ou das Turmas. Estabelecer quando e quais processos serão julgados é, na prática, ter a chance de vetar, ainda que provisoriamente, uma decisão. A consequência imediata disso é a manutenção do status quo (ARGUELHES e RIBEIRO, 2018, p. 29). Como esse poder é centralizado, Ministros que ocupam tais posições na Corte têm sua individualidade temporariamente hipertrofiada.

dição do STF sobre o texto legal (ponto 2.1): cada juiz pode fazer valer sua moral *pessoal* sobre determinadas matérias[330].

13.3.3 Conclusão parcial

Seja agindo com o voto decisivo em julgamentos colegiados apertados ou de forma solitária na relatoria de processos, pedidos de vista ou exercício da Presidência, cada Ministro do STF tem, *individual* ou *coletivamente*, enormes poderes. Somando-se isso à vagueza de diversos dispositivos constitucionais e à subsequente possibilidade de decisões manipulativas sobre o texto legal, cria-se a um juiz *superlativo*, com repertório jurisdicional extenso e quase sem controles institucionais sobre sua atuação. Se *cada Ministro faz a diferença* e pode decidir de acordo com seus *valores pessoais*, então cada nova seleção ao STF possibilita a recriação da própria jurisdição da Corte.

13.4 HOJE: O CONTEXTO PÓS-1988

Estando firme o entendimento sobre envergadura administrativa e jurisdicional do STF e amplos poderes de seus juízes, abre-se espaço para indagar o motivo de sua seleção ser relevante especialmente *hoje*. Vale deixar claro que por "hoje" me refiro ao contexto histórico do Brasil redemocratizado, *i.e.*, pós-1988. O termo, desse modo, atrai uma análise tanto sobre o contemporâneo jurídico como político brasileiros. Traçarei o jurídico primeiro.

13.4.1 Contexto jurídico

O ordenamento constitucional atual deu poderes sem precedentes ao STF. A isso, atribuo três causas.

A primeira delas, indireta, é que o texto constitucional não só possui dezenas de direitos tipificados em princípios vagos (art. 5º da CF/1988), como também grande número de normas incompletas[331], "que impõem uma constante atuação do legislador para mediar a tensão entre princípios e complementar a vontade constitucional" (VIEIRA, 2018, p. 159). Essa atuação do Legislativo é fiscalizada pelo Supremo (art. 101 da CF/88); o que faz com que "o sentido da Constituição seja constantemente atualizado pela legislação ordinária e mesmo por sentenças judiciais, sem a necessidade de alteração do texto" (VIEIRA, idem). O próprio STF pode, se provocado a fazê-lo, regulamentar essas normas, quando houver omissão legislativa, pela via do Mandado de Injunção – criação inédita na CF/1988 (art. 5º, LXXI c/c Lei n. 13.300/16).

A segunda causa é que a Constituição confiou amplíssima competência jurisdicional e administrativa ao STF. Seu papel é *quádruplo*: i. de Corte Constitucional, pelos proces-

[330] Essa autorização, por sinal, se aplica a todos os magistrados, se levada em conta a vagueza dos termos do art. 5º da LINDB: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

[331] Refiro-me àquelas com eficácia limitada, tanto institutivas, como o art. 22, parágrafo único da CF/88, como programáticas (p. ex., art. 218 da CF/88) (v. SILVA, 2015, p. 182).

sos de controle de constitucionalidade concentrado; ii. de Corte de Justiça, pelo sistema recursal e competências cíveis originárias; iii. de Corte Criminal, pelo julgamento de HC, AP e RE em matéria penal; e iv. de órgão administrativo, por suas funções residuais e presença dos membros em outras instituições que manejam o Estado.

Por fim, o terceiro motivo é a atribuição de hierarquia constitucional a um número sem precedentes de regras e direitos, ao ponto de tornar a seara constitucional praticamente ubíqua – como em uma *hiperconstitucionalização* (VIEIRA, 2018, p. 171). De causas cíveis e penais até marítimas, a jurisprudência do STF altera a interpretação/aplicação de quase qualquer ato normativo ao adequá-lo às mais de *64 mil palavras* contidas na Constituição[332]. Entre todas, é significativo apontar que, no período de 2010 a 2021, 31,3% dos processos recebidos foram da seara de Direito Administrativo e Público. Isso vai ao encontro da ideia de relevância administrativa da Corte, tratada anteriormente.

13.4.2 Contexto político

O STF encontra-se hoje inserido no centro das discussões políticas congressuais.

Isso se deve à ampliação da lista de legitimados à propositura da ADI (art. 103 da CF/88), que facilitou a judicialização de dissensos políticos no Supremo. Como o ato normativo comumente esbarra em um texto ambíguo ou princípio sem conceito claro, o Tribunal Constitucional tornou-se palco hábil para a (re) discussão sobre costumes, políticas públicas, moral e até legitimidade de atuação dos agentes políticos. Estabeleceu- se uma nova espécie nova etapa do processo legislativo[333] que, na prática, dá à Corte palavra final em temas essencialmente *políticos*:

> A lógica é simples: por maior que seja a votação do presidente da República, o candidato eleito terá que governar com um parlamento inevitavelmente fragmentado, no qual não é muito improvável que seu partido obtenha uma maioria que lhe garanta a governabilidade. Isso exige do Poder Executivo um contínuo esforço para estabelecer coalizões partidárias que lhe deem sustentação. Dado o alto grau de fragmentação partidária, essas coalizões sempre estão instáveis e custosas. (...) A hiperconstitucionalização, somada à sobreposição de atribuições e à ampliação do acesso ao Tribunal, levou a uma explosão da litigiosidade constitucional. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou legisladores gera necessariamente um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo (VIEIRA, 2018, p. 26 e p. 172 e 173).

Certos autores entendem esse sistema como algo natural – e até positivo. A hiperconstitucionalização, e subsequente judicialização da política, teriam como causa "[o] reconhecimento, após a 2ª Guerra Mundial, da importância de um Judiciário forte e independente como elemento essencial das democracias modernas, para a proteção dos direitos

[332] Esse número garante à Constituição Cidadã o terceiro lugar entre as mais prolixas do mundo, de acordo com o Comparative Constitutions Project. O ranking pode ser acessado em https://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/.
[333] V. sobre isso, VERÍSSIMO, 2008.

fundamentais e do Estado de direito", além da "certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral".

Dessa maneira, "atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade", a fim de evitarem desgastes com a base eleitoral (BARROSO, 2017, p. 2177). A judicialização, portanto, seria " fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional adotado na maior parte dos países democráticos" e é justamente "potencializada nos países de Constituições mais analíticas, sobretudo as que consagram direitos econômicos e sociais, como é o caso (...) do Brasil, por exemplo". (Idem, p. 2180).

Para o autor, não só inelutável, a maior presença do Judiciário e Suprema Corte na vida política seria consequência benéfica à democracia:

> A jurisdição constitucional pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral. Ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária. Isso vale para democracias tradicionais e pode ser vital para países de democratização mais recente, onde o amadurecimento institucional ainda precisa enfrentar uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo. (...) Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia (BARROSO, 2017, p. 2186).

Concorde-se ou não com tais argumentos, há de se frisar o caráter sintomático de uma posição como essa vir justamente de um dos juízes da própria Corte Constitucional.

13.4.3 Conclusão parcial

Seja o leitor simpático ou crítico aos contextos jurídicos e políticos instaurados pela Constituição de 1988, é inegável a afirmativa de que há, hoje, protagonismo do Supremo Tribunal Federal na vida política brasileira. Para uns, isso pode ser propício à estabilidade do sistema democrático e defesa dos direitos fundamentais; e, para outros, criticado, pelos riscos de uma hipertrofia ilegítima de um Poder sobre os demais. Seja como for, a realidade é que esse cenário traz consequências para todos: sejam juristas ou leigos.

13.5 AS CONSEQUÊNCIAS PARA JURISTAS E LEIGOS

A última parte da hipótese em análise se refere aos " juristas e leigos". É claro que a forma de ingresso ao Supremo Tribunal Federal é questão essencialmente jurídica, mas seus efeitos extrapolam a academia e os tribunais.

13.5.1 Juristas

Para os juristas, a forma como é feita a composição do STF é uma das ferramentas institucionais para prever, garantir ou evitar certas mudanças na interpretação e aplicação do Direito Constitucional (e, subsequentemente, nas demais áreas do direito). Apenas nos tempos recentes, por exemplo, civilistas tiveram que se adaptar à equiparação dos compan-

heiros para fins sucessórios (RE n. 878.694) e criminalistas aos vacilantes posicionamentos sobre a validade da prisão-pena após condenação em segunda instância (HC n. 68.726, 84.078, 126.292 até as ADC n. 43 e 44). Promotores, magistrados e servidores também se viram vinculados às decisões do STF tanto em relação aos seus misteres gerais como remunerações (AO n. 1.773). E, mais diretamente, no âmbito dos bastidores de brasília, os juristas de renome analisam e visam se adequar aos requisitos informais dos processos de indicação presidencial e sabatina senatorial que, ao selecionar algum deles, lhe outorgará um maiores cargos dentro do Estado de Direito[334].

Das consequências ao exercício da advocacia, garantias legais dentro do serviço público ou adequação à política, a renovação do Supremo é preocupação constante entre os juristas. A seleção ao STF é, desse modo, tema ubíquo no direito.

13.5.2 Leigos

Os leigos, por outro lado, pouco entendem sobre os pormenores de competência jurisdicional, interpretação conforme a Constituição ou notável saber jurídico. Entretanto, sabem, enquanto *eleitores*, que o Presidente da República eleito terá poder de indicar um novo Ministro do STF que, provavelmente, será mais voltado às visões que o mandatário defende. E também sabem, por experiência própria ou por meio da mídia[335], que esses escolhidos poderão definir aspectos diversos de sua vida privada como, por exemplo: união de casais homoafetivos (ADI n. 4.277); descriminalização de interrupção da gestação de fetos anencéfalos (ADF n. 54); direitos e deveres dos empregados (ADI n. 6.363) e dos empresários (SS n. 5.456) durante a pandemia do COVID-19; e até mesmo o resultado da última Copa América de futebol (ADPF n. 849).

Nessa linha, uma pesquisa de FALCÃO e OLIVEIRA (2013) investigou qual o grau de conhecimento de cidadãos de diferentes classes sociais, idades e formação para identificar a capilaridade do assunto na sociedade. Em síntese, os autores concluíram que, apesar do Tribunal ainda ser desconhecido pela maioria dos brasileiros, "desde a Constituição de 1988, passou a ser protagonista ativo no debate de questões relevantes para a agenda pública nacional e nas decisões sobre importantes políticas públicas" (idem, p. 465). Os resultados das pesquisas demonstraram que o STF é conhecido por 69% dos entrevistados, com proporção mais elevada entre aqueles de maior renda e escolaridade.

13.5.3 Conclusão parcial

Leigos e juristas estão subordinados, cada qual à sua forma, aos entendimentos do STF. Tanto para os críticos da judicialização, que preferem o máximo da autocontenção dos juízes, quanto para os entusiastas de progressos sociais concretizados pelo Judiciário, o inegável é que a Corte ganhou peso sobre o dia a dia de qualquer que seja o jurisdicionado. Isso torna a seleção dos membros de tal órgão tema universal a ser debatido.

[334] Sobre isso, v. RECONDO e WEBER (2019).
[335] Especialmente após a criação da TV Justiça, em agosto de 2002.

13.6 CONCLUSÃO

Quão importante é o Supremo Tribunal Federal? De que forma seus membros agem? Como isso interfere no momento político e jurídico atual? E quem é afetado por isso? O presente artigo se propôs a organizar essas indagações.

Foi demonstrada a envergadura do Tribunal, tanto pela sua competência jurisdicional, qualitativa e quantitativa, quanto pela sua presença em outros cargos no Estado de Direito. Com isso, atestou-se seu alto grau de *importância*. Em seguida, foi apontada a maneira por meio da qual cada Ministro pode "pilotar" a Corte, circunstancialmente ou a qualquer tempo, em julgamentos colegiados ou individuais. Daí justificou-se a pertinência do enfoque sobre *quem* a compõe. Isso, em um contexto político e jurídico no qual a jurisdição do STF é tão central – seja pela presença ubíqua das matérias constitucionais ou pelo sistema político consensual entre os três poderes – justifica o porquê de *hoje* o tema ser superlativo. Superlativo, aliás, para todos. Entender e discutir os membros desse órgão alcançam seus postos não é mais uma discussão a ser deixada em apêndices de manuais de Direito Constitucional. Por suas causas e consequências políticas, sociais e econômicas, é um debate que extrapola a bolha do estudo do direito e se coloca para todos. Afinal, o tema afeta, com ou sem mediações, rumos eleitorais, políticas públicas ou até mesmo a estrutura do ordenamento jurídico. É um assunto para juristas e Leigos – com L maiúsculo.

Este artigo, naturalmente, não pretendeu ser exaustivo, e sim *provocativo*. Busquei instigar (ou aumentar) o interesse do leitor sobre um procedimento que, talvez singelo em suas regras, é gigante em suas consequências. Afinal, a Suprema Corte não seria chamada de "suprema" se fosse insignificante. Os elementos relativos à mesma – o como e quem decide, com base em quais fundamentos e visando quais fins – são todos igualmente "supremos". Um órgão tão importante, que acumula tanto protagonismo, interfere em tantas vidas e tem juízes tão poderosos que não pode ter seu processo de formação negligenciado: A seleção dos Ministros do Supremo Tribunal Federal precisa ser, hoje, uma das principais preocupações tanto para juristas como leigos.

13.7 REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar. Timing Control without Docket Control: How Individual Justices Shape the Brazilian Supreme Court's Agenda. American Political Science Association: Chicago, 2017.

RIBEIRO, Leonardo Molhano. Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. São Paulo: CEBRAP vol. 37, nº 1, jan. –abr., 2018 (p. 13 – 32).

ASSIS, Rodolfo. Interpretação Conforme a Constituição e Decisões Manipulativas. Rio de Janeiro: Gramma, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Rio de Janeiro: Revista Direito Práxis, Vol. 9, nº 4, 2018 (p. 2171 – 2228).

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? São Paulo: Lua Nova, nº 87, 2012 (p. 429 – 469).

JORGE, Álvaro Palma de. Supremo Interesse: a evolução do processo de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal. 1º ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2020.

OLIVEIRA, Eduardo dos Santos. O Sistema Político Brasileiro hoje: o governo do Supremo Tribunal Federal e legitimidade democrática. 2013. Disponível em: https://www.scielo.br/j/soc/a/dryZFtM6NHcGJsc6mJP45CH/?lang=pt# (acesso: 06.22)

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". *In* Revista Direito GV, vol. 4, n. 2, p. 407 – 440. Fundação Getúlio Vargas (FGV). São Paulo, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Batalha dos Poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Supremocracia. 2008. São Paulo: Revista Direito GV, 4 [2], jul. – dez., 2008 (p. 441 – 469).

Composto e Impresso no Brasil
Impressão Sob Demanda

21 2236-0844
www.podeditora.com.br
atendimento@podeditora.com.br

2023