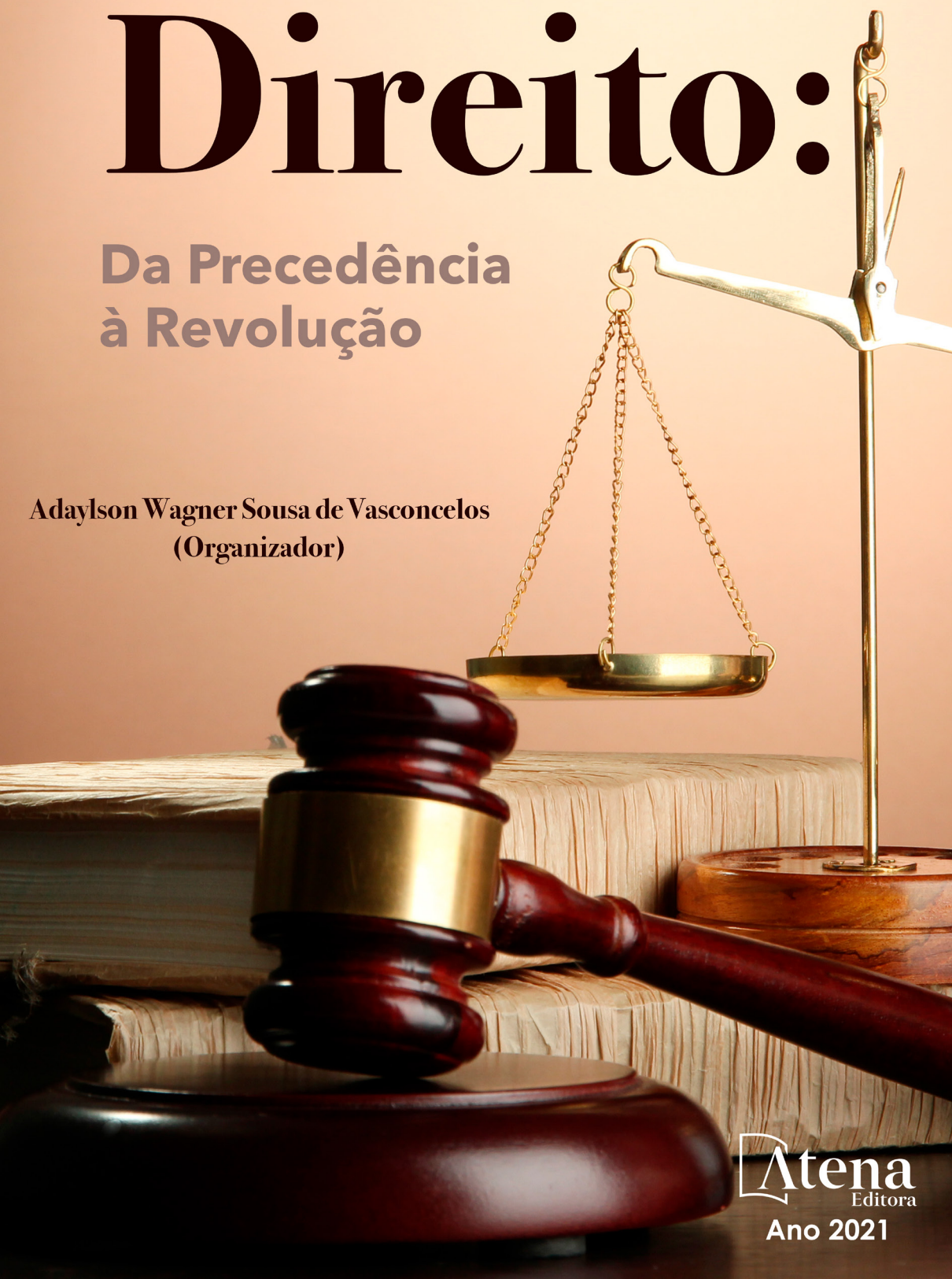


# Direito:

## Da Precedência à Revolução

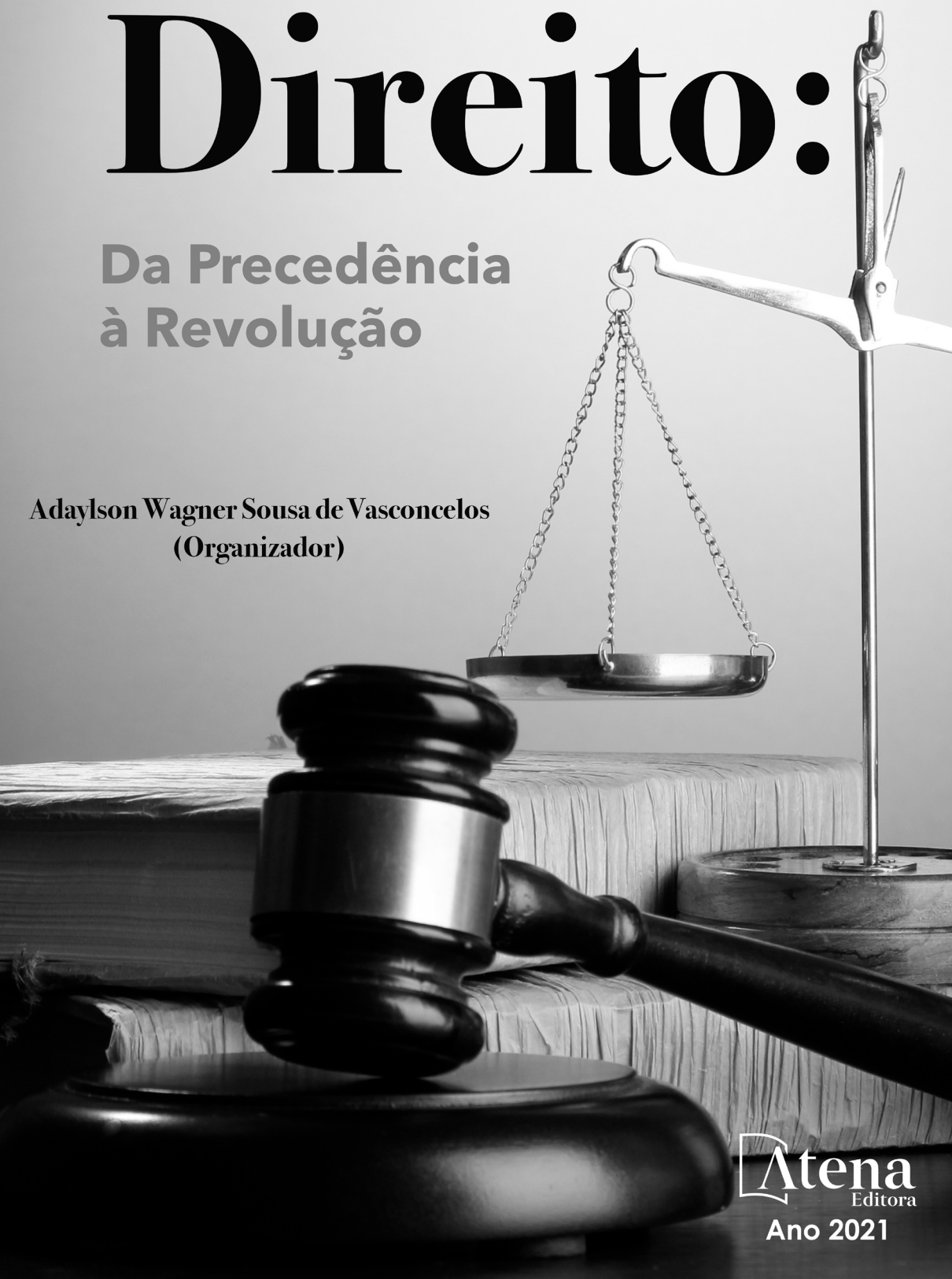
Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos  
(Organizador)



# Direito:

Da Precedência  
à Revolução

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos  
(Organizador)



**Editora Chefe**

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

**Assistentes Editoriais**

Natalia Oliveira

Bruno Oliveira

Flávia Roberta Barão

**Bibliotecária**

Janaina Ramos

**Projeto Gráfico e Diagramação**

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremo

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

**Imagens da Capa**

Shutterstock

**Edição de Arte**

Luiza Alves Batista

**Revisão**

Os Autores

2021 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2021 Os autores

Copyright da Edição © 2021 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.



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

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

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

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

**Conselho Editorial**

**Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

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

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

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

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

#### **Ciências Agrárias e Multidisciplinar**

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

Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

### **Ciências Biológicas e da Saúde**

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília

Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas

Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás

Profª Drª Débora Luana Ribeiro Pessoa – Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Douglas Siqueira de Almeida Chaves – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri

Profª Drª Elizabeth Cordeiro Fernandes – Faculdade Integrada Medicina

Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília

Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina

Profª Drª Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira

Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia

Prof. Dr. Fernando Mendes – Instituto Politécnico de Coimbra – Escola Superior de Saúde de Coimbra

Profª Drª Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras

Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia

Profª Drª Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco

Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Dr. Jefferson Thiago Souza – Universidade Estadual do Ceará

Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí

Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará

Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas

Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia

Profª Drª Maria Tatiane Gonçalves Sá – Universidade do Estado do Pará

Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma

Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federaci do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá

Prof. Dr. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados

Profª Drª Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino

Profª Drª Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora

Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa

Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

### **Ciências Exatas e da Terra e Engenharias**

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto

Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás

Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná

Prof. Dr. Cleiseano Emanuel da Silva Paniagua – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás

Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia

Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná  
Profª Drª Érica de Melo Azevedo – Instituto Federal do Rio de Janeiro  
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará  
Profª Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho  
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande  
Profª Drª Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte  
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá  
Prof. Dr. Marco Aurélio Kistemann Junior – Universidade Federal de Juiz de Fora  
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba  
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
Profª Drª Priscila Tessmer Scaglioni – Universidade Federal de Pelotas  
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

### **Linguística, Letras e Artes**

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

### **Conselho Técnico Científico**

Prof. Me. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo  
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza  
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba  
Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí  
Prof. Dr. Alex Luis dos Santos – Universidade Federal de Minas Gerais  
Prof. Me. Alessandro Teixeira Ribeiro – Centro Universitário Internacional  
Profª Ma. Aline Ferreira Antunes – Universidade Federal de Goiás  
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão  
Profª Ma. Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa  
Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico  
Profª Drª Andrezza Miguel da Silva – Faculdade da Amazônia  
Profª Ma. Anelisa Mota Gregoleti – Universidade Estadual de Maringá  
Profª Ma. Anne Karynne da Silva Barbosa – Universidade Federal do Maranhão  
Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais  
Prof. Me. Armando Dias Duarte – Universidade Federal de Pernambuco  
Profª Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar

Profª Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos  
Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro  
Prof. Me. Christopher Smith Bignardi Neves – Universidade Federal do Paraná  
Prof. Ma. Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo  
Profª Drª Cláudia Taís Siqueira Cagliari – Centro Universitário Dinâmica das Cataratas  
Prof. Me. Clécio Danilo Dias da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte  
Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará  
Profª Ma. Daniela da Silva Rodrigues – Universidade de Brasília  
Profª Ma. Daniela Remião de Macedo – Universidade de Lisboa  
Profª Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco  
Prof. Me. Douglas Santos Mezacas – Universidade Estadual de Goiás  
Prof. Me. Edevaldo de Castro Monteiro – Embrapa Agrobiologia  
Prof. Me. Eduardo Gomes de Oliveira – Faculdades Unificadas Doctum de Cataguases  
Prof. Me. Eduardo Henrique Ferreira – Faculdade Pitágoras de Londrina  
Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil  
Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita  
Prof. Me. Ernane Rosa Martins – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás  
Prof. Me. Euvaldo de Sousa Costa Junior – Prefeitura Municipal de São João do Piauí  
Prof. Dr. Everaldo dos Santos Mendes – Instituto Edith Theresa Hedwing Stein  
Prof. Me. Ezequiel Martins Ferreira – Universidade Federal de Goiás  
Profª Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora  
Prof. Me. Fabiano Eloy Atílio Batista – Universidade Federal de Viçosa  
Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas  
Prof. Me. Francisco Odécio Sales – Instituto Federal do Ceará  
Profª Drª Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo  
Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária  
Prof. Me. Givanildo de Oliveira Santos – Secretaria da Educação de Goiás  
Prof. Dr. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná  
Prof. Me. Gustavo Krahl – Universidade do Oeste de Santa Catarina  
Prof. Me. Helton Rangel Coutinho Junior – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro  
Profª Ma. Isabelle Cerqueira Sousa – Universidade de Fortaleza  
Profª Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia  
Prof. Me. Javier Antonio Alborno – University of Miami and Miami Dade College  
Prof. Me. Jhonatan da Silva Lima – Universidade Federal do Pará  
Prof. Dr. José Carlos da Silva Mendes – Instituto de Psicologia Cognitiva, Desenvolvimento Humano e Social  
Prof. Me. Jose Elyton Batista dos Santos – Universidade Federal de Sergipe  
Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay  
Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco  
Profª Drª Juliana Santana de Curcio – Universidade Federal de Goiás  
Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Profª Drª Kamilly Souza do Vale – Núcleo de Pesquisas Fenomenológicas/UFGA  
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia  
Profª Drª Karina de Araújo Dias – Prefeitura Municipal de Florianópolis

Prof. Dr. Lázaro Castro Silva Nascimento – Laboratório de Fenomenologia & Subjetividade/UFPR  
Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará  
Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ  
Profª Drª Livia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás  
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Secretaria de Estado da Educação, do Esporte e da Cultura de Sergipe  
Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual do Paraná  
Profª Ma. Luana Ferreira dos Santos – Universidade Estadual de Santa Cruz  
Profª Ma. Luana Vieira Toledo – Universidade Federal de Viçosa  
Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados  
Profª Ma. Luma Sarai de Oliveira – Universidade Estadual de Campinas  
Prof. Dr. Michel da Costa – Universidade Metropolitana de Santos  
Prof. Me. Marcelo da Fonseca Ferreira da Silva – Governo do Estado do Espírito Santo  
Prof. Dr. Marcelo Máximo Purificação – Fundação Integrada Municipal de Ensino Superior  
Prof. Me. Marcos Aurelio Alves e Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo  
Profª Ma. Maria Elanny Damasceno Silva – Universidade Federal do Ceará  
Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri  
Prof. Me. Pedro Panhoca da Silva – Universidade Presbiteriana Mackenzie  
Profª Drª Poliana Arruda Fajardo – Universidade Federal de São Carlos  
Prof. Me. Ricardo Sérgio da Silva – Universidade Federal de Pernambuco  
Prof. Me. Renato Faria da Gama – Instituto Gama – Medicina Personalizada e Integrativa  
Profª Ma. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal  
Prof. Me. Robson Lucas Soares da Silva – Universidade Federal da Paraíba  
Prof. Me. Sebastião André Barbosa Junior – Universidade Federal Rural de Pernambuco  
Profª Ma. Silene Ribeiro Miranda Barbosa – Consultoria Brasileira de Ensino, Pesquisa e Extensão  
Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo  
Profª Ma. Taiane Aparecida Ribeiro Nepomoceno – Universidade Estadual do Oeste do Paraná  
Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Faculdade Regional Jaguaribana  
Profª Ma. Thatianny Jasmine Castro Martins de Carvalho – Universidade Federal do Piauí  
Prof. Me. Tiago Silvio Dedoné – Colégio ECEL Positivo  
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista



## Direito: da precedência à revolução

**Editora Chefe:** Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira  
**Bibliotecária:** Janaina Ramos  
**Diagramação:** Camila Alves de Cremo  
**Correção:** Mariane Aparecida Freitas  
**Edição de Arte:** Luiza Alves Batista  
**Revisão:** Os Autores  
**Organizador:** Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Direito: da precedência à revolução / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5706-928-8

DOI 10.22533/at.ed.288212903

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

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

**Atena Editora**

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)

contato@atenaeditora.com.br

## DECLARAÇÃO DOS AUTORES

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

## APRESENTAÇÃO

Em **DIREITO: DA PRECEDÊNCIA À REVOLUÇÃO**, coletânea de dezenove capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, nesse volume, cinco grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos em direito constitucional; minorias sociais e juridicamente hipossuficientes; estudos em direito penal e processual penal; estudos em direito do trabalho; e estudos em direito eleitoral.

Estudos em direito constitucional traz análises sobre princípio da dignidade da pessoa humana, pena de morte, colaboração premiada, crise democrática e pandemia, além de federalismo e gestão de serviços públicos.

Em minorias sociais e juridicamente hipossuficientes são verificadas contribuições que versam sobre mulher, pessoa com deficiência, criança, adolescente e consumidor.

Estudos em sistema prisional brasileiro, direito penal e processual penal aborda questões como assédio sexual, discurso de ódio, pornografia, Lava Jato e o artigo 385 do CPP.

No quarto momento, estudos em direito do trabalho, temos leituras sobre OIT, unicidade sindical, perícia assistente e teletrabalho e saúde.

Por fim, em estudos em direito eleitoral, há abordagens que tratam de temas como ação de impugnação de mandato eletivo, princípio da soberania popular e judicialização das eleições municipais.

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

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

## SUMÁRIO

### **CAPÍTULO 1..... 1**

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITE À APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

*Simoni Caetano Miranda*

*Rene Vial*

**DOI 10.22533/at.ed.2882129031**

### **CAPÍTULO 2..... 15**

O BUSÍLIS FILOSÓFICO DA PENA DE MORTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL FACE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

*Flávia Maria Ferreira de Araújo*

*Alexandre Almeida Rocha*

**DOI 10.22533/at.ed.2882129032**

### **CAPÍTULO 3..... 29**

COLABORAÇÃO PREMIADA: A ORDEM DE DEPOIMENTO DO DELATOR E O RESPEITO ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

*Simoni Caetano Miranda*

*Bárbara Mendes Lima*

**DOI 10.22533/at.ed.2882129033**

### **CAPÍTULO 4..... 47**

CRISE DEMOCRÁTICA E PANDEMIA: NOVOS RUMOS PARA O CONSTITUCIONALISMO EM TERRAS DEPENDENTES

*Elaine Maria Silveira Ritossa*

**DOI 10.22533/at.ed.2882129034**

### **CAPÍTULO 5..... 57**

O FEDERALISMO BRASILEIRO E O COVID-19: UM NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL NA GESTÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS?

*Caroline Lobato*

**DOI 10.22533/at.ed.2882129035**

### **CAPÍTULO 6..... 68**

DIREITO, MULHER E (IN)JUSTIÇA: A NATURALIZAÇÃO DAS CATEGORIAS CULTURAIS COMO FORMA DE DOMINAÇÃO

*Valéria Cenci Valle*

*Vilson Leonel*

**DOI 10.22533/at.ed.2882129036**

### **CAPÍTULO 7..... 80**

O PRINCÍPIO DA INCLUSÃO: A CONTRIBUIÇÃO DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PARA A INCLUSÃO SOCIAL NO BRASIL

*Lucas Miguel Medeiros de Oliveira Santos*

**DOI 10.22533/at.ed.2882129037**

<b>CAPÍTULO 8</b> .....	<b>91</b>
O SISTEMA DE GARANTIA DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E OS DESAFIOS À PROTEÇÃO INTEGRAL	
Amanda de Souza Rodrigues	
Edna Maria Goulart Joazeiro	
<b>DOI 10.22533/at.ed.2882129038</b>	
<b>CAPÍTULO 9</b> .....	<b>103</b>
DIREITO DO CONSUMIDOR: O USO DE AGROTÓXICOS E SEUS EFEITOS NA RELAÇÃO CONSUMERISTA	
Marina Lopes de Moraes	
Filipe Ferreira Delmondes	
Francisco José Soller de Mattos	
<b>DOI 10.22533/at.ed.2882129039</b>	
<b>CAPÍTULO 10</b> .....	<b>109</b>
SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: O BERÇO DAS FACÇÕES CRIMINOSAS NO PAÍS	
Tiago dos Santos Arão	
Carlos Eduardo Silva Abbadie	
Bruno de Castro Lino	
Leonardo Mattos	
<b>DOI 10.22533/at.ed.28821290310</b>	
<b>CAPÍTULO 11</b> .....	<b>119</b>
O ASSÉDIO SEXUAL E A PERTINÊNCIA DA SUA TIPIFICAÇÃO PENAL	
Victoria da Silva Guedes	
Andreia Cadore Tolfo	
<b>DOI 10.22533/at.ed.28821290311</b>	
<b>CAPÍTULO 12</b> .....	<b>129</b>
DISCURSO DE ÓDIO E A QUESTÃO DA PORNOGRAFIA	
Rayssa de Sales França	
Lilian Silva de Sales	
<b>DOI 10.22533/at.ed.28821290312</b>	
<b>CAPÍTULO 13</b> .....	<b>144</b>
ATIVISMO JUDICIAL E OPERAÇÃO LAVA JATO	
Camila de Oliveira	
Ernane Salles da Costa Junior	
Gerald Otaviano Leal Pereira	
<b>DOI 10.22533/at.ed.28821290313</b>	
<b>CAPÍTULO 14</b> .....	<b>166</b>
SISTEMAS JUDICIAIS INERENTES AO PROCESSO PENAL E A CRÍTICA AO ARTIGO 385: GARANTISMO NEOCONSTITUCIONAL E MEIO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL FÁTICO-JURÍDICO I	
Alexia Aqueni Bernardes de Oliveira	
<b>DOI 10.22533/at.ed.28821290314</b>	

<b>CAPÍTULO 15.....</b>	<b>178</b>
A FORÇA IMPOSITIVA DA DECLARAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DE 1998 DA OIT E A UNICIDADE SINDICAL NO BRASIL: O PAÍS-MEMBRO TEM DEVER DE IMPLEMENTAR AS DIRETRIZES DA CONVENÇÃO Nº 87 DA OIT?	
Andréa Arruda Vaz	
Andressa Ignácio da Silva	
Francieli Korkievicz Morbini	
Marco Antônio Berberi	
Rayane Herzog Liutkus	
Tais Martins	
<b>DOI 10.22533/at.ed.28821290315</b>	
<b>CAPÍTULO 16.....</b>	<b>188</b>
CONTRIBUIÇÃO DO PERITO ASSISTENTE NA REDUÇÃO DOS VALORES DAS CONDENAÇÕES DOS PROCESSOS TRABALHISTAS	
Luciano Bendlin	
Rafaela Witt Bendlin	
Solange Salete Sprandel da Silva	
<b>DOI 10.22533/at.ed.28821290316</b>	
<b>CAPÍTULO 17.....</b>	<b>203</b>
AS IMPLICAÇÕES DO TELETRABALHO NA SAÚDE DOS TRABALHADORES	
Luciana Martinez Geraldes Rodrigues	
<b>DOI 10.22533/at.ed.28821290317</b>	
<b>CAPÍTULO 18.....</b>	<b>208</b>
AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO: UM INSTRUMENTO JURÍDICO QUE ASSEGURA A PERDA DO MANDATO ELETIVO GARANTINDO O PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR	
Daniel Rodrigues da Silva	
Daniela da Silva Dias	
Rochele Juliane Lima Firmeza Bernardes	
<b>DOI 10.22533/at.ed.28821290318</b>	
<b>CAPÍTULO 19.....</b>	<b>220</b>
JUDICIALIZAÇÃO DA COMPETIÇÃO ELEITORAL MUNICIPAL E A ADI 5525	
Ary Jorge Aguiar Nogueira	
<b>DOI 10.22533/at.ed.28821290319</b>	
<b>SOBRE O ORGANIZADOR.....</b>	<b>235</b>
<b>ÍNDICE REMISSIVO.....</b>	<b>236</b>

# CAPÍTULO 1

## O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITE À APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

*Data de aceite: 25/03/2021*

*Data de submissão: 11/01/2021*

**Simoni Caetano Miranda**

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
Belo Horizonte/MG  
<http://lattes.cnpq.br/4980734009552257>

**Rene Vial**

PPG Direito PUC-Minas  
Belo Horizonte/MG  
[https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG\\_MENU.  
menu?f\\_cod=50A26037D86A75192CA  
E97AB18F1F7F3#](https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=50A26037D86A75192CAE97AB18F1F7F3#)

**RESUMO:** O presente artigo discute as formas de aplicação das medidas de segurança no Direito brasileiro tendo em vista a falta de limitação temporal desse instituto. O texto sugere uma análise sob a ótica da dignidade humana e, visto que o Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, enfatiza a situação das pessoas com doença ou desenvolvimento mental incompleto, a fim de verificar se a aplicação das medidas de segurança tem respeitado os seus direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Medidas de segurança, Dignidade Humana, Desinternação.

### THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AS A LIMIT TO THE APPLICATION OF SECURITY MEASURES

**ABSTRACT:** This article discusses the forms of application of the security measures in the Brazilian Law considering the lack of temporal limitation of this institute. The text suggests an analysis from the point of view of human dignity and, since Brazil is a signatory to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, emphasizes the situation of persons with illness or incomplete mental development, in order to verify if the application of the security measures have respected their fundamental rights.

**KEYWORDS:** Security Measures, Human Dignity, Disinternation.

## 1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de discutir acerca da aplicação das medidas de segurança no ordenamento jurídico brasileiro. Há celeuma jurídica no que tange à perpetuidade do cumprimento dessas medidas, já que o Código Penal não estabelece um limite máximo, e os tribunais superiores divergem sobre o tema.

A fim de facilitar a compreensão do assunto, esse artigo será dividido em cinco partes, sendo que, na primeira, será apresentado o conceito de inimputabilidade penal, e, também, explicada a forma com a qual o direito pátrio trata os indivíduos inimputáveis que cometem conduta tipificada como crime.

Em seguida, haverá uma explanação acerca de todo o contexto histórico envolvendo as formas de aplicação das medidas de segurança sob uma perspectiva dogmática geral e também a partir de como evoluiu a aplicação dessa sanção penal na legislação brasileira.

Mais adiante, o artigo tratará da expressiva dissonância de entendimentos jurisprudenciais, mormente entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, acerca da limitação temporal para o cumprimento das medidas de segurança.

Na última e principal etapa, delinear-se-á o conceito de dignidade da pessoa humana a fim de estabelecer uma análise sobre a falta de limites temporais para a aplicação das medidas de segurança tendo como contraponto o movimento da luta antimanicomial defendida juridicamente na Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, norma de status constitucional.

Apresentado todo o trabalho de pesquisa, serão oferecidos argumentos a fim de se verificar se ocorre ou não a violação dos direitos fundamentais quando da aplicação das medidas de segurança a quem, em situação de inimizabilidade, pratica conduta tipificada como crime.

## 2 | A INIMIZABILIDADE PENAL

O Sistema Jurídico Penal brasileiro adota a teoria finalista no que tange ao conceito de delito. De forma analítica, para essa teoria, delito é a ação típica, ilícita e culpável<sup>1</sup>. Dessa forma, inexistindo um desses requisitos, a conduta deixa de ser considerada criminosa.

De acordo com o jurista Mirabete,

há inimizabilidade quando o sujeito é capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e agir de acordo com esse entendimento. Só é reprovável a conduta se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita compreender a antijuridicidade do fato e também adequar essa conduta a sua consciência. (MIRABETE, 2011, p. 196).

A inimizabilidade penal se relaciona diretamente com a culpabilidade, por esse motivo é relevante identificar quais são os parâmetros utilizados para determinar que o agente seja semi-imizutável ou inimizutável, pois retirada a culpabilidade, a conduta praticada deixa de ser crime e o agente poderá ser submetido a medidas de segurança.

O Código Penal estabelece dois tipos de inimizabilidade, a que tem como parâmetro o critério biológico, nesse caso, os menores de dezesseis anos; e o critério psicológico, que se refere a pessoas acometidas por doença ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Em relação à inimizabilidade pelo critério biológico, são considerados penalmente imizutáveis pessoas com idade igual ou maior que dezoito anos. Em contrapartida,

1 O Sistema Penal brasileiro adota a teoria tripartite em que o crime é uma ação típica ilícita e culpável, entretanto, há outras teorias de conceituação do delito, tais como a teoria quadripartite, para a qual o crime é fato típico, ilícito, culpável e punível, e a teoria bipartite, segundo a qual "delito é a junção de uma força física consubstanciada em uma ação executora e força moral, localizada na culpabilidade". (BITENCOURT, 2014, p. 227).



os indivíduos menores de dezoito anos são considerados penalmente inimputáveis; isso ocorre porque, baseando-se no critério etário, é desconsiderada a capacidade de autodeterminação por razões de políticas sociais.

Pelos motivos acima expostos, quando os menores de dezoito anos agem de forma contrária à lei penal, eles cometem ato infracional e são submetidos a medidas socioeducativas. Tais institutos, neste caso, são regulados pela Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entretanto, o presente artigo visa tratar das medidas adotadas para aqueles que devido à doença ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado são total ou parcialmente incapazes de se autodeterminar à época do fato delituoso, ou seja, os inimputáveis e semi-inimputáveis pelo critério psicológico.

A imputabilidade penal pelo critério psicológico trata de demonstrar a capacidade que o indivíduo tem de discernir se seus atos estão ou não em confronto com a lei penal no momento em que são praticados.

Dessa forma, caso o agente seja acometido por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado e, no momento da prática ilícita, não seja capaz de se autodeterminar, a ele não será imputada culpa por tal prática sendo, dessa forma, isento de pena.

Ainda, conforme ressalta Mirabete,

A imputabilidade é aferida quanto ao momento em que o agente pratica o fato ilícito; é imputável aquele que, ao tempo da ação ou omissão, não tem capacidade de entendimento e autodeterminação. Passando a sofrer doença mental após o fato, o agente responderá pelo ilícito praticado, embora só passe a ser executada a pena quando não mais for necessário seu internamento no estabelecimento adequado. (Mirabete, 2011, pg. 201).

O critério de imputabilidade psicológica é subdividido em semi-imputáveis e totalmente inimputáveis. Os semi-imputáveis são indivíduos que, à época da conduta delituosa, possuíam certa condição de discernimento. Nesse caso, haverá a diminuição da pena em razão do juízo de valoração da conduta, visto que não é possível “valorar adequadamente o fato e posicionar-se de acordo com essa capacidade” (BITENCOURT, 2014, p. 481).

Já os indivíduos totalmente inimputáveis, são aqueles que não têm capacidade de autodeterminar-se. Por esse motivo, quando esses sujeitos praticam conduta contrária à lei penal, é instaurado um incidente de sanidade mental a fim de avaliar o grau de imputabilidade. Sendo considerado inimputável, o indivíduo é absolvido impropriamente e submetido à medida de segurança.

## 2.1 A evolução das medidas de segurança

As medidas de tratamento foram criadas com o objetivo de proteger a sociedade das pessoas que não se encaixavam nos moldes sociais, em uma época em que a concepção de Direito Penal era meramente retributiva, ou seja, as normas criminais serviam principalmente ao objetivo de infligir castigo a quem não agia conforme os parâmetros da sociedade.

Salienta-se que a submissão do indivíduo à medida de tratamento se dava sem o arbítrio do juiz, pois bastava que alguém fosse considerado perigoso para que se impusesse essa medida, para tal não era necessário haver cometimento de crime. Dessa forma, as medidas de tratamento eram usadas de maneira análoga à pena, porém não eram institucionalizadas.

Caber frisar que essas medidas também possuíam caráter preventivo, pois separando os marginais<sup>2</sup> da sociedade, conseqüentemente esses não cometeriam crimes enquanto permanecessem submetidos ao tratamento. Por essa razão, tais medidas eram concebidas de forma perpétua.

A escola clássica do Direito Penal considerava as medidas de tratamento, conforme FERRARI (2001, p. 16), apenas como um “meio de defesa social contra os antissociais”, demonstrando, assim, o seu caráter preventivo. Como dito, sob essa ótica, retirando os antissociais da sociedade o crime não aconteceria.

O Sistema Penal Tradicional Retributivo<sup>3</sup> demonstrou-se demasiadamente falho e ineficaz, e por esse motivo houve a necessidade de modernização a fim de que o ordenamento jurídico fosse capaz de reabilitar os que viviam em situação marginal visando, inclusive, a não reiteração de práticas ilícitas.

Tal ideia encontrou embasamento na Escola Positivista Italiana, que considerava o crime como “uma doença social” e, por esse motivo, o tratamento para o indivíduo em confronto com a lei penal deveria ser “forçosamente aplicado, durante a execução da sanção”, caracterizando, assim, a ideia de proteção e justiça social (FERRARI, 2001, p. 20).

Por outro lado, o Determinismo julgava que as práticas delituosas eram cometidas em virtude das influências sociais sofridas pelo indivíduo, no entanto, o caráter retributivo da pena se justificaria já que, embora houvesse influência social, o sujeito possuía livre arbítrio e optava por se comportar de maneira contrária à lei.

Com o tempo, essa ideia de pena com caráter retributivo perdeu o sentido. Sob a ótica de periculosidade e responsabilidade social, chegou-se à conclusão de que “o delinquente não deveria ser punido diante da necessidade do castigo, mas, sim, em razão

---

2 Marginais, nesse sentido, são as pessoas que viviam à margem da sociedade, e não necessariamente indivíduos que cometiam crimes.

3 O caráter retributivo da pena significa aplicar um castigo em virtude do cometimento de uma conduta delituosa com o objetivo de proteger tanto o Estado quanto a sociedade.

de apresentar a temibilidade social” (FERRARI, 2001, p. 22).

A ideia de temibilidade era a de que havia uma periculosidade constante no criminoso, dessa forma, seria necessária a medida de tratamento para proteger a sociedade. Com essa ideia veio a jurisdicionalização das medidas de tratamento, o que representou grande avanço, embora ainda eivada de caráter perpétuo.

Posteriormente, a Escola de Defesa Social defendeu o protecionismo, tendo como ponto central o ‘estado perigoso’ e a fim de conter tal estado, aplicava as medidas de tratamento. Entretanto, para essa doutrina, bastava que o indivíduo representasse perigo para que ele fosse submetido a tais medidas, sem que tivesse praticado qualquer delito.

Inspirado nas teorias de Von Listz a respeito das medidas de tratamento, o anteprojeto do Código Penal Suíço, escrito por Karl Stooss, constituiu um marco do Direito Penal. Por meio de suas diretrizes, estabeleceram-se critérios positivados para a aplicação das medidas de segurança, quais sejam:

- a) Atribuir-se prioritariamente ao juiz; b) pronunciar-se sob a forma de sentença relativamente indeterminada, com duração condicionada à cessação da periculosidade; c) basear-se na periculosidade do delinquente; d) executar-se em estabelecimentos especializados e adequados ao tratamento do perigoso; e) constituir-se em medida complementar, algumas vezes substitutiva à pena, aplicando-se àqueles delinquentes incorrigíveis cuja execução da pena seria ineficaz. (FERRARI, 2001, pg 30).

O referido Anteprojeto do Código Penal Suíço influenciou diretamente o Direito Penal brasileiro. Embora propusesse uma substituição da pena pela medida de segurança, ambos institutos foram tidos como independentes, resultando na aplicação do que ficou conhecido como Sistema Duplo Binário caracterizado pela aplicação de pena e medida de segurança concomitantemente.

A primeira vez que foram reguladas as medidas de segurança no Brasil foi em 1904, com o Decreto 1.132. Estabelecia essa norma que, caso o agente portador de moléstia mental, cometesse conduta que afetasse a ordem pública em virtude de sua doença, seria submetido a tratamento em estabelecimentos para alienados, desde que a internação fosse requisitada pela autoridade policial ou por particulares.

O Decreto 1.132 também previa a obrigatoriedade de informar ao juiz, no prazo de 24 horas, a respeito da internação do agente inimputável, o que demonstra a atuação do Poder Judiciário na submissão do agente ao tratamento forçoso que, mesmo baseando-se na periculosidade, seria inspecionado pelas autoridades.

Em seguida, o Código Penal de 1940 firmou algumas diretrizes a respeito das medidas de segurança. Tais medidas eram aplicadas de forma suplementar ao cumprimento da pena. Isso ocorria porque vigia, nesse período, o Sistema Duplo Binário, no qual a submissão do autor de crime à medida de segurança independia de periculosidade. Dessa forma, o indivíduo era submetido a dois tipos de penalização por uma mesma conduta, contrariando

o princípio *ne bis in idem*<sup>4</sup>.

A imposição do sistema Duplo Binário era justificável tendo em vista que o Código Penal de 1940 surgiu em plena ditadura militar, período marcado pelo compromisso do Estado para com a segurança pública. Não havia, pois, a preocupação com o indivíduo, mas sim, tão somente, com a sociedade.

Nota-se que, originariamente, o Código Penal de 1940, em relação ao inimputável, baseava-se na periculosidade, sendo essa presumida para as pessoas que tinham doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, ébrios habituais, reincidentes em crimes dolosos e condenados em crimes praticados por formação de quadrilha ou bando. Vale destacar que a presunção era afastada caso transcorresse mais de dez anos entre a data do fato e a data da expedição da sentença.

Prevvia o referido Código que a duração do período de internação em clínicas ou manicômio judiciário iria variar conforme a quantidade de pena aplicada ao réu, compreendendo o intervalo de um a seis anos. Por sua vez, a presunção da periculosidade resultou na falta de limitação para o cumprimento dessas medidas, tornando-as perpétuas.

O Código de 1940 também trazia um rol taxativo de situações em que se podia presumir a periculosidade do indivíduo, a fim de que o juiz, em caráter excepcional, pudesse submetê-lo às medidas de segurança sem que houvesse o cometimento de crime. Essa previsão contradizia claramente o princípio da legalidade, visto que se aplicava a sanção-pena sem que houvesse o cometimento de crime.

Nesse mesmo Código houve uma separação das medidas de segurança em detentivas, que são os casos de internação, e não detentivas, que se referem à liberdade vigiada, à proibição de frequentar determinados lugares e ao exílio local. A substituição da pena pela medida de segurança dava-se ao arbítrio do juiz, porém era necessária a perícia médica para embasar a sua aplicação.

Em 1969, houve a divulgação do Anteprojeto de um novo Código Penal para o Brasil, escrito por Nelson Hungria. Tal Código propunha boa parte do que já era tipificado no Código de 1940, no entanto, estabelecia outras formas de tratamento aos inimputáveis.

Nessa proposta de lei, permaneceu a subdivisão das medidas de segurança em detentivas e não detentivas, entretanto, houve mudanças no espectro de abrangência das medidas não detentivas que passou a prever a perda de direitos, tais como a permissão para dirigir e a proibição de frequentar determinados lugares, além de haver a previsão de penas patrimoniais.

Em relação ao período de internação em clínicas ou manicômio judiciário, previa o Anteprojeto que o prazo mínimo seria de um a três anos. No entanto, a limitação temporal para o fim de aplicação das medidas de segurança não foi determinada, permanecendo o seu caráter perpétuo.

A proposta de reforma também possibilitava ao juiz, por meio de sua

4 O Princípio *ne bis in idem* estabelece que ninguém pode ser apenado duas vezes pelo mesmo crime.

discricionariedade, avaliar se o indivíduo era ou não imputável. Caso fosse imputável, o indivíduo que cometesse crime seria submetido às penas previstas conforme o tipo penal, caso não fosse imputável seria submetido à medida de segurança. Essa mudança marcaria a substituição do Sistema Duplo Binário de aplicação da pena para o Sistema Vicariante.

Todavia, mesmo contendo uma nova forma de se pensar as medidas de segurança, o Código Penal de 1969 nunca entrou em vigor, pois foi revogado antes da sua vigência devido a problemas de natureza política. Destarte, mesmo havendo uma inquietação entre os doutrinadores no que tange à aplicação dessas medidas, o Código Penal de 1940 permaneceu nos moldes do Sistema Duplo Binário, forma de aplicação de sanções inconcebível, visto ser contrária ao princípio da legalidade.

No final do período ditatorial, em 1984, em uma nova tentativa de modernizar a legislação criminal, iniciaram-se os trabalhos para a produção de um novo Código Penal. Terminados os trabalhos, ao invés de se revogar o Código de 1940, houve apenas modificações dos artigos da lei vigente, embora tenha havido uma inovação com a mudança do Sistema Duplo Binário para o Sistema Vicariante.

Tal alteração foi consideravelmente importante visto que, ao invés de o condenado ser submetido à medida de segurança de maneira complementar, ele seria submetido, se imputável, às penas previstas no tipo penal e, se inimputável, teria o direito à redução de pena ou seria submetido à medida de segurança.

Também as medidas de segurança passaram, a partir do o Código de 1940, a se subdividirem em privativas, quando se trata da imposição de internação em manicômio judiciário, e em restritivas, quando da submissão do indivíduo a tratamento ambulatorial.

Curioso notar que para o totalmente inimputável a submissão de internação em manicômio judicial ocorrerá caso ele seja condenado por crime punível com reclusão. Caso seja condenado a crime punível com detenção, o tratamento do inimputável ocorrerá em ambulatório especializado.

Também após a reforma, passou a haver um período mínimo, que varia entre um a três anos, para que o inimputável permaneça internado. Durante o período de submissão a essas medidas, devem ser realizadas perícias, podendo o juiz determinar a internação de quem faz tratamento ambulatorial caso haja necessidade para fins curativos. Mas, no que se refere à limitação do tempo das medidas de segurança, essas permaneceram com caráter perpétuo.

Nota-se que, mesmo havendo modernizações no Direito brasileiro, o tratamento para com o portador de moléstia mental que comete crimes ainda fere os direitos e garantias fundamentais como se verá a seguir.

## **2.2 A aplicação das medidas de segurança**

As medidas de segurança são aplicadas aos indivíduos que praticam ação tipificada como crime, mas que no momento da ação não possuem discernimento total ou parcial,

esses são os chamados penalmente inimputáveis.

Assim, quando alguém que é penalmente inimputável comete a ação delituosa, ele é processado. Caso a sua única tese de defesa seja a inimputabilidade penal, será instaurado um incidente de sanidade mental tendo em vista a necessidade de se avaliar, no caso concreto, se o indivíduo possui ou não capacidade de autodeterminar-se e qual o seu grau de periculosidade.

Restando provado que no momento do crime o agente não tinha discernimento para entender o caráter ilícito da ação será absolvido impropriamente, ou seja, o processo criminal será extinto e o juiz determinará a submissão do indivíduo à medida de segurança que mais se adequa ao caso concreto.

Nos dizeres de Nucci (2017), as medidas de segurança são:

“uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado”.

Existem duas espécies de medidas de segurança, uma delas é a submissão do agente a tratamento ambulatorial. Essa modalidade é aplicada aos casos em que se pratica condutas típicas punidas com pena de detenção. Conforme Salo de Carvalho (2015 p. 507), “a principal característica do tratamento ambulatorial é a imposição do acompanhamento médico-psiquiátrico sem a obrigatoriedade de que o paciente permaneça recluso na instituição”.

A outra modalidade é a internação em hospital psiquiátrico, que é aplicada quando a conduta típica praticada é punível com a pena de reclusão. Para Salo de Carvalho,

a forma penitenciária dos hospitais de custódia ou manicômios judiciais é reforçada na própria Lei de Execuções Penais, que não apenas reserva pouco espaço para a descrição da estrutura dessas instituições como, em relação ao ambiente e à infraestrutura material, remete explicitamente ao modelo carcerário”. (CARVALHO, 2015, pg. 506).

Essa forma de aplicação é controversa, tendo em vista que na ordem jurídica brasileira há previsão do princípio da individualização da pena, que preleciona que o juiz deverá realizar a dosimetria da pena para cada réu especificamente, de modo a arbitrar a sanção conforme a conduta praticada no caso concreto.

Como pena e medida de segurança são tipos de sanção penal, deve ser aplicado o mesmo critério para ambas. O engessamento da decisão do juiz em relação à medida de segurança que mais se adequa ao caso concreto fere o princípio da individualização da pena, pois, mesmo que o magistrado entenda que o tratamento ambulatorial seja o mais adequado para o réu, se a prática delituosa for punível com reclusão, o réu será obrigatoriamente submetido a internação psiquiátrica.

Ora, se o agente que tinha plena consciência da ilicitude de seus atos tem direito à

individualização e à aplicação da pena conforme a conduta praticada, não parece lógico que ao inimputável seja aplicada uma medida de segurança engessada, sem sequer analisar a melhor forma de tratamento para sua psicopatia. Diante disso pode-se dizer que as medidas de segurança são aplicadas tendo como base a gravidade do fato praticado e não o tipo de moléstia mental do agente.

Outro ponto contraditório é a estipulação de tempo mínimo para que o agente permaneça em cumprimento das medidas de segurança. A contradição se dá por não haver um critério para se decidir qual será o quantum mínimo a ser cumprido. Ademais, tal cumprimento se faz obrigatório mesmo que no início da medida o agente esteja plenamente recuperado.

Essa prática sancionatória revela que a única finalidade de se estabelecer um período mínimo para o cumprimento da medida de segurança é a de infligir castigo a quem, mesmo sem estar ciente da reprovabilidade de sua conduta delituosa, sofre uma sanção criminal.

A esse respeito, a Lei de Execução Penal estabelece a possibilidade de se realizar o exame pericial a fim de se detectar a cessação da periculosidade mesmo antes do fim do período mínimo para o cumprimento da medida de segurança. No entanto, a lei é silente a respeito da providência que deve ser tomada caso se detecte que o agente não é mais perigoso, tendo em vista a obrigatoriedade do período mínimo.

Considerando que a pena aplicada ao agente imputável é um tipo de sanção em que há modalidades nas quais ocorre a privação da liberdade, tal qual ocorre com a medida de segurança, é necessário tratar tais medidas de maneira materialmente igual. Destarte, deve também o sancionado com medidas de segurança ter acesso aos benefícios concedidos aos agentes imputáveis.

Já em relação ao tempo de cumprimento das medidas de segurança, o Código Penal de 1940, em seu Artigo 97, parágrafo primeiro, estabelece que o período de duração das medidas de segurança é indeterminado e que a condição para a desinternação é a cessação da periculosidade do agente.

A celeuma que envolve a duração das medidas de segurança ocorre porque existe uma vedação constitucional a penas de caráter perpétuo<sup>5</sup>. Tal restrição conforme MORAES (2017, p.298), “decorre do princípio de natureza temporária, limitada e definida das penas e compatibiliza-se com a garantia constitucional à liberdade e à dignidade humana.”

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, por meio do Habeas Corpus 107.432 se posicionou realizando uma interpretação analógica, de modo a entender adequado que o tempo máximo para o cumprimento das medidas de segurança fosse de trinta anos, conforme à época determinava o Código Penal<sup>6</sup> ao se referir à limitação temporal das penas privativas de liberdade.

5 Artigo 5, inciso XLVII, alínea b da Constituição da República.

6 A Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) alterou o artigo 75 do Código Penal que passou a estabelecer que o tempo máximo de duração da pena é de 40 anos.

O Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, editou, quanto ao tema, a Súmula 527, posicionando-se de modo divergente em relação ao Supremo Tribunal Federal. Reza a referida súmula que “o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”.

Nota-se que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça atendeu ao princípio da individualização da pena que, conforme MORAES (2017), estabelece a obrigatoriedade de ser ela proporcional ao delito praticado, o que também reforça o princípio da reserva legal, segundo o qual não deve haver pena sem prévia cominação em lei.

Tendo em vista ser a limitação temporal das medidas de segurança o ponto central desse trabalho, será necessário realizar a sua análise sob o ponto de vista constitucional, o que significa ter como parâmetro o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento maior da República Federativa do Brasil.

### **2.3 A dignidade humana como vetor constitucional**

A Dignidade da Pessoa Humana foi inserida na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo elevada ao grau de meta-princípio tendo em vista a sua utilidade como meio interpretativo dos demais princípios constitucionais.

Para Fernandes, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisa) para a satisfação de outros interesses ou interesses de terceiros. (FERNANDES, 2017, p. 408)

Admitida como algo inerente ao ser humano, na concepção de Immanuel Kant (2003), a dignidade é tida como um atributo que não é possível valorar, visto que se relaciona intimamente com a liberdade que o indivíduo tem de se autodeterminar.

Por outro lado, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como vetor constitucional implica em um dever de prestação tanto por parte do Estado, que deve implantar políticas a fim de assegurar as liberdades individuais, como da sociedade que exerce a prestação negativa de não interferir nas escolhas pessoais.

Nota-se, portanto, que o Princípio da Dignidade Humana serve de limitação do poder estatal e está intimamente ligado à autonomia do indivíduo.

Nos dizeres de Sarlet:

Considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer ser humano física e mentalmente capaz” (SARLET, 2011, p.31)



Princípio da Igualdade, como descrito no Artigo 5º da Constituição, é deveras relevante para a promoção da dignidade aos seres humanos. Nesse sentido, SILVA (2013) assinala que, embora as pessoas estejam eivadas de diferenças entre si, o que as iguala é o fato de pertencerem à mesma espécie humana e, por isso, é importante estabelecer um tratamento igualitário entre elas.

Ainda conforme SILVA (2013), o mandamento constitucional segundo o qual consta a exigibilidade de se aplicar o princípio da igualdade é primeiramente dirigido ao legislador, vez que os demais destinatários da norma devem obediência ao que já fora legalmente previsto.

Destarte, para que se possa tratar o deficiente de forma igualitária é necessário que se estabeleça uma conceituação para delinear melhor quem são esses indivíduos. Para tanto, a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, estabeleceu que:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (Artigo 1º da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência).

Além da conceituação, a referida norma internacional define que a discriminação por motivos de deficiência abrange, dentre outras situações, a diferenciação ou restrição do exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Por meio desse pacto, do qual o Brasil é um dos signatários, os Estados se comprometem à promoção da não-discriminação da pessoa com deficiência, e, tendo em vista esse compromisso, a promoção da igualdade entre os indivíduos se encontra para além da vontade estatal.

A Convenção trouxe ao ordenamento pátrio uma mudança nos critérios para se conceber a capacidade civil, a fim de assegurar a autodeterminação. Entretanto, no campo penal a mudança ainda é pouco significativa, principalmente no que se refere ao tratamento dispensado ao autor de condutas delituosas quando portador de doença ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Analisando as medidas de segurança sob a ótica da dignidade humana, e após a Constituição de 1988, resta evidente que a falta de limitação temporal vai além do tratamento dispensado ao indivíduo. Tal afirmativa pode ser confirmada quando, na Exposição de Motivos do Código Penal, nota-se que a medida de segurança foi estabelecida considerando apenas o critério da periculosidade.

Ademais, é possível observar traços de retributividade quando, na Exposição de Motivos do Código Penal, se reconhece o crescente movimento desinstitucionalizador, mas se desconsidera a possibilidade de eliminação da forçada internação manicomial. Curioso notar que, a fim de se minimizar os traços retributivos, tal Exposição de Motivos permitiu a possibilidade de tratamento ambulatorial para agentes que cometam crime punível com

pena de detenção.

Em que pese a transferência do agente submetido a tratamento ambulatorial para a internação hospitalar, vale observar que no Código Penal há a possibilidade de desinternação, entretanto, ela fica condicionada à prática de ato que indique a persistência da periculosidade do agente no lapso temporal de um ano após a desinternação. Também prevê o referido Código a possibilidade de o juiz determinar a internação para fins curativos.

Tendo em vista que a medida de segurança na modalidade de tratamento manicomial ocorre também por prazo indeterminado, o sujeito será observado perpetuamente, podendo a qualquer momento ser internado em manicômio, mesmo que não haja novo cometimento de crime.

Ora, se o agente caracterizado pela imputabilidade quando comete conduta tipificada como crime ou contravenção penal tem a proteção legal da fixação máxima da pena, deve também o agente inimputável dispor da mesma garantia, tendo em vista que a medida de segurança impõe privação coercitiva de liberdade.

Deve-se ressaltar que o argumento de que a medida de segurança é instrumento terapêutico tampouco poderia levar ao indefinido isolamento do agente. Essa compreensão tem sido defendida desde o final da década de 1980 pelo Movimento Nacional da Luta Antimanicomial, organização que busca evitar o isolamento dos indivíduos, proporcionando um tratamento socialmente inclusivo, apto a assegurar o acesso à cidadania.

Nota-se, enfim, que o cometimento de uma conduta delituosa não pode, por força das normas constitucionais e internacionais, afastar a condição humana do apenado, visto que tanto Estado quanto a sociedade têm por obrigação respeitar a sua dignidade.

### **3 | CONCLUSÃO**

Conclui-se que a atual forma de aplicação das medidas de segurança fere a dignidade humana, uma vez que trata o portador de doença ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado em confronto com a lei penal como alguém desprovido de dignidade.

Esse tratamento vai de encontro ao que prevê tanto a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência quanto a Constituição Federal, pois tais normas trazem regras e princípios que visam ao tratamento igualitário do deficiente em relação aos demais membros da sociedade.

Destarte, quando a pessoa com deficiência mental entra em conflito com a legislação penal deve ela ter tratamento processual semelhante ao que é dado a quem não é deficiente, gozando do direito a ter sua pena dosada de forma proporcional ao ilícito cometido de modo que haja a devida limitação temporal para o seu cumprimento.

Deve-se igualmente atentar para o fato de que essas pessoas quando praticam um ilícito precisam ser tratadas de modo que tenham a oportunidade de se medicar, voltando tão logo ao convívio familiar e social. Em relação a isso, sugere o Estatuto da Pessoa com

Deficiência tratamentos que tentem, ao seu máximo, inibir a internação manicomial.

Como mecanismo jurídico de promoção da dignidade dos indivíduos com doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, sugere-se, em um primeiro momento, que o Poder Judiciário edite súmulas no sentido de possibilitar a dosimetria da medida de segurança, a fim de adequá-la aos fatos de forma individualizada.

A longo prazo, é forçoso reconhecer que será necessária a positivação legal a respeito da aplicação das medidas de segurança, sem a qual elas não poderão cumprir o seu papel de tratamento do indivíduo, visando minimizar os problemas mentais para que ele seja reinserido na sociedade.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado De Direito Penal: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código criminal do Império do Brasil, Lei de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm). Consultado em 24 de julho de 2017.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Disponível em: <file:///D:/Arquivos/Downloads/000750858.pdf>. Consultado em 24 de julho de 2017.

BRASIL. **Código Penal de 1940 versão original**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Consultado em 29 de julho de 2017.

BRASIL. **Código Penal de 1984 versão original**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181608>. Consultado em 30 de julho de 2017.

BRASIL. **Decreto 1132 de 22 de dezembro de 1903**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1132-22-dezembro-1903-585004-publicacaooriginal-107902-pl.html>. Consultado em 29 de julho de 2017.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Código Penal de 1940**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Consultado em 29 de julho de 2017.

BRASIL. **Ordenações Filipinas, livro V, Título 68, Dos Vadios**. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/l5p1216.htm>. Consultado em 24 de julho de 2017.

FERNANDES, Bernardes Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador, JusPodivm: 2017.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **(RE)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: teoria geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal**. 13 Ed. Rio de Janeiro, Forence: 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

## O BUSÍLIS FILOSÓFICO DA PENA DE MORTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL FACE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

*Data de aceite:* 25/03/2021

**Flávia Maria Ferreira de Araújo**

<http://lattes.cnpq.br/4697589100014639>

**Alexandre Almeida Rocha**

<http://lattes.cnpq.br/0593948879921987>

**RESUMO:** Como se poderá depreender da leitura do trabalho a seguir exposto, as reflexões aqui desenvolvidas versam sobre a existência da possibilidade de instituir-se a pena de morte no Brasil por intermédio do Poder Constituinte Originário. O objetivo do mencionado trabalho estriba-se em uma análise filosófica a respeito dos direitos fundamentais atribuídos ao homem, assim como a posição a qual deve ser tomada pelo Estado em face aos cidadãos, de maneira com que se analise as verdadeiras e transcendentales quiddidades dos direitos proclamados e assegurados no bojo constitucional, e a razão pela qual o Direito brasileiro age de maneira protetiva para com estes direitos e garantias fundamentais impedindo sua alteração por meio do Poder Constituinte Derivado Reformador.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pena de morte, direitos fundamentais suprapositivos, Constituição.

**RESUME:** The reflections developed here are about the possibility of establishing the death penalty in Brazil through the Constituent Power. The objective of this work is supported by a philosophical analysis of the fundamental human

rights, as well as the position which must be taken by the State in relation to citizens. Thus one can analyze the true and transcendent qualities of the rights guaranteed in the constitutional framework, and the reason why Brazilian law acts in a protective manner towards these fundamental rights and guarantees preventing them from being altered by the Constitutional Reform Power.

**KEYWORDS:** Death penalty, suprapositive fundamental rights, Constitution.

A hegemonia da atrocidade e a vulgaridade do espetáculo punitivo refletem o resultado da impiedosa sentença imposta pelos governantes. A morte como forma de punição aos criminosos e também como resultado certo da condenação. “O corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo”<sup>1</sup>, dão a resposta a uma sociedade como punição dos crimes cometidos, a qual observa tal prática de violência com a naturalidade rotineira do cumprimento de mais uma pena.

“Um autor inglês do século XVIII, citado por Foucault, escreve que a morte-suplício é a arte de conservar a vida no sofrimento, subdividindo-a em mil mortes e obtendo-se – antes que cesse a existência - as mais refinadas agonias.”<sup>2</sup>

A figura da pena de morte é observada desde os primórdios. E sua concepção veio se transformando ao longo do tempo. Sua

1 FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p.12.

2 BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro. Elsevier: 2004, p. 153.

transformação cronológica demonstra não só a modificação do próprio ritual usado para que se chegasse à finalidade proposta, qual seja a morte, mas também a maneira que a sociedade passou a vê-la, como um ato vil e ignóbil.

Esboçada outrora como ação sólita, observada como forma de punição vulgar aos crimes cometidos, envolvendo não só a imagem insensata da aplicação da pena de morte, mas também da definição das condutas humanas em determinado tempo e espaço, que vinham a ser definidas como crime. Levando incontáveis números de pessoas a serem mortas de maneira injusta e cruel.

O próprio entendimento do que vinha a configurar ou não um crime, está intrinsecamente ligado à causa do grande número de mortes como forma de punir em diversas sociedades.

A grande quantidade de figuras históricas condenadas à morte, acompanhadas de seus já afamados enredos, nos dá a noção de que a razão pela qual as pessoas podiam ser condenadas à morte eram exaustivas, assim como a maneira utilizada para que se granjeasse o fim morte.

A pena de morte, apesar de ter estado presente desde os mais remotos tempos, punindo as mais diversas causas, nos mostra que ela não está ligada apenas à figura da violência e da atrocidade. Mas o que evidenciamos em todos os casos é o reflexo da vontade dos governantes, os quais usam a morte como forma de punição do que eles próprios definem como crime.

Surge a incessante busca pela liberdade e a procura de mecanismos para garantir a efetivação e a defesa destas tais liberdades.

“Duas interpretações opostas dominaram no século passado: a interpretação triunfal hegeliana, segundo a qual a história é a realização progressiva da idéia de liberdade; e a interpretação nietzschiana, segundo a qual a humanidade se dirige para o niilismo.”<sup>3</sup>

Mas, independente de qual fosse à acepção usada para descrever o alcance desta utópica liberdade, o que sabemos é que ela quem era usada como parâmetro das comparações para tão sonhados fins, em busca da paz e em busca da Justiça.

No entanto, para que se possa haver a efetiva concretização não apenas da tão utópica liberdade, onde alicerça-se distintos direitos inerentes a natureza humana, que se irrestingem a um nicho finito, há de se ter alicerces. Disse Bobbio<sup>4</sup> que a paz, por sua vez, é o pressuposto indispensável para o reconhecimento e a efetivação da proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional, da mesma forma que concomitantemente o processo de democratização do sistema internacional passa a ser caminho obrigatório para a busca da “paz perpétua”, no sentido kantiano da expressão. Não podendo desenvolver-se sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da

<sup>3</sup> BOBBIO, N. A Era dos Direitos... *op. cit.*, p.121.

<sup>4</sup> BOBBIO, N. A Era dos Direitos... *op. cit.*, p.1.

proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado.

É pertinente, para que possamos entender maciçamente os reflexos da pena de morte, que sejam feitas algumas considerações sobre a origem da pena.

Como bem sabemos, as atuais reflexões que dizem respeito, mesmo que indiretamente, ao processo de constitucionalização, está intimamente ligada à formação do Estado Moderno e à transição de estado absolutista onde predominava indiscutivelmente a vontade do soberano, para um Estado o qual passou a reconhecer alguns direitos inerentes à figura do homem. Consistindo em um não agir do Estado para com os cidadãos, onde aquele passou também não apenas a reconhecer direitos, como também garanti-los.

“A inversão da perspectiva, que a partir de então se torna irreversível, é provocada, no início de uma era moderna, principalmente pelas guerras de religião, através das quais vai se afirmando o direito de resistência a opressão, o qual pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais: fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem de beneplácito do soberano.”<sup>5</sup>

A transição da sociedade da baixa Idade Média e a sociedade liberal é marcada pelo Estado absolutista. E com o aumento exponencial dos burgos resultou em uma profusão de riquezas. E em virtude do exponencial desenvolvimento da burguesia houve a conspícua necessidade de resguardar este capital, fazendo uso das palavras de Bitencourt<sup>6</sup>: “produto da pujança dos novos capitalistas”. Justificando-se a razão pela qual o Estado absoluto posteriormente dotou-se de poder suficiente para incitar o capitalismo. Nesse sentido, “a pena não podia ter senão as mesmas características e constituir um meio a mais para realizar o objetivo capitalista.”<sup>7</sup>

Tradicionalmente as concepções são duas: a retributiva, a qual repousa na máxima da justiça como igualdade ou correspondência entre os iguais, seguindo a regra de que quem realizara uma ação definida pela sociedade como má, seja atingido pelo mesmo mal que causou a outro, e esta ação é assim considerada justa, apoiando-se em uma essência de proporcionalidade:

“(Lei de talião, do olho-por-olho, de quem é exemplo conhecidíssimo o inferno de Dante), e, portanto, de que é justo (assim o quer a justiça) que quem mata seja morto (não tem direito a vida quem não a respeita, perde o direito à vida quem a tirou de outro, etc.)”<sup>8</sup>

Na defesa desta teoria encontramos Kant e Hegel, apregoando aquele ser a lei um imperativo categórico, razão pela qual entende não ser moralmente permitido o uso da pena como função preventiva, pelo fato de que o homem não pode ser usado como meio para a realização de um determinado objetivo.

5 BOBBIO, N. A Era dos Direitos... *op. cit.*, p.4.

6 BITENCOURT, C. R. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2000, p.67

7 BITENCOURT, C. R. **Manual de Direito Penal**... *op. cit.*, p.67.

8 BOBBIO, N. A Era dos Direitos... *op. cit.*, p.155.

Bobbio<sup>9</sup> expõe que, em se tratando desta concepção, a pena de morte apenas se justificaria se restasse provado que sua força de intimidação é maior do que qualquer outra pena, incluindo a prisão perpétua.

“Podemos dizer que a moral é o mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a sua razão de existir. O ato moral implica a adesão do espírito ao conteúdo da regra. Só temos, na verdade, Moral autêntica quando o indivíduo, por um movimento espiritual espontâneo realiza o ato enunciado pela norma. Não é possível conceber-se o ato moral forçado, fruto da força ou da coação. Ninguém pode ser bom pela violência. Só é possível praticar o bem no sentido próprio, quando ele nos atrai pelo aquilo que vale por si mesmo, e não pela interferência de terceiros, pela força que venha consagrar a utilidade ou a convivência de uma atitude.”<sup>10</sup>

Já para as teorias preventivas a pena não tem por fim retribuir o cometimento do fato delitivo, porém prevenir que se pratiquem atos deste jaez, explica Bitencourt<sup>11</sup>:

“A formulação mais antiga das teorias relativas costuma ser atribuída a Sêneca, que, se utilizando de Protágoras de Platão, afirmou: ‘nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar.’ Para as duas teorias a pena é considerada um mal necessário. No entanto, para as teorias preventivas, essa necessidade da pena não se baseia na idéia de realizar justiça, mas na função, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos.”<sup>12</sup>

Dentre os defensores desta teoria encontramos o abolicionista Cesare Beccaria, que disse em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, a qual consagrou sua fama:

“As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagradas e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos.”<sup>13</sup>

Mas é claro que, mesmo existindo dois posicionamentos predominantes a respeito do fundamento das penas, nem um nem outro convenceu a todos. Houve certamente quem acreditasse piamente que apenas incutindo o temor da existência de uma condenação futura e certa a quem delinqüísse, fizesse com que a população criasse uma visão lúgubre em relação a prática de crimes; porém, não deixou de existir quem julgasse realizada Justiça com a simples retribuição de uma maldade cometida.

“Uma coisa com efeito é dizer que não se deve fazer o mal porque existe uma norma que proíbe (por exemplo, os dez mandamentos); outra é dizer que não se deve fazer o mal porque ele tem conseqüências funestas para a convivência humana. Dois critérios diversos e que não coincidem, porque pode muito bem ocorrer que uma ação considerada má com base em

9 BOBBIO, N. *A Era dos Direitos...* *op. cit.*, p.155.

10 REALE, M. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.44.

11 BITENCOURT, C. R. *Manual de Direito Penal...* *op. cit.*, p.75.

12 BITENCOURT, C. R. *Manual de Direito Penal...* *op. cit.*, p.75.

13 BECCARIA, C. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.20.



princípios tenha conseqüências utilitariamente boas, e vice-versa.”<sup>14</sup>

Não se trata de preocupar-se, como disse Bobbio, em levantar paredes em torno da atividade individual, a solução perfeita é a realização das finalidades almeçadas pelos indivíduos, com a maior amplitude possível, de maneira com que possa habitar contiguamente com as liberdades alheias sem que se necessite de delimitações “consoante clássico ensinamento de Kant. Desse modo, o Direito delimita para libertar: quando limita, liberta.”<sup>15</sup>

“A reunião de todas estas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito, constitui usurpação e jamais um poder legítimo.”<sup>16</sup>

A primeira lei penal que aboliu a pena de morte foi promulgada no ano de 1786, a “Lei Toscana”, revela no seu parágrafo 51: “abolir para sempre a pena de morte contra qualquer réu, seja primário ou contumaz, e ainda que confesso e convicto de qualquer delito declarado capital pelas leis até aqui promulgadas, todas as quais ficam revogadas e abolidas no que a isso se refere”. Flagrantemente influenciada por inúmeros debates sobre o tema, e indubitavelmente pela repercussão causada pela obra de Beccaria, escrita em 1764, “Dos delitos e das penas”, marcando o começo de uma grande e imprevisível polêmica a respeito da pena de morte.

Bobbio<sup>17</sup> fala que o fundamento absoluto é o fundamento irresistível no mundo de nossas idéias, da mesma maneira como o poder absoluto é o poder irresistível, e o autor menciona Hobbes, no mundo de nossas ações. Assim o fundamento último não pode ser questionado, de maneira que o poder último deve ser obedecido sem questionamentos.

Neste caso, não estamos nos referindo à direitos que estão suscetíveis a diferentes necessidades de proteção, as quais sofrem mutações ao longo dos anos, relativamente ao desenvolvimento social, político ou econômico exigido pelos cidadãos, como o direito de propriedade, o qual primeiramente era defendido como um direito absoluto ínsito de todo e qualquer homem, havendo sido posteriormente condicionados a função social da propriedade. Porém o direito a vida não é algo que se possa alterar em razão do tempo e do espaço, muito pelo contrário, nós, como seres humanos, contamos mais do que naturalmente, com o maior e mais flagrante instinto: o de sobrevivência. E é em virtude disso que podemos fortemente constatar que a vida não é um direito do qual se pode dispor, ou sofrer valoração cronológica.

Norberto Bobbio<sup>18</sup> não ignorava o fato de que foi uma tradição milenar que nos habituou a um uso restrito do termo *ius*, restringindo-nos a um sistema normativo que tem

14 BOBBIO, N. A Era dos Direitos... *op. cit.*, p.257-158.

15 REALE, M. Lições Preliminares de Direito... *op. cit.*, p.64.

16 BECCARIA, C. Dos Delitos e das Penas... *op. cit.*, p.19-20.

17 BOBBIO, N. A Era dos Direitos... *op. cit.*, p. 16.

18 BOBBIO, N. A Era dos Direitos... *op. cit.*, p.8.

força de obrigatoriedade maior do que quaisquer outros sistemas, sendo eles morais ou sociais; porém, quando se introduz a noção de “direito moral”, introduz-se também, necessariamente, a correspondente “obrigação moral.”

“Kant sabia muito bem que a mola do progresso não é a calma, mas o conflito. Todavia, compreendia que existe um limite para além do qual o antagonismo se faz demasiadamente destrutivo, tornando-se necessário um autodisciplinamento do conflito, que possa chegar até a constituição de um ordenamento civil universal.”<sup>19</sup>

Certo está mais uma vez Kant, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando a eles são reconhecidos alguns direitos fundamentais. A paz estável apenas reinará, como também acreditava Bobbio<sup>20</sup>, quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.

José Manuel M. Cardoso da Costa, Investigador da Faculdade de Direito de Coimbra, responsável pela tradução da original obra *Verfassungswidrige Verfassungs Normen?* (*Normas Constitucionais Inconstitucionais?* do alemão Otto Bachof) procura fazer uma explicação concisa com intuito de justificar a dada publicação relacionando a problemática de Portugal:

“Acontece, porém, que de vários lados surgem interrogações sobre o conteúdo, o alcance e a legitimidade de certas normas da Constituição da República de 1976, se aferidas justamente por aqueles valores fundamentais, e se vem pondo a dúvida de saber se o legislador constituinte – ele próprio – não terá afinal exorbitado da sua missão e dos seus poderes ao tomar as correspondentes decisões, deixando no fim de contas inacabada a obra de reposição do império do direito, que dele seria de esperar. Neste contexto, não faltam mesmo decisões judiciais em que algumas destas normas foram havidas, ao menos implicitamente, como “inconstitucionais”. Eis assim como o tema da inconstitucionalidade de normas constitucionais se tornou de candente actualidade no nosso país.”<sup>21</sup>

Dando continuidade à citação exposta, observemos:

“Segundo Kelsen, que é um adepto da Filosofia de Kant, essa norma fundamental seria uma norma transcendental. Kant denomina “transcendental” toda condição lógica que torna possível a experiência. Destarte, do ponto de vista estritamente lógico, é a norma fundamental que torna possível a experiência do Direito como um conjunto gradativo de regras entre si logicamente subordinadas e coerentes.”<sup>22</sup>

Seria imperioso deixar de citar a Revolução Francesa. É esta que surge como divisor de águas na formação do Estado Moderno, o reconhecimento de alguns dos mais importantes direitos individuais e mais tarde sucedido pelo processo de constitucionalização.

19 BOBBIO, N. A Era dos Direitos... *op. cit.*, p.125.

20 BOBBIO, N. A Era dos Direitos... *op. cit.*, p.1.

21 BACHOF, O. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. (trad. José Manuel M. Cardoso da Costa). Coimbra: Almedina, 2008, nota do tradutor, V.

22 REALE, M. Lições Preliminares de Direito... *op. cit.*, p.194.

Época então marcada pela deserção do absolutismo.

Muitos foram os filósofos que com suas díspares idéias influenciaram os pensamentos do denominado *Terceiro Estado*, o qual passou a consumir invectivas elucubrações a respeito do poder absoluto dos governantes.

Alguns prestigiosos como John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant com efusivos discursos e sábias palavras mudaram de maneira única e histórica a forma de pensar não só da Burguesia. Além de sagaz, assaz concernente palavras de Rousseau, encontrada em sua afamada obra *Do Contrato Social*:

“Necessita, pois, a força pública de um agente próprio que a reúna e ponha em ação segundo as diretrizes da vontade geral, que sirva à comunicação entre o Estado e o soberano, que de qualquer modo determine na pessoa pública o que no homem faz a união entre a alma e o corpo. Eis qual é, no Estado, a razão do Governo, confundida erroneamente com o soberano, do qual, não é senão o ministro.”<sup>23</sup>

Doravante, uma miríade de teorias pulularam. E foi a partir de então que debateram a exaustão qual seria o verdadeiro fundamento do Poder Constituinte. Cesare Beccaria, baseado na idéia do pacto social, discursou:

“Deste modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.”<sup>24</sup>

Havendo de ser nada mais que uma pessoa moral, o Estado ou a Cidade, sua principal cautela é a de manter sua própria conservação, assim, exige-se necessidade de uma força universal e compulsiva para mover e dispor cada fração de maneira mais propícia a todos os cidadãos. Da mesma maneira que a natureza faculta a cada um dos homens poder absoluto sobre todos os seus membros, O pacto social cede ao corpo político um poder absoluto em razão a todos os seus, e este referido poder, comandado pela vontade geral recebe o nome então, de soberania, segundo Rousseau<sup>25</sup>

Atualmente nos parece patente que “todo poder emana do povo, que o exerce através de representantes eleitos ou diretamente.”, consagrada no parágrafo único do artigo 1º da Constituição brasileira. Está também pacificado na doutrina nacional vigente que o “O Poder Constituinte é a manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado.”<sup>26</sup>

“O poder constituinte pode ser conceituado como o poder de elaborar (e neste caso será originário), ou atualizar uma Constituição, mediante supressão, modificação ou acréscimos de normas constitucionais (sendo nesta última

23 FLORIDO, J. (Coord.). *Jean-Jacques Rousseau – Do contrato Social*. São Paulo: Nova Cultural, v.1, 1999, p.136.

24 BECCARIA, C. *Dos Delitos e das Penas... op. cit.*, p.19.

25 FLORIDO, J. (Coord.). *Jean-Jacques Rousseau – Do contrato Social... op. cit.*, p.95.

26 MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004, p.56.

situação, derivado ou originário).”<sup>27</sup>

Desfrutemos também das considerações de Alexandre de Moraes dissertando no mesmo sentido:

“O Poder Constituinte originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Tanto haverá Poder Constituinte no surgimento de uma primeira Constituição, quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior.”<sup>28</sup>

Alexandre de Moraes cita a nobre opinião de Emmanuel Joseph Sieyès, autor do livro *Qu'est-ce que le tiers État?* (sendo traduzido por *O que é o Terceiro Estado?*) o qual foi grande manifesto da Revolução Francesa:

“O titular do Poder Constituinte é a nação, pois a titularidade do poder liga-se à idéia de soberania do Estado, uma vez que mediante o exercício do poder constituinte originário se estabelecerá sua organização fundamental pela Constituição, que é sempre superior aos poderes constituídos, de maneira que toda manifestação dos poderes constituídos somente alcança plena validade se se sujeitar à Carta Magna.”<sup>29</sup>

Na visão de Moraes não existe forma prefixada pela qual se manifesta o poder constituinte originário, já que este apresenta as características de incondicionado e ilimitado. E que pela análise histórica da constituição de diversos países, existe possibilidade de apontar duas básicas formas de expressão do poder constituinte originário: Assembléia Nacional Constituinte e Movimento Revolucionário (outorga).

Porém não me parece tão paritário as duas formas citadas por Moraes. Considero apenas legítima aquela decorrente de Movimento Revolucionário, já que pode-se compreensivelmente haver normas decorrentes de manifestação do Poder constituinte originário, pela Assembléia Nacional Constituinte, que carreguem dentro de si caráter ínsito de violação a direito ou liberdade do homem, ferindo direito suprapositivo.

“A validade de todo ordenamento depende, segundo Kelsen, do disposto na “primeira Constituição”, devendo-se, porém, notar que o adjetivo “primeira” não indica uma precedência cronológica, mas sim uma prioridade lógica. Assim, a Constituição de 1988 seria, segundo os kelsenianos, a “norma primeira” na ordem da vigência, subordinando-se-lhe, toda a legislação anterior, desde, por exemplo, o nosso Código Comercial de 1850 até a mais recente das leis.”<sup>30</sup>

Não obstante, o Poder Constituinte divide-se em duas espécies: poder constituinte reformador, e poder constituinte decorrente, sendo que este deriva da autonomia dos Estados-membros, como entidade federativa, em elaborarem suas próprias constituições, e aquele na possibilidade de alteração do texto constitucional vigente, a partir de delimitações

27 LENZA, P. de. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.83.

28 MORAES, A. de. *Direito Constitucional... op. cit.*, p.57.

29 MORAES, A. de. *Direito Constitucional... op. cit.*, p.56

30 REALE, M. *Lições Preliminares de Direito... op. cit.*, p.193.

expressas no seu próprio corpo.

O Poder Derivado reformador está atrelado a determinadas limitações, sendo estas de caráter implícito, ou não. As limitações expressas, como o próprio nome sugere, dizem respeito àquelas textualmente trazidas no corpo da Constituição Federal, e dividem-se em: Materiais, Circunstanciais e Formais.

As materiais são as conhecidas cláusulas de barreira, contidas no artigo 60 parágrafo 4º da nossa Constituição, as limitações expressas Circunstanciais, conhecida também por limitações procedimentais, impedem que a Constituição sofra alteração em determinadas circunstâncias de anormalidade, “a fim de evitar-se perturbação na liberdade e independência dos órgãos incumbidos da reforma.”<sup>31</sup>, e por fim, as formais dizem respeito ao processo legislativo.

O cerne da impossibilidade da implantação de uma norma que permita a pena de morte no corpo constitucional vigente transcende os limites impostos pelas expressas limitações ao poder constituinte derivado reformador. No que tange o concernente as cláusulas de barreira é explicitamente evidente a negação da hipótese de implantação de um artigo que viesse a permitir a legalidade da pena de morte em nosso país. Visto que clarividente está o caráter de direitos e garantias fundamentais do artigo constitucional que bane a pena de morte, excepcionando esta, em tempo de guerra.

Constituição Federal, artigo 5ª inciso XLVII diz:

“não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX;”

Porém não é apenas o fato de que situar-se dentre o título de direitos e garantias fundamentais elencadas no artigo 5ª da vigente Constituição da República, que assim o faz protegido pelo artigo 60 da Constituição, parágrafo 4º, IV, quando diz que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: os direitos e garantias individuais.”

“A permanência de uma Constituição depende em primeira linha da medida em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe face a comunidade que ela mesma constitui.”<sup>32</sup>

Devemos dedicar-nos com profunda cautela para analisarmos as normas impostas muito além da lei positivada. Tanto está circundado de sabedoria tal posição, que Bachof menciona que o VGH de Württemberg-Baden, declarou em uma de suas decisões (*Beschluss*) a possibilidade de exclusão do controle de constitucionalidade de determinada Lei Fundamental alemã, justificando o dado Tribunal o fato pelo qual uma norma da Lei Fundamental não pode estar em contradição com a própria Lei Fundamental. Desta maneira, é factível que um tribunal recuse aplicação a uma norma constitucional, uso as

31 MORAES, A. de. Direito Constitucional... *op. cit.*, p.566.

32 BACHOF, O. Normas constitucionais inconstitucionais... *op. cit.*, p.11.

palavras do autor em questão:

“no caso de esta norma infringir de maneira tão evidente os princípios basilares da lei moral geralmente reconhecida que se tenha de negar ao próprio legislador o propósito de se deixar guiar pela injustiça como critério orientador da regulamentação legal.”<sup>33</sup>

Desta forma podemos observar com clareza o poder exercido pelo povo no jaez constituinte, já que tanto no originário como no derivado esta titularidade é atribuída ao povo. No que tange o Poder Constituinte Derivado está ligado ao artigo 1º da Constituição Federal onde preconiza-se que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” estando o Poder Legislativo atrelado as limitações impostas pelo próprio legislativo através das normas constitucionais limitadores do poder de emenda, e também através das implícitas, que sugerem uma interpretação sistemática da estrutura constitucional.

Para adentrarmos na argumentação no que tange ao direito supralegal, devemos obviamente entende-lo em sua totalidade. Na Alemanha a questão do direito supralegal foi sanado de maneira superficial desde que houve a positivação do direito supralegal. Porém, isto não elucida a problemática existente. O legislador, ao positivar estes direitos, buscou propósito inatingível, já que o fato de o mesmo incorporar valores metafísicos no sistema constitucional atribuindo a estes categoria de direito constitucional válido cobertos de positividade, não implica a exaustão do conteúdo do direito supralegal

“e, por maioria de razão, não se demonstra que todas e cada uma das regras do direito constitucional formam estejam de harmonia com o direito supralegal assim positivado – e muito menos com o que não foi, possivelmente, abrangido pela positivação.”<sup>34</sup>

Assim, segue-se a questão da validade de uma Constituição, não apenas no tocante a positividade, mas também no que diz respeito à obrigatoriedade jurídica.

“Esta obrigatoriedade só existirá, em primeiro lugar, se na medida em que o legislador tome em conta os princípios constitutivos de toda e qualquer ordem jurídica e, nomeadamente, se deixe guiar pela aspiração à justiça e evite regulamentações arbitrárias.”<sup>35</sup>

Rousseau questiona-se:

“Que será, pois, o Governo? É um corpo intermediário estabelecido entre os súditos e o soberano para sua mútua correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil como política.”<sup>36</sup>

É irrefutável que se deve, em qualquer tempo em qualquer espaço, respeitar a

33 BACHOF, O. Normas constitucionais inconstitucionais... *op. cit.*, p.19-20.

34 BACHOF, O. Normas constitucionais inconstitucionais... *op. cit.*, p.41.

35 BACHOF, O. Normas constitucionais inconstitucionais... *op. cit.*, p.42-43.

36 FLORIDO, J. (Coord.). Jean-Jacques Rousseau – Do contrato Social... *op. cit.*, p.136.

liberdade do indivíduo, incluindo, sumariamente o maior bem de todos: a vida.

É patente que se os legisladores tivessem a capacidade de criar leis de forma absoluta, não apenas quanto ao seu conteúdo declaratório, mas também quanto ao alcance protetivo dos direitos fundamentais inerentes ao homem, e todos aqueles direitos relacionados com estes, não haveria necessidade de criação de um controle de constitucionalidade abstrato. Esta simples razão nos faz compreender de forma nítida que necessitamos sim de um meio que vise fiscalizar e controlar as normas constitucionais positivadas, pois estas podem perfeitamente violar um direito constitucional não positivado ou até mesmo àqueles que contrariam, de alguma forma, a estrutura do Estado de Direito.

Gilmar Ferreira Mendes, em sua tese de doutorado tratou da atividade jurisdicional do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) e do controle das normas constitucionais, abordando o direito suprapositivo como parâmetro de controle. Tal fato justifica-se porque a suprapositivação tornou-se na Alemanha parâmetro para aferição de constitucionalidade, sendo reconhecido seu caráter não apenas através de cogitações doutrinárias, mas inclusive através de manifestações nas Cortes que versam sobre matéria constitucional.

Assim, se hipoteticamente o Poder Constituinte Originário incluí-se dentro da Constituição Federal, norma permissiva à pena de morte, assim mesmo poderia esta, ora dotada de positivação jurídica, estar suscetível de invalidade por ser considerada inconstitucional por violar direito suprapositivo, este que existe independente de qualquer positivação, o direito a vida, atribuído a Deus por todos sem nenhum tipo de restrição.

Analisemos outro enfoque, no caso de haver a instituição da pena de morte no Brasil, esta flagrantemente estaria violando, também, direito constitucional material não escrito, passo que estaria antagonicamente coexistindo junto à Constituição Federal, o que inevitavelmente levaria a sua invalidade.

“Ora, não só a lembrança de um passado próximo deveria representar para nós uma viva advertência, antes de admitirmos essa igualdade, mas também tal admissão é vedada pela Lei Fundamental, pois a incorporação do direito supralegal na Constituição tem apenas – doutro modo já esse direito não seria supralegal – significado declaratório e não constitutivo: tal incorporação não cria direito, mas antes o reconhece. Partem manifestamente daqui os arts. I, número I, e 2 da Lei Fundamental; e também a história do nascimento da Lei Fundamental confirma esta concepção.”<sup>37</sup>

Para Norberto Bobbio<sup>38</sup> o único modo para nos entender é perfilhar a compatibilidade entre duas distinções, em função da qual “direitos morais” enquanto algo contraposto a “direitos legais” ocupa o mesmo espaço ocupado por “direitos naturais” enquanto algo contraposto a “direitos positivos.”

Para as Constituições dos Estados federados da Alemanha, existe análogo

<sup>37</sup> BACHOF, O. Normas constitucionais inconstitucionais... *op. cit.*, p.45.

<sup>38</sup> BOBBIO, N. A Era dos Direitos... *op. cit.*, p.7.

reconhecimento, mas explica o autor<sup>39</sup> de *Normas constitucionais inconstitucionais?* que este reconhecimento não pode ser parcial, ou seja, ou existe um direito supralegal, e este tem efetiva validade independente do reconhecimento e positivação; ou não existe este mencionado direito, e logo qualquer reconhecimento. Ainda que apenas parcial, seria uma contradição em si.

“Resulta do que fica dito que o conceito material de Constituição exige que se tome em consideração o direito supralegal. Importa em especial fazer esta reserva de R. SMEND, o qual parte – do mesmo modo que APELT e SPANNER nas exposições acima reproduzidas – de uma autonomia ilimitada do legislador constituinte, quando, na verdade, essa autonomia só subsiste no quadro das vinculações supralegais.”<sup>40</sup>

Otto<sup>41</sup> explica que Constituição vigente em sentido material são apenas, por conseguinte, os elementos componentes da tentativa jurídico-positiva de satisfação do ordenamento integrador que não exceda esses limites preexistentes.

Como afirmou Bobbio<sup>42</sup> o problema fundamental em relação aos direitos do homem não consiste mais em justificá-los, porém protegê-los. Aventa-se não de uma questão filosófica, mas sim político.

Na voz do teutônico Otto Bachof permite-se expor de maneira sábia e um tanto quanto polêmica de que uma norma pode perfeitamente ser inconstitucional em virtude de violação de direito constitucional material não escrito.

Bobbio<sup>43</sup> acorda com os que consideram o “direito” como uma figura deôntica, a qual tem sentido preciso somente na linguagem normativa. Mesmo porque, resta provado que dotado de valoração, as normas submetem-se ao alcance superior da positivação constitucional.

Uma das questões mais apaixonantes e importantes da história da democracia resume-se em uma pergunta: “Qual o melhor governo, o das leis ou dos homens?”<sup>44</sup> Defendendo o primado da lei, Platão afirmou:

“Chamei aqui de servidores das leis aqueles que ordinariamente são chamados de governantes, não por amor a novas denominações, mas porque sustento que desta qualidade dependa sobretudo a salvação ou a ruína da cidade. De fato, onde a cidade; onde, ao contrário, a lei é a senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades.”<sup>45</sup>

Esta defesa também foi feita por Aristóteles:

39 BACHOF, O. Normas constitucionais inconstitucionais... *op. cit.*, p.46.

40 BACHOF, O. Normas constitucionais inconstitucionais... *op. cit.*, p.46.

41 BACHOF, O. Normas constitucionais inconstitucionais... *op. cit.*, p.47.

42 BOBBIO, N. A Era dos Direitos... *op. cit.*, p.23.

43 BOBBIO, N. A Era dos Direitos... *op. cit.*, p.7.

44 MORAES, A. de. Direito Constitucional... *op. cit.*, p.431.

45 Platão, 715d *apud* MORAES, 2004, p.431.



“É mais útil ser governado pelo melhor dos homens ou pela melhor das leis? Os que apoiam o poder régio asseveram que as leis apenas podem fornecer prescrições gerais e não provêm aos casos que pouco a pouco se apresentam, assim como em qualquer arte seria ingênuo regular-se conforme normas escritas... Todavia, aos governantes é necessária também a lei que fornece prescrições universais, pois melhor é o elemento que não pode estar submetido a paixões que o elemento em que as paixões são conaturais. Ora, a lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em casa alma humana.”<sup>46</sup>

Estamos e estaremos continuamente a procurar um fundamento absoluto. Esta busca nada mais é do que a imensa, indescritível e imensurável vontade de garantirmos que certas liberdades nossas não sejam tomadas pela arbitrária vontade dos governantes; ou por eles permitida a constante violação pelos demais indivíduos integrantes da nossa sociedade.

Como reforça o aqui inúmeras vezes citado Bobbio, o Estado não pode colocar-se no mesmo patamar do indivíduo singular. O indivíduo age movido pela raiva, pela paixão, defende interesses próprios.

“Compreendo muito bem que é um raciocínio difícil, abstrato, que pode ser tachado de moralismo ingênuo, de pregação inútil. Mas busquemos dar uma razão para nossa repugnância frente à pena de morte. A razão é uma só: o mandamento de não matar.”<sup>47</sup>

Porque em um Estado de Direito não se deve limitar a apenas censurar com acrimônia ainda a quem defende a pena de morte, mas contribuir para que alcancemos o real busílis, não nos restringindo às meras palavras impostas pelos parvos burocratas. Acredito que a lei a que estes retumbantes filósofos se referem, não dizem respeito à lei positivada apenas, porém àquelas que vislumbram alcance excepcional da óptica vulgarmente percebida através das mesmas, como o fidedigno direito à vida.

A pena de morte não se trata de deletérios acontecimentos pretéritos, e infelizmente ainda presente em determinados lugares, é de fato algo que deve ser colocado acima de qualquer outro direito positivado. A tão inatingível “Justiça”, nada mais é do que a efetiva e real garantia destes direitos que não mais hão que ser questionados. Não importa se é atribuído por Deus ou pela natureza, é certo de que é indubitável ser a vida inerente ao ser humano relevantemente maior do que qualquer outro direito dele. Para existir o ser humano e a tão apregoada sociedade, do qual os indivíduos integram, e concomitantemente deterá o poder juntamente com os demais cidadãos, deverá haver vida.

Não se tratam de inopinadas constatações e prematuras soluções, impossibilidade da implantação da pena de morte e o direito à liberdade como normas suprapositivas são mais do que garantias de todos aqueles que são assim intitulados como seres humanos.

Concluo com as palavras de Bobbio, de maneira que não poderia ser diferente

<sup>46</sup> Aristóteles, 1286a *apud* MORAES, 2004, p.431-432.

<sup>47</sup> BOBBIO, N. A Era dos Direitos... *op. cit.*, p.161-162.

diante do ante visto:

“Um sinal premonitório não é ainda uma prova. É apenas um motivo para que não permaneçamos espectadores passivos e para que não encorajemos, com nossa passividade, os que dizem que “o mundo vai ser sempre como foi até hoje”; estes últimos – e torno a repetir Kant – “contribuem para fazer com que sua previsão se realize”, ou seja, para que o mundo permaneça assim como sempre foi. Que não triunfem os inertes!”<sup>48</sup>

## REFERÊNCIAS

BACHOF, O. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. (trad. José Manuel M. Cardoso da Costa). Coimbra: Almedina, 2008.

BECCARIA, C. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BITENCOURT, C. R. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2000.

FLORIDO, J. (Coord.). **Jean-Jacques Rousseau – Do contrato Social**. São Paulo: Nova Cultural, v.1, 1999.

FLORIDO, J. (Coord.). **Kant – Vida e Obra**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

FLORIDO, J. (Coord.). **Sócrates – Vida e Obra**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

KANT, Immanuel. **Grudlegung zur Metaphysik ser Sitten**. (trad. pt. Leopoldo Halzbach). Fundamentação da Metafísica dos Costumes. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2003.

LENZA, P. de. **Direito Constitucional Esquematzado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, G. F. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

REALE, M. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

---

48 BOBBIO, N. A Era dos Direitos... *op. cit.*, p.128.

# CAPÍTULO 3

## COLABORAÇÃO PREMIADA: A ORDEM DE DEPOIMENTO DO DELATOR E O RESPEITO ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

*Data de aceite: 25/03/2021*

*Data de submissão: 11/01/2021*

**Simoni Caetano Miranda**

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
Belo Horizonte/MG  
<http://lattes.cnpq.br/4980734009552257>

**Bárbara Mendes Lima**

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais  
Belo Horizonte/MG  
<http://lattes.cnpq.br/0209907509704752>

### PROCEDURE COLABORATION: THE INFORMANT'S TESTIMONY AND RESPECT TO FUNDAMENTAL GUARANTEES

**ABSTRACT:** This article discuss when the additive term of procedure collaboration - a brasilian's version of plea bargaining institute - should be included in a criminal process. Based on a real case, the article analyses this issue considering the fundamental guarantees of the due process of law principle and other principles provided in brasilian's Federal Constitution and international agreements.

**KEYWORDS:** Criminal process; collaboration term exposure; due process of law.

**RESUMO:** O presente artigo tem por escopo apresentar uma discussão acerca do momento em que o termo aditivo de colaboração premiada deve ser incluído em processo que transcorre em esfera penal. A proposta do texto é realizar uma análise, a partir de um caso concreto, tendo como parâmetro as garantias fundamentais da ampla defesa e contraditório e do Devido Processo Legal uma vez que essas garantias fazem parte do rol formador das bases do Estado Democrático de Direito previstos tanto na Constituição Federal de 1988 quanto nos Tratados de Direito Internacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Penal, Apresentação do Termo de Colaboração Premiada.

### 1 | INTRODUÇÃO

A discussão apresentada no presente trabalho refere-se ao momento em que o termo aditivo de colaboração premiada deve ser incluído no processo. Tal discussão se faz pertinente visto que a segunda turma do Supremo Tribunal Federal prolatou decisão acerca do tema, na qual estipula que para se anexar o termo aditivo de colaboração premiada é necessário observar a ordem de depoimento que deve ocorrer de forma subsequente de modo que primeiro ouve-se o réu delator e, posteriormente, o réu delatado.

A decisão mencionada vem sendo discutida no mundo jurídico e ganhou maior abrangência devido à decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), na ação

penal 5021365-32.2017.4.04.700/PR, em sede de apelação, acerca do processo no qual se apurou a relação entre o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e o sítio localizado na cidade de Atibaia/SP. O acórdão prolatado pelo TRF-4 contradiz o que fora decidido pelo STF, no julgamento do HC166.373 a respeito da ordem de depoimento entre delator e delatado.

Para o TRF-4 não deve ser respeitada a referida ordem de depoimento, pois não há fundamento legal que abranja o tema e, portanto, o depoimento do delator e do delatado poderá ocorrer de forma sequencial.

Haja vista que a previsão legal a respeito da ordem subsequente de depoimentos no processo penal é uma das formas de se respeitar os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, pergunta-se: a junção do aditivo do termo de colaboração premiada do réu delator de forma sequencial ao depoimento do réu delatado fere os princípios da ampla defesa e do devido processo legal?

A abordagem proposta para o enfrentamento da questão será dividida em quatro partes. Na primeira será apresentado de forma sintetizada o conteúdo das decisões aludidas, a fim de se entender melhor os argumentos utilizados pelos Tribunais nos acórdãos prolatados.

Logo após, serão analisados os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, a fim de esclarecer os respectivos conteúdos dogmáticos e correlacioná-los às interpretações utilizadas nas decisões citadas.

Posteriormente, será abordada a natureza jurídica do depoimento do delator, essa abordagem perpassará por normas interdisciplinares do Direito. A análise se dará sob a perspectiva do direito civil, penal e processual penal, uma vez que falta regulação específica do direito penal.

Após realizar todo estudo, serão oferecidos argumentos a fim de se verificar se as decisões prolatadas ferem ou não os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal<sup>1</sup>.

## 2 | DESENVOLVIMENTO

O presente artigo propõe uma abordagem crítica acerca do momento em que o réu delator e réu delatado devem prestar depoimento, o tema em questão pode ser analisado por diferentes perspectivas legais. A colaboração premiada vem sendo utilizada no Direito brasileiro desde a edição, em 1940, do Código Penal, em seu texto original, visto que a confissão do criminoso pode trazer-lhe benefícios como a diminuição da pena quando o crime praticado não tiver sido cometido com violência ou grave ameaça<sup>2</sup>.

Posteriormente, a colaboração passou a ser tratada por várias normas esparsas no

1 A questão procedimental acerca da Colaboração premiada não será abordada nesse artigo por fugir ao escopo de desenvolvimento do trabalho.

2 Código Penal, art. 65, III, d

ordenamento, sendo incluída na Lei 8.072/90 – Lei dos Crimes Hediondos<sup>3</sup>; nas legislações referentes aos crimes contra a ordem financeira nacional, contra a ordem tributária e econômica e contra a relações de consumo; assim como na Lei 8.807/99 – Lei de Proteção à Testemunha<sup>4</sup>.

Igualmente relevante no histórico legislativo sobre o tema, a integração da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional ao direito brasileiro constituiu marco jurídico-penal, pois unificou os conceitos sobre crime organizado resultando na edição das Leis 11.343/06 (Nova Lei de Drogas), 12.529/12 (Lei que estrutura o sistema Financeiro de Defesa da Concorrência) e Lei 12.850/13 (Nova Lei de Organização criminosa), que disciplinam a celebração do acordo de colaboração premiada no âmbito dos crimes cometidos por organizações criminosas.

A Nova Lei de Organizações Criminosas – Lei 12.850/13, além de estabelecer o conceito de organização criminosa e as penas aplicáveis para os delitos cometidos no seio da organização criminosa, também define o procedimento de apuração para as infrações penais nela previstas. Ainda como destaque relevante aos propósitos deste trabalho, a colaboração premiada é considerada pela referida lei como meio de obtenção de prova sendo permitida a sua produção em qualquer momento da persecução penal<sup>5</sup>.

Entretanto, é possível observar nas decisões dos Tribunais choques entre a interpretação literal<sup>6</sup> da norma, mais especificamente do artigo 3º da Lei 12.850/13, e os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, ambos princípios tidos no ordenamento jurídico brasileiro como garantias constitucionais individuais conforme se mostra a seguir.

No mês de outubro de 2019, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *habeas corpus* 166.373, impetrado contra a decisão prolatada no processo nº. 0083923-05.2018.1.00.0000, formulou tese em relação à ordem de depoimento do réu delator e o réu delatado determinando que seja obedecida a ordem constitucional que prevê a aplicação do princípio do devido processo legal nos procedimentos penais. Significa dizer que réu delator e réu delatado deveriam ser tratados de forma equivalente às testemunhas de acusação e de defesa, respectivamente, e que, portanto, devem ser inquiridos sucessivamente nos moldes da ordem preestabelecida pelo artigo 400 do Código de Processo penal. Conforme se nota na decisão abaixo descrita:

O Plenário, por maioria, concedeu a ordem de habeas corpus para anular a decisão do juízo de primeiro grau, e determinar o retorno dos autos à fase de alegações finais, a qual deverá seguir a ordem constitucional sucessiva, ou seja, primeiro a acusação, depois o delator e, por fim o delatado (...). (BRASIL, 2019).

3 Tal legislação modificou também o Código Penal a fim de estender as regras contidas na delação premiada ao crime de extorsão mediante sequestro.

4 No art.13 da Lei de Proteção à Testemunha, a proteção é estendida expressamente ao réu colaborador.

5 Conforme art. 3º da Lei 12.850/13.

6 Interpretação literal é aquela que decorre da letra da lei, revelando o significado vocabular da norma jurídica.

Todavia, ao julgar o *habeas corpus* e a apelação criminal no processo 5021365-32.2017.4.04.7000/PR, envolvendo o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva e o sítio localizado na cidade de Atibaia, decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que o precedente criado pela decisão prolatada pelo STF no HC166.373 não se aplicava ao caso.

O ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva fora denunciado no processo de nº 5021365-32.2017.4.04.7000/PR pela participação em organização criminosa, desmantelada pela operação Lava Jato. Conforme a denúncia, o ex-presidente havia recebido vantagens indevidas consubstanciadas em reformas em um sítio localizado na cidade de Atibaia/SP, na ordem de R\$150.000,00, além de ser o responsável pelo esquema de corrupção instalado dentro da empresa Petrobrás e de angariar, por meio dessa organização criminosa quantias indevidas para o Partido dos Trabalhadores. A denúncia dá conta de que em troca das vantagens indevidas recebidas pelo ex-presidente, as empresas envolvidas no esquema, Petrobrás, Grupo Odebrecht e Grupo OAS, realizavam cartel, burlando o procedimento licitatório e elegendo a empresa que venceria a licitação.

No decorrer do processo, o nome do ex-ministro-chefe da casa civil do governo Lula, Antônio Palocci Filho (apelidado no esquema como Italiano) é citado em vários pontos sendo indicado como intermediador das negociações entre as empresas envolvidas na organização criminosa, o ex-presidente Lula e o partido dos trabalhadores. Em virtude disso, foi entranhado no processo o termo de colaboração premiada 01 da Ação Penal nº 5063130-17.2016.4.04.7000 que diz respeito às informações prestadas por Antônio Palocci Filho em sede de colaboração premiada.

Nesse termo, em relação ao grupo Odebrecht e ao grupo OAS, Palocci cita, dentre outras coisas, que foi ele quem estruturou o projeto para viabilizar o recebimento de valores, escondendo sua origem ilícita, e que desde 2002, na campanha do ex-presidente Lula, iniciou, a pedido deste, a realização de branqueamento de capitais provenientes do recebimento de valores de Muammar Kadafi. Na colaboração, Palocci também afirma ter intermediado o pedido de ajuda do ex-presidente Lula para Emílio Odebrecht na ordem de quinze milhões de reais, e que em troca dessa ajuda financeira o ex-presidente conseguiria direcionar para o grupo Odebrecht obras na Líbia, o que segundo Palocci, fora negociado diretamente entre Lula e Muammar Kadafi.

Ainda, conforme o termo de colaboração, afirmou Palocci, que Emílio Odebrecht, em reunião direta com o ex-presidente Lula, reservou cerca de trezentos milhões de reais para o pagamento de propinas tanto para o ex-presidente Lula quanto para o instituto Lula. No referido termo de colaboração premiada, Antônio Palocci menciona não raras vezes o envolvimento de Lula em acordos para o recebimento de propina e oferecimento de vantagens indevidas com a empresa Petrobrás.

Sobre o sítio localizado na cidade de Atibaia, relatou Palocci que o ex-presidente Lula sempre teve vontade de adquirir um sítio, todavia, não era possível a aquisição dada à sua história de vida, motivo pelo qual, por intermédio de Roberto Teixeira, se deu a

aquisição de dois imóveis, um ao lado do outro, sendo que um dos deles estava registrado em nome de Fernando Bittar e o outro em nome de Jonas Leite Suassuna, porém, ambos imóveis eram, na realidade, de propriedade do ex-presidente Lula. Palocci afirmou também que as diversas reformas ocorridas nos imóveis foram realizadas e financiadas pelas empresas Odebrecht e OAS *in verbis*:

é de conhecimento de ANTONIO PALOCCI que as reformas do Sítio visando adequá-lo às necessidades de LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA foram custeadas pelas empresas OAS, ODEBRECHT e pela pessoa de JOSÉ CARLOS BUMLAI como contrapartida aos atos de Governo realizados em prol de tais pessoas por LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA. Nesse contexto, foram pagos em reformas e em aquisição de móveis para o Sítio os seguintes valores: a) R\$ 150.500,00, pagos por JOSÉ CARLOS BUMLAI; b) R\$ 700.000,00, pagos pela ODEBRECHT, por intermédio de EMILIO ODEBRECHT e ALEXANDRINOALENCAR; c) R\$ 170.000,00, pagos pela OAS, através de LEO PINHEIRO. (TERMO DE COLABORAÇÃO PREMIADA 01 DA AÇÃO PENAL nº 5063130-17.2016.4.04.7000, p.15, 2018).

Conforme explicitado na referida decisão, foi anexado ao processo o termo de colaboração 01 da Ação Penal nº 5063130-17.2016.4.04.7000 e, contra a juntada desse termo, fora impetrado *habeas corpus* junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região que decidiu, por unanimidade, pela não concessão da ordem tendo como justificativa o artigo 403 do Código de Processo Penal que preleciona:

Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir a sentença. (BRASIL, Decreto-Lei 3.689/41, artigo 403).

Segundo o acórdão, nos termos do artigo 3º da Lei 12.850/13<sup>7</sup>, a colaboração premiada é permitida em qualquer fase da investigação criminal e que, por esse motivo se faz descabido o pedido de desentranhamento do termo de colaboração 01. Também utilizou como fundamento o fato de que a colaboração premiada do Sr. Antônio Palocci Filho havia sido colhida sob o crivo do contraditório e que a juntada do referido termo se daria apenas para dar efetividade ao acordo e seus benefícios.

Em suma, são esses os argumentos jurídicos apresentados nas decisões conflitantes ora em análise. Se é certo que o tema ganha nova perspectiva com a inclusão do §10-A ao artigo 4º da Lei 12.850/2013<sup>8</sup>, indicando a necessidade do réu delatado manifestar-se após o réu delator, é certo também que a divergência argumentativa dos tribunais permanece relevante, pois as colaborações premiaias no ordenamento jurídico brasileiro extrapolam o contexto de criminalidade organizada delimitada no artigo 1º da mencionada lei.

A fim de se estabelecer alguns critérios acerca da celeuma então apresentada é

7 Lei que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

8 A mencionada alteração legislativa foi proporcionada pela Lei 13.964/2019, cujo projeto respectivo tornou-se popularmente conhecido como Pacote Anticrime.

necessário analisar o caso também do ponto de vista hermenêutico, já que ocorrem na discussão choques entre a norma legal e os princípios fundamentais do devido processo legal e da ampla defesa.

### 3 I DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA

O princípio do devido processo legal irrompeu na Magna Carta assinada pelo Rei “João Sem Terra”, fruto de um acordo entre o referido rei e a nobreza inglesa, ainda na idade média, no qual se previa a limitação do poder real frente aos seus súditos, caracterizada como cláusula *law of the land*<sup>9</sup> descrita no artigo 39 da referida lei, que em resumo afirmava que os direitos naturais dos homens somente poderiam ser relativizados pelo que se nomeava na época “lei da terra” descrita no artigo 39 da Magna Carta:

39. Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país. (Magna Carta 1215, artigo 39).

A garantia de se submeter determinado fato penal a um processo legal, previamente regulado por normas específicas para que se esclareça de forma justa a real culpabilidade do indivíduo e se estabeleça penalidade proporcional à sua participação no delito, conhecida como devido processo legal é de tamanha importância que fora reproduzida na Constituição Norte-americana, e, posteriormente, em diversos ordenamentos jurídicos inclusive tratados internacionais dentre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos que prevê em seu artigo X,

Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. (Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo X).

Em 1950, cerca de 2 anos após a publicação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi publicada a Convenção Europeia dos Direitos dos Homens que inovou ao prever em seu artigo 6º, além da submissão do fato a um processo legal, a garantia do segredo de justiça para casos específicos nos quais publicidade dos fatos poderia prejudicar tanto o processo quanto as partes envolvidas.

Adiante, já em 16 de dezembro de 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos previu ainda mais garantias ligadas ao devido processo legal tais como o direito à informação quanto ao motivo da prisão, a apresentação do preso ao juiz no menor prazo possível (o que se conhece atualmente como audiência de custódia), a vedação à prisão preventiva aplicada de maneira indiscriminada e a possibilidade de se recorrer a outras instâncias em caso de sentença desfavorável, conforme a transcrição abaixo:

9 Lei da Terra



Todo o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser submetido a detenção ou prisão arbitrárias. Ninguém poderá ser privado da sua liberdade, excepto pelos motivos fixados por lei e de acordo com os procedimentos nela estabelecidos. 2. Toda a pessoa detida será informada, no momento da sua detenção, das razões da mesma, e notificada, no mais breve prazo, da acusação contra ela formulada. 3. Toda a pessoa detida ou presa devido a uma infracção penal será presente, no mais breve prazo, a um juiz ou outro funcionário autorizado por lei para exercer funções judiciais, e terá direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade. A prisão preventiva não deve constituir regra geral, contudo, a liberdade deve estar condicionada por garantias que assegurem a comparência do acusado no acto de juízo ou em qualquer outro momento das diligências processuais, ou para a execução da sentença. 4. Toda a pessoa que seja privada de liberdade em virtude de detenção ou prisão tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, com a brevidade possível, sobre a legalidade da sua prisão e ordene a sua liberdade, se a prisão for ilegal. 5. Toda a pessoa que tenha sido detida ou presa ilegalmente tem o direito a obter uma indemnização. (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 9º).

Posteriormente, em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos, estabeleceu ainda mais normas acerca das garantias judiciais criando, assim, uma espécie de parâmetro para se conceber um processo judicial penal justo. Esse conjunto normativo influenciou de forma marcante o direito brasileiro, visto que as normas nele previstas foram ratificadas pelo Estado Brasileiro e inseridas na Constituição da República de 1988, que de maneira inédita no país, passou a prever expressamente a garantia do acesso à jurisdição descrita no artigo 5º, XXXV e, como forma de viabilizar essa garantia, previu também o Princípio do Devido Processo Legal descrito no inciso LIV do mesmo artigo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, XXV e LIV).

O princípio do devido processo legal tem por objetivo a proteção do indivíduo contra possíveis arbitrariedades Estatais, o que é especialmente relevante no âmbito do direito penal, que permite ao Estado o exercício do direito de punir (*jus puniendi*) somente legitimado se observados os limites legais. Assim, a fim de que a imposição da sanção penal se justifique em termos formais, a imposição de pena a quem infringiu a lei é uma violência provocada pelo Estado ao infrator, como forma de punir, em um primeiro momento, pelo mal praticado e para ressocializar o indivíduo, proporcionando seu retorno à convivência

em sociedade, conforme preceituam as teorias da pena<sup>10</sup>. Todavia, esse poder estatal deve ser limitado pois, conforme Salo de Carvalho:

Do contrário, se não houver limitação ou legitimação do exercício do poder de punir, e sendo a sanção uma manifesta imposição de violência, não haveria diferença entre o Estado (comunidade jurídica) e uma organização criminosa, visto que ambos adotam os mesmos recursos para impor sua vontade: privação de determinados bens (vida, liberdade e patrimônio) por meio da violência. (CARVALHO, 2015, p.45).

A fim de se limitar o poderio estatal na vertente penal, criou-se um sistema de garantias principiológicas dentre as quais encontra-se o Princípio do Devido Processo Legal. Tal princípio encontra-se intimamente ligado à garantia da submissão à jurisdição, um dos axiomas descritos por Luigi Ferrajoli na defesa do garantismo penal, que em seus dizeres constitui a “principal garantia processual que forma o pressuposto de todas as outras” (FERRAJOLI, 2014, p.495).

Pensar em garantismo penal é pensar em assegurar o máximo das garantias fundamentais às partes mais frágeis do processo penal, seja ela vítima ou acusada, visto que nessa relação o Estado, exercendo a função jurisdicional, é hipersuficiente. É necessário estabelecer essas garantias pois, para PAULA (2013),

o Devido Processo Legal insere-se na malha principiológica constitucional como meta-regra substantiva do Estado democrático de direitos, uma vez que impõe ao Estado, ao longo da prestação jurisdicional, o dever de cumprir suas regras preestabelecidas pelo ordenamento jurídico. Trata-se de limite ao exercício do poder punitivo. Esse princípio necessita de fundamento e mecanismos operacionais capazes de lhe assegurar eficácia, respaldado no direito à ampla defesa do acusado. (PAULA, 2013, p.40).

---

10 Para Bitencourt (2019), o pensamento penológico concebeu inicialmente a teoria absoluta da pena, também conhecida como teoria retributiva, entende a aplicação da pena como forma de infligir castigo a quem contrariou as normas penais de modo a retribuir ao indivíduo o mal por ele cometido, trata-se de uma espécie de vingança pública. Com a evolução do direito, surgiram as teorias relativas da pena que a concebem como forma de prevenir a prática delituosa, para essas teorias, a retribuição não possui tanta relevância visto que a pena é concebida com caráter pedagógico de modo que incida sobre o indivíduo, que uma vez penalizado por seus ilícitos não voltará a delinquir, e sobre a sociedade, que terá a punição do indivíduo como exemplo acerca das consequências de se delinquir. Essa teoria se divide em: Prevenção geral negativa, conforme essa teoria, a aplicação da pena faz com que a coletividade esteja ciente das consequências a que está sujeita caso pratique algum delito, funciona como uma espécie de ameaça, e também demonstra a efetividade prática das normas penais, de modo que tal teoria visa recair sobre o indivíduo que pratica delito, retribuindo o mal por ele cometido, e sobre a sociedade que verifica de forma prática o cumprimento da norma penal. Prevenção geral positiva: para essa teoria o fato de o sujeito delinquir, não inviabiliza a norma penal, dessa forma a aplicação de pena ao infrator reafirma, a vigência da norma pois condena a prática delituosa. Prevenção especial: essa teoria incide apenas sobre o delinquente, pois, para essa teoria, a aplicação de pena visa a desestimular a prática delituosa. Tal teoria se divide em prevenção especial positiva, que se direciona para a reeducação do delinquente, e em teoria da prevenção especial negativa, que visa a neutralização do delinquente. Teoria mista ou unificadora da pena: essa teoria agrupa os conceitos de todas as teorias já citadas, de modo que para essa teoria, a pena serve para prevenir o delito e a fundamentação da pena se dará de acordo com a culpabilidade e com as teorias de prevenção especial. Prevenção geral positiva limitadora: segundo essa teoria, em respeito ao Estado Democrático de Direito, a aplicação da pena deve sofrer limitações dentro do Direito Penal, ao passo que para que a pena seja aplicada deve-se respeitar uma gama de procedimentos que viabilizem as garantias constitucionais do indivíduo. (Bitencourt, 2019)

Contida no Princípio do devido processo legal, a ampla defesa, é também princípio-garantia expresso na Constituição da República de 1988 e serve como forma de viabilizar um processo justo, pois torna possível a análise dos fatos de maneira sistêmica considerando não somente as provas e versões apresentadas pelo acusador, mas também as apresentadas pela defesa a fim de se comprovar a inocência do acusado provendo assim o exaurimento das argumentações no procedimento, para Cruz, 2015:

o devido processo legal, hoje constitucional, é que torna possível a construção argumentativa e conjunta do provimento através da ampla defesa, a partir da procedimentalidade ordinária em juízo democrático. A ampla defesa, para ser ampla, reclama a regência do devido processo, como instituição co-institucionalizante que, por sua vez, pressupõe a existência da estrutura normativa da procedimentalidade ordinária regulada pelo devido processo legal, para regulamentar o exercício do discurso pelas partes. (CRUZ, 2015 p. 137).

A ampla defesa deve ser entendida como uma garantia de que o réu terá direito de se defender de maneira irrestrita, podendo demonstrar sua inocência por meio de todo e qualquer tipo de prova desde que respeitadas as normas procedimentais correspondentes ao processo, conforme ensina Leal (2018):

A amplitude da defesa não supõe infinitude de produção da defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos jurídico-sistêmicos por alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. Há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização da cognição a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos jurídico-fundantes de sua produção eficiente. (LEAL, 2018, p. 156).

Por ser um princípio-garantia, a ampla defesa não pode ser tolhida pelo juiz, de modo que qualquer ato do judiciário que venha a diminuir seus efeitos deve ser considerado nulo, ainda que sob a justificativa de que essa garantia atrase a solução do processo, isso porque a legítima defesa não se choca com o princípio da celeridade processual visto que ambas garantias servem a promoção de um processo justo o que, em uma democracia, pressupõe a liberdade de defesa do réu conforme os dizeres de Leal:

a pretexto de celeridade processual não se pode, de modo obcecado, suprindo deficiências de um Estado já anacrônico e jurisdicionalmente inviável, sacrificar o tempo da ampla defesa, que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova. (LEAL, 2018, p. 156).

Ademais, a observância desses princípios tem sido reafirmada pela processualística brasileira ao se prever no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), utilizado de maneira subsidiária ao Código de Processo Penal, princípio da não surpresa. O referido princípio descrito no artigo 9º do CPC/15 é uma novidade e integra o que se chama no processo civil de “contraditório dinâmico e efetivo” (JÚNIOR, 2016, v.1, p.86). Conforme

Humberto Theodoro Júnior (2016), para se obter o contraditório dinâmico e efetivo deve se observar de forma sistemática o tratamento paritário entre as partes, o princípio da não surpresa e por fim o debate amplo da questão para que então o juiz se pronuncie decidindo a questão. Sobre o princípio da não surpresa, ressalta Humberto Theodoro Júnior (2016) que

as decisões judiciais não podem surpreender a parte que terá de suportar suas consequências porque o contraditório moderno assegura o direito dos sujeitos do processo de não só participar da preparação do provimento judicial como de influir na sua formulação. (JÚNIOR, 2016, v.1, p.87).

Embora o código de processo civil subsidie a doutrina processual penal, é relevante entender que a forma segundo a qual a processualística penal atua é mais rígida que a cível, isso porque a norma processual penal trata de direitos e garantias que podem influenciar diretamente nas liberdades do indivíduo. O principal objetivo do processo é a solução do caso concreto a ele submetido, de modo que a doutrina processual estabelece que alguns atos processuais, ainda que em desacordo com a forma estabelecida em lei, podem ser convalidados, todavia, conforme GRINOVER (2008) para que o ato seja convalidado deve-se observar se ele atingiu sua finalidade, se houve algum prejuízo para as partes e finalmente, se foi preservado o contraditório e a ampla defesa, de modo que havendo desrespeito a qualquer desses elementos fundamentais o ato deve ser invalidado.

Portanto, é possível notar que o devido processo legal e a ampla defesa são institutos de suma importância para a garantia dos direitos fundamentais, não só no campo de direito penal como também nas demais áreas do direito, pois limita o poder do Estado face à sociedade. Em razão do *status* constitucional desses princípios, observa-se a necessidade de zelo ainda maior pela observância estrita de seus termos, o que parece ter não só lastreado a decisão do STF, mas também orientado o legislador na inclusão do §10-A ao art. 4º da Lei 12.850/13.

Pelas mesmas razões mencionadas, ainda que as demais leis que preveem a colaboração premiada (como negócio jurídico passível de produção de provas no processo) não tenham sido alteradas quanto à ordem de oitiva dos réus delatores e delatados, a interpretação sistemática poderá ser utilizada como parâmetro hermenêutico que se soma à necessidade de se conferir a máxima efetividade às normas constitucionais que lastreiam as garantias processuais do devido processo legal e da ampla defesa.

#### **4 | DA NATUREZA JURÍDICA DO DEPOIMENTO DO DELATOR**

Em um primeiro momento, o instituto da colaboração premiada no Brasil tinha como enfoque apenas a natureza penal material, tendo em vista que nas legislações anteriores não havia previsão de ritos processuais específicos para a colaboração premiada em âmbito penal, essa situação fora modificada com a introdução da Convenção das Nações

Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. O referido tratado internacional resultou na edição da Lei 12.850/13 que trata, dentre outras coisas, do procedimento a ser realizado para a colaboração premiada dando a esse instituto um viés processual o que para Vasconcelos (2017), é a visão mais adequada visto que “o cerne do instituto é a facilitação da persecução penal a partir da produção ou obtenção de elementos probatórios” (VASCONCELOS, 2017, p.55). A natureza processual da colaboração premiada ocorre, segundo Vasconcelos (2017), tendo em vista que a defesa do acusado é fragilizada, vez que há como requisito para a validade da colaboração o compromisso legal de dizer a verdade e a renúncia do direito ao silêncio, sinalizando, nesse caso, que o acusado não pode resistir à acusação a ele imposta.

O procedimento de colaboração premiada é complexo pois exige vários atos processuais tais como a negociação entre o colaborador e a autoridade competente para a colheita do depoimento, o depoimento do colaborador, a apresentação das provas sobre o que fora dito, etc. Em virtude da complexidade do procedimento discute-se na doutrina sua real natureza jurídica. Para parte da doutrina, a colaboração premiada é meio de prova<sup>11</sup>, pois considera o colaborador como fonte de prova, todavia, para a doutrina majoritária após a edição da Lei 12.850/13, a colaboração do delator passou a ser considerada como meio de obtenção de prova, ou seja, é procedimento que tem por escopo a aquisição de provas materiais da ocorrência do delito, por esse motivo a legislação admite que a negociação e colheita do depoimento do delator seja realizada por autoridades externas ao processo. Nesse sentido, o Manual da Estratégia Nacional de Combate à corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA<sup>12</sup>:

A colaboração premiada é meio de obtenção de prova sustentada na cooperação de pessoa suspeita de envolvimento nos fatos investigados, buscando levar ao conhecimento das autoridades responsáveis pela investigação informações sobre organização criminosa ou atividades delituosas, sendo que essa atitude visa à amenizar da punição, em vista da relevância e eficácia das informações voluntariamente prestadas. (ENCCLA, p. 2, 2014).

Sobre a natureza jurídica da colaboração premiada, posicionou-se o ministro Dias Toffoli, no julgamento do HC 127.483, que deve se diferenciar o acordo de colaboração premiada do depoimento do delator visto que possuem naturezas jurídicas distintas, para Toffoli (2015),

11 “Os meios de prova são os recursos de percepção da verdade e formação do convencimento. É tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para demonstrar o que se alega no processo.” (TÁVORA; ALENCAR, 2016)

12 *A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA)*, criada em 2003, é a principal rede de articulação para o arranjo e discussões em conjunto com uma diversidade de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal e estadual e, em alguns casos, municipal, bem como do Ministério Público de diferentes esferas, e para a formulação de políticas públicas voltadas ao combate àqueles crimes. O Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), vinculado à Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça e Segurança Pública, atua como secretaria-executiva da Enccla, por intermédio da Coordenação-Geral de Articulação Institucional do DRCI. (disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/quem-somos>, acesso em: 19/03/2020).

Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova. (BRASIL. 2015).

É possível observar na legislação que a forma como se constitui o acordo de colaboração premiada se aproxima do conceito de negócio jurídico processual, visto que ocorre uma negociação entre a autoridade competente (Ministério Público ou Delegado, conforme o caso específico), e o colaborador. Embora a pesquisa se faça no campo do direito penal, é necessário observar a conceituação acerca do negócio jurídico processual dada pelo direito processual civil visto que esse serve de maneira subsidiária ao direito processual penal. Para melhor compreensão, faz-se necessário fracionar o conceito em negócio jurídico e posteriormente entender como esse instituto funciona dentro do processo.

O negócio jurídico no Direito Civil, pode ser classificado de várias maneiras, todavia, interessa ao trabalho a classificação quanto às manifestações de vontades dos envolvidos, o que significa dizer que sendo bilaterais, caracterizam um tipo de contrato por meio do qual as partes expressam a vontade; quanto às formalidades, sendo considerados formais aqueles que possuem forma descrita em lei; quanto às condições pessoais das partes, ou seja tendo a parte alguma condição específica que interessa ao contrato faz com que o seja *intuitu personae* ou personalíssimo (TARTUCE, 2018).

Ainda, conforme Tartuce (2018) é possível analisar o negócio jurídico sob a ótica da “Escada Ponteaná” (TARTUCE, p. 324, 2018) teoria criada por Pontes de Miranda que analisa o negócio jurídico a partir de três planos, o da existência, ou seja para que o negócio jurídico exista deve haver partes, vontade, objeto e forma; o plano da validade, quer dizer que para ser válido o negócio jurídico deve ter “partes ou agentes capazes; vontade livre, sem vícios; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita e não defesa em lei.” (TARTUCE, p. 324, 2018); e, finalmente o plano da eficácia, que se relaciona com os efeitos que serão gerados pelo negócio jurídico no plano material, tais como por exemplo a condição estabelecida para o adimplemento do contrato.

Em âmbito processual cível, conforme Huberto Theodoro Júnior (2016), o negócio jurídico processual foi adotado pelo Novo Código de Processo Civil a fim de dar ao processo maior efetividade, por meio dele é possível, pelo acordo entre as partes, a flexibilização das normas processuais desde que respeitadas as garantias fundamentais dos indivíduos, de modo que é “fruto da autonomia de vontade das partes, não se sujeita a um juízo de conveniência pelo juiz. Limita-se este a um exame de validade do acordo, justificado pela sua vinculação à eficácia do negócio praticado pelas partes” (JÚNIOR, p. 484, 2016). Isso posto, não resta dúvida de que o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual, uma vez que utilizando a norma cível de forma subsidiária, é possível observar a correlação entre o contrato em âmbito cível, o negócio jurídico processual cível e acordo de colaboração premiada, sendo esse último com viés processual penal o que resulta de

graves consequências ao colaborador em caso de descumprimento do acordo.

Estabelece a Lei 12.850/13 em seu artigo 4º, §14, a necessidade de o colaborador renunciar o direito ao silêncio e de ser compromissado em dizer a verdade sobre os fatos, de modo que seu depoimento é equivalente ao da testemunha já que, uma vez compromissado com a verdade, caso minta dolosamente, o colaborador responde por crime descrito no artigo 19 da mesma lei. Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal se posicionou por meio da decisão do *Habeas Corpus* 166.373, que se tratava de uma decisão em primeira instância em que o juiz que em um primeiro momento determinou que os réus colaboradores prestassem depoimento antes dos demais réus, todavia no momento processual das alegações finais determinou único prazo para todos os corréus se manifestassem no processo, ignorando a ordem sucessiva entre réus colaboradores e réus delatados.

Diante dos fatos apresentados no HC166.373, o ministro Gilmar Mendes, desenvolve um raciocínio a partir do princípio da ampla defesa e do direito de falar por último mencionando que como o ônus probatório recai a quem alega, é necessário que o acusado saiba de todas as acusações que sobre ele recaem para que sua defesa seja ampla e irrestrita, também cita o princípio da correlação entre a acusação e a sentença que preleciona que o réu só pode ser condenado pelo fato que foi narrado pela denúncia. Para o referido ministro, ao aderir ao acordo de colaboração premiada, o colaborador réu incrimina também demais corréus no processo pois, a fim de conseguir acesso às benesses do acordo o réu colaborador produz provas contra terceiros. Embora essas provas tenham força probatória mais fragilizadas, é necessário que o juiz reconheça o interesse do réu colaborador em produzir provas incriminadoras quanto aos demais corréus.

Se dermos aos atos de colaboração força de prova desinteressada, provar fatos não ocorridos será tarefa leve. Bem mais árdua será a tarefa da defesa do delatado, sobre a qual, invertendo-se a presunção constitucional, recairá o ônus da prova da inocência. Nesse cenário, o colaborador não terá motivo para temer o desfazimento do acordo e perda dos benefícios nele entabulados, visto que seus atos de colaboração serão de quase impossível desafio. O direito de defesa dos coimputados delatados precisa ser resguardado para que o processo penal não se torne um mero instrumento ritual para confirmação de hipóteses preconcebidas sem contraditório. (BRASIL, 2019).

A importância em se estabelecer a ordem sucessiva de depoimento de réus delatores e delatados se encontra em se permitir o confronto entre os depoimentos a fim de se garantir a ampla defesa do réu delatado. De modo que o Ministro Gilmar Mendes externou seu voto no sentido de se permitir que seja estabelecido prazo sucessivo para que em fase de alegações finais réus colaboradores se manifestem primeiro e, posteriormente, ocorra a manifestação dos réus delatados.

No mesmo sentido votou o Ministro Alexandre de Moraes que entende que a concessão de prazo sucessivo em sede de alegações finais para réu delator e réu delatado

é forma de se conceber um processo justo já que a posição entre réu delator e réu delatado é antagônica visto que há de um lado o réu delator que não tem a necessidade de se defender, vez que abriu mão do direito ao silêncio e se comprometeu com a verdade, tendo por objetivo a comprovação da culpa do réu delatado para ter acesso aos benefícios do acordo de colaboração, e de outro lado o réu delatado que objetiva conhecer e se defender, rebatendo às acusações.

O direito de falar por último está contido no exercício pleno da ampla defesa englobando a possibilidade de refutar TODAS, absolutamente TODAS as informações, alegações, depoimentos, insinuações, provas e indícios em geral que possam, direta ou indiretamente, influenciar e fundamentar uma futura condenação penal, entre elas as alegações do delator. (BRASIL, 2019).

O Ministro Dias Toffoli, presidente da sessão, entende também que há de sobremaneira interesse do réu delator em comprovar a culpa do réu delatado e que deve ser concedido ao réu delatado prazo sucessivo ao depoimento do réu delator para que seja possível refutar todas as acusações feitas ao réu delatado, todavia entende o Ministro que para se reconheça a nulidade no procedimento deve-se arguir a nulidade em tempo oportuno e comprovar o prejuízo da defesa do réu delatado.

o meu entendimento em matéria de nulidade processual, notadamente de que, "além da arguição oportune tempore da suposta nulidade, seja ela relativa ou absoluta, a demonstração de prejuízo é igualmente essencial para seu reconhecimento, de acordo com o princípio do pas de nullité sans grief, presente no art. 563 do Código de Processo Penal.". (BRASIL, 2019).

**Termina o Ministro Dias Toffoli propondo à Câmara Recursal as seguintes teses:**

- i) Em todos os procedimentos penais, é direito do acusado delatado apresentar as alegações finais após o acusado que, nos termos da Lei nº 12.850/13, tenha celebrado acordo de colaboração premiada, devidamente homologado, sob pena de nulidade processual, desde que arguido até a fase do art. 403 do CPP ou o equivalente na legislação especial e reiterado nas fases recursais subsequentes;"
- ii) Para os processos já sentenciados, é necessária ainda a demonstração do prejuízo, que deverá ser aferido no caso concreto pelas instâncias competentes. (BRASIL, 2019).

Ante o exposto é possível verificar que a natureza jurídica da colaboração premiada é de negócio jurídico processual penal, o que foi ratificado pelo art. 3º-A da Lei 12.850/13, incluído pela Lei 13.964. Desse modo, há real interesse do colaborador em comprovar os fatos alegados, contribuindo para com o órgão acusatório, a fim de que possa cumprir com suas obrigações acordadas no termo de colaboração premiada, tornando tal negócio exequível, para que obtenha acesso aos benefícios ofertados e homologados em juízo.



## 51 CONCLUSÃO

Ante o exposto é possível concluir que embora não houvesse previsão legal acerca da ordem de colaboração do réu delator e do réu delatado, a forma com que o Supremo Tribunal Federal abordou o assunto fora a mais adequada do ponto de vista constitucional pois se utilizou das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório para sanar a problemática a fim de se garantir ao réu, um processo justo e compatível com o Estado Democrático de Direito. A alteração legislativa promovida pela Lei 13.964/19 reforça essa ideia, ao disciplinar expressamente a ordem de oitivas dos réus delatores e delatados.

Em relação ao caso discutido no processo 5021365-32.2017.4.04.7000/PR , o entranhamento do termo de colaboração premiada, em sede de alegações finais, realizado por Antônio Palocci, foi prejudicial ao réu, Luiz Inácio Lula da Silva, pois continham nele informações que reafirmavam a relação entre os grupos OAS, Odebrecht e entre o sítio localizado na cidade de Atibaia além de conter outras acusações feitas pelo delator ao réu delatado de modo que a não concessão de prazo sucessivo para depoimento de réu delator e réu delatado impossibilita a defesa ampla e plena e o contraditório o que consequentemente fere a ordem constitucional do Estado Democrático de Direito. Desse modo fora equivocada a decisão do Tribunal Regional Federal em não conceder na decisão de apelação o prazo sucessivo pois além de desrespeitar princípios do direito também julgou o processo de maneira contrária à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, mesmo não estando positivado, à época, a concessão de prazo sucessório para o depoimento do réu delator e réu delatado, o entranhamento de termo de colaboração premiada do réu delator de forma sequencial ao depoimento do réu delatado fere os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, visto que o referido termo é negócio jurídico processual penal conforme o qual, o réu delator, compromissado com a verdade, apresenta interesse em comprovar suas alegações para acessar aos benefícios do acordo, e sua apresentação em sede de alegações finais sem a concessão do prazo sucessivo impossibilita a defesa do réu delatado. É de se observar que essa decisão poderá ser revista, no mínimo em sede recursal, ante a aplicabilidade imediata da regra contida no art. 4º, §10-A da Lei 12.850/13, com fundamento no art. 2º do CPP, entretanto, os seus fundamentos ainda merecem atenção em razão do impacto em relação às demais hipóteses de utilização de delação premiada não submetidas ao rito especial da lei de organizações criminosas, como no caso da Lei 11.343/2006.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Carlos Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 01 dez. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº3.689 de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº9.807/99 de 13 de julho de 1999. **Lei de Proteção à Testemunha**. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm). Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Manual de Colaboração Premiada**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>. Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus nº 127.483. Ementa: Habeas corpus. Impetração contra ato de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento. Empate na votação. Prevalência da decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Inteligência do art. 102, I, i, da Constituição Federal. Mérito. Acordo de colaboração premiada. Homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). Competência do relator (art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Decisão que, no exercício de atividade de deliberação, se limita a aferir a regularidade, a voluntariedade e a legalidade do acordo. Ausência de emissão de qualquer juízo de valor sobre as declarações do colaborador. Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, os partícipes ou os coautores confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Personalidade do colaborador. Pretendida valoração como requisito de validade do acordo de colaboração. Descabimento. Votor a ser considerado no estabelecimento das cláusulas do acordo de colaboração - notadamente na escolha da sanção premial a que fará jus o colaborador -, bem como no momento da aplicação dessa sanção pelo juiz na sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13). Descumprimento de anterior acordo de colaboração. Irrelevância. Inadimplemento que se restringiu ao negócio jurídico pretérito, sem o condão de contaminar, a priori, futuros acordos de mesma natureza. Confisco. Disposição, no acordo de colaboração, sobre os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação. Admissibilidade. Interpretação do art. 26.1 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), e do art. 37.2 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida). Sanção premial. Direito subjetivo do colaborador caso sua colaboração seja efetiva e produza os resultados almejados. Incidência dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Precedente. Habeas corpus do qual se conhece. Ordem denegada. Relator: Min. Dias Toffoli., 27/08/2015. Brasília, DF: STF, 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 19 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Quinta Turma). **Acórdão de Habeas Corpus** nº 166.373. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF: STF, 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/09/voto-Alexandre-de-Moraes-julgamento-condenacoes-Lava-Jato.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Quinta Turma). **Acórdão de Habeas Corpus** nº 166.373. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF: STF, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC166373votoDT.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Acórdão de Habeas Corpus** nº 174.988. Relator: Édson Fachin. Brasília, DF: STF, 2019 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341793524&ext=.pdf> Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Quinta Turma). **Acórdão de Habeas Corpus** nº 166.373. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF: STF, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-gilmar-ordem-alegacoes-finais.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Acórdão de Apelação** nº5021365-32.2017.4.04.7000/PR. Ementa: “OPERAÇÃO LAVA-JATO”. PENAL.PROCESSUAL.PENAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. MANIFESTAÇÃO DO COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. DESNECESSIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. PREJUDICIALIDADE. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. 13ª VARA FEDERAL DE CURITIBA.ALEGAÇÕES DE SUSPEÇÃO REJEITADAS. AFASTADAS AS ALEGAÇÕES DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA E POR CURTO PRAZO DE TEMPO PARA PROLAÇÃO CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA ACUSATÓRIO E DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. HIGIDEZ DA SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO. CUMPRIMENTO AO ARTIGO 93. IX. DA CF/88. JUGAMENTO COM FINALIDADE POLÍTICA NÃO DEMONSTRAÇÃO. QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO. INEXISTENCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INVALIDADE COMO PROVA EMPRESTADA. INAPTIDÃO PARA COMPROVAÇÃO CABAL DA TESE DEFENSIVA. PRELIMINARES PROJETADAS. MÉRITO. STANDARD PROBATÓRIO. DEPOIMENTOS DE CORRÉUS. PROPRIEDADE MATERIAL DO IMÓVEL OBJETO DAS BENFEITORIAS. IRRELEVÂNCIA. LITISPENDÊNCIA. MODIFICAÇÃO DO FUNDAMENTO DA ABSOLVIÇÃO. DESCABIMENTO. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. ATO DE OFÍCIO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. AGENTE POLÍTICO. CAPACIDADE DE INDICAR OU MANTER DERVIDORES PÚBLICOS EM CARGOS DE ALTOS NÍVEIS NA ESTRUTURA DO PODER EXECUTIVO. CONJUNTO DE CONTRATOS EM RELAÇÃO A CADA GRUPO EMPRESARIAL. CRIME ÚNICO. CRIME DE TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. DESCABIMENTO. LAVAGEM DE DINHEIRO. DOSIMETRIA DA PENA REPARAÇÃO DO DANO.Relator: Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. 24/11/2019. Brasília, DF: TRF-4, 2019. Disponível em: [https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtPalavraGerada=JgSV&hdNRefId=c4cb4337e634a96ae7450751f649e9e0&selForma=NU&txtValor=50213653220174047000&chkMostrarBaixados=1&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=JgSV&hdNRefId=c4cb4337e634a96ae7450751f649e9e0&selForma=NU&txtValor=50213653220174047000&chkMostrarBaixados=1&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras). Acesso em: 05 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 954**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo954.htm>. Acesso em: 25 jan. 2020.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

**Declaração Universal Dos Direitos Humanos** (1948). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2020.

CRUZ, Clenderson Rodrigues da. **A ampla defesa em juízo no direito processual democrático: estudos críticos a partir da teoria neoinstitucionalista do processo**. 2015. 154 f. Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_CruzCR\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CruzCR_1.pdf). Acesso em: 07 jan. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MACEDO, Fausto. Leia toda a delação de Palocci. **O Estadão**. São Paulo, p. 1-1. 04 out. 2019. Disponível em: Pepita Ortega, Luiz Vassallo, Fausto Macedo e Paulo Roberto Netto. Acesso em: 18 mar. 2020.

MAGNA CARTA de 1215. Disponível em: <[http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna\\_carta.pdf](http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf)>. Acesso em: 21 fev. 20

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: <[http://www.refugiados.net/cid\\_virtual\\_bkup/asilo2/2pidcp.html](http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html)>. Acesso em: 14 fev. 2020.

PAULA, Leonardo Costa de. **As Nulidades no Processo Penal: Sua Compreensão por meio da Afirmação do Direito como Controle ao Poder de Punir**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2015

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2016.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

# CAPÍTULO 4

## CRISE DEMOCRÁTICA E PANDEMIA: NOVOS RUMOS PARA O CONSTITUCIONALISMO EM TERRAS DEPENDENTES

*Data de aceite: 25/03/2021*

*Data de submissão: 05/01/2021*

**Elaine Maria Silveira Ritossa**

<http://lattes.cnpq.br/0423150231106877>

Franca – SP

**RESUMO:** Este trabalho empreende apresentar um debate acerca da crise democrática que assola o Brasil, trazendo graves prejuízos à população e seus direitos constitucionais, especialmente em tempos de pandemia. Para tanto, servimo-nos das contribuições do estruturalismo latino-americano, engendrado na Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal), da teoria marxista da dependência e dos apontamentos realizados pela teoria decolonial. Estabelece-se aqui, portanto, um diálogo entre a subalternização econômica e política do Brasil e da América Latina, reiterada pelos processos de colonialidade, e o Direito Constitucional, local privilegiado de proteção dos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crise democrática. Direito Constitucional. Pandemia. Dependência.

### DEMOCRATIC CRISIS AND PANDEMIC: NEW ROUTES TO CONSTITUTIONALISM IN DEPENDENT LANDS

**ABSTRACT:** This article seeks to present a debate about the democratic crisis that is plaguing Brazil, causing serious damage to the population

and their constitutional rights, especially in times of pandemic. To this end, we use the contributions of Latin American structuralism, engendered in the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), the marxist theory of dependence and the contributions made by the decolonial theory. Therefore, a dialogue is established between the economic and political subordination of Brazil and Latin America, reiterated by the processes of coloniality, and Constitutional Law, a privileged place for the protection of fundamental rights.

**KEYWORDS:** Democratic crisis. Constitutional Law. Pandemic. Dependency.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende buscar um instrumental teórico-metodológico adequado para pensar as raízes da crise democrática que está em curso no Brasil, bem como fazer um apontamento acerca de que forma o Direito Constitucional pode contribuir para saídas desse nefasto cenário, especialmente considerando a atual pandemia de COVID-19.

O debate sobre democracia, direitos fundamentais e políticas sociais está relacionado a todo um contexto histórico. Consequentemente, foi afetado diretamente pelo processo de mundialização do capital.

Nesse sentido, o artigo tem por objetivo principal demonstrar a importância do estruturalismo latino-americano, da teoria

marxista da dependência e do pensamento decolonial para se fazer uma análise adequada da condição do Brasil enquanto periferia dentro do sistema capitalista neoliberal, em um contexto marcado pela colonialidade, valendo-se para tal da abordagem metodológica qualitativa, exploratória e dedutiva.

Para tanto, primeiramente se explica os entraves colocados pelo processo de mundialização do capital, o próprio sistema capitalista e sua lógica de funcionamento através da dualidade centro-periferia. Depois, aborda-se a questão da inexperiência democrática brasileira e o conceito de colonialidade e como a dominação europeia e, posteriormente, ocidental na América Latina perdura até os dias de hoje, de formas diferentes, bem como quais os pensamentos contra-hegemônicos mostram-se relevantes para esse debate, principalmente a partir da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal).

## **AS AMARRAS DO CAPITAL**

É crescente o debate nas ciências jurídicas e sociais, bem como no âmbito político e na mídia, de que a democracia representativa brasileira se encontra em crise devido à descrença, por grande parte da população, nas instituições, nos partidos políticos e na própria democracia em si. Somam-se a isso fatores como a corrupção, o aprofundamento das desigualdades sociais e a precarização dos serviços públicos, que, em cenários como o da pandemia de COVID-19, se agravam, intensificando esse cenário.

Não se nega aqui que tenham havido melhorias na engenharia institucional, na tentativa de se construir uma maior e mais efetiva participação política. Contudo, essa participação política tem sido apenas formal, não material, uma vez que há carência de cidadania verdadeiramente ativa em nossa sociedade. Nesse sentido, a tentativa de superação dessas questões perpassa uma análise crítica que exige a retomada histórica da formação política e econômica do Brasil.

Assim, embora formalmente subsista no Brasil um Estado Democrático de Direito, existem diversos fatores que intervêm materialmente no processo político. O marco no qual se funda nossa recente democracia é profundamente influenciado pelo processo de mundialização do capital, uma ideologia hegemônica ocidental subalternizante. Isso implica em uma limitação intrínseca do exercício pleno da democracia no plano material, haja vista dois pontos-chave: primeiro, as barreiras estruturais impostas pelo sistema capitalista, que opera na lógica centro-periferia, e segundo, se é possível dizer que existe uma cultura democrática popular no Brasil, tendo em vista nossa herança do modelo colonial, manifestada pela colonialidade. Os dois pontos estão interligados.

Inicialmente, em relação ao primeiro ponto colocado em questão, é importante esclarecer o que se entende aqui como o processo de mundialização do capital neoliberal. Ele pode ser definido como uma reestruturação do capitalismo em novas bases econômicas, a fim de recuperar as taxas de acumulação das décadas anteriores, uma vez que, no início

da década de 70, o sistema capitalista passa a apresentar sinais de saturação, evidenciada por uma profunda crise de superprodução (BRENNER, 1999), sendo também marcada pela produção destrutiva (MÉSZÁROS, 2003).

Há, contudo, considerável evidência de que a expansão das políticas e dos programas neoliberais por todo o mundo tenha sido altamente desigual (HARVEY, 2006). Nos países periféricos, a agenda neoliberal, que tinha como pressuposto o Estado mínimo, visava implementar, através de um programa de governo bem determinado, privatizações, aberturas de mercados, flexibilização das relações/legislações trabalhistas e focalização dos gastos sociais (DRAIBE, 1993). Como consequência, ocasionou a desterritorialização e a subalternização de grande parte da população, que viu sua cidadania mutilada (SANTOS, 1993).

No Brasil, a agenda neoliberal foi fortemente implementada pelos governos dos presidentes Fernando Collor de Mello (1990-1992) e Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), através do escancaramento do mercado nacional ao capital transnacional, de um intenso movimento de privatizações, do aumento da circulação financeira e também pela estabilização monetária, pelo Plano Real. Essas foram algumas das medidas adotadas com o fim de inserir o país no novo contexto da ordem mundial do capital financeiro.

Essas medidas fizeram parte de uma tática neoliberal que ficou conhecida como Consenso de Washington, e que, sob o discurso da modernização, apenas reforçaram a condição de periferia dos países periféricos. Em 1989, reuniram-se representantes do Fundo Monetário Internacional, do Banco Interamericano de Desenvolvimento, do Banco Mundial, bem como economistas latino-americanos e funcionários do governo dos Estados Unidos, com o objetivo de fazer uma avaliação das reformas econômicas implementadas na América Latina.

Com essa avaliação, chegou-se à conclusão de que, no curto prazo, as reformas deveriam combater o populismo econômico e buscar a estabilização e o equilíbrio fiscal, e, no médio prazo, a estratégia adotada deveria ser baseada na redução do tamanho do Estado, na liberalização do comércio internacional e na promoção das exportações. Essas recomendações se tornaram um tipo de “manual” da política neoliberal.

Assim, é recorrente o argumento de que tenha sido articulado um movimento internacional de aplicação desse ideário, principalmente pelas recomendações do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional, haja vista a aplicação simultânea de projetos muito parecidos em vários países da América Latina (BROOKS, 2003), que persistem até os dias atuais, dadas as devidas particularidades.

Foi nesse cenário que foi pensada e promulgada a Constituição Federal brasileira, em 1988, que instituiu o Estado Democrático de Direito, e ganha força a discussão sobre direitos sociais, uma vez que a sua redação, prevê um rol de direitos nunca antes previstos em uma constituição nacional. Ela ganha, inclusive, a denominação de Constituição Cidadã.

Contudo, nota-se que não há de fato a efetivação de todos estes direitos de forma

ampla na vida do povo. Diferentemente do que ocorreu nos países do Norte do mundo, onde os indicadores mostram uma redução nos níveis de desigualdades sociais nas últimas décadas, nos países ditos em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, as condições materiais das massas continuam precárias (PIERÓ, 2006), vide o agravamento dos contrastes sociais, o sucateamento do sistema público educação, do SUS, entre outros.

Isto porque desenvolvimento econômico não significa desenvolvimento social (SEN, 1994). Nesse sentido, o debate a respeito da superação do subdesenvolvimento não pode se desvincular da inteligência que parte da premissa que o sistema gera e reitera desigualdades sistematicamente. Isto porque, de um lado, no âmbito internacional, temos a superexploração da mão de obra nacional por empresas transnacionais, devido à grande quantidade de mão de obra barata ocasionada por altas taxas de desemprego, e o escoamento de capital excedente (lucro) para os países centrais, com baixos níveis de acumulação; e de outro, no âmbito doméstico, uma alta concentração de renda, propriedade e poder nas seletas elites, que se encapsulam no poder e, através de alianças com o capital transnacional, dão continuidade à dominação imperialista externa (FERNANDES, 1975).

Dessa forma, a continuidade da condição de periferia dependente do Brasil é assegurada por agentes internos e externos, criando um verdadeiro descompasso entre o aparato normativo e a efetivação dos direitos fundamentais nele contidos.

## **INEXPERIÊNCIA DEMOCRÁTICA E COLONIALIDADE**

Em relação ao segundo ponto destacado, ao analisarmos a história do Brasil, podemos perceber o que Paulo Freire (1967) chama de “inexperiência democrática”. Devido às condições estruturais da nossa colonização, que pode ser caracterizada como uma empreitada comercial, o Brasil se desenvolveu em um ambiente desfavorável à criação de qualquer mentalidade coletiva de participação ativa na sociedade.

A hierarquização autoritária existente na dinâmica metrópole-colônia, e que transcendia as relações políticas e comerciais, adentrando as relações humanas, fez com que a grande massa não tivesse uma vivência política, criando uma verdadeira cultura acrítica de mutismo e não-participação no que tange à resolução dos mais variados problemas sociais. Nesse sentido, explica Paulo Freire:

Nas grandes propriedades separadas umas das outras, pelas próprias disposições legais, por léguas, não havia mesmo outra maneira de vida, que não fosse a de se fazerem os “moradores” desses domínios, “protegidos” dos senhores. Tinham de se fazerem protegidos por eles [...]. Aí se encontram, realmente, as primeiras condições culturais em que nasceu e se desenvolveu no homem brasileiro o gosto, a um tempo de mandonismo e de dependência, de “protecionismo”, que sempre floresce entre nós em plena fase de transição. Naquelas condições referidas se encontram as raízes das nossas tão comuns soluções paternalistas. Lá, também, o “mutismo” brasileiro. As sociedades a que se nega o diálogo — comunicação — e, em seu lugar,



se lhes oferecem “comunicados”, resultantes de compulsão ou “doação”, se fazem preponderantemente “mudas”. O mutismo não é propriamente inexistência de resposta. É resposta a que falta teor marcadamente crítico. (1967, p. 69)

Ainda, após a independência, o homem comum sempre foi excluído do exercício do governo, que ficou restrito a uma elite agrária privilegiada, especialmente devido à manutenção da escravidão, e, posteriormente, juntou-se a ela a força da elite burguesa, enriquecida pelo comércio que se formou nos centros urbanos, sempre importando padrões europeizados de cultura, conhecimento e Estado.

Conseqüentemente, na nossa história sempre houveram barreiras para que se desenvolvesse a responsabilidade social e política no povo, pois ela exige uma certa “consciência transitiva, que não se desenvolve nas condições oferecidas pelo grande domínio” (1967, p. 70).

Assim, pensar a democracia no Brasil só é possível de se fazer de forma adequada quando se tem em vista sua formação histórica, política, econômica, social e cultural, a partir de um viés que se contraponha às visões que universalizam os modelos de desenvolvimento e tampouco se atentam às particularidades dos territórios.

Percebe-se que há não só no Brasil, mas na América Latina como um todo, uma tendência de absorver o conhecimento europeu e norte-americano de forma acrítica (IBARRA-COLADO, 2008), seja no que diz respeito ao modelo de desenvolvimento, ao modelo de Estado ou ao modelo de economia, em um claro processo de colonialidade.

Por colonialidade aqui se entende o conceito cunhado por Aníbal Quijano (1997), ou seja, um sistema de dominação colonial que “transcende as particularidades do colonialismo histórico e que não desaparece com a independência ou descolonização” (PINTO e MIGNOLO, 2015). A colonialidade, apesar de ser desdobramento do colonialismo, assume uma nova dinâmica de dominação. Porém, importante fazer a sua diferenciação:

Segundo Aníbal Quijano (2000; 2005), o colonialismo denota a relação de um povo que está sob o poder político e econômico de outra nação. Tal termo tem seu entendimento limitado ao período específico da colonização histórica, desaparecendo com a independência, ou com a descolonização. Por outro lado, a colonialidade se refere ao vínculo entre o passado e o presente, no qual emerge um padrão de poder. (STREVA, 2016, p.21).

Assim, questões basilares para a constituição da nossa sociedade foram pensadas unicamente a partir de uma visão do Norte (individualista, racionalista, moderna, antropocêntrica, iluminista, universalista, burguesa, capitalista), que começou a se propagar pelas grandes navegações e colonizações europeias no final do século XV, disfarçadas por “nobres” ideais supostamente universais.

O ponto necessário de se entender aqui é que a formação da modernidade ocidental, na qual se pauta a maior parte do conhecimento produzido, e que originou nosso modelo de Estado e sociedade, é marcada pela supressão de diversas formas de conhecimento

próprias dos povos colonizados (SANTOS, 2010), e acaba por ocasionar uma normatização racional baseada numa falsa presunção de universalidade e neutralidade.

Portanto, a própria conceituação de termos como cultura, civilização, modernidade e racionalidade pelos europeus (PINTO e MIGNOLO, 2015) não pode ser considerada uma verdade universal, tampouco uma realidade objetiva, pois esses conceitos não carregam um sentido ontológico em si, mas partem de um ponto de vista carregado de parcialidade: são parte de uma narrativa apresentada por determinados atores com objetivos muito claros e específicos de dominação.

Através desse discurso, a dominação europeia foi imposta em escala global, e desde então, o eurocentrismo colonial colocou seu equipamento epistêmico em pleno funcionamento, impondo o conhecimento produzido a partir da realidade europeia e sobrepondo-se às práticas e conhecimentos dos locais colonizados, subalternizando estes em uma verdadeira colonialidade epistêmica (IBARRA-COLADO, 2006; MIGNOLO, 2011).

Isso ocasionou que, com o término da colonização nas primeiras décadas do século XIX, se perpetuasse a dominação externa pela colonialidade. Nesse período, enquanto estavam em curso importantes momentos históricos liderados pela emergente burguesia do Norte, como a independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, que moldaram os ideais de nação e cidadania nos debates políticos da época (e até os dias de hoje), bem como trouxeram os direitos humanos de primeira geração (direitos civis), na América Latina eram considerados cidadãos apenas os homens brancos e da elite. Ou seja, para o índio, o negro e o mestiço não havia espaço para que fossem considerados cidadãos (LISBOA, 2014).

Foi nesse período, durante o século XIX e início do século XX, que os Estados Unidos chegaram ao patamar de potência mundial. Esse progresso da nação norte-americana se dá no mesmo momento em que ocorre uma cisão religiosa na Europa, em que o norte protestante e anglo-saxão se sobrepõe ao sul católico e ibérico. Tal divisão transporta-se para as Américas, onde os Estados Unidos, em identidade com a Grã-Bretanha anglo-saxã, tornam-se os novos perifерizadores da América Latina.

Assim, a periferização da América Latina se renova com outras justificativas, tanto por forças internas como externas, mantendo-a sempre em um lugar de exclusão e subalternidade, sendo a sua função a de exportação de matéria-prima e a importação de conhecimento.

Após a Segunda Guerra Mundial, a modernidade, liderada pelas potências hegemônicas, não pode mais ser entendida como eurocêntrica, mas sim ocidental, sendo o ideário de desenvolvimento civilizacional o novo paradigma demarcatório: “o conceito de desenvolvimento, como um cavalo de Tróia, nasce com a marca civilizatória do ocidente capitalista industrial para enfrentar a novidade da emergência política do terceiro mundo” (LISBOA, 1996, p. 14).

A problemática advinda dessa nova fase é a (não nova) ausência de uma visão global

que leve em consideração a dinâmica centro-periferia, bem como a formação (em suas dimensões históricas, políticas, culturais, sociais e econômicas) de cada país dentro do sistema global. Assim, fica evidente que a colonialidade, desde a independência dos países da América Latina, vem sendo apenas renovada de maneiras e por nações diferentes.

Nesse sentido, as contribuições feitas pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal) na década de 50, através do estruturalismo latino americano, e, em sequência, pela Teoria Marxista da Dependência, promoveram um importante debate a respeito do quadro de subdesenvolvimento que, insistentemente, parecia se aprofundar na região ao longo das décadas. As coordenadas teórico-metodológicas apontadas por estas correntes de pensamento indicaram novos caminhos para pensar a América Latina. Isto é, as teorias universalizantes, que desprezavam as particularidades da formação política e econômica latina, e que geram prescrições genéricas para o caso específico do seu subdesenvolvimento, foram questionadas por aqueles que se propunham a pensar o subdesenvolvimento não como uma etapa para o desenvolvimento, mas como uma condição *sine qua non* de um passado colonial.

O diálogo que se estabelece entre o estruturalismo latino-americano, a teoria marxista da dependência e o conceito de colonialidade, portanto, está justamente na crítica ao universalismo proposto pelo receituário liberal e, em última análise, na posição antagonista àquele que generaliza, de forma interessada, a história latino-americana. As teorias que se propõem genéricas acabam por gerar mais desigualdade, pois não pensam adequadamente a realidade e as demandas locais, bem como impossibilitam que sejam pensadas saídas autônomas e soberanas, no âmbito epistemológico e material.

A teoria da dependência antagoniza com as teorias liberais do Norte da mesma época. Nomeando as regiões como centro e periferia, a crítica acerca da dependência reformulou-a como uma categoria de análise da própria realidade, tanto *da* como *a partir* da região, levando em consideração as disparidades nas relações entre essas regiões (PREBISCH, 1949), bem como reconhecendo a interdependência entre desenvolvimento e subdesenvolvimento e a conseqüente negação de que representariam diferentes etapas, sendo assim um mesmo fenômeno (FURTADO, 1961).

Neste marco, no que tange à reflexão crítica acerca das bases epistemológicas da produção do conhecimento, a teoria decolonial disponibilizou um grande e rico instrumental para pensar como o colonialismo, e, por conseguinte, a colonialidade, impedem a produção e a propagação do conhecimento emancipatório na América Latina.

Há, portanto, uma necessidade de superação dessa imposição, pois ela carrega uma série de opressões, desigualdades e inverdades. Rosevics (2014) traz que “a superação completa do modelo epistemológico eurocentrado não se processará de maneira imediata, especialmente na América Latina, onde ele tão profundamente está arraigado”. Assim, o pensamento decolonial é um campo de reflexão que vai na contramão da epistemologia eurocêntrica (teórica, política, social, antropológica, dentre outras), repassada como

verdade concreta e universal.

Colocamos aqui a urgente questão de se repensar nossos moldes constitucionais, uma vez que, nas palavras de Freire, “importamos a estrutura do estado nacional democrático, sem nenhuma prévia consideração ao nosso contexto, posição típica ou atitude normal de alienação cultural” (1967, p. 79).

## CONCLUSÃO

A problemática é compreender em que medida o Direito Constitucional, *locus* privilegiado de proteção dos direitos e garantias fundamentais, pode contribuir para a superação de todo esse cenário colocado, marcado pela influência dos interesses econômicos em detrimento da tutela de valores fundamentais.

O Direito Constitucional possui um papel de destaque quando se fala em pensar possíveis caminhos para a democracia no Brasil, tendo em vista sua íntima relação com a mesma. Porém, há na nossa Teoria Constitucional o que David Gomes chama de “déficit sociológico”, ou seja, uma certa falta da devida atenção à dimensão sistêmica das sociedades (2019, p. 2)

Por isso, faz-se necessário voltar os olhares para o contexto social, especialmente aos interesses que moldaram historicamente (e ainda moldam) nossa sociedade. Nesse sentido, uma aproximação interdisciplinar da Teoria Constitucional e de contribuições feitas pela Teoria Marxista da Dependência e pelo campo do pensamento decolonial se mostram urgentes e extremamente necessárias.

Isto porque, conforme explicado anteriormente, para que capitalismo e democracia sejam compatíveis nos países centrais, é imprescindível que haja a sua não compatibilização nos países periféricos. Portanto, conclui-se que capitalismo e democracia, se forem pensados para funcionar de forma mundial e plena, não são compatíveis.

Toda essa problemática fica ainda mais urgente quando inserida no contexto da crise pandêmica de COVID-19, uma vez que evidencia o conflito entre os princípios democrático-constitucionais e o papel que o Estado assume de subserviência ao mercado. Viu-se de maneira acelerada o desmantelamento de direitos fundamentais em prol de interesses estruturais do sistema capitalista, por serem estes necessários à sua manutenção.

Porém, ressalta-se aqui que a crise não é de COVID-19. A crise é o próprio modo de produção capitalista: “o flagelo do desemprego, as habitações precárias para suportar quarentenas, as contaminações em transportes públicos lotados e a fragilidade do sistema de saúde são, exata e necessariamente, condições históricas de um modo de produção específico, o capitalismo” (MASCARO, 2020, p. 6).

## REFERÊNCIAS

BRENNER, Robert. A economia da la turbulencia global. Madrid: Akal Editora. 2009.

- BROOKS, S. Proteção social e integração econômica - a política da reforma previdenciária na era da mobilidade do capital. In: COELHO, V. S. (org.). A reforma da previdência social na América Latina. Rio de Janeiro: Ed. FGV. 2003.
- DRAIBE, Sônia. Miriam. As políticas sociais e o neoliberalismo: Reflexões suscitadas pelas experiências latino-americanas. Revista da USP, São Paulo, nº 17, 1993.
- FEINBERG, Richard. Comment. In: WILLIAMSON, John (org.). Latin American adjustment. Washington: Institute of International Economics, 1990.
- FERNANDES, Florestan. A revolução burguesa no Brasil. RJ: Zahar, 1975.
- FREIRE, Paulo. Educação como prática da liberdade. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra. 1967.
- FURTADO, Celso. Desenvolvimento e subdesenvolvimento. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura. 1961.
- GOMES, David F. L. Constitucionalismo e dependência: em direção a uma Teoria da Constituição como Teoria da Sociedade. São Paulo, IV Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, 2019.
- HARVEY, David. Spaces of Global Capitalism: toward a theory of uneven geographical development, New York: Verso. 2006.
- IBARRA-COLADO, Eduardo. Organization studies and epistemic coloniality in Latin America. V. 13, n. 4, p. 489-508. 2006.
- LISBOA, Armando de Melo. De América a Abya Yala: Semiótica da descolonização. R. Educ. Públ. [online], vol.23, n.53, supl.02, p. 501-531. 2014.
- \_\_\_\_\_. Desenvolvimento: uma ideia de subdesenvolvimento. Revista Plural, n. 7, v. 5, p. 71-78, jan./jun. 1996.
- MASCARO, Alysso Leandro. Crise e Pandemia. São Paulo: Boitempo, 1. ed., 2020 (recurso digital).
- MÉSZÁROS, István. Para além do capital. Editora Boitempo. São Paulo. 2003.
- MIGNOLO, W. The darker side of Western modernity: global futures, decolonial options. Duke University Press. 2011.
- PIERÓ, G. P. "Desigualdad y pobreza: América latina y Europa desde 1950". Revista Política y Cultura. México, nº20, Otoño 2006.
- PINTO, Roberto de Souza; MIGNOLO, Walter D. A modernidade é de fato universal? Reemergência, desocidentalização e opção decolonial. Porto Alegre: Civitas, v. 15, n. 3, p. 381-402. 2015.
- PREBISCH, R. El desarrollo económico de la América Latina y sus principales problemas: E/CN.12/89. Santiago: [s.n]. 1949.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del Poder, Cultura y Conocimiento en América Latina. In: Anuário Mariateguiano. Lima: Amatua, v. 9, n. 9. 1997.

ROSEVICS, Larissa. Diálogos internacionais. Do pós-colonial à decolonialidade: reflexões críticas do mundo contemporâneo. p. 187-191, 2014. pdf. Disponível em <<http://www.dialogosinternacionais.com.br/2014/11/do-pos-colonial-decolonialidade.html>>.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Milton. O espaço do cidadão. 2. ed. São Paulo: Nobel, 1993.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade. São Paulo, Companhia das Letras, 2010.

STREVA, Juliana Moreira. Colonialidade do ser e Corporalidade: O racismo brasileiro por uma lente descolonial. Revista Antropolítica, n. 40, Niterói, p.20-53, 1, pdf. 2016.

# CAPÍTULO 5

## O FEDERALISMO BRASILEIRO E O COVID-19: UM NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL NA GESTÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS?

*Data de aceite: 25/03/2021*

### **Caroline Lobato**

Professora e pesquisadora da Universidade Católica de Pernambuco. Presidente da Comissão de Direito Administrativo da OAB-PE. Membro do GEDA – Grupo de Estudos e Direito Administrativo (UNICAP)  
Recife – Pernambuco  
<http://lattes.cnpq.br/1731631308720408>

**RESUMO:** A pandemia provocada pelo COVID-19, intitulado de Novo Coronavírus, representa desafios e riscos para todos os atores sociais envolvidos nesse contexto, especialmente, aqueles que trabalham na gestão dos serviços públicos disponibilizados à população e que não podem ser paralisados, face às medidas profiláticas de afastamento social. Gestores são forçados a conduzir a manutenção dos serviços públicos essenciais e adotar ações de saúde pública, que estão sendo criadas e adotadas para evitar adoecimento, o colapso dos sistemas de saúde e o quantitativo de óbitos decorrentes de complicações da doença, lançando mão das prerrogativas públicas impopulares e de seus escassos recursos públicos. O objetivo é levantar os principais problemas decorrentes da adoção da forma federalista de Estado, pela Constituição brasileira, diante da competência matéria na gestão de serviços públicos como um todo, não apenas de saúde, relacionados e evidenciados pelo contexto socioeconômico da pandemia. O caráter de essencialidade dos serviços impede que o Poder Público despreze a

sua cobertura universal e integral, contudo, surge a necessidade da delimitação de um federalismo cooperativo com mais planejamento na aplicação de orçamentos limitados. Para tanto, a pesquisa conta com levantamento bibliográfico de dados relativos à gestão de serviços públicos considerados essenciais, da legislação aplicável, bem como de apontamentos doutrinários e dos mais recentes julgados pelo STF, sobre a matéria, que resultará na adoção do método hipotético-dedutivo de análise jurídica dos instrumentos de gestão pública de serviços públicos tanto para o controle do avanço da COVID-19, no Brasil; quanto em relação às práticas legais de gestão, que deverão permanecer mesmo após o saneamento da crise provocada pela pandemia.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Pandemia COVID-19. 2. Federalismo. 3. Serviços Públicos.

### **BRAZILIAN FEDERALISM AND COVID-19: A NEW CONSTITUTIONAL PARADIGM IN THE MANAGEMENT OF PUBLIC SERVICES?**

**ABSTRACT:** The pandemic caused by COVID-19, entitled Novo Coronavirus, represents challenges and risks for all social actors involved in this context, especially those who work in the management of public services made available to the population and who cannot be paralyzed, given the prophylactic measures of social removal. Managers are forced to conduct the maintenance of essential public services and adopt public health actions, which are being created and adopted to avoid illness, the collapse of health systems and the number of deaths

resulting from complications of the disease, using unpopular public prerogatives and their scarce public resources. The objective is to raise the main problems arising from the adoption of the federalist form of State, by the Brazilian Constitution, in view of the competence of the matter in the management of public services as a whole, not only health, related and evidenced by the socioeconomic context of the pandemic. The essentiality of the services prevents the government from disregarding its universal and integral coverage, however, the need arises for the delimitation of a cooperative federalism with more planning in the application of limited budgets. To this end, the research has a bibliographic survey of data related to the management of public services considered essential, the applicable legislation, as well as doctrinal notes and the most recent ones judged by the Supreme Court, on the matter, which will result in the adoption of the hypothetical-deductive method of legal analysis of public service public management instruments both for the control of the advance of COVID-19, in Brazil; regarding legal management practices, which should remain even after the sanitation of the crisis caused by the pandemic.

**KEYWORDS:** 1.Pandemic COVID-19. 2. Federalism. 3.Public Services.

## 1 | INTRODUÇÃO

Apesar da evolução histórica da humanidade, como um todo, tendo sobrevivido às duas grandes guerras mundiais, graves crises econômicas e de saúde pública, provocadas por grandes epidemias, o cenário atual não encontra precedentes semelhantes que possam servir de diretriz de superação da crise mundial provocada pela pandemia pelo avanço do vírus COVID-19, deflagrada no início de 2020<sup>1</sup>.

A gravidade dos efeitos da pandemia gerou a necessidade da adoção de uma série de medidas de contenção<sup>2</sup>, que representaram queda drástica na arrecadação pública, a paralização de grande parte das atividades públicas e privadas e a necessidade de remanejamento de verbas públicas para financiamento soa serviços públicos imprescindíveis para superação da mais grave crise do século em curso<sup>3</sup>.

1 A Pandemia pelo COVID-19 foi anunciada pela Organização Mundial de Saúde, 11 de março de 2020, com o reconhecimento da incidência de casos comprovados, em 81 países de todo o mundo, da síndrome gripal aguda, altamente contagiosa, sem que haja conhecimento acerca da ação maléfica do vírus em seres humanos, do seu real potencial letal, nem de tratamento clínico ou vacina, até hoje. A proliferação da doença teve início na China, tendo como origem provável consumo humano de morcegos contaminados pelo vírus, que tem índice de contágio assustador e tem como repercussão gravosa o comprometimento pulmonar e necessidade do uso pelos infectados de respiradores artificiais, em Unidades de Terapia Intensiva – UTIs, por muitos dias, gerando colapso dos sistemas de saúde pública e privada de países com melhor desenvolvimento econômico, inclusive.

2 Medidas excepcionais vem sendo adotadas, inclusive, pelo Conselho de Estado Francês, que permitiu afastamento de garantias constitucionais, de forma excepcional, durante o período de pandemia: “La Constitution n’est pas suspendue, mais on peut y déroger en raison des circonstances liées à la crise du Covid-19. C’est le raisonnement totalement inédit que le Conseil a tenu dans sa décision rendue jeudi 26 mars sur la loi organique du 23 mars, votée avec la loi sur l’état d’urgence sanitaire. Cette loi organique est constituée d’un article unique. Elle suspend jusqu’au 30 juin le délai dans lequel le Conseil d’Etat ou la Cour de cassation doit se prononcer sur le renvoi d’une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel et celui dans lequel ce dernier doit statuer sur une telle question.” Disponível em: [https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/03/28/coronavirus-l-etat-d-urgencesanitaire-ouvre-des-breches-dans-l-etat-de-droit\\_](https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/03/28/coronavirus-l-etat-d-urgencesanitaire-ouvre-des-breches-dans-l-etat-de-droit_) Acesso em: 21.05.2020.

3 A Emenda Constitucional nº 106, de 07 de maio de 2020, conhecida como a Emenda do “Orçamento de Guerra”, instituiu um regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações, para enfrentamento do estado de calamidade



A situação caracteriza-se como algo inédito e de efeitos imprevisíveis, o que demanda soluções também inovadoras na necessidade de flexibilizar rígidas normas jurídicas, inclusive, permitindo a continuidade da prestação de serviços públicos à comunidade.

No Brasil, foi criado um plano de contingência, baseado no que dispõe a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Entretanto, a pandemia provocada pelo Novo Coronavírus provoca ataque sistêmico no sistema de serviços públicos de toda ordem, provocando crises sistemáticas nas áreas de saúde, economia, infraestrutura, educação, etc. Nenhuma norma jurídica de crise seria precisa o suficiente para prover o gestor público das armas necessárias para atacar as diversas situações imprevisíveis com a qual veem se deparando.

Acresce a problemática, ainda, a negativa dos efeitos da pandemia pela presidência e fato de não existir tratamento uniforme e nem plano de ação centralizado pelo Governo Federal, através de diretrizes emitidas de forma coerente com as recomendações dos organismos internacionais de saúde pública e vigilância sanitária<sup>4</sup>. Dessa forma, os Estados e Municípios, de forma descoordenada, passaram a atuar diretamente no enfrentamento e combate ao COVID-19, com a adoção de ações preconizadas na referida lei, através da efetiva prestação de serviços públicos..

## **2 | A PANDEMIA PELO COVID-19 E OS PROBLEMAS RELACIONADOS À GESTÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

O maior desafio de autoridades públicas consiste em coadunar a preservação da vida e da saúde através das recomendações sanitárias de afastamento, isolamento e quarentena da população, com a manutenção da ordem pública, da continuidade de atividades econômicas e sociais de caráter essencial. Ao tempo que sob o manto da constitucionalidade e legalidade, todos os direitos a serem preservados assumem fundamental e igual importância na ordem jurídica.

Não basta, porém, a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana reclama condições mínimas de subsistência, existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica. É de lembrar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem na inanição, a ponto de milhares delas morrerem em tenra idade. Não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura;

---

pública nacional decorrente de pandemia do COVID-19. A emenda permite que o Governo possa gerir contas públicas com regras fiscais e administrativas menos burocráticas e, também, possibilita a separação do Orçamento destinado ao combate à pandemia a do Orçamento Geral da União. As medidas trazidas pela Emenda só podem ser aplicadas durante o período de pandemia em curso e prevê, dentre outras medidas, que o Poder Executivo Federal poderá adotar processos simplificados de contratação de pessoal, em caráter temporário e emergencial, e de obras, serviços e compras que assegurem, se possível, competição e igualdade de condições a todos os concorrentes.

4 OMS – Organização Mundial de Saúde.

a liberdade humana com frequência se debilita quando o homem cai em extrema necessidade, pois a igualdade e dignidade da pessoa exigem que se chegue a uma situação social mais humana e mais justa. Resulta escandaloso o fato de das sucessivas desigualdades econômicas e sociais que se dão entre os membros ou os povos de uma mesma família humana. Contrárias à justiça social, à equidade, à dignidade da pessoa humana e a paz social e internacional<sup>5</sup>.

Em se tratando de direitos constitucionais de ordem social, tais como saúde, educação, alimentação, trabalho e moradia, dentre outros assegurados no artigo 6º da Constituição de 1988<sup>6</sup>, a saúde foi consagrada como direito social fundamental<sup>7</sup>, nesse sentido este artigo garante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, dentre outras coisas, para proteção e recuperação da sociedade.

Os direitos ligados ao social valem como pressupostos de realização de direitos individuais, na medida em que criam condições materiais para o gozo da igualdade material, que permite a efetividade das liberdades. Tais direitos podem assumir dupla vertente:

[...] uma, de natureza negativa, que consiste no direito de exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer ato que prejudique à saúde, outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção de doenças e ao tratamento delas<sup>8</sup>.

O avanço constitucional em matéria de direito à saúde e demais direitos sociais, sem dúvidas, se deve à universalização do acesso a todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros, aqui residentes aos serviços disponibilizados pelo Poder Público na concretização de uma existência digna, própria do Estado de bem-estar social.

Em se tratando de direito à saúde, o art. 196<sup>9</sup> da Constituição consagra que a saúde é dever do Estado como um todo, assim compreendidos a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que deverão fazer por si próprio ou através de entidades públicas ou paraestatais. A competência em matéria administrativa é comum<sup>10</sup> a todos os entes federativos também no que concerne à maior parte dos direitos sociais, previstos na Constituição.

5 SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 41.

6 Constituição de 1988: Art. 6º 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.

7 A Constituição de 1988 foi a primeira a garantir à saúde o status de direito fundamental, seguindo a tendência global: a Constituição italiana reconhece a saúde como direito individual e de interesse coletivo (art. 32); a Constituição portuguesa, no art. 64; e a Constituição espanhola, no art. 43.

8 CANOTILHO, Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3 ed., V. I, p. 342.

9 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

10 A competência comum significa que a prestação do serviço por um ente não exclui a participação dos demais, no mesmo sentido. Trata-se de poder-dever atribuído igualmente a todos os entes públicos de empreender esforços, no uso de poderes administrativos necessários, para a garantia da satisfação dos interesses públicos presentes na formulação de políticas pública e prestação dos respectivos serviços públicos à nível geral, regional ou local.

Desse ponto, surgem as maiores problemáticas na gestão de serviços públicos. A adoção do federalismo de cooperação não teve seu delineamento jurídico discriminado no texto constitucional. Desse modo, a prestação de serviços públicos comuns a mais de um ente federativo rende ensejo a um verdadeiro desgoverno de superposição e vácuo administrativo, ante a ausência de política pública bem delimitada. A pandemia do COVID-19 evidenciou o problema através da dificuldade encontrada, principalmente, na gestão do serviço público de saúde<sup>11</sup>.

É possível identificar dificuldades na gestão dos serviços públicos relacionados ao contexto de pandemia, tais como: a aquisição de insumos, como a compra de medicamentos e materiais médico-hospitalares, através de licitação ou de contratação direta; dificuldade nas contratações públicas e real dimensionamento de preços para fins de avaliação objetiva das propostas apresentadas; déficit na contratação de pessoal da área de saúde, pelo imperativo constitucional da regra do concurso público; falhas na fiscalização dos contratos firmados com particulares para fornecimento ou gestão direta de serviços públicos; problemas na distribuição de renda mínima aos necessitados, que gerou grande aglomeração de pessoas nas agências e lotéricas; inaptidão dos gestores locais em conter os efeitos negativos de políticas públicas de urbanização e saneamento básico, que inviabilizam o afastamento/isolamento social e prevenção da contaminação; dentre outros equívocos de ordem administrativa.

### **3 I FEDERALISMO E REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL**

São legalmente considerados serviços públicos toda “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”<sup>12</sup>. A Constituição regulamenta, no inciso IV, do parágrafo único, do seu art. 175, a obrigatoriedade do Poder Público manter em funcionamento serviço público adequado<sup>13</sup> às necessidades e comodidades da população a serem atendidas através dele. A prestação de serviços públicos devem atender às diretrizes gerais principiológicas<sup>14</sup>, dentre as quais se destaca a eficiência e continuidade.

A promulgação da Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017, que regulamenta o §3º do artigo 37 da Constituição, dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública e representa um avanço nos direitos básicos dos usuários de serviços públicos<sup>15</sup>.

11 Diante da pandemia provocada pelo Novo Coronavírus, o STF reconheceu a competência concorrente da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios para praticar ações e executar serviços no combate ao COVID-19.

12 Art. 2º, inciso II, da Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017.

13 “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”(§ 1º, art. 6º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995).

14 Princípios definidos com base na previsão normativa no § 1º, art. 6º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

15 A Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017 prevê, dentre os direitos dos usuários de serviços públicos, a igualdade no tratamento, vedado qualquer tipo de discriminação; o atendimento por ordem de chegada, ressalvados casos de

A questão da continuidade e qualidade dos serviços públicos deve ser de especial observância no que concerne aos serviços públicos de natureza essencial<sup>16</sup>, cujo rol nunca foi definido pelo legislador ordinário, tornando pantanoso o terreno jurídico nessa seara. O conceito de essencialidade foi construído a partir dos entendimentos doutrinários, diante dos casos concretos.

Nesse sentido, a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 – a Lei do Coronavírus, apesar de seu caráter excepcional, foi promulgada para dispor sobre as medidas para enfrentamento do COVID-19 e regulamentada pela Medida Provisória nº 926, de 2020 e pelos Decretos nº 10.282 e 10.288, de 2020, que especificam as atividades essenciais para fins de aplicação da lei, em caráter federal<sup>17</sup>, oferecendo maior segurança jurídica na delimitação dos serviços públicos de natureza essencial.

## **4 | AFASTAMENTO SOCIAL VERSUS CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS**

A pandemia provocada pelo Novo Coronavírus (COVID-19) se trata de uma grave crise sanitária global, em curso. Não existe ainda solução médica convencional para contenção e enfretamento, ou seja, não existe qualquer vacina e nem tratamento específico, até o presente momento. A única medida que vem se mostrando comprovadamente eficaz é o afastamento social das pessoas como um todo, em suas residências; além do isolamento total de quem possivelmente possa ter entrado em contato com o vírus das demais pessoas, inclusive familiares; e a quarentena compulsória, dos comprovadamente infectados.

O problema é que não é possível manter as pessoas dentro de suas casas por muito tempo, sem que precisem de contato com o mundo exterior para fins de atendimento de suas necessidades essenciais, como acesso a alimentos e medicamentos. Além disso, urgência e prioridades asseguradas por lei; além da aplicação de soluções tecnológicas para simplificar os processos e procedimentos.

16 O artigo 37, VII da Constituição, que regulamenta o direito de greve dos servidores públicos, é considerado uma norma constitucional de eficácia limitada, uma vez que depende de regulamentação através de norma infraconstitucional para completa aplicação. Assim, diante da omissão legislativa do Congresso, o STF se manifestou - Mandados de Injunção (MIs) 670, 708 e 712 - pela aplicação ao setor público, no que couber, da lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89), que define o rol de serviços considerados essenciais no art 10.

17 Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 6341 – na qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, confirmou o entendimento de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na Medida Provisória (MP) 926/2020 para o enfrentamento do Novo Coronavírus não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios.

Decisão: O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, vencidos, neste ponto, o Ministro Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra b do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. Falaram: pelo requerente, o Dr. Lucas de Castro Rivas; pelo amicus curiae Federação Brasileira de Telecomunicações - FEBRATEL, o Dr. Felipe Monnerat Solon de Pontes Rodrigues; pelo interessado, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 15.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

muitos cidadãos trabalham no fornecimento dos serviços públicos ou privados, de natureza essencial. Dessa forma surge um paradoxo que leva muitas pessoas a precisar se expor ao risco em nome do interesse individual, acessando serviços essenciais; ou em nome do interesse público, atuando no fornecimento de serviços públicos essenciais ou serviços privados de interesse público essencial.

Acresce a isso o binômio autoridade-liberdade entre a autoridade do Poder Público que mantém medidas restritivas de afastamento social da população, utilizando o poder de polícia para garantir o conteúdo coercitivo delas, prevalecendo a máxima do princípio da supremacia dos interesses públicos sobre o particular; e a liberdade constitucional do cidadão<sup>18</sup>, encarada objetivamente por diferentes aspectos. Conforme a definição de Jean Rivero: “A liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”<sup>19</sup>. Contudo, ainda que se trate de direito fundamental (art. 5º, caput e inciso XV), a liberdade não é direito absoluto, devendo se coadunar com os interesses gerais da comunidade, impresso nas leis em geral, de forma razoável e proporcional.

Nesse sentido é legítimo, de acordo com a ordem jurídica nacional, que na situação excepcional provocada pela pandemia, possam os entes públicos determinar medidas limitadoras das liberdades individuais, em razão e na proporção necessária para reduzir o risco de contágio, tal qual discriminado no art. 3º da Lei n.13.979/2020. Permitindo, entretanto, que o afastamento seja flexibilizado em relação àqueles que trabalham na manutenção dos serviços públicos e privados de caráter essencial.

## 5 | INSTRUMENTOS JURÍDICOS ASSECURATÓRIOS DA MANUTENÇÃO DO FUNCIONAMENTO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Com o fito de garantir a regularidade e continuidade dos serviços públicos essenciais, em tempos de pandemia, os gestores públicos precisaram usar de instrumentos jurídicos perdidos no texto constitucional e na legislação administrativa, de forma inédita, muitas vezes. Serve de exemplo o caso da requisição administrativa de hospitais privados desativados e de insumos médico-hospitalares para fazer cessar a situação de iminente perigo público, pela ausência de leitos de enfermaria e UTI para infectados pelo COVID-19<sup>20</sup>, com base no art. 5º, XXV da Constituição e art. 3º da Lei nº 13.979/2020.

18 O direito à liberdade é fruto de conquista histórica do homem, que se tornou cada vez mais livre na mediada em que ampliou o seu domínio sobre a natureza e sobre as relações sociais, de modo que, a liberdade é uma conquista constante da humanidade. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, conceitua a liberdade como “poder de fazer tudo o que não prejudique a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram os demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites só a lei pode determinar. [...] A lei não pode proibir senão às ações nocivas à sociedade”.

19 RIVERO, Jean. *Les Libertés Publiques: I- Les Droits de l’Homme*, p.14. Apud. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 71.

20 Em Pernambuco, o Decreto Estadual nº48.831, de 19 de março de 2020, determinou a requisição de bens imóveis, benfeitorias e equipamentos na intensificação das ações de controle e enfrentamento de contágio pelo COVID-19. Disponível em: <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=49470&tipo=> Acesso em: 01.06.2020.

O desafio da gestão pública consiste em dar continuidade aos serviços públicos essenciais, ao mesmo tempo, preservando a saúde de todos pelo afastamento social e minimização do risco de contágio pelo COVID-19 de usuários e agentes públicos envolvidos na atividade<sup>21</sup>. Nesse sentido, a aquisição de insumos necessários para a proteção individual dos agentes públicos precisou ser facilitada pela possibilidade de contratação direta do fornecedor, com dispensa legal de licitação<sup>22</sup>, aquisição de equipamentos usados – facilitando a compra de respiradores – e pagamento adiantado pela Administração Pública, como medidas de desburocratização da contratação pública, conforme previsão normativa do art. 4º, da Lei nº 13.979/2020.

Contudo, a flexibilização legal das possibilidades de contratação pública não devem representar carta branca para o gestor público aplicar recursos governamentais de forma temerária ou irresponsável. A discricionariedade administrativa, no uso das práticas legalmente previstas para facilitar o enfrentamento da pandemia, deve ser devidamente justificada pela exposição de motivos e sujeita aos mecanismos de controle das atividades administrativas<sup>23</sup>.

O déficit de pessoal da área de saúde não afasta a necessidade de cumprimento dos dispositivos constitucionais acerca da admissão de pessoal através de concurso público, via de regra (art. 37, II da CF); e excepcionalmente, através de seleção pública simplificada, para situação de excepcional interesse público (art. 37, IX da CF)<sup>24</sup>. A ausência de uma política pública em matéria de recursos humanos bem conduzida pode gerar problemas da condução dos serviços públicos, além de responsabilização do gestor, no futuro.

O exercício do poder de polícia na fiscalização dos contratos administrativos firmados em tempos de pandemia, com antecipação do pagamento, inclusive, deve ser rigorosamente observado, na garantia da indisponibilidade dos interesses públicos. Além disso, a prerrogativa é importante na manutenção da ordem pública e manutenção do

---

21 No Brasil, foram identificados 199.768 profissionais de saúde com suspeita de covid-19. Destes, 31.790 foram confirmados e 114.301 estão em investigação. Dentre os casos suspeitos, os mais atingidos são técnicos ou auxiliares de enfermagem (34,2%), enfermeiro (16,9%), médico (13,3%) e recepcionista (4,3%), conforme dados disponibilizados pela Agência Brasil, em 14.05.2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-05/no-brasil-31790-profissionais-de-saude-contrairam-covid-19>. Acesso em: 01.06.2020.

22 Foram realizadas 3.638 compras, com movimentação de 1,88 bilhões de reais em recursos públicos, em contratos relacionados ao combate ao COVID-19, segundo informações disponíveis no Portal de Compras do Governo Federal. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/transparencia/60-transparencia/1284-transparencia-dos-dados-de-dispensa-no-combate-ao-covid-19>. Acesso em: 01.06.2020.

23 Reforça a ideia de responsabilização administrativa pelos atos administrativos, na gestão pública o recente julgamento de pedidos de medida cautelar em sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6248 e 6431), ajuizadas contra a Medida Provisória 966/2020, que restringe a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia da Covid-19 aos casos de dolo ou erro grosseiro. O resultado do julgamento foi que interpretação da MP deve se dar conforme a constituição, no sentido de que seja considerado como erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação do direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado em razão da inobservância de normas e critérios científicos e técnicos.

24 Recentemente, o STF julgou a ADI nº 5.406 em que, por unanimidade, foram julgadas inconstitucionais três leis complementares do Estado de Pernambuco que permitiram o ingresso, sem concurso público, de 400 servidores no quadro efetivo da Agência Reguladora de Pernambuco – ARPE, da Procuradoria Geral do Estado – PGE e Fundação de Aposentadorias e pensões do Estado de Pernambuco – FUNAPE.

afastamento social, até mesmo, em relação aos usuários de serviços públicos que buscam atendimento na rede. Infeliz exemplo de falha, nesse sentido, foi verificado através de inúmeros flagrantes jornalísticos de pessoas aglomeradas em filas de atendimento, dentro e fora, das agências e lotéricas para obter acesso ao programa de renda mínima emergencial do governo federal<sup>25</sup>.

Finalmente, é possível constatar que os frutos da ausência de política pública de provimento de infraestrutura dos espaços urbanos, tais como: caráter precário ou ausência de moradias para população, falta de saneamento básico, indisponibilidade de acesso à água potável e devida coleta de resíduos sólidos. Tudo isso precariza a saúde da população brasileira, como um todo, e dificulta ainda mais o enfrentamento do COVID-19 pelos gestores locais, na maioria das vezes, reféns dos repasses de recursos públicos da esfera estadual e federal.

Soma-se a esse cenário desastroso, a crescente desigualdade social e dependência das políticas públicas, por parte da população, e a inaptidão dos gestores públicos em conter os efeitos negativos da sobrecarga ocasionada pela pandemia sobre os serviços públicos, já deficitários, dentre outros equívocos de ordem administrativa. Muitas perguntas permanecem incógnitas, como por exemplo, a de qual será o destino da estrutura dos hospitais de campanha após a pandemia. Contudo, há certeza de que somente o fortalecimento de políticas públicas integradas de serviços públicos essenciais à existência digna, indo além dos aspectos puramente de saúde pública, seriam capazes de viabilizar o afastamento/isolamento social e prevenção da contaminação pelo COVID-19, reduzindo a propagação dos riscos e malefícios sobre a ordem social e econômica<sup>26</sup>.

## 6 I CONCLUSÃO

O gravíssimo quadro de pandemia provocada pelo COVID-19, do qual decorre crise global de ordem sanitária, econômica e social, sem precedentes, gerou a necessidade de adoção de uma série de medidas públicas de contenção dos seus graves efeitos. Dentre os quais, podemos citar a paralização de grande parte das atividades públicas e privadas, queda de receitas públicas, e a necessidade de redirecionamento de verbas para atender a essa calamidade – a mais grave e mais extensa do século XXI. A situação é singular e seus efeitos danosos ainda não são dimensionáveis.

Dessa forma, não só no Brasil, mais em qualquer outro país do mundo, houve a necessidade de flexibilizar as normas jurídicas, inclusive pertinentes ao orçamento público,

25 A lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020, prevê que, durante o período de 3 (três) meses, será concedido auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao trabalhador que cumpra cumulativamente os requisitos legais para tanto.

26 Os países mais bem sucedidos no combate ao Novo Coronavírus (Nova Zelândia, Noruega, Taiwan, Alemanha e Islândia), além do fato de serem governados por mulheres, tratam-se de economias desenvolvidas, com sistemas de saúde solidamente estabelecidos e preparados para lidar com emergências, além de contarem com um sistema de assistência social estabelecido e alta pontuação na maioria dos indicadores de desenvolvimento humano.

como estratégia de enfrentamento da pandemia, na manutenção da ordem pública, pela manutenção de serviços públicos essenciais, e socorro aos mais necessitados, através de políticas públicas afirmativas de assistência social. A Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 foi promulgada para oferecer diretrizes gerais de enfrentamento da situação de emergência de saúde pública, apenas durante o período da pandemia, junto com outras normas regulamentadoras. Dentre outras medidas, a lei prevê a possibilidade de determinação de afastamento social, isolamento e quarentena domiciliar, visando reduzir contato físico e, portanto, o risco de contágio entre as pessoas.

Dentre os principais problemas evidenciados, nesse período, estão o desafio da gestão pública consiste em dar continuidade aos serviços públicos essenciais, ao mesmo tempo, preservando a saúde de todos pelo afastamento social e minimização do risco de contágio pelo COVID-19 de usuários e agentes públicos envolvidos na atividade; a coordenação das ações públicas de enfrentamento entre os entes federativos, de forma planejada; a contratação dos insumos necessários; o déficit na contratação de pessoal da área de saúde; os problemas na distribuição de renda mínima emergencial aos mais necessitados, dentre outros equívocos de ordem administrativa.

A forma como os gestores públicos vêm enfrentando as crises provocadas pela pandemia através da prestação de serviços públicos, ainda de forma descoordenada, demonstra que o engajamento na efetivação de políticas públicas de ordem social ainda é melhor remédio contra crises, protegendo especialmente os hipossuficientes numa sociedade desigual e extremamente fragmentada.

A invocação do princípio da solidariedade na condução da res pública e dos serviços públicos adjacentes nunca foi tão atual e necessária. Um dos principais legados decorrentes da pandemia deve ser a capacidade de inovar, dentro dos limites legais e orçamentários, contando com o engajamento social, também, de atores privados na superação das concomitantes crises. Muito embora, o terreno seja de incertezas de toda ordem e exija grande esforço, principalmente do Estado, em conduzir a transição para um novo padrão de normalidade e do que será o novo papel do Estado na condução de serviços públicos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em: 20.05.2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20.3.2020 - Edição extra- G e republicado em 21.03.2020 - Edição extra- H.

BRASIL. **Decreto nº 10.288, de 22 de março de 2020**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 22.3.2020 - Edição extra J.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 106, de 07 de maio de 2020**. Disponível em: Acesso em: 01.06.2020.



BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm) Acesso em: 20.05.2020.

BRASIL. **Lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm) Acesso em: 01.06.2020.

BRASIL. **Medida provisória nº 926, de 20 de março de 2020**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 14.5.2020 e retificado no DOU de DOU de 20.3.2020 - Edição extra- G.

CANOTILHO, Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3 ed., V. I. LE MONDE, Paris, 28.03.2020. Disponível em: [https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/03/28/coronavirus-l-etat-d-urgencesanitaire-ouvre-des-breches-dans-l-etat-de-droit\\_](https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/03/28/coronavirus-l-etat-d-urgencesanitaire-ouvre-des-breches-dans-l-etat-de-droit_).

PERNAMBUCO. **Decreto Estadual nº 48.831, de 19 de março de 2020**. Disponível em: <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=49470&tipo=> Acesso em: 01.06.2020.

RIVERO, Jean. *Les Libertés Publiques: I- Les Droits de l'Homme*, p.14. *Apud*. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 71.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

# CAPÍTULO 6

## DIREITO, MULHER E (IN)JUSTIÇA: A NATURALIZAÇÃO DAS CATEGORIAS CULTURAIS COMO FORMA DE DOMINAÇÃO

*Data de aceite: 25/03/2021*

*Data de submissão: 05/02/2021*

**Valéria Cenci Valle**

Universidade do Sul de Santa Catarina  
Braço do Norte – Santa Catarina  
<http://lattes.cnpq.br/1707759558501585>

**Vilson Leonel**

Universidade do Sul de Santa Catarina  
Tubarão – Santa Catarina  
<http://lattes.cnpq.br/3311363211665081>

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo demonstrar que houve uma naturalização de categorias culturais referente ao sexo feminino ao longo da história. Para chegar-se ao objetivo proposto, utilizou-se o método dedutivo. A pesquisa é de natureza exploratória, com abordagem qualitativa. Quanto ao procedimento utilizado para coleta de dados, se utilizou o da pesquisa bibliográfica, que envolveu níveis distintos de leitura e tomada de apontamentos: leitura exploratória, seletiva, analítica e interpretativa. Demonstra-se que a naturalização de categorias culturais contribuiu sobremaneira para a submissão e a inferiorização da mulher perante o homem, ao longo da história, tendo reflexo, inclusive, no ordenamento jurídico, que, durante muitos anos manteve a mulher em uma condição subalterna. A inferioridade da mulher ao longo da história deriva das categorias culturais de domínio, que foram naturalizadas como se proviessem de fatores biológicos, fazendo-se

crer que a mulher era inferior ao homem por conta de um dado natural, quando, na realidade, a caracterização de subalternidade origina-se na propagação de categorias culturais de domínio sobre o sexo feminino.

**PALAVRAS-CHAVE:** Feminismo. Mulheres. Direito.

### LAW, WOMEN AND (IN) JUSTICE: THE NATURALIZATION OF CULTURAL CATEGORIES AS A FORM OF DOMINATION

**ABSTRACT:** This article aims to demonstrate that there has been a naturalization of cultural categories referring to the female sex throughout history. In order to reach the goal, the approach method used was deductive. The research is exploratory in nature, with a qualitative. To collect the information and data, it was used bibliographic research, which involved distinct levels of reading and note-taking: exploratory, selective, analytical and interpretative reading. It is demonstrated that the naturalization of cultural categories has contributed severely for the submission and inferiorization of women to men throughout history, reflecting, including, in our legal system, which, for many years, kept the woman in a subordinate condition. The inferiorization of women throughout history derives from the cultural categories of domain, which were naturalized like they were biological factors, making believable that women were subordinate to men due to a natural cause, when, as a matter of fact, the characterization of subalternity originates in the propagation of cultural

categories of dominance over the female sex.

**KEYWORDS:** Feminism. Women. Right.

## 1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo discorre sobre a naturalização das categorias culturais referentes à mulher, como forma de dominação. Durante séculos, a mulher sofreu com a subordinação perante o sexo masculino, bem como com a desvalorização de seu próprio sexo diante da sociedade. Esse preconceito foi enraizado socialmente e amparado pelo sistema jurídico brasileiro. A exemplo pode-se dar o Código Civil de 1916, que recepcionou, de forma explícita, a inferioridade do sexo feminino, retratando a sociedade patriarcal da época.

Por conta da tese da inferioridade que perpassou épocas e que foi acolhida e aceita, a mulher sofreu e ainda sofre as mais diferentes formas de dominação.

Em função disso, a problemática do presente artigo, de viés essencialmente filosófico, é bem clara, qual seja: demonstrar que os mais diferentes mecanismos e formas de dominação criados ao longo da história da humanidade são categorias culturais e não naturais, mas que foram naturalizadas como se categorias biológicas fossem, o que facilitou manter a mulher em uma condição subalterna.

Desta forma, o objetivo geral é demonstrar que houve uma naturalização de categorias culturais referente ao sexo feminino ao longo da história.

E os objetivos específicos são: identificar algumas das ideias difundidas, nos mais diferentes períodos históricos que sustentaram a superioridade do homem em relação às mulheres; demonstrar que a submissão da mulher ao homem, na história, foi favorecida, em grande parte, pela naturalização de categorias culturais de domínio e que foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

No que se refere à metodologia, a presente pesquisa consiste em uma abordagem qualitativa, dada a subjetividade do tema, em vista disso, a análise é feita a partir de obras e decorrência histórica. Em referência ao método, foi utilizado o dedutivo. Em relação aos objetivos, trata-se de uma pesquisa exploratória. Quanto ao procedimento, trata-se de uma pesquisa bibliográfica.

Saliente-se que este trabalho faz, primeiramente, uma apresentação da mulher na história, desde a Idade Antiga até a Idade Contemporânea. Posteriormente, trata da definição de categorias naturais, culturais e a naturalização desta última, apontando também como ocorre a referida naturalização e a sua influência no ordenamento jurídico. Por fim, são apresentadas as conclusões da pesquisa.

## 2 | A REPRESENTAÇÃO DA MULHER NA HISTÓRIA

O homem motivado pela sede de saber, construiu e constrói representações

sobre as coisas. Essas representações podem ser vistas como conceitos ou categorias de compreensão/explicação. Acerca da representação da mulher, ela foi extremamente subjugada ao longo da história, e, servindo como explicação para essa suposta inferioridade, utilizou-se a categoria cultural de inferioridade do sexo feminino, que foi naturalizada e difundida desde os tempos mais remotos até os dias atuais.

Sobre a Idade Antiga, cumpre salientar que os antigos gregos cultuavam diversos deuses, heróis e semideuses e, para relatar suas vidas, desenvolveram uma abundante mitologia, cujo objetivo era de fornecer explicações para uma realidade universal. (COTRIM; FERNANDES, 2010, p. 167).

A representação feminina no referido período histórico se deu, principalmente, com base no mito de Pandora, que teria sido a primeira mulher a vir ao mundo e a responsável por causar males e infelicidades entre os homens.

Já a Idade Média, fortemente marcada pelo cristianismo, também foi responsável pela submissão feminina e sua suposta inferioridade. Enquanto na Idade Antiga a primeira mulher a vir ao mundo teria sido Pandora, na concepção medieval a primeira mulher a vir ao mundo teria sido Eva, que comeu da fruta proibida e foi responsabilizada pelos pecados existentes no mundo.

Nesse período, extremamente misógino e teológico, a suposta “maldição bíblica de Eva” perseguiu a mulher mais do que nunca. (ALVES; PITANGUY, 1985, p. 20). Aquilo que é expresso, no Gênesis, servia de base para a perseguição em massa do sexo feminino.

Ao final da Idade Média e início dos tempos modernos, a desestruturação do feudalismo e o reaquecimento do comércio trouxeram mudanças para o modo de vida de muitos indivíduos. Destacou-se nesse período, que compreende os séculos XV ao XVIII, o racionalismo, tendo o antropocentrismo tomado, em grande parte, o lugar do teocentrismo. (COTRIM, 2005, p. 148).

Contudo, ao que se refere ao sexo feminino, a concepção explanada continua a ser extremamente “medieval”. Conforme Priore (2002, p. 46), jamais se perdia a oportunidade de recordar às mulheres o terrível mito do Éden, reafirmado e sempre presente na história humana.

As mulheres, devido à sua relação singular com o processo de reprodução, foram reconhecidas, em muitas sociedades pré-capitalistas, por uma compreensão aguçada dos segredos da natureza, o que as capacitava, supostamente, a proporcionar vida e morte e a descobrir as propriedades ocultas das coisas. Estas, portanto, eram conhecidas como “bruxas”, pois praticavam certo tipo de “magia”. Elas eram as curandeiras, herboristas, parteiras e criadoras de poções de amor. (FEDERICI, 2019, p. 65).

Diante disso, recaiu sobre essas mulheres o movimento de “Caça às bruxas”, que foi responsável pela perseguição em massa do sexo feminino, instituindo um estado de verdadeiro terror, do qual surgiu um outro modelo de feminilidade a que as mulheres tiveram de submeter-se para serem aceitas: a feminilidade assexuada, obediente, submissa e

subordinada ao mundo masculino. (FEDERICI, 2019, p. 70 e 71).

Com o fim da Idade Moderna teve-se início a Idade Contemporânea que é marcada pela Revolução Francesa e os consagrados lemas de liberdade, igualdade e fraternidade, marcando tradicionalmente a chegada do século XVIII. (COTRIM, 2005, p. 290).

A “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, criada na dita revolução, falava, exclusivamente, dos direitos do homem. A igualdade entre os sexos foi completamente desconsiderada e, por consequência, as mulheres não tiveram os seus direitos reconhecidos. (COIMBRA, 2011, p. 29).

Com o intuito de calar a imensa desigualdade existente, a revolucionária francesa Marie Gouze, que adotou o nome de Olympe de Gouges, elaborou, baseando-se na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, a “Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã”. Gouges propôs o texto na Assembleia Nacional da França. Resultado: foi guilhotinada em 7 de novembro de 1793. (COIMBRA, 2011, p. 29).

Nota-se, portanto, que mesmo com a Revolução Francesa e seus lemas inovadores, a mulher não adquiriu plena igualdade com o sexo masculino, sendo necessária, para tanto, uma grande luta, que teve início e continuidade com movimentos feministas.

Relativamente à explanação de categorias culturais de domínio, convém destacar o biólogo Charles Darwin, que em pleno século XIX se refere à cientista Caroline Kennard, em cartas que foram encontradas na Universidade de Cambridge, sobre a inferioridade feminina:

Certamente acredito que as mulheres, conquanto, em geral, superiores aos homens [em] qualidades morais, são inferiores em termos intelectuais, diz ele, e parece-me ser muito difícil, a partir das leis da hereditariedade (se eu as compreendo de forma correta), que elas se tornem intelectualmente iguais ao homem [...] Para que superassem essa desigualdade biológica, acrescenta ele, as mulheres teriam de tornar-se provedoras, como os homens. E isso não seria uma boa ideia, porque poderia prejudicar as crianças e a felicidade dos lares [...]. (SAINI, 2017, p. 18).

Enfatiza-se, também, que existiam afirmações de alguns cientistas de que, sendo o cérebro das mulheres mais leve que o dos homens, elas também deviam ser, por extensão, menos inteligentes. Um dos cientistas a sugerir isso foi Willian Alexander Hammond, ex-cirurgião geral do Exército dos Estados Unidos. (SAINI, 2017, p. 97).

A opressão da mulher, na sociedade, extremamente abrangente, recebia apoio dos meios de comunicação, em meados do século XIX. Como exemplo, torna-se imprescindível citar o Jornal do Comércio, localizado na antiga cidade de Desterro e atual cidade de Florianópolis, que publicou, em 1888, os “Dez Mandamentos da Mulher”, conforme elencados abaixo:

1º -Amai a vosso marido sobre todas as coisas.

2º -Não lhes jureis falso.

3° -Preparai-lhes dias de festa.

4° -Amai-o mais do que a vosso pai e a vossa mãe.

5° -Não o atormenteis com exigências, caprichos e amuos.

6° -Não o enganeis.

7°- Não lhe subtraiais dinheiro, nem gasteis este com futilidades.

8° -Não resmungueis, nem finjas ataques nervosos.

9° -Não desejeis mais do que um próximo e que este seja o teu marido.

10° - Não exijas luxo e não vos detenhais diante das vitrines. Estes dez mandamentos devem ser lidos pelas mulheres doze vezes por dia, e depois ser bem guardados na caixinha da toilette. (PRIORE, 2002, p. 285).

Impende salientar que notas como essas eram extremamente difundidas nos meios de comunicação da época. Não faltava espaço para a imposição do modelo de esposa ideal.

Na Idade Contemporânea, há um lapso temporal muito grande, já que esse período compreende três séculos. Em seu início e meados, foi fortemente influenciada por modelos antigos de patriarcalismo que ensejavam a submissão da mulher. A situação, concernente ao sexo feminino, só recebeu mudanças significativas a partir do século XX.

Antes disso, mulheres angariaram poucos direitos, como a liberação para frequentarem a escola, que ocorreu no Brasil no ano de 1827 e o acesso à faculdade, que aconteceu no ano de 1879. Sobre o assunto, importante salientar que as universidades eram destinadas a preparar os homens para suas carreiras. Para isso, os médicos alegavam que os esforços mentais de um estudo, em instituição de ensino superior, desviavam a energia do sistema reprodutivo da mulher, prejudicando, conseqüentemente, a sua fertilidade. Além do mais, pensava-se que a presença de mulheres poderia distrair o sério trabalho intelectual dos homens. (SAINI, 2017, p. 27).

Até o ano de 1932 as mulheres não possuíam direitos políticos, sendo somente no referido ano que ocorreu o sufrágio feminino no Brasil, por meio do Código Eleitoral. Posteriormente, no ano de 1934, o sufrágio feminino teve previsão constitucional.

A partir de então, os direitos femininos só tenderam a crescer. Em 1962, foi promulgada a Lei nº 4.121/1962 ou Estatuto da Mulher Casada, que foi responsável por revogar e modificar diversos artigos nitidamente machistas do Código Civil de 1916. (BRASIL, 1962).

Seguindo na mesma direção de evolução dos direitos da mulher, foi aprovada no ano de 1977 a Lei nº 6.515/1977 ou Lei do Divórcio, que regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Por conta desta lei, freou-se, em grande parte, os preconceitos desferidos contra as mulheres “desquitadas”, retirando destas o rótulo de “réprobas”. (BRASIL, 1977).

No ano de 2002, já no século XXI, foi finalmente promulgado o atual Código Civil,

garantindo à mulher todos os direitos que lhe foram negados, no antigo Código e, também, os que não foram abarcados, na elaboração do Estatuto da Mulher Casada. Saliente-se que o Código Civil de 2002 atendeu aos direitos elencados, na Constituição Federal de 1988, principal fonte de igualdade entre os sexos.

Apesar da Constituição Federal de 1988 garantir a igualdade formal de todo ser humano perante a lei, essa afirmação não mais bastava, uma vez que, a mulher continuava a sofrer formas de violência inclusive em seus próprios lares. (NUCCI, 2020, p. 850).

Em decorrência disso, promulgou-se, em 2006, a Lei nº 11.340/2006 ou Lei Maria da Penha, que foi criada como forma de coibir as diversas formas de violência doméstica e familiar contra a mulher. (BRASIL, 2006).

Além disso, no ano de 2015 foi sancionada a Lei nº 13.104/2015, que altera o artigo 121 do Código Penal, elencando o feminicídio como circunstância qualificadora. (BRASIL, 2015).

Outra mudança significativa aconteceu no ano de 2018, com a Lei nº 13.718/2018, que passou a tipificar o crime de importunação sexual, diante dos acontecimentos de assédio vivenciados por mulheres no dia a dia. (BRASIL, 2018).

Conforme se denota, a Idade Contemporânea foi marcada por períodos distintos, indo de séculos em que a mulher sequer era considerada cidadã e não possuía qualquer direito civil, até os séculos em que a mulher angariou direitos, na ceara civil, por meio da igualdade entre os seres humanos, elencada na Constituição Federal de 1988; almejando também imensos e significativos direitos e proteções na ceara penal.

### **3 | A NATURALIZAÇÃO DAS CATEGORIAS CULTURAIS COMO FORMA DE DOMINAÇÃO SOCIAL E O SEU REFLEXO NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

A mulher, como já demonstrado, foi representada ao longo da história com características de inferioridade em relação ao homem, consideradas naturais, ou seja, biológicas, por conta de uma natureza fragilizada e inferior ao sexo masculino. Tais características e representações foram construídas por meio de ensinamentos filosóficos e políticos, bem como por doutrinas religiosas e diplomas jurídicos. Ou seja, por meio de categorias culturais de dominação.

Desta forma, imprescindível se torna fazer uma breve explicação do que são categorias naturais, culturais e a devida naturalização desta última.

Por categorias naturais ou biológicas entende-se as características fisiológicas e genéticas gerais de um objeto ou ser. Como o objeto de estudo do presente artigo é o indivíduo do sexo feminino (a mulher), as características são aquelas que o diferenciam dos representantes do sexo masculino (o homem). São elas o conjunto de cromossomos XX, o útero, o ovário, pouca testosterona, muito estrogênio, a capacidade de produzir leite etc. São objetivas e permanecem constantes ao longo da história. (HARARI, 2018, p. 206).

Diferentemente das características biológicas/naturais, as categorias culturais são espécies de juízos, isto é, de representações elaboradas pelos homens ao longo da história acerca de um objeto ou ser. São intersubjetivas e passam por constantes mudanças. (HARARI, 2018, p.206). No caso do presente estudo, são representações elaboradas sobre a mulher e que foram utilizadas como verdadeiros “instrumentos de domínio”.

Dessa forma, um homem não possui somente características biológicas específicas, como cromossomos XY, testículos e testosterona. A cultura de sua sociedade lhe atribui papéis, como a participação na vida política; atribui também direitos, como o de votar e ser votado e, também, deveres, como o serviço militar. Da mesma forma, uma mulher não é somente caracterizada como ser humano que possui dois cromossomos X, um útero e muito estrogênio. A cultura de sua sociedade lhe atribui papéis como o de procriar e depois criar os filhos; atribui também direitos, como proteção contra a violência e deveres como a obediência ao marido. Já que mitos ou categorias culturais, e não propriamente a biologia, definem os papéis, direitos e deveres dos homens e das mulheres variam de uma sociedade para a outra. (HARARI, 2018. p. 205).

Portanto, a naturalização das categorias culturais nada mais é do que tratar as categorias culturais que foram criadas sobre a mulher, como se fossem a expressão da sua natureza biológica, mas que não o são, entretanto, uma vez naturalizadas, tornaram-se mecanismos e instrumentos que contribuíram para a dominação da mulher na história.

Nesse sentido, impende considerar que a divisão entre os sexos foi considerada, por muito tempo, não como um produto da imaginação, mas sim como uma divisão com raízes biológicas/naturais. Não se pode negar que algumas das disparidades jurídicas, políticas e culturais entre os sexos refletem as diferenças biológicas entre eles. O ato de gerar uma criança, por exemplo, sempre foi um trabalho exclusivamente feminino, porque os homens não têm útero. Mas, mesmo assim, sobre essa verdade biológica, todas as sociedades acumularam várias ideias e espécies de juízo ou normas culturais que pouco têm a ver com a biologia. A maioria das sociedades associava e ainda associa feminilidade e masculinidade com uma série de atributos que, na sua grande maioria, não tem base biológica. (HARARI, 2018, p. 200-201).

Um exemplo, dado por Saini (2017, p. 156), é em relação a estudos científicos de que os homens possuem maior talento para matemática do que as mulheres. Pesquisas das décadas de 1970 e 1980 demonstravam que o número de homens norte-americanos com talento em matemática superava o de mulheres em uma proporção de treze para uma. Desde então, a proporção mencionada decaiu para quatro, ou até mesmo dois, para uma. Se a habilidade matemática realmente estivesse fundada em dados biológicos e as diferenças entre os sexos fossem fixas, não deveria haver mudanças como essas, ao longo do tempo. No fim, o que parece ser uma diferença biológica, em determinado lugar ou época, pode demonstrar ser apenas uma diferença cultural.

Da mesma forma, estudos que alegam que homens são melhores do que mulheres,



ao estacionar ou ler mapas, podem ser totalmente desmentidos por outros estudos feitos em um lugar diferente, com uma população diferente, na qual as mulheres leem mapas ou estacionam melhor. (SAINI, 2017, p. 30).

Certamente, uma menina condenada a sentar por horas, ouvindo conversas inúteis de babás, se esforçará para participar da conversa. Que uma menina irá imitar sua mãe ou suas tias, bem como que irá se divertir, enfeitando a sua boneca, da mesma forma que fazem com ela quando a vestem, é obviamente uma consequência natural que derivou da realidade social a ela imposta. (WOLLSTONECRAFT, 2016, p 70).

Portanto, o estereótipo de que meninas gostam de brincar de bonecas e meninos gostam de brincar de carrinho acaba por se tornar algo bastante natural, já que essas crianças foram, desde o seu nascimento, estimuladas culturalmente a exercer essas atividades ou gostar dessas coisas. Não há margem de escolha, a cultura proíbe.

Nota-se, portanto, que a cultura pode ter um efeito indireto sobre a biologia. Sabe-se que brincar com certos tipos de brinquedos pode ter um impacto bastante ativo, no desenvolvimento biológico de uma criança. Por exemplo, jogar videogames de ação ou brincar com instrumentos de construção, melhora as habilidades espaciais de uma criança. Em vista disso, se um menino recebe instrumentos de construção em vez de uma boneca, o estereótipo de que os homens são melhores, em habilidades espaciais, será fisicamente comprovado. De certa forma, a sociedade acaba por produzir uma mudança biológica. (SAINI, 2017, p. 156).

Essa mudança ou estereótipo produzido pela sociedade acaba por influenciar o seu meio. O direito, por ser uma criação humana, conseqüentemente assume a função transformadora da sociedade, e por ela também é transformado. Nesse passo, o sistema jurídico influencia a realidade social, como também é influenciado por ela. (MARTINS, 2000, p. 164).

Dessa forma, a influência das categorias culturais no ordenamento jurídico foi muito significativa. No Brasil, vê-se claramente que o Direito oprimiu o sexo feminino. O exemplo mais explícito dessa opressão é o Código Civil de 1916, que, em diversos artigos expressava discriminação contra a mulher.

A exemplo pode-se dar o artigo 6º, inciso II, do referido Código, que considerava a mulher, em pleno século XX, como relativamente incapaz. (BRASIL, 1916).

Infere-se, que por serem consideradas incapazes, relativamente, os seus atos jurídicos eram anuláveis, conforme o 147, inciso I, do referido Código. (BRASIL, 1916).

Além do mais, o antigo Código Civil dispunha sobre o poder marital. Esse poder consistia em manter o homem como chefe da sociedade conjugal, de forma que a mulher sequer podia escolher a própria profissão ou administrar os seus bens particulares. (BRASIL, 1916).

Saliente-se que além de todas as inaceitáveis arbitrariedades do Código Civil de 1916, existia aquela que era a mais caótica das arbitrariedades, a qual previa como causa

de anulação do casamento o defloramento feminino, ignorado pelo marido. (BRASIL, 1916).

As maiores desigualdades eram evidenciadas, no meio social, e faziam parte do Código Civil de 1916. Isso porque já estavam naturalizadas em toda a sociedade da época. Esse Código Civil retratava os usos e costumes daquele período.

Nota-se, portanto, que a mulher, que já era subjugada socialmente, acabou por ser subjugada legislativamente.

A situação começou a angariar mudanças positivas com a promulgação da Lei nº 4.121/1962 ou Estatuto da Mulher Casada, que fez importantes alterações no Código Civil de 1916, acompanhando a evolução cultural e social que ocorria no século XX.

Posteriormente, referida lei foi a responsável por revogar e modificar diversos artigos machistas contidos no antigo Código Civil.

A verdadeira mudança no âmbito do direito civil referente à condição da mulher se deu com a promulgação do Código Civil de 2002, que foi responsável por estabelecer plena igualdade entre homens e mulheres no âmbito cível.

Portanto, vale lembrar que o Código Civil de 2002 representa o início do século XXI. Século de mudanças sem precedentes, nos direitos e garantias de todos os seres humanos. Representa um momento histórico em que a mulher já havia angariado direitos na ceara eleitoral, bem como já havia sido detentora de uma igualdade formal com o sexo masculino, conforme explanou a Constituição Federal de 1988.

Isso posto, seria incompatível a Constituição Federal estabelecer plena igualdade entre homens e mulheres, mas o Código Civil ainda tratar a mulher com imensa desigualdade.

Sendo assim, o novo Código teria que, necessariamente, reformular os aspectos extremamente patrimonialistas da família, por conta da preocupação de conferir à mulher tratamento igual por parte da lei. E assim foi feito. (RODRIGUES, 1993, p. 387).

Desta forma, pode-se dizer que o direito se adequa ao momento social em que está inserido ou talvez ele mude o contexto social ao qual representa. Ele reproduz, mantém, muita das vezes supera e muda a realidade social em que nasce. Outras vezes, no entanto, ele apenas se baseia no devido contexto social e reproduz as categorias culturais explanadas na sociedade.

É um completo paradoxo. Contudo, no que diz respeito ao Código Civil de 2002, o Direito literalmente superou o *status quo* do período e alcançou mudanças significativas nos direitos femininos e na condição da mulher.

É evidente, portanto, o perigo da explanação de ideias abstratas e repletas de um preconceito sem precedentes sobre a mulher, pois a conceituação de “feminino” e a “explicação” para a subjugação feminina, tornou-se, durante imenso período de tempo, algo natural, como se derivasse de dados biológicos, quando, na realidade, são categorias culturais, criadas pelo homem e alinhadas à ideia de dominação.

## 4 | CONCLUSÃO

Este artigo teve como objetivo demonstrar que houve uma naturalização de categorias culturais referente ao sexo feminino ao longo da história. Inicialmente, foi identificada a condição da mulher, nos diferentes períodos históricos, partindo da Idade Antiga e terminando na Idade Contemporânea, que compreende também os dias atuais.

Em decorrência, apresentou-se o significado de categorias naturais e categorias culturais, bem como o sentido da naturalização e como ela aconteceu ao longo da história, tendo reflexo, inclusive, no ordenamento jurídico, mais especificadamente no Código Civil de 1916.

Verificou-se, a partir da análise, que a situação da mulher, ao longo da história e todo o preconceito desferido contra este sexo, teve como principal propulsora as categorias culturais de domínio difundidas, socialmente, e enraizadas, culturalmente, em cada período histórico.

Contudo, a situação feminina prosperou a partir do século XX, visto que foi neste século que a mulher angariou os direitos políticos e civis, tão almejados por suas antecessoras. Além do mais, a partir de então, houve diversas evoluções legislativas, inclusive, para coibir qualquer forma de violência contra a mulher.

Mencionadas evoluções foram extremamente necessárias, para a garantia efetiva de direitos femininos e, também, para evitar que se voltasse ao ponto de tratar a mulher com tamanho desrespeito e desigualdade, como até, então, ela era tratada. Diante disso, conseguiu-se, pelo menos em alguns pontos, desmistificar a ideia da inferioridade feminina, tratada como algo extremamente natural.

Obviamente, homens e mulheres possuem características biológicas inatas, porém, referidas características não servem de base para a hierarquização dos sexos, que aconteceu por conta de ideias humanas criadas e difundidas de tempos em tempos, como se estivessem veiculando verdades incontestáveis.

No período em que se vive homens e mulheres possuem, em diversos pontos, igualdade de direitos. Porém, infelizmente, ainda se evidenciam formas de preconceitos contra a mulher, o que acaba por ficar enraizado culturalmente, contudo, pouco a pouco vai se esvaindo e poderá, em um curto período, deixar de existir.

Assim sendo, para que isso aconteça, a sociedade deve considerar a importância do assunto, para uma evolução nos direitos das mulheres, o que pode e deve ter uma contribuição não só feminina, mas também masculina. A desconstrução de categorias culturais de dominação pode fazer grande diferença, para a sociedade como um todo.

## REFERÊNCIAS

ALVES; Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. São Paulo: Abril Cultural; Brasiliense, 1985.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [1916]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF: Presidência da República, 1962. Disponível em:

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1977]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm). Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm). Acesso em: 2 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13718.htm). Acesso em: 2 out. 2020.

COIMBRA, Patrícia. **Direito das mulheres pós-constituição:** um estudo descritivo. 2011. 65 f. Monografia (Especialização) – Curso de Processo Legislativo, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), Brasília, 2011.

COTRIM, Gilberto. **História global:** Brasil e Geral. São Paulo: Saraiva, 2005.

FEDERICI, Sílvia. **Mulheres e caça às bruxas:** da Idade Média aos dias atuais. São Paulo: Boitempo, 2019.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens:** uma breve história da humanidade. Porto Alegre: L&pm Editores, 2018.

MARTINS, Leonardo Resende. Operadores do direito e mudança social. **Revista da Esmec**, Fortaleza, v. 3, n. 1, p.1-364, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PRIORE, Mary Del. **História das mulheres no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2002.

SAINI, Angela. Inferior: **How science got women wrong**: and the new research that's rewriting the story. London: Fourth Estate, 2017.

WOLLSTONECRAFT, Mary. **Reivindicação dos direitos da mulher**. São Paulo: Boitempo, 2016.

# CAPÍTULO 7

## O PRINCÍPIO DA INCLUSÃO: A CONTRIBUIÇÃO DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PARA A INCLUSÃO SOCIAL NO BRASIL

*Data de aceite: 25/03/2021*

*Data de submissão: 01/02/2021*

**Lucas Miguel Medeiros de Oliveira Santos**

Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP)

Recife – Pernambuco

<http://lattes.cnpq.br/8370802282354770>

**RESUMO:** Como o sistema jurídico brasileiro contribui para a inclusão das pessoas com deficiência? O presente artigo se debruçou sobre o problema da inclusão social das pessoas com deficiência. Valendo-se de um estudo dogmático, o trabalho procede uma análise principiológica da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e sua contribuição para a inclusão social desse grupo no país. O escrito tem sua importância na medida em que considera o direito como instrumento capaz de modificar a realidade social e, com isso, de ser um meio para melhoria na qualidade de vida das pessoas com deficiência. A hipótese inicial era da importância da Convenção no sistema jurídico interno para a mudança da realidade social vivida pelas pessoas com deficiência e os objetivos do trabalho voltou-se para o estudo da convenção e a análise principiológica do seu artigo terceiro. Como resultado, o trabalho confirmou a capacidade transformadora da convenção no plano teórico e a possibilidade de a carta internacional ser agente transformador da realidade social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pessoas com deficiência.

Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Inclusão Social das Pessoas com Deficiência.

### THE PRINCIPLE OF INCLUSION: THE CONTRIBUTION OF THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES TO SOCIAL INCLUSION IN BRAZIL

**ABSTRACT:** How does the Brazilian legal system contribute to the inclusion of people with disabilities? This article focused on the problem of social inclusion of people with disabilities. Using a dogmatic study, the work conducts a principled analysis of the International Convention on Rights of Persons with Disabilities and their contribution to the social inclusion of this group in the country. The writing has its importance in that it considers the right as an instrument capable of modifying the social reality and, with it, of being a means for improving the quality of life of people with disabilities. The initial hypothesis was of the importance of the Convention in the internal legal system for the change of the social reality experienced by people with disabilities and the objectives of the work turned to the study of the convention and the principle analysis of its third article. As a result, the work confirmed the transformative capacity of the convention at the theoretical level and the possibility of the international charter be a transforming agent of social reality.

**KEYWORDS:** People with disabilities. International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Social Inclusion of Persons

with Disabilities.

## 1 | INTRODUÇÃO

No âmbito global, os primeiros instrumentos de proteção voltados aos homens – a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais (1966) – tinham uma concepção formal e universal de igualdade, assegurando uma proteção geral e abstrata.

Com o tempo, essas cartas estimularam a criação de outros instrumentos de proteção internacional, um sistema especial de proteção específica e concreta, que vai além da abstração e se volta para grupos socialmente vulneráveis. Os exemplos são dos mais variados, podemos citar a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006).

É em um contexto de foco na relação do indivíduo com o meio que nasce a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CIDPD). Tratou-se de um esforço internacional para superar a longa história de discriminação, exclusão e desumanização das pessoas com deficiência. A Convenção possui diversas inovações e foi o tratado de direitos humanos mais rápido para sua conclusão e o primeiro do século XXI, voltado ao entendimento de que todas as pessoas devem ter a oportunidade de alcançar de forma plena o seu potencial (PIOVESAN, 2012, p. 60).

A percepção social adotada é transparente desde o início da Carta, com a leitura do seu preâmbulo, que irá reconhecer a deficiência como um conceito em evolução e resultante da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade.

A CIDPD é um micro sistema jurídico de proteção inovador, cujo diálogo principiológico dos seus institutos podem levar a uma compreensão da possibilidade de concretizar a inclusão social e, em última análise, a qualidade de vida das pessoas com deficiência.

O artigo três da Convenção estabelece oito princípios que foram adotados pela carta, cuja leitura sistemática e dialógica pode contribuir para o objetivo apresentado, são eles: a) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas com deficiência; b) a não discriminação; c) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; d) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) a igualdade de oportunidades; f) a acessibilidade; g) a igualdade entre o homem e a mulher e h) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Os dois últimos pontos são importantes na medida em que se reconhece a possibilidade de cumulação de vulnerabilidades, isto é, há um aumento da vulnerabilidade da pessoa com deficiência em decorrência de outra condição – ser mulher e ter uma deficiência e ser criança e ter uma deficiência agrava ainda mais a vulnerabilidade daquela pessoa.

Por entender que esses dois últimos pontos mereceriam atenção especial e que os demais pontos envolvem todas as pessoas com deficiência, o presente estudo realiza um corte epistemológico de forma a se ater apenas aos princípios que englobam todas as pessoas desse grupo vulnerável.

Nesse sentido, o primeiro capítulo realizará um estudo bibliográfico das condições, objetivos e características da CIDPD, enquanto os dois últimos abordarão de forma conectada os princípios que constam na Convenção.

## **21 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E O PENSAMENTO INCLUSIVISTA**

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CIDPD) foi promulgada no Brasil em 25 de agosto de 2009 e sua aprovação seguiu o rito das emendas constitucionais. Versando sobre direitos humanos, inseriu-se no sistema jurídico interno com força de norma constitucional. A CIDPD foi a primeira convenção internacional sobre direitos humanos com equivalência à emenda constitucional, constituindo o primeiro documento jurídico oriundo do direito internacional que adentra no sistema interno brasileiro com tamanha relevância.

Com o fato, o país se comprometeu em respeitar, obedecer e adequar o seu sistema jurídico e suas políticas públicas ao diploma aprovado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 2006.

A Convenção se destaca como diploma internacional cuja elaboração esteve contaminada com a participação da sociedade civil. Organizações de pessoas com deficiência, ativistas de direitos humanos e agências internacionais participaram do longo processo de formação da Carta (CAIADO, 2009, p.330).

O processo de formação da CIDPD foi importante não apenas para os contemplados por ela, mas também para todo o aprimoramento de formação das cartas de direitos humanos. Em regra, o direito internacional envolve diretamente Estados-partes e, portanto, não há participação direta da sociedade civil.

Com cinquenta artigos, a Convenção se norteia pelos princípios basilares da autonomia individual e da inclusão social, deixando claro desde o primeiro artigo seu propósito de “promover proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente” (BRASIL, 2009).

Caiado (2009, p. 331) aponta que o texto da Convenção reafirma os princípios e



os direitos da Declaração dos Direitos Humanos às pessoas com deficiência, que devem usufruí-los sem qualquer discriminação. Dhanda (2008, p.44) vai além, a CIDPD não contribui apenas para elencar um rol de direitos às pessoas com deficiência e confirmar aqueles que já existiam, mas serve igualmente para compreender a jurisprudência dos direitos humanos em geral, ou seja, a CIDPD passa a ser paradigma interpretativo para outras cartas de direitos humanos.

Uma das principais conquistas do grupo na elaboração do texto foi a adoção de um conceito social de pessoa com deficiência, permitindo uma construção constante do que se entende por deficiência. Tal conquista fica evidente na Convenção logo no preâmbulo, na letra 'e', que afirma:

Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (BRASIL, 2009).

O conceito de pessoa com deficiência, como disposto pela convenção, está intimamente ligado a um objetivo de emancipação da pessoa com deficiência, para que assumam a condução de suas próprias vidas e o gozo de direitos humanos básicos. Vai muito além de uma política meramente assistencialista (FONSECA, 2012, p. 32).

Seguindo o raciocínio, o artigo um da Convenção irá dispor

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2009).

Do artigo se extrai dois termos importantes e que estão constantemente entrelaçados: o impedimento e as barreiras. Ambos possuem conotação ampla, os impedimentos podem ter natureza física, mental, intelectual, sensorial. As barreiras podem ser das mais diversas que em interação com o impedimento impeçam a participação plena e efetiva do indivíduo perante a sociedade. As barreiras não podem, portanto, ser estipuladas previamente, afinal elas passam a existir quando da interação com a deficiência.

É o modo como a sociedade se organiza o responsável por produzir a deficiência no corpo. As deficiências são geradas por fatores socioambientais, que ainda hoje valorizam e priorizam os corpos sem deficiência (SANTOS, 2010, p.82).

A convenção inova nesse sentido pois reconhece de forma explícita de que o meio ambiente econômico e social pode ser causa ou fator de agravamento da deficiência.

A noção atual de quem é pessoa com deficiência, nos termos da Convenção, passa a levar em conta que a deficiência é um dado social e não médico. O foco não é a deficiência, mas a pessoa com a deficiência e sua real capacidade de ser o agente ativo

de suas escolhas, decisões e determinações sobre sua própria vida (FARIAS, 2016, p. 23).

Os oito princípios adotados pela Carta irão repercutir por toda convenção, inaugurando direitos tanto de vertente repressiva – com normas proibitivas de discriminação – como também de vertente promocional - enunciando o dever do Estado em adotar medidas necessárias a acelerar ou a alcançar a igualdade de fato das pessoas com deficiência (PIOVESAN, 2012, p. 60).

Essas novas abordagens jurídicas trazem a concepção de que a deficiência não é matéria de responsabilidade individual, mas de justiça social (SANTOS, 2010, p. 89), resultando no dever de esforço da comunidade e do Estado para garantir direitos basilares às pessoas com deficiência.

Os princípios mencionados passam a orientar os direitos que se seguem na CIDPD, mas também passam a ser instrumentos hermenêuticos na aplicação da norma, princípios norteadores na criação de políticas públicas e indicativos orientadores do tratamento que se deve dar as pessoas com deficiência no âmbito social.

Não são apenas princípios vazios, mas possuem conteúdo normativo que merece ser debruçado e debatido para melhor compreensão de todos os outros institutos que permeiam os direitos das pessoas com deficiência.

### **3 I AUTONOMIA, DIGNIDADE E ACESSIBILIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

A partir de um exame do sistema jurídico ao redor do mundo é possível depreender que se existe um grupo de pessoas consideradas como inaptas para gerir suas próprias vidas é o das pessoas com deficiência (DHANDA, 2008, p. 47).

O CIDPD rompe mais esse paradigma a partir de duas frentes: a reafirmação da identidade legal das pessoas com deficiência e o reconhecimento da capacidade dessas pessoas em gerir sua própria vida (DHANDA, 2008, p. 47).

A principal ideia é a do abandono da independência e a adoção da interdependência. Capacidade e apoio passam a andar juntos. A pessoa com deficiência pode ser plenamente capaz e, ainda sim, necessitar de apoio para exercer essa capacidade. A interdependência permite a coexistência da autonomia do indivíduo e do apoio necessário, dando espaço às pessoas com deficiência para inclusão da vida social em todos os seus meandros (DHANDA, 2008, p. 48).

As pessoas com deficiência, pelas debilidades que sofrem em decorrência de barreiras sociais e atitudinais, precisam de forma mais aberta e direta buscar apoio. Isso não significa uma declaração de incapacidade, mas uma admissão honesta e muitas vezes necessária de que as vezes, em decorrência da deficiência, precisam de apoio para exercer suas atividades e desenvolver suas capacidades (DHANDA, 2008, p. 50). O mesmo acontece com todas as outras pessoas, independentemente da existência de deficiência.

O modelo adotado pela CDPD é emancipatório no sentido de admitir que as pessoas tenham déficit sem ser diminuídas (DHANDA, 2008, p. 50). É um modelo que reconhece a imprescindibilidade de uma coexistência harmoniosa entre todos.

Nesse sentido, o artigo dezenove da CIDPD preconiza a vida independente e a inclusão na comunidade e possibilita à pessoa com deficiência a prática dos atos da vida civil sem maiores constrangimentos e nas medidas de suas possibilidades.

As pessoas com deficiência passam a ser livres para escolher onde morar e com quem morar, além de lhe ser garantido a plena inclusão na comunidade onde vive, gozando de direitos civis, políticos e sociais, como o direito de liberdade de expressão (artigo 21), privacidade (artigo 22), educação (artigo 24), saúde (artigo 25), emprego (artigo 27), além da participação plena e efetiva em uma das posições mais importantes no regime democrático: a participação na vida política e pública (artigo 29) (BRASIL, 2009). Todos esses direitos são garantidos levando em conta as debilidades sociais que as pessoas com deficiência sofrem.

Por outro lado, a CIDPD conceitua a acessibilidade como acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural (BRASIL, 2009).

Assim, a Convenção reafirma um requisito fundamental para a inclusão das pessoas com deficiência: a possibilidade de autonomia. Essa autonomia vai muito além da capacidade de se locomover pelos lugares físicos – algo que é imprescindível por sinal – e inclui os meios de integração com a sociedade pelos instrumentos de informação e de comunicação.

Autonomia, dignidade e acessibilidade estão intimamente interligados. Só se conquista a autonomia quando é possível gozar do direito de livre circulação e acesso aos espaços públicos e comunicacionais e, somente com isso, é possível considerar minimamente a dignidade da pessoa com deficiência.

Quando falamos dos avanços humanos conquistados com a implementação de um sistema jurídico de proteção as pessoas com deficiência, não nos alienamos da realidade de muitos que sofrem cotidianamente com discriminação, privação de liberdade e afrontas a sua dignidade humana.

A compreensão da intercomunicação entre os três princípios e a percepção da impossibilidade de se infringir um deles sem que os demais sejam afetados pode vir a ser o primeiro passo para a mudança de consciência social e da forma com que se trata a mobilidade, a dignidade e a autonomia das pessoas com deficiência. A compreensão e a utilização conjunta dos princípios permitem uma abordagem inclusiva e humana na causa das pessoas com deficiência.

## 4 I INCLUSÃO, NÃO DISCRIMINAÇÃO E IGUALDADE DE OPORTUNIDADES

Na busca pela igualdade de tratamento a CIDPD reafirma diversos direitos com o intuito de confirmar a paridade entre as pessoas com deficiência e os demais. Exemplo disso é o reconhecimento ao direito à vida em igualdade com os demais seres humanos, afastando qualquer crença de que a vida de um é menos importante que a do outro. A diferença por deficiência potencializa a riqueza e diversidade humana, não se trata de um déficit a ser eliminado.

A CIDPD por meio da não discriminação busca a igualdade. Não se trata de elevar as pessoas com deficiência a um patamar acima das demais pessoas. Ao contrário, a CIDPD garante a mesma igualdade e dignidade que é concedida ao resto da humanidade, considerando, nada obstante, o direito de um ajustamento razoável da sua diferença com o intuito de obter sua inclusão na sociedade (DHANDA, 2008, p. 47).

Sasaki conceitua inclusão social como o processo pelo qual a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com necessidades especiais e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade. Trata-se de um processo bilateral em que as pessoas excluídas e a sociedade buscam equacionar problemas e propor soluções (SASSAKI, 1997, p. 33).

Todo o CIDPD contempla um esforço para garantir o mesmo e o diferente. O mesmo que se espera de todas as outras pessoas e, ainda assim, o diferente necessário para a inclusão das pessoas com deficiência.

É com esse pensamento que o artigo 24(3) da CIDPD exige dos Estados que garantam a possibilidade das pessoas com deficiência aprenderem as habilidades necessárias à vida e ao desenvolvimento social, com o intuito de garantir plena e igual participação na educação e como membros da comunidade (garantia do mesmo); enquanto ainda exige que “a educação de pessoas, inclusive crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados às pessoas e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social” (garantia do diferente).

No mesmo lado da igualdade surge o direito fundamental à diferença. Se formos colocar o direito da igualdade em planos, poderíamos separá-lo em igualdade formal (reduzida na fórmula todos somos iguais perante a lei); 2) igualdade material (aquela que busca uma igualdade efetiva, no plano real, seguindo determinados critérios de justiça) e 3) a igualdade material correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (PIOVESAN, 2012, p. 48).

Boa ventura dos Santos (SANTOS, 2003, p. 56) e Nancy Fraser (FRASER, 2000, p. 55-56), seguem a mesma linha. A realização da igualdade e da justiça só podem ser efetivadas mediante o reconhecimento da identidade e da redistribuição de oportunidades.

O combate à discriminação é necessário para implementação do direito a igualdade,

mas insuficiente. Além disso, é preciso a elaboração de políticas compensatórias que acelere a igualdade enquanto processo. Para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, através de uma legislação repressiva, mas também são fundamentais estratégias de promoção capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis (PIOVESAN, 2012, p. 57).

A Convenção, em seu artigo segundo, se preocupa com a definição de alguns conceitos. Quanto a discriminação, o artigo irá dispor:

Discriminação por motivo de deficiência significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável (BRASIL, 2009)

Nesse ponto, a convenção repreende tanto a intenção de excluir, diferenciar ou restringir direitos, quanto a constatação objetiva de que tal se opere na sociedade (FONSECA, 2012, p. 34).

Também o artigo 24 da CIDPD assegura o direito das pessoas com deficiência à educação. Tal direito deverá ser exercido em igualdade de condições e sem discriminação com as demais pessoas, garantindo sua participação social na comunidade inserida (garantia do mesmo).

Enquanto no mesmo artigo a convenção também impõe ao Estado o dever de assegurar as condições necessárias para que a deficiência não seja um impeditivo de acesso aos estudos de crianças, jovens e adultos com deficiência (garantia do diferente).

Para tanto, todo tipo de adaptação razoável poderá ser realizado (artigo 24.2, c) pontuando-se alguns exemplos como o uso do braille, da língua de sinais, escrita e comunicação alternativa e outros.

Por sua vez, o artigo dezenove da CIDPD reconhece o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas (garantia do mesmo), exigindo que os Estados Partes tomem medidas no sentido de facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade (garantia do diferente) (BRASIL, 2009).

Com isso temos que a concretização dos direitos postos na Convenção estão ligados a criação de condições, adaptações, instrumentos e atitudes que viabilizem a autonomia das pessoas com deficiência e sua participação na comunidade (GUEDES, 2012, p. 91).

Como os demais princípios da convenção, a não discriminação a inclusão e a igualdade de oportunidade possuem uma intercomunicação que é essencial para sua efetivação. A garantia do mesmo busca fomentar a compreensão de que pessoas com ou sem deficiência não possuem diferenças em suas naturezas, ambos devem ter a

possibilidade de usufruir dos direitos fundamentais de um regime democrático, enquanto a garantia do diferente busca equalizar as oportunidades entre os indivíduos, considerando as dificuldades e barreiras sociais que são impostas às pessoas com deficiência. Ambos possuem a finalidade da inclusão.

## 5 | CONCLUSÕES

A legislação brasileira possui uma capacidade de transformação social por meio da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que entra no sistema jurídico interno com força de norma constitucional.

Abandona-se a concepção biomédica, que observa a deficiência como uma doença a ser tratada. Adota-se a concepção social, que admite os fatores socioambientais como geradores e potencializadores das deficiências humanas.

A Convenção em destaque faz parte de um movimento internacional de proteção a grupos vulneráveis e do movimento histórico de conhecimento e humanização da deficiência.

A CIDPD por meio de seus dispositivos busca superar a história de exclusão e preconceito vivida pelas pessoas com deficiência e busca traçar diretrizes de condições necessárias para o desenvolvimento da dignidade humana desse grupo e o acesso a direitos fundamentais.

São oito os princípios que norteiam a Convenção. O trabalho tratou do princípio da autonomia, da dignidade e da acessibilidade das pessoas com deficiência, concluindo pela interdependência dos princípios. Além de se voltar ao princípio da inclusão, não discriminação e igualdade de oportunidades, concluindo pela intenção da Convenção em garantir a igualdade, com o direito de um ajustamento razoável, objetivando, assim, a inclusão social das pessoas com deficiência.

É possível concluir que quando deixamos de tratar as deficiências como anomalias a serem curadas e deslocamos o problema para uma questão social, isto é, da capacidade de inclusão das pessoas com deficiências, contribuimos, sobremaneira, para a melhoria na qualidade de vida e bem-estar desse grupo.

A compreensão de que a “normalização” da vida da pessoa com deficiência se baseava na modificação da própria pessoa, como premissa para seu ingresso na sociedade, foi trocada pelo entendimento de que é o ambiente psicossocial e físico em que vive a pessoa com deficiência que possui barreiras, sendo imprescindível as suas remoções para garantida da dignidade dessa pessoa.

O Direito é, por certo, uma das frentes de batalha das pessoas com deficiência vez que se trata de uma das principais ferramentas aptas a provocar alteração do quadro social. Com a Convenção, ganha-se um instrumento que pode se mostrar importante na busca de políticas públicas e consciência social que transforme o ambiente muitas vezes

não favorável à inserção social das pessoas com deficiência.

Ainda assim, os avanços são modestos se comparados aos desafios de fato impostos a esse grupo: educação e trabalho, barreiras arquitetônicas, transporte público e tantas outras necessidades cujos obstáculos fáticos não condizem com o avanço jurídico interno atual.

A CIDPD é imprescindível para ratificar os direitos já existentes em cartas gerais de direitos humanos e especificar o diferente-necessário para as pessoas com deficiência, reconhecer a autonomia com apoio e tornar a deficiência como parte da experiência humana. O estudo dos princípios que norteiam a convenção é importante no sentido de que pode contribuir para normatizações futuras e servir de critério interpretativo no presente.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html).

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm).

CAIADO, Kátia Regina Moreno. Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência: destaques para o debate sobre a educação. **Revista Educação Especial**, Santa Maria, v. 22, n. 35, p. 329-338, set./dez. 2009. Disponível em: <http://www.ufsm.br/revistaeducacaoespecial>. Acesso em: 10 jul. 2020.

DHANDA, Amita. Construindo um novo léxico dos direitos humanos: convenção sobre os direitos das pessoas com deficiências. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, [S.L.], v. 5, n. 8, p. 42-59, jun. 2008. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s1806-64452008000100003>.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das Pessoas com Deficiência**. Rio de Janeiro: WVA 2004

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo** I Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto. 2. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O Novo Conceito Constitucional de Pessoa com Deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença *et al* (org.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 26-44.

FRASER, Nancy, Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia, in: **Unesco, Informe Mundial sobre la Cultura, 2000-2001**;

GUEDES, Denyse Moreira. A Importância da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como Norma em nossa Carta Magna. **Leopoldianum**, Sem Cidade, n. 104/105/106, p. 85-98, jan. 2012. Disponível em: <http://periodicos.unisantos.br/leopoldianum/article/view/465>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MACIEL, Maria Regina Cazzaniga. Portadores de deficiência: a questão da inclusão social. **São Paulo em Perspectiva**, [S.L.], v. 14, n. 2, p. 51-56, jun. 2000. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-88392000000200008>.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Inclusão de pessoas com deficiência é dever do Estado. **Conjur**, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-dez-19/roberto-nogueira-inclusao-pessoas-deficiencia-dever-estado#:~:text=A%20inclus%C3%A3o%20emancipat%C3%B3ria%20das%20pessoas,pa%C3%ADses%20perif%C3%A9ricos%20como%20o%20Brasil>. Acesso em: 10 jun. 2020.

PALUMBO, Livia Pelli. A Efetivação dos Direitos das Pessoas com Deficiência pelos Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos: sistema americano europeu. **Revista Associada À Associação Brasileira de Editores Científicos (Abec)**, v. 1, n. 2, p. 114-135, jul. 2012. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/9/pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, Alcance e Impactos. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (org.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 45-69.

SANTOS, Boaventura de Souza, Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural**, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003

SANTOS, Wederson Rufino dos. Assistência social e deficiência no Brasil: o reflexo do debate internacional dos direitos das pessoas com deficiência. **Serviço Social em Revista**, [S.L.], v. 13, n. 1, p. 80-101, 15 jul. 2010. Universidade Estadual de Londrina. <http://dx.doi.org/10.5433/1679-4842.2010v13n1p80>.

SASSAKI, Romeu Kazumi, 1938 – **Inclusão! Construindo uma sociedade para todos**. Romeu Kazumi Sasaki. - Rio de Janeiro: WVA, 1997. Rio de Janeiro



# CAPÍTULO 8

## O SISTEMA DE GARANTIA DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E OS DESAFIOS À PROTEÇÃO INTEGRAL

*Data de aceite:* 25/03/2021

*Data de submissão:* 08/03/2021

**Amanda de Souza Rodrigues**

Universidade Federal do Piauí  
<https://orcid.org/0000-0003-3725-7953>

**Edna Maria Goulart Joazeiro**

Universidade Federal do Piauí  
<https://orcid.org/0000-0003-1998-4532>

**RESUMO:** O presente capítulo busca apresentar as conquistas históricas dos direitos de crianças e adolescentes no Brasil, evidenciando que essas mudanças ocorreram de forma lenta e gradual até a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Diante desses avanços, esse segmento da população alcançou o status de sujeito de direito e passou a prevalecer a teoria da proteção integral que estabeleceu a tríplice responsabilidade compartilhada entre família, sociedade e Estado. Instituiu-se a perspectiva de um Sistema de Garantia de Direitos em que órgãos lidam com crianças em situação de risco ou vulnerabilidade e devem agir de maneira organizada e intersetorial com outras políticas para garantir àquela criança uma efetiva proteção. Contudo, o que se observa é uma dificuldade na efetivação dos direitos garantidos em lei e alguns obstáculos que inviabilizam a atuação conjunta e integrada desses órgãos, em virtude da prevalência de princípios neoliberais, que se opõem ao paradigma da proteção integral

à infância no país.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos da criança; Intersetorialidade; Proteção Integral.

### THE CHILD AND ADOLESCENT'S RIGHTS GUARANTEE SYSTEM AND CHALLENGES TO INTEGRAL PROTECTION

**ABSTRACT:** This chapter seeks to present the historical achievements of the rights of children and adolescents in Brazil, showing that these changes occurred slowly and gradually until the promulgation of the 1988 Federal Constitution and the Child and Adolescent Statute. In view of these advances, this segment of the population reached the status of subject of law and the theory of comprehensive protection prevailed, which established the triple responsibility shared between family, society and the State. The perspective of a Rights Guarantee System was instituted in which bodies deal with children at risk or vulnerability and must act in an organized and intersectoral manner with other policies to guarantee that child effective protection. However, what is observed is a difficulty in the realization of the rights guaranteed by law and obstacles that prevent the joint and integrated performance of these bodies due to the prevalence of neoliberal principles, which is opposed to the paradigm of comprehensive child protection in the country.

**KEYWORDS:** Rights of the child; Intersetoriality; Comprehensive Protection.

## INTRODUÇÃO

Com base na análise histórica do arcabouço conceitual e legal da proteção à Infância e Adolescência no Brasil, esse estudo busca analisar os desafios da efetivação à proteção integral de crianças e adolescentes sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro.

Após uma longa história que culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.069/1990, crianças e adolescentes passaram a ser visto como sujeitos de direitos, de modo que o Estado, a família e a sociedade passaram a possuir responsabilidade conjunta pelo cuidado dessas pessoas em situação peculiar de desenvolvimento (RIZINNI, 2011; VOGEL, 2011, BAPTISTA, 2012; SALES, 2010).

As mudanças legais viabilizaram a perspectiva de um Sistema de Garantia de Direitos (SGD) em que diferentes órgãos, de acordo com Baptista (2012), não atuariam na política setorial apartada, mas sim na perspectiva de integralidade da ação, que deveria relacionar intersetorialmente todas as políticas públicas, incluindo nesse sistema o campo da administração da justiça e das políticas de atendimento com o intuito de garantir a proteção integral de crianças e adolescentes. Porém, a eficácia do Sistema de Garantia de Direitos na efetivação da proteção integral ainda passa por desafios relacionados à garantia do direito já existente.

Em razão disso, buscar-se-á, no presente trabalho esclarecer os princípios, legislações e doutrinas que respaldam o Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente (SGDCA), a fim de observar a perspectiva da atuação intersetorial dos órgãos que o compõem e os obstáculos para a efetivação da proteção integral de crianças e adolescentes. Para tanto, fez-se uso do método dialético, utilizando, principalmente, literatura especializada, legislações e documentos acerca do tema que contribuíram para análise deste objeto.

## PROTEÇÃO À INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA NO BRASIL: UM PROCESSO LENTO

Desde o período colonial, Melim (2012, p.168) analisa que “toda prática assistencial voltada para crianças pobres se pautava no trabalho”. Acrescenta que os pequenos escravos, desde muito cedo, passavam a servir aos seus senhores, as crianças abandonadas recebiam “proteção das Santas Casas de Misericórdia até os sete anos de idade e depois eram entregues para o trabalho”, já as crianças órfãs eram destinadas aos asilos, onde deveriam desenvolver o sentimento de amor ao trabalho. Para as famílias menos abastadas, quanto maior a quantidade de filhos, maior seria o número de trabalhadores braçais e, portanto, maior seria a possibilidade de sobrevivência. (RIZZINI, PILOTTI, 2011).

Lima, Poli e José (2017) afirmam que, em regra, a criança se diferenciava do adulto apenas em relação ao tamanho e a força para o trabalho, não se observava uma distinção entre as etapas da infância, juventude e fase adulta. Portanto, “não havia um critério a

ser seguido como o desenvolvimento biológico, o cronológico de idade e, muito menos, o psicológico para determinar o início e o fim das fases da vida” (op. cit., p. 318).

Assim, em que pese a industrialização do Brasil tenha ocorrido tardiamente, no século XX, a figura da criança era vista como uma futura mão de obra para a indústria, e a capacidade de trabalho apresentou-se como o único bem da população pobre. Melim (2012) afirma que, desde cedo era preciso inculcar a disciplina do trabalho nesse público, objetivando a proteção da sociedade contra futuros delinquentes ociosos.

A primeira constituição brasileira foi a Constituição Imperial de 1824 que estabelecia um regime monárquico e não previa a perspectiva de sujeito de direitos<sup>1</sup> a crianças, mulheres ou escravos. Nas primeiras normatizações, existiam duas infâncias juridicamente distintas em razão da classe social e econômica, uma visão ambivalente da criança em perigo e da criança perigosa (ZAPATER, 2019).

Nessa época, a institucionalização de crianças ocorria por meio da roda dos expostos que teve origem na Idade Média tendo sido adotada em diversos países, inclusive no Brasil. Elas eram instaladas nas Santas Casas de Misericórdia, sendo que essa modalidade sobreviveu a três grandes regimes da história do Brasil, segundo Marcílio (1997), a referida instituição foi criada no período colonial, multiplicou-se no período imperial e se manteve durante a República, sendo extinta, tão somente na década de 1950.

Em 1889, um golpe militar encerrou o período imperial brasileiro e uma nova Constituição foi outorgada em 1891. Zapater (2019, p.671), a referida Constituição não fez nenhuma referência à infância, mas o cenário socioeconômico do país naquela época demandava a criação de normas voltadas às populações economicamente vulneráveis, o que contribuiu para campanhas contra “menores arruaceiros”.

Considerando essa problemática, na passagem do século XIX para o século XX, juristas e médicos, apoiados em ideias higienistas, passaram a instituir e gerir intervenções de caráter preventivo e corretivo, tendo em vista que era necessário tanto erradicar o perigo potencial que representavam as crianças quanto transformá-los em sujeitos úteis e produtivos para o país que se desenvolvia.

Foi nessa lógica, portanto, que se justificou a criação de medidas jurídico sociais que culminaram com a promulgação, em 1927, da primeira lei especificamente voltada para a população infantojuvenil: o Código de Menores Mello Mattos. As intervenções do código não abarcavam toda a população infantojuvenil, eram destinadas à infância qualificada como em situação irregular, pobre, abandonada e delinquente (MAURO, 2011).

Rizzini (2011) afirma que, nesse período, houve uma judicialização da infância, decorrendo daí a popularização do termo “menor”, tendo sido essa expressão incorporada pela sociedade, assumindo uma conotação estigmatizante. Ressalte-se que o Código de 1927, dentre outras medidas, proibiu expressamente a permanência de menores nas vias

<sup>1</sup> Maria Helena Diniz explica: “sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial”. Curso de Direito Civil Brasileiro, p. 115-116.

públicas, legitimando, assim, o objetivo de manter a ordem almejada, zelando pela infância abandonada e criminoso.

Rizzini (2011) ressalta que, somente nos anos 40, o governo inaugurou uma política mais nítida de atendimento à infância pobre, criando órgãos federais responsáveis por planejar e gerir as ações para esse segmento de população. A política para a infância passou a ser centralizada na esfera federal de governo, surgiu, nesse período, o Serviço de Atendimento ao Menor (SAM), que passou a ser responsável pela orientação e sistematização dos serviços assistenciais e correspondia a um órgão do Ministério da Justiça que funcionava como equivalência do sistema penitenciário para a população menor de idade.

Durante o governo militar dois documentos marcaram significativamente as políticas sociais vigentes à época: a lei 4.513 de 01 de dezembro de 1964, que criou a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM) e o Código de menores de 1979 (Lei 6.697 de 10/10/79).

Para Hechler (2015), tanto a FUNABEM quanto o Código de Menores de 1979 não romperam com a linha de arbitrariedade, assistencialismo e repressão com que vinham, até então, sendo tratadas crianças e adolescentes. O que se observava era uma ilimitada concentração na autoridade judiciária de poder na tomada de decisões em relação ao tratamento e destino dessa população.

A adoção dessas perspectivas construiu uma visão estigmatizada para crianças e adolescentes pobres e dava subsídios para a afirmação de uma ideia elitista que forjava uma relação indissociável e natural entre a pobreza e a criminalidade. Faleiros (2004, p. 9) destaca que “em oposição à doutrina da situação irregular foram se desenvolvendo concepções e movimentos que colocavam a criança como sujeito de direitos, de acordo com a doutrina da proteção integral”.

Após a Segunda Guerra Mundial, Lima, Poli e José (2017) prelecionam que:

[...] tornou-se imprescindível a formalização de determinados princípios e a garantia de sua inviolabilidade para preservação dos direitos do indivíduo. Daí a criança e o adolescente passaram gradativamente a receber, ainda que de forma incompleta, alguma proteção do Estado. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (10 de dezembro de 1948), a dignidade passa a ser reconhecida em seu preâmbulo como elemento intrínseco a todos os membros da família humana, assegurando para todos os integrantes desta, direitos iguais e inalienáveis, além de irradiar a liberdade, a justiça e a paz no mundo (LIMA et al., p. 322).

A mudança do olhar relacionado às crianças e aos adolescentes ocorreu no Brasil, no final da década de 1980 (VOGEL, 2011; SALES, 2010) com o fim da ditadura militar e um grande movimento envolvendo a sociedade civil organizada na mobilização pelo reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente como reflexo de um movimento internacional. O momento político e o desejo de mudança, após as limitações de direitos

civis e políticos exercidos no período da ditadura militar, proporcionaram oportunidade e cenário favorável para a garantia formal e material dos direitos humanos em seara constitucional.

No que se refere especificamente à área da infância e adolescência, Lima (2015) ressalta que o cenário do final século XX conviveu com movimentos sociais de grande expressão, dentre eles, o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua e a Pastoral da Criança, esta vinculada à Igreja Católica. Outros movimentos de crianças surgiram e constituíram-se em um movimento forte, consubstanciado no Movimento Criança Constituinte com relevante expressão durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte no ano de 1987.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a vigorar a teoria da proteção integral, artigo 227 da Carta Magna, que estabeleceu a tríplice responsabilidade compartilhada entre família, sociedade e Estado, reconhecendo igualmente crianças e adolescentes como sujeitos de direitos em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento que necessitam de direitos assegurados com prioridade absoluta.

Sob esses fundamentos, Custódio e Kuhl (2018) afirmam que houve, no âmbito do direito da criança e do adolescente, um reordenamento jurídico, político e institucional sobre todos os planos, programas, projetos, ações e atitudes por parte do Estado, com expressiva colaboração da sociedade civil.

Após, com o advento da Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, mudanças significativas ocorreram no tocante à expressa participação da sociedade civil na efetivação dos direitos desse público. Incorporando conceitos constitucionais, o referido Estatuto criou instrumentos para que a sociedade, aliada a outros atores como o Judiciário, pudessem dividir a responsabilidade na criação e exigir do Estado a execução de políticas que garantissem direitos a crianças e adolescentes.

Desta feita, com o ECA e com a Constituição de 1988, uma nova estrutura de assistência ao público infantojuvenil foi instituída, qual seja, a ideia de um Sistema de Garantia de Direitos em que diversos órgãos deveriam atuar de forma articulada e integrada na defesa dos direitos dessa parcela da população.

Todavia, Baptista (2012) ressalta que, embora não falte meios jurídicos, a concretização desses direitos enfrenta obstáculos e a sociedade pugna pela implementação eficaz dessas garantias. O que se nota é que apesar da existência de direitos expressos na legislação brasileira, o acesso a eles não é assegurado a todos. Bobbio (2004, p. 17) afirma que, mais importante do que enumerar ou fundamentar direitos, é descobrir “qual o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.

Para Monfredini (2013) a questão relevante é como assegurar direitos numa sociedade, em que a violência e suas derivações geram situações complexas decorrentes da realidade social, como os altos índices de trabalho infantil, de exploração sexual de

adolescentes, de abusos, negligência e discriminação. Assim, o arcabouço legal em prol do público infantojuvenil mudou e trouxe a ideia de proteção integral e absoluta prioridade, contudo, “(...) as mudanças desejadas ainda estão se processando e não estão totalmente contempladas” (op. cit, p. 58).

## **O SISTEMA DE GARANTIA DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E OS DESAFIOS À PROTEÇÃO INTEGRAL**

A ideia da estruturação de um Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente – SGDCA foi explicitada por Wanderlino Nogueira Neto, no III Encontro Nacional de Centros de Defesa, realizado em Recife em 1992. A organização do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente não foi regulamentada por lei específica, no entanto, em 2006, passou a ser regulado pela Resolução nº 113 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA).

A Resolução nº 113 o define:

Art. 1º O Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil na aplicação dos instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual Distrital e Municipal (CONANDA, 2006).

Como se apreende o Sistema de Garantia de Direitos é composto por órgãos e instituições que atuam de forma direta ou indireta no atendimento, promoção e defesa aos direitos de crianças e adolescentes. Exemplo disso são os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, os órgãos que compõem o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Conselho Tutelar e os demais órgãos de atendimento na área da saúde, educação, assistência social, segurança pública, dentre outros.

Ao abordar os eixos estratégicos do Sistema de Garantia de Direitos instituídos pela Resolução nº 113 do CONANDA: promoção, defesa e controle da efetivação dos direitos, Baptista (2012) dispõe que o **eixo de promoção dos direitos** se situa no campo da formulação e operação das políticas sociais, onde são criadas as condições materiais para que a liberdade, a integridade e a dignidade sejam respeitadas e as necessidades básicas atendidas. Neste eixo, trabalham os órgãos que executam as políticas públicas nas áreas da educação, saúde, assistência social, por exemplo.

O **eixo da defesa** caracteriza-se por ser a via do acesso à justiça, ou seja, de acesso às instâncias públicas e aos mecanismos jurídicos de proteção legal dos direitos humanos instituídos, tendo por responsabilidade assegurar, em concreto, a sua imposição e exigibilidade. Esse eixo formado pelo Judiciário, Ministério Público, Secretarias de Justiça, Conselhos Tutelares e órgãos de defesa da cidadania, visa assegurar o cumprimento e a exigibilidade dos direitos estabelecidos na legislação, responsabilizando de maneira

judicial, administrativa ou social as famílias, o poder público e ou a própria sociedade pela violação destes (AQUINO, 2004).

Já o **terceiro eixo, o de controle**, é campo preferencial e peculiar da sociedade civil organizada para o exercício desse controle, principalmente por meio de instâncias não institucionais de articulação e de construção de alianças entre organizações sociais. É composto pelos organismos da sociedade civil representados nos fóruns de direitos e outras instâncias não-governamentais, assim como os conselhos de direitos e de políticas setoriais (AQUINO, 2004).

Assegurar a efetivação dos direitos integralmente (civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, coletivos e difusos) se faz pelos caminhos dos eixos citados, estruturados pelo princípio da intersetorialidade e da articulação de todos os operadores integrantes do Sistema de Garantia de Direitos desenhado no ECA. Assim, Baptista (2012) ressalta a importância de analisar a perspectiva transversal do Sistema de Garantia de Direitos e a necessidade da sua articulação intersetorial.

Ao tratar da Intersetorialidade, PEREIRA (2014) preleciona que se trata de uma superação da setorialidade das políticas sociais, conforme observa-se:

[...] embora a intersetorialidade seja identificada como transcendência do escopo "setorial", essa transcendência geralmente se traduz como articulação de saberes e experiências, inclusive no ciclo vital da política, que compreende procedimentos gerenciais dos poderes públicos em resposta a assuntos de interesses do cidadão. Por outro lado, ao ser, a intersetorialidade, considerada um rompimento da tradição fragmentada da política social, que a divide em "setores", admite-se que ela propicie mudanças de fundo; isto é, mudanças nos conceitos, valores, culturas, institucionalidades, ações e formas de prestação de serviços, além de inaugurar um novo tipo de relação entre Estado e cidadão (PEREIRA, 2014, p. 26),

Ao definir as competências do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente, o artigo 2º, da Resolução nº 113 do CONANDA ressalta a responsabilidade de todos os atores que o integram, que devem partilhar desse conjunto de competências de forma a garantir à criança e ao adolescente a condição de sujeito de direitos, bem como a efetiva proteção integral.

Assim, o próprio Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente precisa ter em seu bojo o horizonte do trabalho em rede, já que:

As interfaces podem ocorrer entre todos os operadores do sistema, bem como entre alguns dos eixos, dependendo da demanda e do caso específico. Quando há uma situação de abuso sexual, por exemplo, os órgãos de defesa dos direitos atuam em conjunto e fazem a interlocução com o eixo da promoção dos direitos, no encaminhamento para os serviços de acompanhamento. Serviços derivados das políticas públicas sociais que, neste caso, são da assistência social, mais precisamente do Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS). Neste sentido, é importante destacar que as políticas sociais também possuem os seus respectivos Sistemas dos quais

derivam os programas e serviços, tais como o Sistema Educacional, o Sistema Único da Saúde (SUS) e o Sistema Único da Assistência Social (SUAS). (MONFREDINI, 2013, p.64)

Desta feita, apesar dessa explícita necessidade de atuação conjunta, dentre os desafios da efetivação da proteção integral, está a própria atuação intersetorial do Sistema de Garantia de Direitos. A rede é movimentada por pessoas, por isso, sua existência vai depender não somente do tipo de gestão das políticas, como também de cada profissional, da disposição para um trabalho conjunto, de interdependência, de reconhecimento da importância do outro, de respeito ao espaço do outro, do compartilhamento do poder, da qualificação continuada, necessita-se da valorização dos sujeitos e do trabalho em conjunto.

Além disso, Farinelli e Pierini (2016) observam que, há uma parcela de crianças e adolescentes que não é percebida como sujeitos de direitos, o que faz necessário rever as formas de realização da proteção social e ressaltar a importância da política pública na redução dos fatores de vulnerabilidade que ameaçam essa população.

Acrescentam os referidos autores, ainda:

Vincula-se, dessa forma, a questão da vulnerabilidade às práticas sociais, presentes na atuação da família, das instituições e da sociedade como um todo. Muitas instituições criadas para protegê-los acabam por desrespeitar e violar seus direitos. O exercício da cidadania infantil perpassa esses elementos, para além da situação social, adentrando as relações que se estabelecem na família, com a vizinhança, nas instituições e nas cidades em que estão inseridos (FARINELLI; PIERINI, 2016, p. 73).

Nessa perspectiva, os supramencionados autores pontuam que a dificuldade na efetivação dos direitos da criança e do adolescente decorre de três elementos: jurídico, político e cultural. O primeiro ocorre pelo desconhecimento dos direitos da criança e do adolescente, bem como dos meios cabíveis de acesso à justiça para exigí-los. O segundo, em razão da ausência de políticas públicas e recursos para a implementação desses direitos e, por fim, o cultural, devido a não percepção da sociedade de que crianças e adolescentes são sujeito de direitos.

As políticas públicas<sup>2</sup> nessa temática são imprescindíveis para dar efetividade às garantias, a sua função baseia-se na redução dos fatores de vulnerabilidade que ameaçam a saúde social e o bem-estar dessa população.

No Brasil, a participação direta na formulação de políticas públicas está prevista na Constituição de 1988, que, por sua vez, será exercida mediante a possibilidade conferida pelo constituinte originário de forma descentralizada nos três níveis de governo.

2 Ao abordar política pública, Di Giovanni (2009, p. 1-2) aponta: "Tal conceito vai além da ideia de que uma política pública é simplesmente uma intervenção do Estado numa situação social considerada problemática. Mais do que isso, penso a política pública como uma forma contemporânea de exercício do poder nas sociedades democráticas, resultante de uma complexa interação entre Estado e sociedade, entendida aqui num sentido amplo, que inclui as relações sociais travadas também no campo da economia. Penso, também, que é exatamente nessa interação que se definem as situações sociais consideradas problemáticas, bem como as formas, os conteúdos, os meios, os sentidos e as modalidades de intervenção estatal"



No âmbito do Sistema de Garantia de Direitos, a gestão compartilhada entre governo e sociedade ocorre no âmbito dos Conselhos de Direitos que possuem como característica a formulação de políticas públicas e a fiscalização das ações governamentais, permitindo tanto a escolha de seus membros quanto a autonomia em relação a tomada de decisões (CUSTÓDIO, MARTINS, 2020a).

A previsão de que a composição do Conselho em igual número de representantes do poder público e da sociedade civil, ou seja, a paridade, foi uma imposição legal. Tendo em vista que, por meio dela, pode-se exigir a construção de uma cultura de solidariedade que é pressuposto da igualdade das relações institucionais, já que os Conselhos devem ser espaços democráticos de decisão e participação social na formulação de políticas públicas (CUSTÓDIO; MARTINS, 2020a).

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) foi criado por meio da Lei 8.242, em 12 de outubro de 1991, contudo, durante esses quase trinta anos de existência, Silva (2020) analisa que os Conselhos de Direitos de modo geral passaram por grandes dificuldades, já que a dependência do apoio administrativo do Executivo afeta as condições de funcionamento dessas instituições.

Contudo, desde 2018, com o atual governo do Presidente Jair Messias Bolsonaro, observa-se um desmonte das instituições participativas e o seu consequente esvaziamento e enfraquecimento, pautado “no autoritarismo, fomentando uma cultura política de morte que não acredita na necessidade de um terreno comum e compartilhável para a disputa política” (SILVA; ARAÚJO, 2020, p. 119)

Exemplo disso, é o Decreto Presidencial nº 10.003, de 04 de dezembro de 2019 que evidenciou o risco ao qual estão sujeitos os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente. Com o referido decreto, o atual presidente cassou os mandatos dos conselheiros legitimamente eleitos no CONANDA para a gestão 2019-2020 e anunciou um novo modelo de Conselho em que não existiria paridade, sendo o governo o responsável por escolher as instituições da sociedade civil que integrariam o referido órgão.

Contudo, em 19 de dezembro de 2019, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, proferiu decisão liminar nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 622 e suspendeu parcialmente o decreto presidencial, determinando o reestabelecimento: do mandato dos antigos conselheiros até o seu termo final; da eleição dos representantes das entidades da sociedade civil em assembleia específica, disciplinada pelo Regimento Interno do Conanda; da realização de reuniões mensais pelo órgão; do custeio do deslocamento dos conselheiros que não residem no Distrito Federal; da eleição do Presidente do Conanda por seus pares, na forma prevista em seu Regimento Interno.

Tal decisão foi ratificada, por maioria, após sessão de julgamento do plenário do referido Tribunal Superior encerrada em 26 de fevereiro de 2021. E, na oportunidade foi declarada a inconstitucionalidade dos artigos 79, 80, caput e § 3º, e 81 do Decreto nº

9.579/2018, com a redação dada pelo Decreto nº 10.003/2019 e do art. 2º do Decreto nº 10.003/2019.

Apesar do movimento contrário do atual governo, o empoderamento dos Conselhos de Direitos, de acordo com Farinelli e Pierini (2016), é imprescindível para o aprimoramento do Sistema de Garantia de Direitos da Criança do Adolescente. Tendo em vista que eles “devem ser capazes de instaurar processos permanentes, qualificados, participativos e transparentes, em cada localidade, de diagnóstico e definição de prioridades” (op. cit, p. 76). Custódio e Martins (2020b) observam que esses diagnósticos viabilizariam a visibilidade das várias formas de exploração e exclusão social que são obstáculos evidentes à consolidação das políticas públicas de atendimento.

Como sugestão para alcançar o princípio fundamental e orientador do Sistema de Garantia de Direitos que é a proteção integral, Custódio e Martins (2020b) indicam a necessidade de planos de capacitação e formação continuada dos operados do referido Sistema e da rede de atendimento; o fortalecimento dos Fundos da Criança e do Adolescente; a qualificação das relações com o Conselho Tutelar e as entidades e programas de atendimento e a movimentação da sociedade “para a preservação e garantia dos direitos já assegurados que constantemente sofrem o risco de retrocesso dado o perfil conservador e autoritário dos administradores públicos e parlamentares brasileiros” (op. cit, p. 76)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao observar a história da legislação brasileira em relação a criança e ao adolescente, nota-se um denso aparato que regulamenta os direitos desse público e deveres do Estado, da família e da sociedade. Todavia, em que pese as garantias legais, é necessário superar a ideia de que ações que visam a garantia de direitos devem ser localizadas, fragmentadas, sem compor um objeto comum.

Oportunamente, é imprescindível compreender a necessidade de uma articulação do Sistema de Garantia de Direitos sob a ótica intersetorial, razão pela qual não é possível dissociar as políticas de educação, assistência social e saúde desta temática. Apesar dos avanços empreendidos no âmbito legislativo com o ECA, o citado estatuto é apenas um dos aspectos necessários para a garantia de direitos. Esses direitos dependem, para sua garantia, de uma ação concreta do Estado e da atuação dos Poderes na execução das políticas públicas que assegurem os direitos conquistados.

## REFERÊNCIAS

VAQUINO, L. M. C. A rede de proteção a crianças e adolescentes, a medida protetora abrigo e o direito à convivência familiar e comunitária: A experiência em nove municípios. In SILVA, E. R. A. (Ed.). **O direito à convivência familiar e comunitária**: Os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil (pp. 325-365). Brasília, DF: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2004.

BAPTISTA, M. V. Algumas reflexões sobre o sistema de garantia de direitos. **Serviço Social & Sociedade**. nº 109. São Paulo: Scielo, jan.-mar. 2012. Disponível em: Acesso em: 20 nov. 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Presidência da República. 5 de outubro de 1988. Brasília, DF 4.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: Acesso em: 20 jan. 2020.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

CUSTÓDIO, A. V; MARTINS, M. D. P. A atuação dos conselhos de direitos na formulação de políticas públicas para infância. **Conhecimento & Diversidade**, vol. 12, n. 28, p. 86-98, 2020a.

CUSTÓDIO, A. V; MARTINS, M. D. P. O Conselho de Direito da Criança e do Adolescente e as suas atribuições. **Revista da Jornada de Pós-graduação e Pesquisa**, vol. 16, nº 16, p. 239-244, 2020b.

CUSTÓDIO, A.V.; KUHL, F. L. O Papel do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente no Aprimoramento do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente. **Anais do Seminário Internacional em Direitos Humanos e Sociedade**, 2018, n.1. Disponível em < <http://periodicos.unesc.net/AnaisDirH/article/view/4645>> Acesso em: 15 de dezembro de 2020.

DI GIOVANNI, G. Sistema de proteção social: uma introdução conceitual. In: OLIVEIRA, M. A. de (Org.). **Reforma do Estado e políticas de emprego no Brasil**. Campinas-SP: IE/UNICAMP, 1998, p. 9-29.

FALEIROS, V. de P. Infância e Adolescência: trabalhar, punir, educar, assistir, proteger. **Revista Ágora**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p.19, 2004.

FARINELLI, C.C.; PIERINI, A.J. O Sistema de Garantia de Direitos e a Proteção Integral à criança e ao adolescente: uma revisão bibliográfica. **O Social em Questão**. Ano XIX – n. 35, p. 63-86, 2016.

HECHLER, A. D. **Tecendo redes de proteção para crianças e adolescentes**: caminhos e descaminhos na construção da condição de sujeitos de direitos. 2009. 195 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

LIMA, R. M. de; POLI, L. M. P.; JOSÉ, F. A evolução dos Direitos da Criança e do Adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, nº 2, Uniceub, 2017.

MARCILIO, M. L. A roda dos expostos e a criança abandonada no Brasil colonial: 1726-1950. FREITAS, M. C. (Org.). **História Social da Infância no Brasil**. São Paulo: Cortez, 1997.

MAURO, R. G. **Os poderes do Juiz nos Procedimentos Cíveis do Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2011. 154 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

MELIM, J. I. Trajetória da proteção social brasileira à infância e à adolescência nos marcos das relações sociais capitalistas. **Serviço Social & Saúde**, v. 11 n. 2 (2012) 167-184.

MONFREDINI, M. I. **Proteção integral e garantia de direitos da criança e do adolescente**: desafios à intersetorialidade. 2013. 296f. Tese (Doutorado) – Universidade Estadual de Campinas.

PEREIRA, P. A.P. A intersetorialidade das políticas sociais na perspectiva dialética In. MONNERAT G. L, ALMEIDA, N. L. T, SOUZA, R. G. **A intersetorialidade na agenda das políticas sociais**. Campinas (SP): Papel Social, 2014, p. 21-40.

RIZZINI, I; PILOTTI, F. (Orgs.) **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 3ª ed.,. São Paulo: Cortez, 2011.

RIZZINI, I. Crianças e menores: do pátrio poder ao pátrio dever: um histórico da legislação para a infância no Brasil. In RIZZINI, I.; PILOTTI, F. (Orgs.). **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 3ª ed., p. 97-141. São Paulo: Cortez, 2011.

SALES, M. A. Política e direitos de criança e adolescentes: entre o litígio e a tentação do consenso. In: SALES, M. A.; MATOS, M. C; LEAL, M.C (Orgs.) **Política Social, família e juventude**: uma questão de direitos. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SILVA, B. E. B; ARAÚJO, R. P. A. A importância da (re) existência de espaços participativos: um estudo sobre a trajetória das Conferências Nacionais dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Ponto & Vírgula**. Nº 28, p. 111-122, 2020.

SILVA, I. R. S. Participação Popular e controle democrático das Políticas de Infância e Adolescência. In: FÁVERO, E. T; PINI, F. R. O; SILVA, M. L. O (orgs), **ECA e a proteção integral de crianças e adolescentes**. 1 e.d. São Paulo: Cortez, 2020.

VOGEL, A. Do Estado ao Estatuto. Propostas e vicissitudes da política de atendimento à infância e adolescência no Brasil Contemporâneo. In RIZZINI, I.; PILOTTI, F. (Orgs.). **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil (3ª ed., pp. 97-141). São Paulo: Cortez, 2011.

ZAPATER, M. **Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

# CAPÍTULO 9

## DIREITO DO CONSUMIDOR: O USO DE AGROTÓXICOS E SEUS EFEITOS NA RELAÇÃO CONSUMERISTA

*Data de aceite: 25/03/2021*

*Data de submissão: 05/01/2021*

### **Marina Lopes de Moraes**

Universidade Federal do Rio Grande  
Rio Grande - RS  
<http://lattes.cnpq.br/6130354878566673>

### **Filipe Ferreira Delmondes**

Universidade Federal do Rio Grande  
Rio Grande - RS  
<http://lattes.cnpq.br/0157992420405138>

### **Francisco José Soller de Mattos**

Universidade Federal do Rio Grande  
Rio Grande - RS  
<http://lattes.cnpq.br/7395173074469500>

**RESUMO:** O artigo busca correlacionar o crescente uso de agrotóxicos no Brasil e os deveres consumeristas dele decorrentes. Tendo por base a Constituição Federal de 1988, o Código do Consumidor e a Lei nº 7.802/89, a proposta é analisar dados e estudos sobre as possíveis consequências da utilização de pesticidas e demais substâncias bioquímicas sobre a saúde e o meio ambiente, trazendo à tona a imperatividade de efetivar o já consagrado Dever de Informação frente à periculosidade dos compostos utilizados em produtos alimentícios.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito do Consumidor; Agrotóxicos; Dever de Informação.

### CONSUMER PROTECTION: THE AGROCHEMICALS USAGE AND ITS EFFECTS ON CONSUMER RELATIONSHIP

**ABSTRACT:** The article's objective is to link the growing usage of agrochemicals in Brazil and the consumer duties that emerge from it. Based on the 1988's Brazilian Federal Constitution, the Brazilian Consumer Law and the Brazilian Federal Law nº 7.802/89, the intent is to analyse data and researches on the consequences of pesticide use over health and the environment, bringing forward the need to actualize the Information Duties towards the dangerousness of the substances used in food products.

**KEYWORDS:** Consumer Protection; Agrochemicals; Information Duties.

## 1 | INTRODUÇÃO

O uso de agrotóxicos aumentou 21% em 11 anos no país. O tema é debate acalorado atualmente - visto termos ultrapassado a marca de 400 novas liberações de substâncias pelo Ministério da Agricultura apenas durante o ano de 2020, incluindo componentes banidos ou em reavaliação ao redor do mundo. Nesse sentido, nasce a problemática do presente trabalho - uma vez que, ao mesmo tempo, o Estado brasileiro prevê o dever de proteção ao consumidor em seu texto constitucional, assim como o próprio Código de Defesa do Consumidor que, mais do que um apanhado de normas inovadoras, traz um conjunto de diretrizes a serem seguidas

para que o consumidor seja protegido.

Diante disso, o objetivo da presente pesquisa é contribuir para o debate acerca do uso de agrotóxicos nos produtos alimentícios, inspirada por decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que acabou por condenar uma rede de supermercados pelo uso indevido das substâncias, bem como pela inobservância ao dever de informação.

Para tanto, a presente pesquisa utilizou-se majoritariamente de material bibliográfico/documental, com a utilização do método dialético – com vistas a analisar o que preceitua a doutrina, bem como o acórdão do Tribunal de Justiça, a fim de posicionar a discussão no espaço tempo, contribuindo com o entendimento do fenômeno social que envolve a questão da tutela constitucional do consumidor frente ao consumo sustentável dos recursos naturais na contemporaneidade. Ante a natureza da pesquisa, o acesso ao material se deu pela utilização de livros, jurisprudência e artigos disponíveis na internet.

## **2 I AGROTÓXICOS: CONCEITO, CONSEQUÊNCIAS E RISCOS**

Em seu art. 2º, a Lei nº 7.802/89 define agrotóxicos como substâncias químicas ou biológicas utilizadas para inibir ou estimular o desenvolvimento de culturas agrícolas, bem como para eliminar pragas que ameacem as referidas culturas. Em suma, o objetivo final é, majoritariamente, de caráter mercantil: garantir e elevar a produtividade das lavouras, mantendo o abastecimento do mercado e a remuneração do produtor de forma consistente.

Ocorre que, para alcançar o resultado desejado, o uso de pesticidas e demais produtos acaba pondo em cheque outros aspectos da relação de consumo - principal motivo pelo qual a agricultura com utilização desses compostos não é considerada sustentável -, como prejuízos à saúde do destinatário final e dos trabalhadores rurais, assim como às condições ambientais da localidade na qual a cultura agrícola está inserida. Segundo relatório da Organização das Nações Unidas (ONU) em 2017, estima-se que cerca de 200.000 pessoas morrem a cada ano devido a intoxicação aguda causada por substâncias pesticidas - sendo que a maioria desses óbitos ocorre em países emergentes com sistemas de saúde, segurança e proteção ambiental deficitários. Ainda, o mesmo estudo reconhece a relação entre o uso de agrotóxicos e o desenvolvimento de doenças como o câncer, Alzheimer, desequilíbrios hormonais e esterilidade. Em Lucas do Rio Verde (MT), no ano de 2010, foram constatados resíduos de agrotóxicos no leite materno de 100% das mulheres lactantes do município, após pulverizações que também contaminaram reservatórios de água da região.

Para além dos efeitos à saúde humana, da contaminação da atmosfera, solo e de recursos hídricos, a utilização dos compostos químicos também acarreta danos a diferentes espécies de animais - seja pela ingestão de água ou alimento contaminado, seja por inalação de partículas ou contato com a própria pele. De acordo com Cláudia Bueno dos Reis Martinez em entrevista à Rádio USP, as consequências ao organismo de

peixes nativos são extensas: desde distúrbios no DNA dos animais até prejuízos ao sistema nervoso, acarretando num desequilíbrio que atinge todo o ecossistema da região onde há o emprego de agrotóxicos.

### **3 | AGROTÓXICOS NO BRASIL**

A função de controlar, aprovar e/ou vistoriar o uso de agrotóxicos em alimentos no Brasil é cumprida, primariamente, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), a fim de resguardar tanto a saúde e segurança do consumidor final quanto a qualidade do produto, bem como evitar possíveis danos ambientais - prezando pela manutenção de um meio ambiente equilibrado, tendo em vista as necessidades atuais e de futuras gerações.

É possível constatar uma onda de novos registros de agrotóxicos desde 2005 - sendo que, após uma aceleração em 2016, o Brasil enquadra a terceira posição no ranking mundial de maiores consumidores do produto há mais de três anos, ficando atrás apenas de Estados Unidos e China. Apenas durante o ano de 2020, foram realizadas mais de 400 novas liberações.

### **4 | LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

A Constituição Federal de 1988 reconhece em seus arts. 196 e 225, respectivamente, o direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - finalidade para a qual a legislação delega ao poder público o dever de regular atividades e produtos que possam ameaçar tais direitos. Em consonância, a Lei nº 7.802 de 1989, em seu art. 3º, veda o registro de agrotóxicos ou seus componentes que possam vir a acarretar danos à saúde pública ou ao meio ambiente.

Amparando os bens constitucionalmente tutelados e analisando o rol de garantias previstas no Código de Defesa do Consumidor, constata-se como mecanismo de proteção na relação consumerista o dever de informação – consagrado em seu art. 6º, inciso III, como direito básico do consumidor. Estreitando a perspectiva, cabe mencionar também os arts. 8º e 9º, caput, do referido diploma – os quais estabelecem como obrigação do fornecedor manter explícitas todas as informações relevantes sobre o bem comercializado, em especial, acerca de sua periculosidade. Nesta seara, é realizada a aplicação de tais normas ao uso de agrotóxicos no tratamento de produtos hortifrutigranjeiros.

### **5 | CASO PRÁTICO: AC 70073613291 RS**

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. PRELIMINAR DESACOLHIDA. INTERESSE DE

AGIR PRESENTE. AGROTÓXICOS EM PRODUTOS HORTIFRUTIGRANJEIROS. EXIGÊNCIA LEGAL DE IDENTIFICAÇÃO DOS PRODUTORES PELO FORNECEDOR/COMERCIANTE. PROCEDÊNCIA MANTIDA. [...] A questão da utilização de agrotóxicos, agroquímicos e pesticidas é de **interesse social coletivo** eis que diretamente relacionado com a qualidade dos produtos consumidos, a segurança e **saúde dos consumidores**, produtores e trabalhadores rurais, bem como a **conservação do meio ambiente**. [...] Todo estabelecimento que comercialize hortigranjeiros in natura deve ter afixado em local visível, as **informações** de rotulagem de seus fornecedores, devendo constar nas mesmas o nome do produtor e o CNPJ, dentre outras informações elencadas na norma legal. Decreto Estadual n.º 23.430/74. Lei Federal n.º 6.437/77. Norma Técnica n.º 01/2005 da... Secretaria de Saúde do Estado do RS. Artigos 6º, I e III, 9º, 10, 12, 18, § 6º, II e 39, VIII, do CDC. Sentença mantida. DESACOLHERAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.

(TJ-RS - AC: 70073613291 RS, Relator: Giovanni Conti, Data de Julgamento: 27/07/2017, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/08/2017)

No caso em tela, o acórdão em questão decidiu sobre a admissibilidade de apelação cível em ação coletiva de consumo, a qual o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MP/RS) impetrou em face de uma rede de supermercados por terem sido aferidas irregularidades quanto à disponibilização de informações ao consumidor no tocante a, dentre outras matérias, o uso de agrotóxicos nos hortifrutigranjeiros comercializados. Da análise da referida decisão é possível visualizar os dispositivos legais previamente mencionados em aplicação no caso concreto - em especial, o indispensável dever de informação quanto à periculosidade do produto.

## 6 | CONCLUSÕES FINAIS

A partir do presente estudo, é possível constatar que, tendo em vista a defesa do consumidor como garantia constitucional, faz-se indispensável a efetivação das condutas fiscalizadoras mencionadas - o que, no acórdão analisado anteriormente, foi atingido com a adequada ação do Ministério Público, no cumprimento de sua função como fiscal da lei.

Nesse sentido, tendo em vista os riscos à saúde e ao ambiente já expostos, bem como o consumo desenfreado de agrotóxicos no país e a sensibilidade da matéria, é necessário que se faça também ampla divulgação das normas que incidem sobre os produtos comercializados, para que o produtor não se escuse de cumpri-las por desconhecimento ou ignorância, tampouco o fornecedor as descumpra. Cabe também a disseminação das prerrogativas do consumidor, para que, mesmo enquanto destino final do produto, possa também auxiliar a fiscalização - seja notificando aos órgãos competentes, seja impetrando processo administrativo ou judicial.

É direito do consumidor ser informado sobre aspectos que possam representar risco à sua saúde, da mesma forma que é dever do fornecedor apresentar tais dados



zelando pelas garantias constitucionalmente consagradas. Especialmente em se tratando de alimentos, torna-se imprescindível a obediência ao dever de informação e sua devida fiscalização - à medida que o consumo de um produto elaborado e/ou comercializado em descumprimento às normas reguladoras pode acarretar em graves consequências à saúde pública, bem como sua produção irregular acaba por ameaçar o equilíbrio, proteção e conservação ambiental, arriscando, portanto, lesar tanto as prerrogativas do consumidor quanto um dos direitos fundamentais à pessoa humana consagrados em nossa Constituição Federal: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

## REFERÊNCIAS

AGROTÓXICOS causam danos na fisiologia de animais aquáticos. **Rádio USP**, Ribeirão Preto/SP, 10 jul. 2019. Ambiente é o meio. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/agrotoxicos-causam-danos-na-fisiologia-de-animais-aquaticos/>>. Acesso em 03 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04 jul. 2019.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Lei 8.078 de 11/09/90**. Brasília, Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 04 jul. 2019.

COSTA, Daiane. **Uso de agrotóxicos aumenta 21% em 11 anos no Brasil**. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/usode-agrotoxicos-aumenta-21-em-11-anos-no-brasil-22919307>>. Acesso em: 04 jul. 2019.

LEI DOS AGROTÓXICOS. **Lei 7.802 de 11/06/89**. Brasília, Diário Oficial da União, 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7802.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7802.htm)>. Acesso em: 03 ago. 2019.

MELO, Luísa. **Ritmo de liberação de agrotóxicos em 2019 é o maior já registrado**. G1, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2019/05/26/ritmo-de-liberacao-de-agrotoxicos-em-2019-e-o-maior-ja-registrado.ghtml>>. Acesso em: 04 jul. 2019.

ROSER, Max. **Pesticides**. Our World In Data, 2019. Disponível em: <<https://ourworldindata.org/pesticides>>. Acesso em: 03 jan. 2021.

TJ-RS. **APELAÇÃO CÍVEL: AC 70073613291 RS**. Relator: Giovanni Conti. DJ: 27/07/2017. TJRS, 2017. Disponível em: <[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=70073613291&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70073613291&codEmenta=7706337&temIntTeor=true)>. Acesso em: 12 jun. 2019.

TOOGE, Rikardy. **Governo libera o registro de 42 agrotóxicos genéricos para uso dos agricultores**. G1, 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2020/11/27/governo-libera-o-registro-de-42-agrotoxicos-para-uso-dos-agricultores.ghtml>>. Acesso em: 03 jan. 2021.

VANDERWULP, Harry. **UN human rights experts call for global treaty to regulate dangerous pesticides**. UN News, 2017. Disponível em: <<https://news.un.org/en/story/2017/03/552872-un-human-rights-experts-call-global-treaty-regulate-dangerous-pesticides#.WMDpKHiZO8o>>. Acesso em: 03 jan. 2021

WEISSHEIMER, Marco. **Água, ar e leite materno contaminado: pesquisa no MT expõe impacto dos agrotóxicos.** O Sul 21, 2016. Disponível em: < <https://www.sul21.com.br/areazero/2016/02/agua-ar-e-leite-materno-contaminado-pesquisa-no-mt-expoe-impacto-dos-agrotoxicos/>>. Acesso em: 04 jul. 2019.

# CAPÍTULO 10

## SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: O BERÇO DAS FACÇÕES CRIMINOSAS NO PAÍS

*Data de aceite: 25/03/2021*

### **Tiago dos Santos Arão**

Universidade Federal de Pelotas – RS (UFPel)  
Policial Penal do Estado do Rio Grande do Sul  
(SUSEPE – RS)

### **Carlos Eduardo Silva Abbadie**

Universidade Federal de Pelotas UFPel - RS  
URI-Santiago-RS  
Policial Penal do Estado do Rio Grande do Sul  
(SUSEPE – RS)

### **Bruno de Castro Lino**

Universidade Federal de Pelotas UFPel - RS  
Mestre em Comunicação Social pela UFSM-RS  
Especialista em Direitos Humanos  
Policial Penal do Estado do Rio Grande do Sul  
(SUSEPE – RS)

### **Leonardo Mattos**

Universidade Federal de Pelotas UFPel - RS  
Policial Penal do Estado do Rio Grande do Sul  
(SUSEPE – RS)

**RESUMO:** O propósito do presente artigo é analisar o surgimento das facções criminosas no Brasil, desde o seu surgimento histórico até sua ascensão nos dias atuais, com enfoque nas concepções teóricas, trazendo ao público interessado sobre o assunto um olhar técnico de quem trabalha e conhece o sistema prisional na prática. Trata-se de uma abordagem sobre a ligação entre o surgimento desses grupos criminosos e o Sistema Penitenciário brasileiro. Por meio dessa publicação, pretende-se fazer

uma contribuição para que sejam feitas reflexões sobre a atual realidade do Sistema Penitenciário brasileiro e a ligação com a crescente violência em nosso país e os meios com os quais o crime se organiza para seu domínio. Para esses fins, foi realizada uma significativa pesquisa bibliográfica sobre conceituados autores que abordam o tema, publicações estas retiradas de livros, revistas, artigos e sites.

**PALAVRAS - CHAVE:** Facções criminosas brasileiras. Crime organizado. Sistema Penitenciário.

### **BRAZILIAN PRISON SYSTEM: THE ORIGIN OF CRIMINAL FACTIONS IN THE COUNTRY**

**ABSTRACT-** The purpose of this article is to analyze the emergence of criminal machetes in Brazil, from their historical appearance to their rise in the present day, focusing on theoretical concepts, bringing to the public interested on the subject a technical view of those who work and know the prison system in practice. It is an approach on the link between the emergence of these criminal groups and the Brazilian Penitentiary System. Through this publication, we intend to make a contribution to reflect on the current reality of the Brazilian Penitentiary System and the connection with the growing violence in our country and the means by which crime is organized for its domain. For these purposes, a significant bibliographic research was carried out on renowned authors who approach the theme, publications taken from books, magazines, articles and websites.

**KEYWORDS:** Brazilian criminal factions.

## 1 | INTRODUÇÃO

Facções Criminosas são associação de pessoas que se estabelecem de forma paramilitar, com hierarquia e disciplina para a prática criminosa, na maioria das vezes, com dedicação ao tráfico de drogas, assaltos, contrabandos e outras práticas ilícitas. São o modo de atuação direta do crime organizado, geralmente com comandos e líderes de dentro do sistema penitenciário. A presente obra trás um estudo sobre as origens das facções criminosas brasileiras à luz de dados históricos e sua tipificação no código penal brasileiro, além de fazer um retrato social e trazer dados relevantes sobre o entendimento do tema, fazendo uma breve ligação entre nosso precário sistema prisional e o crescimento do crime organizado, uma vez que, o aumento significativo da população carcerária e a precária estrutura das prisões brasileiras foi crucial para o surgimento e desenvolvimento das facções criminosas no país. No artigo será abordado desde o surgimento da primeira facção do Brasil até a situação atual que se encontra as organizações criminosas, com inúmeras facções espalhadas por todos os estados do país. A fim de atingir os objetivos supracitados, serão usados informações e textos de importantes obras sobre a temática do crime organizado em nosso país, além de dados retirados de sites e jornais de confiáveis procedências.

## 2 | TIPIFICAÇÃO PENAL

Antes de iniciar algum estudo sobre facções criminosas, é imprescindível relatar sobre o crime a qual responde quem participa ativamente dessas organizações, Sob a luz da nossa legislação, veremos que o crime é denominado como Organização Criminosa, conforme é tipificado na Lei nº 12.850/13 Art. 1º:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013.)

## 3 | ORIGEM HISTÓRICA DO CRIME ORGANIZADO NO BRASIL

Embora o crime organizado já existisse no Brasil, ele passou a atuar como forma de facção criminosa dentro dos presídios. Sua origem está ligada diretamente ao caótico

sistema penitenciário brasileiro. Entretanto o surgimento do primeiro grupo organizado de criminosos no Brasil se deu na época do Cangaço, como relata Eduardo Araújo da Silva:

“No Brasil, é possível identificar como antecedente da criminalidade organizada o movimento conhecido como cangaço, que atuou no sertão nordestino entre o final do século XIX e o começo do século XX, tendo como origem as condutas dos jagunços e dos capangas dos grandes fazendeiros e a atuação do coronelismo, resultantes da própria história de colonização da região pelos portugueses. Personificados na lendária figura de Virgulino Ferreira da Silva, o Lampião (1897-1938), os cangaceiros tinham organização e com o tempo passaram a atuar em várias frentes ao mesmo tempo, dedicando-se a saquear vilas, fazendas e pequenas cidades, extorquir dinheiro mediante ameaça de ataque e pilhagem ou sequestrar pessoas importantes e influentes para depois exigir resgates. Para tanto, relacionavam-se com fazendeiros e chefes políticos influentes e contavam com a colaboração de policiais corruptos, que lhes forneciam armas e munições”. (SILVA, Eduardo Araújo da, 2015. p. 8 e 9)

Por conseguinte, por meio da prática do jogo de bicho, o mesmo autor, relata sendo essa prática como primeira infração organizada, usando do bicho como instrumento para obter recursos, o que se extrai de Silva (2009, p. 9). Os bicheiros passaram a corromper polícias e políticos, prática essa que hoje é a principal forma de garantir a ascensão das grandes facções no Brasil.

Até esse período ainda não havia as facções criminosas como conhecemos hoje, algo que iria surgir nos anos 70, no estado do Rio de Janeiro.

“No Brasil, é possível identificar como antecedente da criminalidade organizada o movimento conhecido como cangaço, que atuou no sertão nordestino entre o final do século XIX e o começo do século XX, tendo como origem as condutas dos jagunços e dos capangas dos grandes fazendeiros e a atuação do coronelismo, resultantes da própria história de colonização da região pelos portugueses. Personificados na lendária figura de Virgulino Ferreira da Silva, o Lampião (1897-1938), os cangaceiros tinham organização e com o tempo passaram a atuar em várias frentes ao mesmo tempo, dedicando-se a saquear vilas, fazendas e pequenas cidades, extorquir dinheiro mediante ameaça de ataque e pilhagem ou sequestrar pessoas importantes e influentes para depois exigir resgates. Para tanto, relacionavam-se com fazendeiros e chefes políticos influentes e contavam com a colaboração de policiais corruptos, que lhes forneciam armas e munições”. (SILVA, Eduardo Araújo da, 2015. p. 8 e 9)

#### **4 | LOCAL DE SURGIMENTO DA PRIMEIRA FACÇÃO BRASILEIRA**

O berço da criação da primeira facção criminosa brasileira se deu no Instituto Penal Cândido Mendes, conhecido popularmente como Presídio da Ilha Grande.

Na década de 60, no período do Regime Militar Brasileiro, Este presídio se tornou uma prisão de segurança máxima, passando a receber presos de alta periculosidade. Este presídio, não diferente da realidade atual, possuía precárias condições, com infiltrações e um sistema sanitário completamente inepto, além da super lotação. Em razão dessas

precárias situações, os presos eram vítimas das mais diversas doenças. A situação da penitenciária era tão degradante que o local ficou conhecido como “Caldeirão do Diabo” – Péssima reputação que, gradativamente contribuiu para a sua desativação, no ano de 1994.

Este presídio acabou recebendo inúmeros presos políticos e, devido ao momento político atual, a tortura se tornou comum na unidade prisional, além da censura que propiciou para que os presos perdessem quaisquer direitos.

A situação do presídio foi ficando cada vez mais caótica, muitos eram presos apenas por ser suspeitos de subversão. Com isso foi aumento ainda mais a população carcerária, ocasionando na mistura de presos comuns com presos políticos.

Com a mistura de presos comuns com presos políticos, houve uma troca de conhecimentos, onde os presos comuns aprenderam técnicas de guerrilha e métodos de organização com os presos políticos, uma vez que esses além de suas técnicas possuíam grande capacidade de organização e de comunicação, além de grande respeito por hierarquia.

A maioria dos estudiosos defende que essa mistura de presos foi crucial para o surgimento da primeira facção criminosa brasileira, assim relata AMORIM (2004, p.58):

“Sessenta e seis homens condenados por atividades revolucionárias passaram pela Galeria B, entre 1969 e 1975, quando os presos políticos começaram a ser transferidos para uma unidade especial do Departamento devolveu todos eles à liberdade. Os presos políticos foram embora, mas deixaram, muitas marcas na vida do presídio da Ilha Grande. Naquele mesmo setor do Instituto Penal Cândido Mendes – a Galeria B – estavam os presos comuns condenados por crimes previstos na LSN, como assaltos a bancos e instituições financeiras. O governo militar tentou despolitizar as ações da esquerda, tratando-as como “simples banditismo comum”, o que permitia também uma boa argumentação para enfrentar as pressões políticas internacionais em prol da anistia e contra as denúncias de tortura. Nivelando o militante e o bandido, o sistema cometeu um grave erro. O encontro dos integrantes das organizações revolucionárias com o criminoso comum rendeu um fruto perigoso: o Comando Vermelho

## **5 | O SURGIMENTO DO COMANDO VERVELHO (CV)**

Anteriormente chamada de Falange Vermelha, era apenas um grupo de presos, entre vários dentro da Ilha grande, no entanto, com o convívio com os presos políticos, os presos comuns passaram a ler diversas obras de esquerda, aderindo muitos a pensamentos revolucionários, copiando o modo de organização e hierarquia desses e usando em seu grupo. Também aprenderam técnicas de guerrilhas, que acabaram usando estas em seus assaltos a bancos. Muitos desses presos, após receberem a liberdade passaram a assaltar e, com o dinheiro dos assaltos, ajudar os companheiros que estavam presos, financiando fugas e colaborando financeiramente com seus companheiros que estavam na prisão. Essa

era a forma de atuação do comando vermelho.

Entretanto no ano de 1979 todos os presos políticos deixaram o presídio da ilha e o presídio estava liderado por diversos grupos. Em relação a essa fragmentação, AMORIM descreve: AMORIM (2004, p.58):

“A falange Zona Sul comanda a maior parte da Galeria C. [...] especialidade do grupo é o jogo e o tráfico de drogas no presídio. [...] A falange exerce influência sobre cem internos, especialmente porque se responsabiliza por uma série de tarefas de interesse comum, colaborando com a administração na manutenção de instalações e serviços da cadeia. A falange da Coréia é a dona de um pedaço da Galeria C. [...] Cem presos acatam as ordens dos líderes da gangue. A prática de violência sexual e o ataque para roubar outros presos são a característica desses 'falangistas'. [...] Mais tarde, quando estoura a guerra que vai dar a hegemonia do presídio ao Comando Vermelho, os dois grupos da Galeria C se unem e formam e o Terceiro Comando. Outra falange da Ilha Grande reúne os 'Independentes' ou 'Neutros'. Na verdade uma neutralidade aparente, porque esses homens são uma força de apoio da Falange Jacaré. [...] Os 'neutros' têm atuação reconhecida por mais de duzentos presidiários na Ilha Grande. A Falange Zona Norte ou Jacaré é que determina para onde o vento sopra. [...] As outras falanges mantêm com a Jacaré uma prudente relação de respeito e colaboração. Os únicos inimigos do grupo estão trancados no 'fundão', praticamente incomunicáveis, sem contato com o resto do presídio. Lá se organiza a falange LSN, embrião do Comando Vermelho, sob orientação de alguns presos que tiveram a vida carcerária tremendamente influenciada pelos condenados de origem política. [...] A Falange Jacaré administra o pedágio na Galeria D e no próprio coletivo do Presídio Cândido Mendes. Tráfico de drogas e armas, só com a participação ou autorização do grupo, que recolhe um 'dízimo'. Ou seja: toda a atividade criminosa na cadeia só serve para aumentar o poder dos 'jacarés'. (AMORIM, 2004, p. 70 - 73)

Com essa rivalidade dentro do presídio, somada as péssimas condições do mesmo, uma rebelião seria algo inevitável. Entretanto após uma rebelião liderada pelo comando vermelho, e vencida pelo mesmo, assim houve uma hegemonia total dessa facção dentro do Presídio da Ilha. Como se narra na obra de AMORIM:

“o massacre de 17 de setembro de 1979 marca a tomada do poder pelo Comando Vermelho na Ilha Grande. Os grupos menores, que viviam à sombra da Falange Zona Norte, estabelecem imediatamente um pacto com os “vermelhos”: a cadeia agora tem uma só liderança. (AMORIM, 2004, p. 136)

O massacre do dia 17 de setembro de 1979 é tido como o marco da tomada de poder pelo Comando Vermelho na Ilha Grande. Por conseguinte, os grupos que sobraram, estabelecem imediatamente um pacto com Comando Vermelho. Além disso, os policiais não tomaram medidas sobre o fato, com isso apenas dando mais força à facção. Após esse massacre o Comando Vermelho migrou para outras cadeias, crescendo cada vez mais.

Nos anos 80 com o crescimento das favelas, essa facção passou a liderar o tráfico de drogas nessas regiões, com esse rumo passou a ser chamada , definitivamente, Comando

Vermelho. Essa ligação entre comando de tráfico e prisões foi crucial para desenvolvimento dessa facção. Atualmente encontra-se atuando em inúmeros estados brasileiros, sendo a segunda maior facção brasileira. Com suas lideranças, em suma, agindo direto das prisões. O grupo hoje se encontra com ramificações até mesmo em outros países.

## 6 I O SURGIMENTO DO PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL (PCC)

O Primeiro Comando da Capital (PCC) é uma facção do estado de São Paulo, com surgimento em 1993. Sua origem se deu na Casa de Custódia e Tratamento “Dr. Arnaldo Ferreira”, na cidade de Taubaté, assim como descreve Roberto Porto:

“o Primeiro Comando da Capital era o nome de um time de futebol que disputava o campeonato interno do presídio de Taubaté, na época estabelecimento apelidado pelos detentos como “piranhão” ou “masmorra”, por ser considerado o mais severo do sistema. Os detentos da Casa de Custódia tomavam banho de sol apenas uma hora por dia, ao lado de um pequeno grupo de encarcerados, no máximo dez. Todos permaneciam em celas individuais, sem direito a visita íntima”.

[...] “Consta que ao chegar à final do campeonato, o time Primeiro Comando da Capital, integrado pelos presos denominados fundadores José Marcio Felício, o Geleirão, Cezar Augusto Roriz, o Cezinha, José Eduardo Moura da Silva, o Bandeirão, Idemir Carlos Ambrósio, o Sombra, dentre outros, resolveu, em vez de jogar futebol, acertar as contas com dois integrantes do time adversário, resultando na morte destes presos. Deste ato, que tomou contorno de reivindicação contra as precárias condições do sistema prisional, se originou a facção criminosa”. (PORTO, Roberto, 2008, p.73). (PORTO, Roberto, 2008, p.73).

O Primeiro Comando da Capital (PCC) é uma facção do estado de São Paulo, com surgimento em 1993. Sua origem se deu na Casa de Custódia e Tratamento “Dr. Arnaldo Ferreira”, na cidade de Taubate, assim como descreve Roberto Porto:

“o Primeiro Comando da Capital era o nome de um time de futebol que disputava o campeonato interno do presídio de Taubaté, na época estabelecimento apelidado pelos detentos como “piranhão” ou “masmorra”, por ser considerado o mais severo do sistema. Os detentos da Casa de Custódia tomavam banho de sol apenas uma hora por dia, ao lado de um pequeno grupo de encarcerados, no máximo dez. Todos permaneciam em celas individuais, sem direito a visita íntima”.

Esta facção é, atualmente, a maior facção do Brasil, conforme Porto (p. 76 2008): “Estima-se que hoje o primeiro comando da capital seja formado por quinze mil integrantes só no Estado de São Paulo, espalhados em 117 unidades prisionais.”

A organização dessa facção semelha-se a uma grande empresa, além de contar com estatuto próprio, advogados e contribuição mensal para todos seus membros. Fator que garantiu sua ascensão foi a ligação com políticos e a enorme presença em presídios, atuando como um meio de proteção a seus membros além de fornecer mantimentos e



capital para se manter dentro das prisões.

Essa forma de agir onde o estado é falho, é uma grande arma de qualquer facção, agindo onde o estado é omissivo ou falho, assim destaca e (SILVEIRA p.120, 2008)::

“À medida que o Estado se mostra inoperante, ou melhor, ineficiente para conter a escala de crescimento do crime organizado, a luta por cidadania e por direitos humanos parece mais difícil e inatingível. O clima de terror provocado pela ação violenta dos criminosos inibe o cidadão de bem, de contribuir no esclarecimento do crime. Por isso se faz necessário que o Estado ofereça segurança e estímulo para que as vítimas e testemunhas sintam-se encorajadas para denunciar e testemunhar contra o autor do crime”.

Muitas outras facções surgiram como dissidência dessas facções supramencionadas. Toda tem seus modos de operações semelhantes a essas duas principais. Já há centenas de facções no Brasil, onde há presídios lotados e falta de controle do estado, seja nas favelas ou nas cadeias, será terreno fértil para o surgimento e ascensão de facções. Assim como descreve (SILVEIRA p.109, 2008):

“A ausência do Estado contribui para que o crime organizado se instale nos bolsões de pobreza das grandes cidades. As necessidades básicas da população são atendidas pelos criminosos em troca do silêncio e da cumplicidade”.

O crescimento e ascensão das facções são inegáveis, enquanto nada for feito esse cenário irá piorar cada vez mais, a ligação entre o sistema penitenciário falho e má atuação do estado só tende a colaborar para isso, assim contextualiza (PORTO p.101, 2008)

“O fenômeno da criminalidade organizada atuante no interior dos presídios brasileiros é, sem dúvida, tema extraordinariamente atual e preocupante. Facções criminosas, antes de inexistentes, se organizaram com eficiência e profissionalismo criminoso, comandando a criminalidade dentro para fora do sistema penitenciário”.

**ESTADOS QUE ESTÃO EM SITUAÇÃO TENSA**  
Com a possibilidade de registrarem novos conflitos violentos nos presídios, segundo levantamento feito pelos setores de Inteligência do governo federal

**ESTADOS EM CONFLITO DEFLAGRADO**  
A classificação da segurança dos presídios segue um protocolo com quatro gradações: normal (ok), alerta, tenso e conflito deflagrado



Mapa 1 – Mapa das Facções em Presídios Brasileiros

Fonte: [http://www.blogdomagno.com.br/ver\\_post.php?id=170872](http://www.blogdomagno.com.br/ver_post.php?id=170872)

## 71 FACÇÕES CRIMINOSAS E A INEFICIÊNCIA DO ESTADO

O combate ao crime organizado não pode ser feito com improvisos, tampouco com métodos paliativos, precisa-se de medidas de médio e longo prazo com ênfase em uma presença ativa do estado em todos os setores da sociedade, sem abrir mão de parcerias que contam com a mais diversa participação da sociedade em geral. Onde não há presença forte do estado, há o surgimento de um “estado paralelo”, que fornece a população uma falsa segurança. Assim como contextualiza MENGARDI:

“Por causa destas regiões onde o Crime Organizado é mais visível do que o aparelho de estado, as chamadas zonas liberadas, criou-se uma teoria errônea, que dá ao Crime Organizado o status de um Estado Paralelo. (MINGARDI, 1998, p.64).

Essa mesma ineficiência é vista nas cadeias, onde a superlotação, baixo efetivo de funcionários e baixos recursos, abre caminho para que os presos atuem fazendo o que o estado deveria fazer, isso torna terreno fértil para a atuação das facções criminosas, capturando mão de obra para os soldados do crime, com a falsa impressão de que estão fornecendo segurança, alimentos, vestuário, entre outros recursos que seria exclusivo do estado.

Segundo Lavorenti e Silva (2000), no Rio de Janeiro, o Comando Vermelho em 1991, exigiu, como o pagamento de um seqüestro, a distribuição de dezoito toneladas de alimentos para os moradores da favela denominada de Morro do Juramento.

Atitudes como essa dão a impressão que o crime está fazendo um papel positivo dentro da sociedade. Assim ganhando mais força e crescimento. Apenas uma forte e massiva atuação do estado é capaz de barrar esse método de atuação das facções.

Um grande passo foi a criação dos presídios federais, onde é isolado os líderes de facções, por meio do Regime Disciplinar Diferenciado, assim barrando o comando de dentro do presídio, porém, infelizmente, temos apenas 5 presídios federais no Brasil, distribuídas em Brasília/DF, Campo Grande/MS, Catanduvas/PR, Mossoró/RN, Porto Velho/RO, e existe a previsão de mais uma unidade em Charqueadas/RS.

A criação desses presídios tem sido um exemplo de que a forte presença do estado é capaz de inibir o crescimento das facções no Brasil. Conforme Fabiano Bordignon, desde 2006, quando foi fundado, o Sistema Penitenciário Federal se orgulha de apresentar resultados significativos. “0% de fugas, 0% de rebeliões, 0% de motins, 0% de entrada de celulares, intolerância com atos de corrupção, procedimentos e protocolos de segurança rigorosíssimos, câmeras e equipamentos de monitoramento de ponta, serviços de inteligência, treinamentos periódicos de servidores, armamentos de última geração”, ressaltou.

Infelizmente a realidade do sistema penitenciário Brasileiro em geral apenas contribui para o crescimento das facções, onde há poucos recursos, pouco efetivo funcional,

superlotação, péssimas estruturas e todas as mazelas que essas carências possibilita.

## 8 | CONCLUSÃO

Ante ao trabalho exposto, não resta dúvidas da forte presença e atuação do crime organizado no Brasil. Este está enraizado desde os tempos do cangaço e ditadura militar até os dias atuais. O fato é que, urgentemente, as autoridades competentes devem tratar meios de frear essa atuação e crescimento. O estado deve ser mais presente, menos omissivo, seja nas prisões, seja nas favelas. Fatores como corrupção, só tende a piorar a situação do crime organizado. As facções estão com todos os quesitos em seu favor, com seus escritórios dos crimes nas prisões. Enquanto estivermos um falho sistema penitenciário, com prisões em péssimas instalações e sem investimentos, leis fracas, corrupção, pobreza, má distribuição social, mal investimento em segurança pública e inteligência policial, estaremos sempre reféns do crime e o crescimento e ascensão das facções seguirá sempre nesse círculo vicioso que só tende a piorar.

"A injustiça em qualquer lugar é uma ameaça à justiça em todo lugar". Martin Luther King

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Carlos. CV\_PCC : **A irmandade do crime**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

GUARACY, Mingardi. O Estado e o crime organizado. São Paulo: IBCCrim, 1998.

JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Penitenciária Federal é instrumento para desarticular o crime organizados**. Disponível em < <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1553543577.54/>> Acesso em 16 de março de 2021

**LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS** (Lei nº 12.850, De 2 de Agosto de 2013) Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm#art26/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm#art26/)> Acesso em 01 de março de 2021.

MAGNO MARTINS. **Mapa das facções em presídios brasileiros**. Disponível em < [http://www.blogdomagno.com.br/ver\\_post.php?id=170872/](http://www.blogdomagno.com.br/ver_post.php?id=170872/)> Acesso em 17 março de 2021.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e Sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, Eduardo Araújo. **Crime Organizado**. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVEIRA, José Braz Da. **A Proteção à Testemunha & O Crime Organizado no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

## O ASSÉDIO SEXUAL E A PERTINÊNCIA DA SUA TIPIFICAÇÃO PENAL

*Data de aceite: 25/03/2021*

*Data de submissão: 05/01/2021*

**Victoria da Silva Guedes**

Universidade da Região da Campanha  
URCAMP, Campus Alegre/RS

**Andreia Cadore Tolfo**

Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC  
Professora da URCAMP-Universidade da Região  
da Campanha, Campus Alegre/RS  
<http://lattes.cnpq.br/6757183613882102>

**RESUMO:** A prática do assédio sexual atenta contra os direitos fundamentais da pessoa humana, atingindo a liberdade e a dignidade da vítima. Ao assediar sexualmente a vítima, o autor dessa espécie de delito se favorece de sua condição de superioridade e de mando, que está presente na relação de emprego. O assédio sexual é considerado crime no Brasil desde 2001, porém ainda subsistem discussões acerca da pertinência da sua tipificação. Este trabalho tem por objetivo analisar as divergências doutrinárias a respeito na necessidade da tipificação penal do assédio sexual no Brasil. Utiliza-se pesquisa bibliográfica e método dedutivo. O trabalho destaca que aquele que se encontra subordinado em uma relação de emprego está mais vulnerável se comparado ao seu superior hierárquico. Desta forma, independentemente da proteção existente em outras searas do direito (civil e trabalhista) a tipificação penal específica do assédio sexual se justifica em razão da situação de vulnerabilidade

presente na relação de emprego, na qual encontram-se, notadamente, as mulheres.

**PALAVRAS-CHAVE:** Assédio Sexual. Crime. Tipificação.

### SEXUAL HARASSMENT AND THE RELEVANCE OF YOUR CRIMINAL TYPIFICATION

**ABSTRACT:** The practice of sexual harassment violates the fundamental rights of the human person, affecting the freedom and dignity of the victim. By sexually harassing the victim, the perpetrator of this type of crime favors his condition of superiority and command, which is present in the employment relationship. Sexual harassment has been considered a crime in Brazil since 2001, but there are still discussions about the relevance of its classification. This work aims to analyze the doctrinal divergences regarding the need for the criminal typification of sexual harassment in Brazil. Bibliographic research and deductive method are used. The work highlights that the one who is subordinate in an employment relationship is more vulnerable compared to his superior. Thus, regardless of the protection existing in other fields of law (civil and labor), the specific criminal typification of sexual harassment is justified due to the situation of vulnerability present in the employment relationship, in which, notably, women are found.

**KEYWORDS:** Sexual Harassment. Crime. Typification.

## 1 | INTRODUÇÃO

A necessidade de criminalização do assédio sexual é um tema que encontra muita polêmica e divide opiniões entre os juristas brasileiros. Para alguns doutrinadores, a tipificação penal do assédio sexual seria desnecessária diante da previsão de consequências jurídicas para essa prática nas searas do direito trabalhista e do direito civil.

Também se argumenta no sentido de que não haveria necessidade de tipificação penal para a conduta de assédio sexual porque há possibilidade de enquadramento do ato em tipos penais que já existem no direito penal brasileiro, tais como constrangimento ilegal, ameaça, importunação ofensiva ao pudor, atentado violento ao pudor, tentativa de estupro, dentre outros.

Por outro lado, existe o posicionamento no sentido da necessidade de tipificação penal do assédio sexual no Brasil, sobretudo para desencorajar a atitude do superior hierárquico da relação de emprego que procura constranger subordinado seu para obter favores sexuais. A prática do assédio sexual atinge diretamente a liberdade da vítima, que se encontra em situação de vulnerabilidade diante da subordinação da relação de emprego, justificando a necessidade da tipificação penal.

Diante desse contexto, este trabalho tem por objetivo analisar as divergências doutrinárias a respeito na necessidade da tipificação penal do assédio sexual no Brasil. Utiliza-se pesquisa bibliográfica e método dedutivo. O trabalho inicia com um breve esboço do surgimento do termo e da tipificação do assédio sexual, para em seguida verificar o tratamento legal do mesmo no Brasil, sobretudo no campo penal. São analisadas algumas situações controvertidas de enquadramento do delito de assédio sexual, bem como os bens jurídicos atingidos pelo referido crime. Por fim, são apresentados os principais argumentos e posicionamento da doutrina brasileira a respeito da pertinência da tipificação do assédio sexual no país.

## 2 | O SURGIMENTO DA TIPIFICAÇÃO DO ASSÉDIO SEXUAL

Modernamente, a tipificação do assédio sexual surgiu nos Estados Unidos na década de 1960, sobretudo, com o progressivo ingresso de mulheres no mercado de trabalho. Foi nesse contexto que o assédio sexual passou a ser visto como um problema social, no qual a solução exigia a participação do Estado. Movimentos feministas nos Estados Unidos (EUA) promoveram manifestações para pressionar o Estado a tomar providências no sentido de eliminar esse tipo de conduta no ambiente de trabalho (LOBIANCO, et al, 2012, p. 63).

A sociedade machista da época, com um ambiente de trabalho que era tipicamente masculino, passou a contar com a presença das mulheres, o que causou resistências consideráveis em um contexto que se tornava nitidamente hostis a elas (PINTO, 2018).

O primeiro processo judicial contendo a questão de assédio sexual nos EUA ocorreu em 1975, em um caso que envolveu duas funcionárias de uma empresa produtora de

materiais óticos que romperam a relação de emprego em razão de repetidas investidas verbais e físicas de seu superior hierárquico. Como naquela época não havia uma orientação dos tribunais para solucionar os casos de assédio sexual, o Tribunal entendeu que o molestamento sexual não consistia em meio de discriminação, sendo a atitude entendida como uma conduta natural e inevitável. Após outros julgamentos com decisões semelhantes, no sentido de considerar a prática de assédio como um fenômeno natural, em 1976, a Corte de Washington, de forma revolucionária, entendeu que o assédio consiste em mecanismos de discriminação, fundado em elementos sexuais (LOBIANCO, et al, 2012, p. 64).

Mais tarde, em 1986, a Suprema Corte americana proferiu a primeira decisão relacionada ao assédio sexual, definindo que essa prática se configura não só quando são geradas modificações na relação empregatícia, mas também quando, em razão do assédio, o ambiente de trabalho se torna hostil (LOBIANCO, et al, 2012, p. 64).

Em relação ao início do reconhecimento do assédio sexual pelo direito, Rodolfo Pamplona Filho (2004, p. 33) observa que a entrada das mulheres no mercado de trabalho não ocorreu em razão de reconhecimento jurídico de sua igualdade, mas sim pela sua condição de mão-de-obra dócil e barata. Foi com o reconhecimento da exploração da mão-de-obra feminina que se iniciou no direito a busca da tutela de igualdade entre os sexos.

Desta forma, nota-se que a criminalização do assédio sexual pela lei penal é fruto de um avanço no reconhecimento dos direitos das mulheres, que sem dúvida, é quem sofre com maior intensidade tal constrangimento (LOBIANCO, et al, 2012, p. 65).

A necessidade de incriminar a conduta de assédio sexual no Brasil também está relacionada com as dificuldades de acesso da população ao Judiciário, principalmente quando se trata de questões patrimoniais, pois é difícil aos indivíduos se sentirem recompensados pelos prejuízos morais sofridos, apenas com a intervenção judiciária civil, ocorrendo dessa maneira, acréscimos à legislação penal (LOBIANCO, et al, 2012, p. 65).

A tipificação do assédio sexual encontra ainda relações com a liberdade sexual, fruto de um processo de luta das mulheres. De acordo com Bitencourt (2019, p. 91) a importância da liberdade sexual justifica sua proteção penal, pois faz parte da honra pessoal. Ainda conforme o mencionado autor, “o respeito à liberdade sexual é um corolário da dignidade e personalidade humanas e tem caráter absoluto”.

### **3 I O ASSÉDIO SEXUAL NA LEGISLAÇÃO PENAL NO BRASIL**

No Brasil, em 2001, a Lei nº 10.224, passou a prever o assédio sexual como crime no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da seguinte definição dada no artigo 216-A do Código Penal:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior

hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Esse tipo penal, introduzido na legislação brasileira pela Lei n. 10.224/2001, tutela a liberdade sexual das pessoas, bem como sua tranquilidade no sentido de não serem importunadas em seu local de trabalho ou por pessoas que se valham da importância de seu cargo ou função (GONÇALVES, 2017, p. 118).

A conduta típica é constranger alguém, ou seja, além de forçar, coagir, obrigar, compelir, embaraçar a pessoa da vítima, o que pode ser feito por palavras, oralmente ou por escrito, gestos etc. A conduta pode ser praticada abertamente, com convites expressos ou mesmo com insinuações implícitas (MIRABETE; FABRINI, 2014, p. 422).

Para que haja o crime é indispensável que o sujeito ativo se prevaleça de sua condição de superioridade, de sua relação de mando no trabalho público ou particular e que exista o temor por parte da vítima de que venha a ser demitida, que não consiga obter promoção ou outro emprego etc. (MIRABETE; FABRINI, 2014, p. 422).

O assédio sexual configura crime doloso em que a vontade do agente é no sentido de impor seus desejos, de abusar, de aproveitar-se da vulnerabilidade ou fragilidade da vítima. A tipificação penal exige o elemento subjetivo do tipo, ou seja, que tenha o sujeito ativo a finalidade de obter vantagem ou favorecimento de natureza sexual. Para a consumação do crime pode haver a conjunção carnal, mas não somente isso, como qualquer outro ato libidinoso, ainda que não seja ele praticado efetivamente. Consuma-se o crime com a prática do ato constrangedor, não havendo exigência de que ocorra ato de caráter sexual (MIRABETE; FABRINI, 2014, p. 422).

O núcleo do tipo é o verbo constranger, mas, ao contrário do que ocorre nas demais hipóteses em que é utilizado, a exemplo dos crimes de constrangimento ilegal e estupro, o constrangimento, no caso do assédio sexual, não é exercido com o emprego de violência ou grave ameaça. Caso isso ocorresse, o fato seria desclassificado para uma das mencionadas figuras típicas, mais precisamente o estupro, dada a finalidade sexual do agente. Desta forma o termo constranger, utilizado pelo tipo penal que prevê o delito de assédio sexual, deve ter outra conotação que não a utilização do emprego de violência ou grave ameaça (GRECO, 2017).

O sujeito ativo do assédio sexual deve ser a pessoa que ocupe posição superior ou tenha ascendência, na relação de trabalho, sobre a vítima, enquanto que o sujeito passivo deve ser o subordinado. É indiferente o sexo dos sujeitos, ou seja, pode ser agressor o homem ou a mulher, bem como pode ser vítima o homem ou a mulher. Deve estar presente na situação a ligação ao exercício de emprego (relação trabalhista estabelecida entre o empregador e o empregado, mediante remuneração pelo serviço prestado), cargo ou função (NUCCI, 2014, p. 131).



No sistema penal brasileiro, a Lei n. 12.015/2009, em seu parágrafo 2º, prevê ainda o aumento de até um terço da pena aplicada se a vítima do assédio sexual for menor de dezoito anos.

A ação penal no crime de assédio sexual é, em regra, pública condicionada à representação. Caso, no entanto, se trate de vítima menor de 18 anos ou vulnerável, a ação será pública incondicionada (SALIM; AZEVEDO, 2017, p. 478).

## **4 | A CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE ASSÉDIO SEXUAL E A RELAÇÃO DE EMPREGO**

Conforme antes mencionado, para a configuração do delito de assédio sexual é necessário que o sujeito ativo tome proveito de sua condição de superioridade, estando presente a hierarquia ou ascendência inerentes ao exercício de emprego. Nesse sentido existem algumas reflexões a serem feitas em termos de incidência ou não do assédio sexual em determinadas situações.

Surgem dúvidas em casos como da vítima ser pessoa que presta serviço em relação de trabalho não exclusiva, como o caso de faxineiras ou diaristas. Busato (2017) considera mais acertado reconhecer a relação de emprego da diarista, a qual comparece em dia e horário preciso da semana, com continuidade, para realização de tarefas predeterminadas, o que não ocorre com quem é chamado simplesmente de modo eventual e irregular para a realização de tarefa específica.

Contudo o Busato (2017) alerta que deve ser analisado caso a caso, não sendo possível, a priori, excluir a diarista da condição de vítima potencial do crime de assédio sexual, pois o conceito de emprego, aqui, não deve ter a mesma e exata conotação que assume no Direito do trabalho, sob pena de um esvaziamento do conteúdo do tipo.

Para Bitencourt (2019, p. 98) é possível que o patrão ou patroa assedie sexualmente seu empregado ou empregada doméstica, caracterizando o crime de assédio sexual, pois no caso, está presente a relação empregatícia. Mesmo a diarista pode ser vítima desse crime, pois, ainda que passageiramente, se encontra inferiorizada na relação laboral.

Greco (2017) também possui o mesmo entendimento, pois nota que no caso das empregadas domésticas, por existir relação de emprego poderá se configurar o crime de assédio sexual, mesmo que essa relação não seja diária. Desta forma, mesmo as faxineiras ou diaristas são passíveis de ser assediadas sexualmente por seus empregadores, sob o argumento, por exemplo, de que caso não atendam aos seus apelos sexuais, deixarão de trabalhar naquele local.

Já no caso de líderes espirituais (pastores, padres, videntes) que ameacem a vítima de ser expulsa de uma congregação caso não tenha relação com eles, tal fato não se enquadra no crime de assédio sexual. O fato poderá ser desclassificado como delito de constrangimento ilegal, ou, se for mais grave, com o delito de estupro. Somente quando

houver uma relação de hierarquia ou de ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função é que se pode estar diante do delito de assédio sexual (GRECO, 2017).

Também é esse o caso do professor que assedia aluno, fazendo propostas sexuais, sob o argumento de que poderá, por exemplo, prejudicá-lo em suas notas. Não configura assédio sexual, pois não está presente a relação de trabalho exigida pelo delito de assédio sexual, sendo, porém, possível enquadrar-se o caso em constrangimento ilegal, estupro, etc.(GRECO, 2017).

## **5 I BENS JURÍDICOS ATINGIDOS PELO ASSÉDIO SEXUAL**

Para Mirabete e Fabrini (2014, p. 421) o dispositivo penal que tipifica o assédio sexual protege a liberdade sexual da pessoa, quando o titular está submetido a outrem numa relação de poder, em razão de superioridade administrativa ou trabalhista. Desta forma, são atingidos os bens jurídicos de liberdade sexual, honra, liberdade do exercício do trabalho, de não discriminação etc.

Nota-se que existe divergência a respeito do bem jurídico atingido. Para Bitencourt (2019), os bens jurídicos atingidos seriam a honra, a dignidade pessoal, a indiscriminação nas relações trabalhistas, além da própria liberdade sexual. Porém, Busato (2017) entende que a liberdade sexual não parece ser esta efetivamente atingida, senão de um modo muito remoto.

Para Busato (2017), a honra e a dignidade podem também ser atingidas remotamente, mas isso, porém, não representa a abordagem direta do bem jurídico. Conforme o autor referido, o que a vítima sente, ao ser constrangida, é tolhida em sua liberdade laboral, em sua liberdade geral de atuar no ambiente de trabalho. Ou seja, a liberdade em geral é que é o objeto atingido. Assim, o crime de assédio sexual seria uma especialização, quanto ao contexto em que ocorre, do constrangimento ilegal (BUSATO, 2017).

No entendimento de Salim e Azevedo (2017, p. 478), o tipo penal busca tutelar a liberdade sexual, bem como a intimidade e dignidade das pessoas que estão em situação de desigualdade em face de inferioridade hierárquica ou descendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função.

## **6 I PERTINÊNCIA DA CRIMINALIZAÇÃO DO ASSÉDIO SEXUAL**

Luiz Flávio Gomes (2001, p. 12) nota que há uma grande discussão no Brasil sobre a pertinência da criminalização do assédio sexual. Não se discute que os bens jurídicos envolvidos, como liberdade sexual, honra e liberdade e não-discriminação no trabalho sejam relevantes. Concorde-se que são bens jurídicos que merecem tutela.

O que se questiona é se é necessária a tutela penal ao se considerar que no Brasil já havia previsão penal de tipos penais como: constrangimento ilegal (CP, art. 146), ameaça (CP, art. 147), importunação ofensiva ao pudor (LCP, art. 61), perturbação da tranquilidade

(LCP, art. 65), injúria (CP, art. 140), atentado violento ao pudor (CP, art. 214), ato obsceno (CP, art. 233), sedução (CP, art. 217), tentativa de estupro (CP, arts. 213 c.c. art. 14, II), etc. (GOMES, 2001, p. 12).

No mesmo sentido, Rogério Greco (2017) nota que dependendo do comportamento praticado pelo agente, seria possível subsumi-lo por alguma das infrações penais já existentes, como o delito de constrangimento ilegal, estupro etc., variando o crime de acordo com a gravidade da conduta levada a efeito pelo agente.

Luiz Flávio Gomes (2001, p. 12) nota que existem ainda leis civis (indenização) e trabalhistas que se aplicam ao assunto. É que o assédio sexual também tem consequências trabalhistas, decorrentes da relação de emprego. Dependendo de quem for a figura assediadora, o efeito do assédio pode ser a justa causa para a extinção do contrato de trabalho ou a rescisão indireta do pacto empregatício, havendo também a possibilidade de aplicação de penas disciplinares para o sujeito ativo, como advertência ou suspensão (CRAVEIRO, 2003).

Na esfera cível, Bianchini (2002, p. 15) destaca que o assédio sexual gera uma ofensa moral passível de ser indenizada, tendo em vista previsão na Constituição Federal estabelecida no seu art. 5º, inciso V e inciso X, os quais preveem que:

Art. 5º

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Essa possibilidade, contudo, não justifica a não-incidência da responsabilidade penal, uma vez que nem sempre o pagamento pode ser efetivado (BIANCHINI, 2002, p. 15).

Bitencourt (2019, p. 89) considera que o comportamento, que é jurídica e eticamente censurável, já teria suficiente proteção no ordenamento jurídico brasileiro (nos setores civil, trabalhista, administrativo), inclusive na área criminal, por meio de algumas figuras delitivas, tais como constrangimento ilegal (art. 146), ameaça (art. 147), violação sexual mediante fraude (art. 215), importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP) e perturbação da tranquilidade (art. 65 da LCP).

Conforme Bitencourt (2019, p. 89) o assédio sexual ainda poderia receber melhor tratamento no campo do direito trabalhista (para a iniciativa privada) e na seara do direito administrativo no âmbito do setor público. O mencionado autor alerta ainda para os perigos da popularização do assédio sexual, vez que pode vulgarizar a violência sexual: “popularmente, os crimes sexuais graves (estupro e atentado violento ao pudor) já estão sendo noticiados pela grande mídia como simples assédios sexuais!”.

A respeito da pena cominada ao crime de assédio sexual, Damásio de Jesus e Alice Bianchini (2001) destacam que a lei prevê pena de um a dois anos de detenção, caracterizando um excesso punitivo. Segundo os autores, pela sistemática do Código Penal, as condutas que ofendem os mesmos bens jurídicos possuem sanções bem inferiores. É o caso dos crimes de constrangimento ilegal e de ameaça, cujas penas são, respectivamente, de três meses a um ano e de um a seis meses de detenção. Além disso, em ambos os casos, de acordo com as circunstâncias, pode-se aplicar somente multa. Desta forma, percebe-se desatenção ao princípio da proporcionalidade.

Por outro lado, Estefam (2019, p. 755) considera que a figura penal do assédio sexual, prevista no artigo 216-A, representa um avanço na cultura, objetivando a recuperação do sagrado feminino (embora possam constar como agente desse crime tanto o homem como a mulher). A previsão legal do assédio sexual se direciona à liberdade no trabalho e à liberdade em sentido amplo, visando a preservar a dignidade daquele que presta serviços.

O objetivo do legislador foi coibir a atitude do superior hierárquico que, no contexto da relação de trabalho (público ou privado), constrange alguém a prestar-lhe favores sexuais. Trata-se de causar constrangimento, desconforto do ponto de vista da sexualidade ou do pudor, com o ato de interferir ilícitamente na liberdade sexual da vítima, importunando-a para que faça algo (de cunho sexual) contra a sua vontade (ESTEFAM, 2019, p. 755).

Nessa linha de raciocínio, a previsão penal do assédio sexual trata-se de evolução da legislação, já que essa conduta era enquadrada em delito de menor potencial ofensivo, ou seja, crime de constrangimento ilegal, com previsão de pena de detenção por 3 meses a 1 ano ou multa, conforme o artigo 146 do Código Penal (CNMP, 2016).

Considera-se que a mudança de visão da legislação em relação ao assédio sexual, abandonando o enquadramento em delito de menor potencial ofensivo e oferecendo um tipo penal específico com pena maior pode representar um avanço no sentido do enfrentamento mais eficaz dessa prática.

## 7 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na prática do assédio sexual estão envolvidos bens jurídicos valiosos, como liberdade em sentido amplo, liberdade sexual, honra e não-discriminação no trabalho. A vítima do assédio sexual pode ser homem, mulher, homossexual, etc, que tenha a sua liberdade atingida por superior hierárquico que se prevalece da sua posição na relação de emprego.

Contudo, ao se considerar as diferenças de gênero que ainda persistem na sociedade e distorcem as relações, dificultando a almejada igualdade entre homens e mulheres, nota-se que as mulheres são as principais vítimas do assédio sexual. Mesmo com o reconhecimento do princípio da igualdade no artigo 5º da Constituição Federal, muito ainda precisa ser feito para a concretização da igualdade material entre homens e

mulheres, notadamente ao se considerar a sociedade machista em que vivemos atribui papéis e comportamentos específicos aos gêneros.

Esse contexto, de reconhecimento das diferenças existentes na sociedade exige também tratamento diferenciado e proteção especial para parcelas mais vulneráveis da população. Isso torna necessário a especificação da legislação para proteção direcionada a essas pessoas, considerando as peculiaridades das situações em que elas estão envolvidas.

A exemplo dos crimes decorrentes de discriminação, que embora pudessem ser enquadrados em tipos penais já existentes, restou evidente a necessidade de tipos penais específicos para promover a proteção eficaz de certos grupos. Assim, não obstante a previsão de consequências jurídicas civis e trabalhistas para o assédio sexual, bem como a existência de outros tipos penais amplos, a tipificação penal específica é necessária, principalmente porque fortalece a proteção de potenciais vítimas desse tipo de prática.

Mesmo sem considerar a questão do gênero, aquele que se encontra subordinado em uma relação de emprego está mais vulnerável se comparado ao seu superior hierárquico, o qual pode prejudicá-lo de diversas formas. Assim, independentemente do gênero e da proteção em outras searas do direito (civil e trabalhista) uma tipificação penal específica se justifica em razão da situação de vulnerabilidade presente na relação de emprego.

Considera-se que a conduta de assediar sexualmente alguém deve ser punida penalmente, não sendo suficientes a indenização cível ou trabalhista tendo em vista que a referida prática atinge a liberdade e dignidade da pessoa humana. Ademais, não se pode olvidar do poder de desencorajamento de prática condenável exercido pelo Direito penal, sobretudo em razão das penas cominadas.

## REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. A Legitimação do Processo de Incriminação do Assédio Sexual. In: **Assédio sexual**. JESUS, Damásio E. de; GOMES, Luiz Flávio. (Org). São Paulo: Saraiva, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial 4. São Paulo: Saraiva, 2019.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte especial 2. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CNMP. Conselho Nacional do Ministério Público. **Assédio moral e sexual**: previna-se. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sc/arquivos/cartilha-assedio>. Acesso em: 04 nov. 2020.

CRAVEIRO, Ana Paula Amaral; AZEVEDO, Paulo Bueno de. Aspectos trabalhistas, cíveis e penais do assédio sexual. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 29, n. 112, p. 38, out./dez., 2003.

ESTEFAN; André. **Direito penal**: parte especial (arts. 121 a 234-B). Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Lei do assédio sexual (10224/01): primeiras notas interpretativas. In: **Assédio Sexual**. JESUS, Damásio Evangelista de; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2002. p. 65-87.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, vol. 3. 14ª ed. Niterói: Impetus, 2017.

JESUS, Damásio de; BIANCHINI, Alice. Assédio sexual agora é crime. **Boletim do Boletim IBCCrim**. São Paulo, v. 9, n. 105, p. 2- 4, ago. 2001.

LOBIANCO, Eduardo Rodrigues Cruvinel; ANDRADE, Emanuelle Oliveira; JÚNIOR, Hélio Veiga, PRUDÊNCIO, Simone Silva. Assédio moral e sexual nas relações de trabalho. 2012. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia** v. 40 p. 61-88.

MIRABETE Júlio Fabbrini; FABBRINI Renato N. **Manual de Direito Penal**: Parte Especial Arts. 121 a 234-B do CP. Vol 2. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PINTO, Felipe Martins. **Assédio Sexual**. 2001. Disponível em: <http://www.pontojuridico.com/modules.php?name=News&file=article&sid=11&mode=t hread&order=0&thold=0>. Acesso em: 05 nov. 2020.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. **Direito Penal**: Parte Especial - Dos Crimes Contra a Pessoa aos Crimes Contra a Família. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

# CAPÍTULO 12

## DISCURSO DE ÓDIO E A QUESTÃO DA PORNOGRAFIA

Data de aceite: 25/03/2021

**Rayssa de Sales França**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

**Lilian Silva de Sales**

Professora Adjunta II da Universidade Federal do Pará

**RESUMO:** A pornografia traz a mulher como um de seus personagens mais correntes e, por isso, se faz necessário analisá-la como uma forma de discurso de ódio capaz de limitar o direito fundamental a liberdade de expressão, isto por que oriunda da liberdade do pornógrafo em expor suas ideias através de imagens ou vídeos, contudo implica às destinatárias, sensações e conseqüentemente, reproduções na vida pessoal. Para isso, buscar-se-á contrastar entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio, bem como investigar o conceito de pornografia e suas implicações para a sociedade, também analisar-se-á como as implicações decorrentes da pornografia devem ser tratadas. Diante do estudo, conclui-se que apesar de ser discurso constitutivo de realidades sociais, a forma mais adequada de proteger a pornografia da promoção de inferioridade feminina, é basear-se do direito fundamental a igualdade, tendo em vista a desigualdade de gênero produzida pela opressão feminina na pornografia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Discurso de ódio. Pornografia. Liberdade de expressão. Violência de Gênero.

### HATE SPEECH AND PORNOGRAPHY QUESTION

**ABSTRACT:** Pornography brings women as one of its most current characters and, therefore, it is necessary to analyze it as a form of hate speech capable of limiting the fundamental right to freedom of expression, this because it comes from the freedom of the pornographer in exposing your ideas through images or videos, however, implies sensations and, consequently, reproductions in personal life. For that, we will try to contrast between freedom of expression and hate speech, as well as investigating the concept of pornography and its implications for society, we will also analyze how the implications arising from pornography should be dealt with. In view of the study, it is concluded that despite being a discourse constituting social realities, the most adequate way to protect pornography from promoting female inferiority is to base itself on the fundamental right to equality, in view of the gender inequality produced by female oppression in pornography.

**KEYWORDS:** Hate Speech. Pornography. Freedom of expression. Gender Violence.

### 1 | INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão encontra-se no rol de direitos fundamentais previstos expressamente na Constituição Federal brasileira em seu artigo 5º, formas, inciso IX que diz “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, e

no inciso IV, que prevê “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Considerando as liberdades individuais, há amplitude em seu alcance, atingindo as manifestações verbais e não verbais, bem como diversas formas de divulgação de ideias.

Uma das formas de manifestação do pensamento de maneira não verbal pode ser identificada na pornografia, que constitui uma ilustração verbal ou não verbal, que exhibe predominantemente o corpo feminino, em ato sexual ou restringindo o corpo em órgão sexual com objetivo de incentivar a prática de relação sexual, destinando-se especialmente a despertar o prazer masculino.

Tradicionalmente a pornografia se apresentou com uma finalidade de crítica social e política, através de imagens, textos e panfletos publicados na Europa entre os séculos XVI e XVIII, mas no final deste século e início do século XIX, o mercado visualizou uma forma de gerar capital e lucrar através da pornografia pública. Com isso, a sexualidade passou a ser vista como um produto de consumo, tendo em vista sua comercialização, o que gerou um estímulo na sua realização para aumento dos lucros.

A partir disso, “houve o proliferamento da indústria pornográfica e a manipulação do sexo pela mídia, culminando em uma crescente onda de exposição dos corpos, em especial femininos, para venda de produtos” (RIBEIRO, 2016, p. 77), atingindo grande quantidade de consumidores. Soma-se a isso, a pornografia contemporânea, apresentada em forma audiovisual, pela internet, que independentemente de onde seja produzida, alcança todas as partes do mundo, e constitui o objeto de concentração do presente estudo.

A pornografia apresenta comportamentos sexuais que estimulam a reprodução por seus consumidores, a depender da cena ilustrada, nada tem de problemático, porém, a maior parte delas expõe o corpo feminino de maneira a servir o homem, sem demonstrar qualquer sensibilidade e respeito com a sexualidade feminina, exibindo a mulher como um objeto a serviço do homem, que nem sempre aparece em cena.

Nesse sentido, o presente estudo tem como objetivo identificar a pornografia como conteúdo de violência contra a mulher e por isso, como prática que fere direitos e deve ser restringida.

## 2 | A TRADIÇÃO DA PORNOGRAFIA

Em sua etimologia pornografia vem do termo grego *pornographos*, composto pelos radicais *pórne* (prostituta) e *grafô* (escrever, gravar), assim, significa **escritos sobre prostitutas** (MICHAELIS, 2002 p. 615).

A palavra pornografia surgiu na Europa Ocidental, em meados do século XIX, para denominar uma coleção de arte, combinada de objetos e imagens com conotação sexual, como corrobora a pesquisa de Veiga (2015, p. 10)

A palavra teria sua origem atrelada à necessidade de nomear uma coleção encontrada no século XIX por arqueólogos nas ruínas de Pompéia, formada



por imagens e objetos sexuais que à época só eram veiculados dessa forma em obras consideradas obscenas e cuja livre circulação era vetada, pois eram consideradas impróprias.

Pompéia é uma comuna italiana, localizada na província de Nápoli, mas embora o termo “pornografia” tenha sua origem aí, já existia séculos antes uma categoria que determinava os elementos referentes a ela. Eram objetos de representação explícita dos órgãos e dos atos sexuais, chamados por muito tempo de obscenos e eróticos. Tanto era assim que a referida coleção inicialmente fora chamada de “Gabinete de objetos obscenos”, depois mudou para “Gabinete de objetos reservados” e, finalmente em 1860 passou a se chamar “Coleção Pornográfica”. (VEIGA, 2015, p. 11).

A coleção pornográfica de Nápoli não foi a única coleção composta por objetos e imagens de práticas sexuais, houve, também, coleções semelhantes em outros países da Europa, entre os séculos XV e XIX. As mais significativas foram a *Collection del L’Enfer*, na França e a *Private Case*, na Inglaterra.

A historiadora Lynn Hunt (1999, p.13) afirma que

Em 1857, a palavra *pornografia* apareceu pela primeira vez no *Oxford English Dictionary*, e a maioria de suas variações – *pornógrafo e pornográfico* – datam no mesmo período. Esses verbetes surgiram na França um pouco antes. Segundo o *Trésor de la langue française*, a palavra *pornographe* apareceu se restringia a um grupo seletivo que excluía primeiro em 1769, no tratado de Restif de la Brettone intitulado *Le Pornographe*, aludindo a textos sobre prostituição, enquanto *pornographique, pornographe e pornographie*, no sentido de escritos ou imagens obscenos, datam de 1830 e 1840. (grifo da autora)

Ainda de acordo com Hunt (1999, p.12),

Na obra *The secret museum* (“O museu secreto”), Walter Kendrick traça com mais precisão as origens da postura moderna em relação à pornografia. **O autor atribui a invenção da pornografia à junção de dois fatos muito diferentes ocorridos entre o fim do século XVIII e as primeiras décadas do século XIX: a criação de ‘museus secretos’ para objetos classificados como pornográficos e o volume crescente de escritos sobre prostituição.** Kendrick situou o museu secreto (seja na forma de recintos fechados à chave, seja na forma de bens não-catalogados) no contexto da regulamentação cautelosa do consumo do obsceno e no contexto de exclusão dos operários e das mulheres. (grifo nosso).

Podemos perceber que a apreciação do acervo do museu secreto se restringia a um grupo seletivo, o qual excluía os operários – por uma questão de classe – e as mulheres – possivelmente por serem o principal objeto dos conteúdos proibidos. Denota-se nessa origem, a violência de gênero, tanto no que concerne a exclusão dessas ao acesso, quanto a sua participação como sujeitas dessa produção desse acervo – eram objetos de representação de outrem.

O desenvolvimento da pornografia se deu através de um processo, que com o

decorrer dos anos, foi transformando sua finalidade, seus autores, suas formas de exibição, mantendo a característica do sigilo, e a objetificação das imagens das mulheres. Somente no século XIX é que a pornografia passou a ser regulamentada, devido o início de sua democratização, “quando passou a ser possível exibir qualquer coisa para qualquer pessoa” – gerou o desejo por barreiras, catalogações, novas classificações e censura. Em outras palavras, a pornografia como categoria regulamentada surgiu em resposta à ameaça de democratização da cultura”. (HUNT, 1999, p.13).

Assim, quando pobres e ricos passaram a poder ter acesso as obras pornográficas é que houve preocupação de regulamentá-la, e conseqüentemente limitá-la, censurando a cultura para que só a elite pudesse conhecer.

Foi notório nos anos seguintes a 1800 essa barreira ao acesso às obras pornográficas, muito devido ao surgimento do mercado de obras impressas, que por ter funcionado como impulso para a democratização do acesso as obras, gerou censura por parte da polícia que perseguia as obras clássicas, como *L'Academie des dames* e *L'École des files*, alegando nocividade para a moral social, mas tendo como verdadeiro objetivo o impedimento do acesso à classe trabalhadora e às mulheres. Segundo Hunt (1999, p. 20), o movimento de censura foi fundamental para a definição da pornografia, o que se confirma na seguinte passagem do livro “A invenção da pornografia”.

A pornografia constituiu-se a partir de sua regulamentação e da existência de um mercado para as obras impressas. Os esforços das autoridades religiosas e políticas para regulamentar, censurar e proibir os trabalhos contribuíram, por um lado, para sua definição e, por outro, para a existência de um público leitor para tais obras e de autores empenhados em produzi-las. A censura intensificava o desejo dos leitores, mas é insuficiente para constatar as obras mais procuradas, já que alguns livros proibidos venderam muito, enquanto outros não obtinham o mesmo desempenho. Muitas encomendas dos leitores eram parecidas e os autores faziam referências constantes aos seus predecessores, evidenciando que a informação sobre livros e gravuras pornográficas era fácil de obter, ao menos para a elite e os homens educados.

Percebe-se que uma das características mais específicas da coleção – e por consequência, da pornografia - é a de ser secreta, ou melhor, reservada, pois apenas uma elite muito particular é que tinha acesso: os homens cultos. E para manter essa característica é que escolheram a denominação ‘pornográfica’, visto que pela sua raiz etimológica, criaria uma barreira linguística, assim, “o museu de Nápolis buscou uma palavra que não estimulasse tal público a querer ver a coleção, mas que fosse reconhecida pelos homens cultos que tinham acesso à mesma” (VEIGA, 2015, p. 11).

Destaca-se também a presença feminina nas representações sexuais, mas não o seu acesso da coleção. Nesse sentido, Hunt recupera na obra de Aretino alguns elementos essenciais que formaram a tradição pornográfica, dentre eles “a representação explícita da atividade sexual, a forma do diálogo entre mulheres, a discussão sobre o comportamento

das prostitutas e o desafio às convenções morais da época.” (1999, p. 26).

A pornografia trazia predominantemente personagens femininas, narradoras femininas, que faziam tanto um papel feminino, como um papel masculino na relação sexual. Representavam sujeitos polimorfos<sup>1</sup>. Era claramente uma subversão sobre a ordem social da época, que desenhava a mulher com características retraídas, dotada de docilidade, benevolente, sem vontades próprias, por isso, “a discussão sobre a narradora feminina e sua transgressão do papel feminino tradicional dirige-se ao âmago das questões de gênero.” (HUNT, 1999, p. 39). A figura feminina era representada quase sempre por uma prostituta, a qual era “retratada como mulher independente, determinada, bem-sucedida financeiramente e desdenhosa dos novos ideais femininos de virtude e vida familiar.” (HUNT, 1999, p. 40).

A pornografia, no período moderno, tinha a crítica social como finalidade primordial, então, a prostituta representando a mulher pública, era marcada de reflexão quanto ao papel da mulher na sociedade, e de uma crítica ao suposto poder excessivo que algumas mulheres haviam conquistado politicamente. Assim, a prostituta representava tudo aquilo que uma mulher – aos moldes do que se construía socialmente – não poderia e nem deveria ser.

Marquês de Sade, o maior autor libertino da história, segundo Hunt (1999), apresentou em sua obra todos os principais temas da pornografia que tão retratados até hoje, incluindo a sodomia, a pedofilia, o estupro, o incesto. Todas essas categorias estão presentes em suas obras, e ele também descreve a mulher de maneira a afrontar a sociedade, “suas personagens femininas são completamente libertas, preocupadas apenas com a busca do prazer, no que difere grandemente da produção pornográfica comum, tanto da época quanto da contemporânea.” (SANTANA, 2014, p.15).

Notadamente, os autores das obras pornográficas da época eram todos homens, e o público consumidor também era majoritariamente masculino, “entretanto, a sexualidade masculina é uma área obscura na pornografia (...). A pornografia (...) enfocava exclusivamente a sexualidade feminina.” (HUNT, 1999, p.42).

Depois, já na década de 1790, a imagem da prostituta se transformou da mulher pública e independente para uma imagem do corpo feminino como um bem comum a todos os homens. Foi nesse momento que a pornografia se tornou comercial, e não mais uma arte subversiva, de crítica social, mas a partir daí “(...) a excitação sexual substituiu os objetivos populistas radicais e libertinos do submundo editorial.” (HUNT, 1999, p.43).

Assim, o prazer sexual reproduzido na pornografia foi descoberto como forma de ganhar dinheiro, e assim, passou a ignorar o objetivo inicial de crítica social para dar lugar a futilidade que o mercado pedia. Fato que aproximou a pornografia do acesso democrático, tendo em vista que era de interesse mercadológico alcançar o máximo de pessoas possível para gerar mais lucro, assim, em 1820 tinham acesso os aristocratas, profissionais liberais

1 Que assume ou passa por várias formas (MICHAELIS, 2002, p.612).

e empregados de escritório do sexo masculino, posteriormente a classe operária.

Léa Santana (2014, p. 20) descreve bem como se deu esse processo, afirmando que a pornografia

Originalmente utilizada como instrumento de contestação, de crítica às autoridades religiosas e políticas, hoje ela é vista como um instrumento de banalização do sexo. No final do século XVIII, a pornografia passou a ser instrumento de incitação e prazer sexual tanto por conta da popularização da escrita e das técnicas de impressão quanto pela necessidade, ainda política, de demarcar as diferenças sexuais. No calor das reviravoltas sociais e culturais causadas pelos movimentos revolucionários setecentistas, os produtos pornográficos se ressignificaram, passando a ter o perfil que até hoje reconhecemos, isto é, de propagadores de estereótipos de gênero e sexualidade.

Desse modo, o conceito de pornografia foi sendo construído e reconstruído historicamente de acordo com cada época, refletindo o contexto social, político e econômico. Até o século XVIII predominantemente subversivo, teve influência do desenvolvimento da impressão, e outras formas de registro, e passou no século XIX a ser predominantemente uma forma de lazer, sendo exibido em livros e também no cinema (SANTANA, 2014, p.15).

Contudo, há características peculiares a pornografia que estiveram presentes desde sua origem até atualmente, como a representação do corpo feminino, a demarcação das diferenças sexuais e as referências a relação sexual explícita, com exibição dos atos presentes na relação sexual, na maioria das vezes restringindo a sexualidade aos órgãos genitais, e ao ato sexual em si.

O que sofreu oscilações mais profundas foi a finalidade da pornografia. Na Europa, entre 1500 e 1800 era um veículo de reivindicação, as ilustrações e textos usavam o teor sexual para criticar os costumes sociais e a política da época. Então, até o século XVIII, a pornografia transcendia as representações explícitas dos órgãos sexuais e práticas sexuais, porém a partir do século XIX passou a ser uma categoria de literatura ou representação visual independente, “ganhou autonomia, tornando-se um objetivo em si mesma.” (HUNT, 1999, p. 18). Nesse momento, inicia-se o objetivo comercial da pornografia, que vige até hoje.

Além disso, a autora Lynn Hunt destaca que a literatura pornográfica do século XVIII retratava a sexualidade feminina e a determinação sexual de maneira inédita, “valorizava frequentemente a atividade e a determinação sexual feminina muito mais que os textos médicos do mesmo período.” (HUNT, 1999, p. 45). Todavia, embora a determinação sexual da mulher fosse aparente, ela não servia para a mulher, mas para os homens. Infere-se, portanto, outra característica própria do conceito de pornografia que é o uso do corpo feminino como objeto a serviço do prazer masculino.

Essa dominação do masculino sobre o feminino desperta preocupação, tendo em vista que a pornografia é concebida com o intuito de incentivar a prática sexual, despertar

o prazer do consumidor, ou seja, tende a ser literalmente reproduzida pelas pessoas que assistem, ou leem. Lynn Hunt (1999, p. 46) destaca essa preocupação no seguinte trecho:

Sem dúvida, a servidão masculina presente na maior parte da pornografia contribuiu para sua total incompatibilidade com os novos ideais de domesticação que se desenvolveram nos séculos XVIII e XIX. A ideia de uma esfera feminina separada e íntima passou a depender da reafirmação da diferença sexual – e, portanto, social e política – fundamental entre homens e mulheres. (...) Quando novos padrões biológicos e morais de diferença sexual se desenvolveram, a pornografia parece ter-se tornado até mesmo mais exótica e perigosa, e precisou ser erradicada. A maior parte de nossas atuais preocupações em relação à pornografia resulta dessa crença.

Assim sendo, pode-se formular o seguinte o conceito de pornografia: representação comercial, verbal ou não verbal, que exhibe predominantemente o corpo feminino, em ato sexual ou restringindo o corpo em órgão sexual com objetivo de incentivar a prática de relação sexual, destinando-se especialmente a despertar o prazer masculino.

Para o direito brasileiro, a pornografia encontra conceituação no artigo 24 E, incluído pela lei 11.829 em 2008 no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lei 8.069/90, constituindo-se como atividade sexual explícita, real ou simulada, ou a exibição dos órgãos genitais para fins primordialmente sexuais. Vale dizer que tal dispositivo se ocupa especificamente da pornografia infantil, o que não significa que o conceito apresentado não seja abrangente.

A lei 11.829 de 2008 modificou os artigos 240 e 241 do ECA, e também acrescentou os artigos 241-A, 241-B, 241-C, 241-D e 241-E, todos com o escopo de aperfeiçoar o combater a produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de material com esse conteúdo, além de criminalizar outras condutas referentes a pedofilia na internet.

No que se refere a maiores de idade, a lei se preocupa com a pornografia de vingança, que consiste na divulgação de foto, vídeo, ou qualquer registro de atividade sexual, ou órgão sexual sem o consentimento de pelo menos um dos participantes da cena. De acordo com Rodríguez (2018, p. 47) a pornografia de vingança

É divulgar, através da rede mundial de computadores, fotos, vídeos e até mesmo montagens de cenas íntimas ou materiais de cunho sexual, íntimo e privado de uma pessoa, sem a autorização desta. Tal fato, muitas vezes, é realizado por ex-companheiros que disponibilizam esses conteúdos como ato de autopromoção, humilhação ou vingança (entretanto, nem sempre referida, a situação se dá neste contexto). Esse cenário tem sido chamado de pornografia de vingança, pornografia não consensual ou pornografia de revanche, surgido do termo 'revenge porn'

Na opinião da referida autora, a denominação que se dá para essa prática – “pornografia de vingança” – não é o melhor nome, pois a sua finalidade nem sempre é de fato a vingança, podendo ocorrer por motivo de extorsão, ou simplesmente por algum motivo

fútil como divertimento. Afirma ainda que tampouco poderia ser nomeada de 'pornografia não consensual', pois "a princípio, há casos em que a filmagem ou foto (que inclui até mesmo as *selfs*) foi de total consenso pela própria vítima ou entre as partes, entretanto a divulgação é que não foi consentida." (RODRIGUÉZ, 2018, p. 47).

Essa prática de acesso livre ao corpo feminino é própria de uma sociedade patriarcal, marcada pela hierarquia de gênero, na qual homens tem posição privilegiada em relação às mulheres. Simone de Beauvoir (1949) já denunciava em seu texto clássico *O Segundo Sexo*, as construções naturalizadas das desigualdades entre os diferentes gêneros na sociedade ocidental, a qual coloca a mulher como o outro do homem, a qual ele pode dominar.

Nesse sentido, o Brasil aprovou duas leis de vital importância. Trata-se da lei 12.737/12, denominada Lei Carolina Dieckmann e tutela crimes de invasão a computadores e divulgação de informações pessoais, e a outra lei é a Lei 13.772/18, que modifica a lei Maria da Penha, acrescentando dispositivos que criam mecanismos para combater a violação da intimidade da mulher, praticada através da internet.

A lei 12.737/12 não está especificamente ligada a proibição de divulgação e obtenção de vídeos íntimos, contudo, "a lei tutela casos de pornografia não consensual em que as vítimas, após a invasão feita por hackers em seus computadores, celulares, ou qualquer dispositivo informático, tiveram suas gravações expostas na internet." (ALVES, 2017, p.41).

Já a lei 13.772/18 tem ligação direta com a divulgação não consentida de vídeos, imagens, ou qualquer registro de cenas íntimas, passando a acrescentar a violação da intimidade como modalidade de violência psicológica, no inciso II, do artigo 7º. Além de incluir o artigo 216-B ao Código Penal o crime de registro não autorizado da intimidade sexual, que proíbe a produção, fotografia, filmagem ou registro, por qualquer meio, de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes, incorrendo no mesmo crime quem realizar a montagem desse tipo de cena.

Desse modo, observa-se que nenhuma das leis trata de impor limites a produção da pornografia em relação ao modo como vem sendo apresentada, notadamente, fortalecendo a violência de gênero. Ainda há uma visão restrita das situações individualmente vividas, mas falta um olhar generalizado e uma análise minuciosa sobre as produções pornográficas atuais, as produções comerciais.

A pornografia, na legislação brasileira, é percebida e questionada quando há uma situação concreta de divulgação em massa de conteúdo íntimo envolvendo criança ou adolescente, ou quando adultos, sem consentimento dos sujeitos envolvidos. Embora a evolução legislativa seja valorosa, percebe-se uma negligência em relação a reflexão que envolve a pornografia enquanto tal, produzida com fins comerciais, para mostrar exatamente o que o consumidor gostaria de ver.

### 3 I LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO

O período do regime militar brasileiro foi palco de forte autoritarismo, em que as liberdades individuais foram gravemente restringidas pelo poder estatal, pelo exercício ilimitado e arbitrário da discricionariedade. Dentre as liberdades limitadas, as mais impactadas foram as relativas aos direitos políticos e a liberdade de expressão, tendo em vista a imposição de censura a imprensa e de todos os meios de comunicação do país.

Com a queda do regime em 1984, o papel institucional das Forças Armadas foi restabelecido, e a elaboração da Constituição de 1988 deu ao país um novo cenário de proteção a democracia das liberdades individuais, e dos direitos humanos. Nesse novo cenário de ampla proteção às liberdades, a liberdade de expressão recebe especial amparo, tendo em vista que um de seus objetivos é possibilitar múltiplas informações para formação de opiniões concretas, a fim de enriquecer o debate democrático nacional.

Daniel Sarmiento (2006, p.2) explicita que “é justamente neste novo cenário que surgem as questões mais complexas relacionadas à liberdade de expressão, envolvendo a imposição de limites a este direito fundamental”, isso porque surgem conflitos entre esse direito fundamental e outros de idêntica importância, como a igualdade, privacidade e a honra. Desse modo, é necessário encontrar um equilíbrio que garanta ao indivíduo segurança e dignidade, e em muitas situações esse equilíbrio exige uma limitação a liberdade de expressão, porque há outros direitos que não podem ser ignorados.

Antes de avaliar quais as situações em que essa limitação no direito a liberdade de expressão é ou deveria ser permitida no Brasil, é necessário a análise de quais objetivos este direito engloba, bem como qual o seu alcance. Com base nos ensinamentos de Daniel Sarmiento (2006, p. 29), os principais objetivos são “busca da verdade, garantia da democracia, autonomia e auto-realização individual, e promoção da tolerância”, os quais serão ligeiramente explanados a seguir.

A busca da verdade através da liberdade de expressão se pauta na ideia de que esse direito deve ser protegido para a garantia de obtenção da verdade, pois em meio a difusão de várias ideias, é através da liberdade de expressão é que se pode obter respostas mais adequadas para os problemas sociais. E somente com a difusão de diversas ideias, inclusive as impopulares, é que se chegará a essa verdade.

O maior propulsor dessa concepção foi o filósofo britânico Stuart Mill (1992, p. 94-95), que afirma:

se uma opinião é compelida ao silêncio, é possível seja ela verdadeira, em virtude de algo que podemos vir a conhecer com certeza. Negar isso é presumir a nossa infalibilidade. (...) mesmo que a opinião a que se impôs silêncio seja um erro, pode conter, e muito comumente contém, uma parte de verdade. (...) ainda que a opinião aceita não seja apenas verdadeira, mas a verdade toda, só não será assimilada como um preconceito, com pouca compreensão ou pouco sentimento das suas bases racionais, pela maior parte

dos que a adotam, se aceitar ser, e efetivamente for, vigorosa e ardentemente contestada. (...) se tal não der, o significado mesmo da doutrina estará em perigo de se perder, de se debilitar, de se privar do seu efeito vital sobre o caráter a conduta: o dogma se tornará uma mera profissão formal, ineficaz para o bem, mas a estorvar o terreno e a impedir o surgimento de qualquer convicção efetiva e profunda, vinda da razão ou da experiência pessoal.

E ainda, defende que “se a opinião é certa, aquele foi privado da oportunidade de trocar o erro pela verdade; se errônea, perdeu o que constitui um bem de quase tanto valor – a percepção mais clara e a impressão mais viva da verdade, produzidas pela sua colisão com o erro” (MILL, 1992, p. 60).

Desse modo, é possível observar que o autor releva a importância desse direito para a coletividade, pois o seu exercício garante a sociedade tomar conhecimento das variadas ideias, oriundas de todos os cidadãos indistintamente. Por isso aduz a busca da verdade como a razão para a proteção da liberdade de expressão, pois a opinião é manifestada pelo ser humano, que é falível, então não há como afirmar com certeza que sua opinião está completamente errada ou completamente certa.

Assim, o filósofo britânico defende que ninguém deve ser impedido de manifestar sua opinião, porque pode estar certa ou pelo menos passível de correção, e ainda que fosse completamente errada, ele afirma que é um benefício social a disseminação de diferentes ideias. O segundo aspecto que se percebe como finalidade da liberdade de expressão é a formação de opinião pública livre, o que contribui para o autogoverno democrático, conforme explicita Sarmiento (2006, p.32):

a liberdade de expressão é peça essencial em qualquer regime constitucional que se pretenda democrático. Ela permite que a vontade coletiva seja formada através do confronto livre de ideias, em que todos os grupos e cidadãos devem poder participar, seja para exprimir seus pontos de vista, seja para ouvir os expostos por seus pares.

Outro fundamento levantado como objetivo da liberdade de expressão é o exercício da autonomia e livre desenvolvimento da personalidade a partir da livre manifestação de pensamento, tendo em vista que existe uma necessidade humana de comunicar-se com o outro ser humano. Desse modo, Sarmiento (2006, p.37) afirma que “a possibilidade de cada um de exprimir as próprias ideias e concepções, de divulgar suas obras artísticas, científicas ou literárias, de comunicar o que pensa e o que sente, é dimensão essencial da dignidade humana”, sendo a sua privação uma grave violação a sua personalidade, atingindo a capacidade de ser pessoa humana.

Este posicionamento abrange não somente quem expressou seu pensamento, mas também a pessoa a quem essa expressão foi direcionada, o ouvinte. Sendo, portanto, vedado ao Estado substituir a vontade do ouvinte para decidir o que ele pode ou não pode ouvir, pois a pessoa adulta, em geral é dotada de razão e discernimento para decidir quais ideias vai incorporar de acordo com as informações que ouviu.



Por último, o aspecto aventado como finalidade da liberdade de expressão se pauta na promoção da tolerância, virtude essencial para a promoção da estabilidade e da justiça. Muito tem-se incentivado, na sociedade contemporânea, que é multicultural, multiétnica, e multireligiosa, a respeitar as diferenças do outro ser humano, que vive sua vida e tem suas opiniões do modo como escolhe ser e ter. O problema que cerca essa finalidade do direito a liberdade de expressão é quanto ao seu limite, pois “Até que ponto, por exemplo, deve-se tolerar o intolerante?” (SARMENTO, 2006, p.39)

Há quem defenda que a tolerância aos discursos abusivos e abjetos é um exercício de crescimento pessoal a ser realizado pelos indivíduos, que se tornam mais abastecidos de razão para formar suas opiniões e procurar expressá-las. Em contrapartida, Sarmento defende que a exigência de tolerância aos discursos hostis resulta na disseminação do preconceito contra minorias estigmatizadas e promove um ambiente desequilibrado.

Diante da exposição dos objetivos da proteção do direito fundamental a liberdade de expressão, percebe-se que esse direito é compreendido como uma forma de disseminar informações, das mais pacíficas às mais divergentes, para garantir aos indivíduos tanto a oportunidade de manifestar suas ideias, como a escolha em ouvir as ideias exteriorizadas e assentir ou não. Além disso, ao permitir dissipar variadas ideias, os indivíduos adquirem maior possibilidade de formar suas opiniões e promover a auto democracia, contribuindo para a sociedade como um todo.

A adversidade se dá quando tais opiniões fazem parte de um discurso de ódio, o qual dissipa ideias discriminatórias e de intolerância contra determinados grupos socialmente minoritários, em decorrência de preconceitos relacionados a etnia, gênero, deficiência física ou mental, orientação sexual, religião, promovendo e incentivando a violência. Por disseminar ideias que aproximam o discurso de uma forma de violência, há grande dissenso quanto a sua proteção através da liberdade de expressão.

Contudo, diante do conceito apresentado por Sarmento, e acompanhando seus ensinamentos, afirma-se que o discurso de ódio fere todas as finalidades essenciais do direito fundamental a liberdade de expressão.

O discurso de ódio, através da finalidade de busca da verdade, não poderia ser silenciado, pois quanto mais discursos forem exprimidos, mais perto da verdade a sociedade estaria, então a sua emissão estaria contribuindo para a sociedade. Ocorre que, para isso acontecer precisaríamos de um cenário ideal, em que uns ouvissem os outros pacificamente e conversassem sobre suas opiniões, respeitando-as. Entretanto, o discurso de ódio constitui um cenário totalmente oposto ao ideal, por esse motivo a busca da verdade não justifica a proteção do discurso de ódio (SARMENTO, 2006)

No tocante a finalidade de garantia da democracia, seus defensores afirmam que a proteção de todos os discursos contribui para o autogoverno democrático, porém, “se, por um lado, a democracia exige realmente a liberdade de expressão, por outro, ela também pressupõe a igualdade” (SARMENTO, 2006, p.32), e o discurso de ódio propicia

um silenciamento de suas vítimas, ou uma vingança violenta, gerando desigualdades, portanto, na opinião de Sarmiento (2006) a restrição do discurso de ódio é uma contribuição para o autogoverno, porque garante que as minorias não vão ser caladas.

A partir do fundamento da autonomia e autorrealização individual, o discurso de ódio gera um impacto negativo ao auto respeito de suas vítimas, porque incentiva o silenciamento de sua voz ou desperta o desejo de vingança. Por isso, Sarmiento explicita que a restrição ao discurso de ódio é mais uma vantagem a autonomia individual, e sobre ela exerce um duplo efeito “pois ao mesmo tempo em que as restringe, ela de alguma maneira também as garante e promove” (2006, p.38), tendo em vista a intervenção do Estado para possibilitar o discurso das minorias.

Finalmente no que se refere a finalidade da promoção da tolerância, a discussão é sobre qual o seu limite. Se em uma sociedade existem múltiplas opiniões e o dever de respeitar a opinião exposta por cada um dos indivíduos é continuamente fomentado, então seria legítima a restrição ao discurso do intolerante? Sarmiento (2006, p.40) ressalta que “a verdade é que nem sempre a tolerância é a resposta moralmente correta diante de um conflito social”, por que há situações que exigem uma intervenção estatal muito mais potente, como quando ocorre uma violação de direitos humanos em que, nas palavras do referido autor, o Estado tem o papel “de buscar evitar as lesões, e, caso isto não seja possível, punir os culpados e amparar as vítimas” (2006, p.41), sustentando ainda que o discurso de ódio é claramente uma violação de direitos humanos que não deve ser tolerada.

Isto posto, é perceptível que a liberdade de expressão, presente na Constituição Federal brasileira como garantia de livre manifestação dos pensamentos, deve ser entendida dentro de um sistema de proteção de outros direitos igualmente importantes, em especial o direito a igualdade que deve ser observado no exercício da liberdade de expressão, isto é, em uma situação de manifestação de ideias, deve-se garantir a todos igual poder de expressar suas convicções, indistintamente.

Nesse contexto, imperioso destacar o alcance do direito fundamental a liberdade de expressão. A livre manifestação de pensamentos e opiniões pode ser publicada de diversas formas, através de palavras, de manifestações artísticas não-verbais, por meio de livros, filmes, novelas, cartas, televisão, rádio, e dos mais diversos meios de comunicação. E pode versar sobre uma gama de assuntos, dos mais pacíficos aos mais perversos, gerando a complexidade de sua proteção.

A liberdade de expressão, por ter amplas possibilidades de efetivação, facilita a divulgação dos discursos de ódio, promovendo mais intolerância racial e propagando a misoginia, por exemplo.

O surgimento das dissonâncias relativas a esses discursos não é recente, desde a década de 50 que se discute sobre isso nos Estados Unidos, onde os liberais políticos discutiam sobre o conceito de liberdade negativa, difundido por Berlin, como se observa nas palavras de Dworkin (2006, p. 330) quando afirma “os conservadores eram a favor dessa

liberdade mas eram contrários às outras formas de liberdade quando entravam em choque com a segurança ou com as ideias que eles tinham acerca da decência e da moralidade”.

Foi nesse contexto que surgiram os questionamentos sobre a expressão de discursos pornográficos por meio de imagens e livros. A situação movimentou feministas como Catherine Mackinnon, professora de direito da Universidade de Michigan, que à época colaborou para a promulgação da lei anti-pornografia no estado de Indianópolis.

De acordo com Dworkin (2006, p. 349), a referida lei definia “pornografia como subordinação sexualmente explícita da mulher, de forma realista e sugestiva, quer através de imagens, quer de palavras” e “proibia a produção, venda, exposição ou distribuição de todo e qualquer material por ela definido como pornográfico” (2006, p. 350).

Esse foi apenas o início de uma longa caminhada das feministas contra a pornografia, devido as consequências provocadas pela expressão de uma ideia de submissão feminina, o que causa naturalização de atitudes violentas, incentivando crimes como o estupro e gerando incisiva desigualdade de gênero.

#### **4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De acordo com Mackinnon (1996), o acesso a pornografia provoca nos homens prazer com mulheres sendo expostas, humilhadas, violadas, degradadas, mutiladas, enforcadas. Para a referida autora, a pornografia é ato, comportamento, e não um pensamento ou argumento, isso porque não se pode dizer que quando um homem assiste o conteúdo pornográfico, ele assiste a uma ideia. Pelo contrário, ele assiste uma conduta realizada por terceiros e quando ele reproduz o que vê na sua vida pessoal, ele não está tendo uma ideia, mas sim realizando uma conduta.

Isso não significa que a autora discorda de que a pornografia é discurso, mas evidencia que na pornografia o discurso está atrelado a produção de uma realidade, e isso não pode ser ignorado. Então “quando pessoas que são machucadas pelo discurso se tornam reais, estas palavras passam a ser reconhecidas como os atos que são” (RIBEIRO, 2016, p.58).

Destarte, a pornografia é uma forma de oprimir ainda mais as mulheres, tendo em vista que a produção de violência contida em suas publicações é oriunda da intolerância e da discriminação enraizada na sociedade em desfavor da mulher, simplesmente por ser do gênero feminino. Podendo assim afirmar que essa forma de discurso complexo e constitutivo de realidade traduz-se em discurso de ódio, especialmente por sua lógica silenciadora.

A expressão do discurso de ódio inviabiliza a participação das suas vítimas, indo de encontro com o objetivo principal da liberdade de expressão, que é o debate plural. Quando, com muita luta, se consegue a participação dos oprimidos no debate, o seu discurso não tem legitimidade. É o que ocorre com as mulheres a partir do que a pornografia produz, elas

são silenciadas porque ninguém quer ouvir uma mulher com pênis na boca (MACKINNON, 1996).

Diante disso, é perceptível a colisão entre a liberdade de expressão e o direito a igualdade, pois o discurso de ódio silencia a voz das mulheres, conseqüentemente produzindo desigualdade de gênero e ainda, estimulando a opressão de todas as mulheres.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Sabrina Sousa De Andrade. **Pornografia não consensual**: Uma nova modalidade de violência de gênero e a ausência de legislação penal específica referente ao tema. Monografia (graduação em Direito). Universidade Federal do Ceará, 2017.

BERLIN, Isaiah. “Dois conceitos de liberdade”. In: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. Trad. de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 226-272.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução Maria Helena Kuhner. 2ª ed, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Decreto Lei 11.340 de 7 de Agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Brasília: Secretaria Especial de Política para as Mulheres, 2008

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: Planalto. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm) > Acesso em 04 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008. Brasília: Planalto. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm) > Acesso em 04 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Brasília: Planalto. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm) > Acesso em 04 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.772, de 19 de dezembro de 2018. Brasília: Planalto. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13772.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13772.htm) > Acesso em 04 jan. 2021.

DE BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo** – fatos e mitos. 4ª ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Martins Fontes, 2006.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

HUNT, Lynn. **A invenção da pornografia**: Obscenidade e as origens da modernidade 1500-1800. Tradução de Carlos Sziak. 1ª ed, São Paulo: Hedra, 1999.

MACKINNON, Catharine A. **Only words**. Harvard University Press, 1996.

Michaelis – **dicionário escolar língua portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2002.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Alberto da Rocha Barros. Rio de Janeiro: Vozes, 1992.

RIBEIRO, Raísa Duarte Da Silva. **Discurso de ódio, violência de gênero e pornografia: entre a liberdade de expressão e a igualdade**. Dissertação (mestrado em ciências jurídicas) – Universidade Federal Fluminense, 2016.

RIBEIRO, Raísa Duarte Da Silva; BARBOSA, Renata da Silva Athayde; DE SOUZA COSTA, Rodrigo. A tutela da pornografia pela Corte Europeia de Direitos Humanos: uma análise do aspecto da proteção da mulher em situação de violência de gênero. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, 2019, 20.1: 95-124.

RODRÍGUEZ, Liziane Da Silva. **Pornografia de vingança: vulnerabilidades femininas e poder punitivo**. Dissertação (mestrado em ciências criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2018.

RUSSELL, Diana E. H. **Against Pornography: The evidence of Harm**. Berkeley, California: Russell Publications, 1994

SANTANA, Léa Menezes de. **“TEM PORNÔ PARA MULHER?”: Uma Abordagem Crítica Da Pornografia Feminista**. Dissertação (mestrado em filosofia e ciências humanas) – Universidade Federal da Bahia, 2014.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. **SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006.

VEIGA, Maria Júlia Alencastro. **Etnografia do Pornhub: uma análise sobre representações de gênero na pornografia**. Monografia (bacharelado em ciências sociais, com habilitação em antropologia) – Universidade de Brasília, 2015.

Data de aceite: 25/03/2021

Data de submissão: 29/12/2020

### Camila de Oliveira

Escola Superior Dom Helder Câmara  
Belo Horizonte  
<http://lattes.cnpq.br/5189005937298392>

### Ernane Salles da Costa Junior

Faculdade Promove de Belo Horizonte  
Belo Horizonte  
<http://lattes.cnpq.br/2666464264432207>

### Gerald Otaviano Leal Pereira

Faculdade Promove de Belo Horizonte  
Belo Horizonte  
<http://lattes.cnpq.br/9469274711759690>

**RESUMO:** O presente artigo aborda o Ativismo do Ministério Público na Operação Lava Jato e seus reflexos no direito e em outras áreas da sociedade. A pesquisa visou investigar os acordos de colaboração premiada, a fim de compreender se, na luta contra a corrupção, tais acordos violariam as garantias fundamentais presentes na Constituição de 1988. A pesquisa fundamentou-se num estudo de casos de modo a produzir um diagnóstico sobre o problema em questão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Operação Lava Jato. Ativismo Judicial. Ministério Público. Colaboração Premiada. Devido Processo Legal.

### JUDICIAL ACTIVISM AND LAVA JATO OPERATION

**ABSTRACT:** This article addresses the Activism of the Public Prosecutor in Lava Jato Operation. The research aimed to investigate the plea Bargain in order to understand whether, in the fight against corruption, such agreements would violate the fundamental guarantees of the 1988 Constitution. The research was based on a cases study in order to produce a diagnosis about the issue in question.

**KEYWORDS:** Lava Jato Operation, Judicial Activism, Public Prosecutor, Plea Bargain, Due Process of law.

### 1 | INTRODUÇÃO

O estudo que se segue aborda atuação do Ministério Público no contexto da Operação Lava Jato, mais especificamente a legitimidade dos acordos de colaboração premiada como parte integrante da luta contra a corrupção à luz dos princípios e garantias constitucionais.

A análise em questão foi realizada no marco da teoria constitucional crítica, desenvolvida tendo, especialmente, como fundamento teórico e conceitual as reflexões de Lênio Luiz Streck, Luis Roberto Barroso, Juarez Guimarães e do orientador Ernane Salles da Costa Junior. Para tanto, o artigo está dividido em quatro partes.

Na primeira, narra-se a a crise de identidade e brasilidade São apresentados,

assim, sobre a ótica sociológica a idéia de que a malandragem, o jeitinho e a corrupção são vistos, pelo imaginário nacional predominante, como algo intrínseco à condição de brasileiro.

A ideia que abarca toda a sociedade brasileira é de que no Brasil nada funciona, as coisas não são sérias e o povo sempre quer tirar vantagem de tudo, “a começar pelo próprio Estado Brasileiro, que, na pessoa de seus governantes, oferece o pior exemplo que qualquer sociedade poderia ter” (BARBOSA, 1992, p. 76). Desse modo, a narrativa segue com estudo crítico da mídia e sua contribuição para alimentar essa idéia de que no Brasil a trindade do jeitinho, da malandragem e da corrupção são a causa de todos os males sociais presentes na contemporaneidade, situação essa amplamente difundida nas manifestações de 2013 e nos diversos movimentos sociais que a sucederam até os dias atuais (COSTA JUNIOR, 2017), com reflexo em diversas áreas da sociedade, inclusive no campo político.

Não obstante firmada a ideia do senso comum de que nada funciona, o brasileiro, descrente do cenário político atual, passa a ver na atuação do Judiciário e Ministério Público na Operação Lava Jato a salvação para o Brasil, contribuindo para a expansão do ativismo judicial. O tópico se encerra com a demonstração da manipulação da midiatização instrumental, disseminada pelas grandes redes televisas e ratificada pelo Judiciário que contribuem para um combate, sem regras, à corrupção.

A segunda parte é dedicada a descrever a importância do devido processo legal no contexto do Estado democrático de direito como possibilidade única da instauração de um processo justo, dialógico e comprometido como a busca da verdade, sempre dentro dos limites da lei, atentando para o fato de que em um Estado democrático é preciso zelar, insistentemente, pelo contraditório e pela ampla defesa.

A terceira parte introduz o Instituto da colaboração premiada, passando pelos fundamentos históricos, estrutura e adequação no Estado democrático de Direito, assim como sua aplicação específica na Operação Lava Jato.

A quarta parte instaura um estudo de caso numa vertente sócio-jurídica a partir de uma amostragem no contexto da Operação. A partir de uma profunda análise e investigação de dois acordos de colaboração premiada firmados pelo Ministério Público, foram encontradas violações das garantias constitucionais presentes na Constituição de 88, como se verá a seguir.

## **2 | IDENTIDADE, MÍDIA E HEROIFICAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O COMBATE À CORRUPÇÃO EM MOVIMENTO**

### **2.1 Crise<sup>1</sup> de identidade e brasilidade**

O brasileiro sempre se viu afundado no “mar” da corrupção. Esse problema fez

---

<sup>1</sup> Como afirmado por Costa Junior (2000): “Não vivemos definitivamente numa fase de simples crise, mas de crises, especialmente, se levarmos em consideração o uso mais corrente e vulgar do termo. Crises de governabilidade, da economia, do judiciário... Mas a definição da palavra “crise”, em seu sentido mais preciso, aquele proveniente dos dicio-

nascer uma crise de identidade em território nacional. O brasileiro de fato é essencialmente corrupto? Essa indagação faz parte de um discurso reproduzido ferozmente pela sociedade brasileira, que se vê presa às correntes da corrupção desde sua existência. Há uma espécie de definição, largamente difundida no imaginário social, da cultura brasileira como corrupta, o que parece fazer nascer uma vontade estratosférica de se combater esse mal.

Para Almeida (2013), nossos maiores desafios no combate ao mal da corrupção tido como endêmico e generalizado estariam no fato de ela ser, sob a simpática máscara do “jeitinho”, socialmente aceita e contar com o apoio da população que a encara como tolerável. Em concordância, DaMatta (2011) afirma que o “jeitinho” seria, pois, um modo de agir essencialmente nacional, um estilo de operar diante da regra e do direito, uma forma de navegação social que passa sempre nas entrelinhas dos peremptórios e autoritários “não pode” da lei (COSTA JUNIOR, 2016).

Ainda para Almeida (2013) O malandro seria, nesse contexto, o símbolo nacional por excelência, representado na música, no cinema e na arte popular como aquele que tem o talento de contornar o incontornável, de se dar bem, mesmo em condições adversas, e de “passar a perna” no outro, o mané, em proveito próprio. Afinal de contas, “Malandro é malandro, mané é mané”, anunciaria a canção de Bezerra da Silva. Na literatura, a primeira representação do malandro, lembrada por Antônio Cândido (1970), é Leonardo Pataca Filho, personagem principal do romance “Memórias de um Sargento de Milícias” (COSTA JUNIOR, 2016).

A cultura brasileira do “jeitinho”, de cidadão marginal, afirma-se com ainda mais força em personagens que adquiriram grande notoriedade conforme afirma Costa Júnior (2016). O mesmo ocorre em diferentes anti-heróis do imaginário cultural brasileiro, como o esperto João Grilo, de o “Alto da Compadecida” de Ariano Suassuna, o “bon vivant” tropical da Disney, Zé Carioca, ou mesmo Macunaíma, um herói sem nenhum caráter, construído por Mario de Andrade (COSTA JUNIOR, 2016).

Desta ótica, a malandragem torna-se inerente ao brasileiro, é uma característica presente em seu DNA. Do lado diametralmente oposto e como uma espécie de compensação para o mal, é forjada a idéia de um país que sempre esteve fadado ao sucesso, em grande parte, devido a sua abundância de recursos naturais e beleza: uma potencialidade sempre a se realizar, embora nunca se realize por completa, como salienta Costa Junior (2016). Desse modo, tem-se:

De um lado, a ideologia edênica como aporte de leitura da identidade nacional faz crer que o Brasil é o paraíso prometido, uma terra de dádivas e de recursos inesgotáveis que dá as tonalidades de uma grandeza refletida no espelho do futuro que ainda não chegou. De outro, a perspectiva do atraso reforça a imagem do país do jeitinho, da malversação dos recursos

---

nários de língua portuguesa, indica que o seu significado corresponde numa anormalidade que nos remete a ideia de um momento em transição. Em outras palavras não se pode viver em crise, pois o caráter de anormalidade intrínseco a ideia de crise desapareceria. No Brasil, em contrapartida, nos acostumamos a banalizar o uso do termo.”



públicos e das relações promíscuas entre público e privado. O discurso anticorrupção coloca em tensão o edenismo e o atraso como duas faces do mesmo imaginário nacional, fundado, nesse caso, na figura paradoxal da abundância de riquezas, provenientes da prodigalidade de nossa natureza, e da ineficiência (e má-fé) das instituições e governos na sua administração. O Brasil seria, assim, a imagem de um país afortunado, mas lançado num abismo político; um mar de possibilidades e maravilhas, embora tenha trilhado um caminho político de fracassos e desacertos. (COSTA JÚNIOR, 2016, p.86)

Essa dualidade presente na construção da narrativa nacional, tal como exposta por Costa Junior (2016), coloca em evidência o atraso como traço distintivo da cultura brasileira bem ao lado do seu contraponto, o elogio, que funciona como uma espécie de fantasia compensatória. A grandeza do Brasil é vista sempre como potencialidade nunca cumprida e a corrupção aparece como a chave de explicação da nossa história política e da identidade nacional.

Lavalle (2004, p 143) ainda afirma que tudo se passa como se existisse, entre nós, um “paradigma ético paralelo”, expresso na malandragem como um “dever ser”, fazendo com que a corrupção apareça como resultado mesmo de processos culturais profundos cujas heranças remontam à fundação na nação. O problema residiria nessas origens culturais cuja permanência secular determinam o “dilema brasileiro” enquanto a deterioração do espaço público e incapacidade de conquistar cabalmente a democracia e a igualdade (COSTA JUNIOR, 2016).

A ideia que abarca toda a sociedade brasileira, segundo Barbosa (1992, p. 76), é de que no Brasil nada funciona, as coisas não são sérias e o povo sempre quer tirar vantagem de tudo, “a começar pelo próprio Estado Brasileiro, que, na pessoa de seus governantes, oferece o pior exemplo que qualquer sociedade poderia ter”.

A corrupção passa a ser vista como a detentora de todos os males da sociedade, uma espécie de câncer que atrasa qualquer tipo de desenvolvimento social, ético e moral, precisaria ser urgentemente combatida. As crises social, econômica e política são todos males oriundos desse problema central que fizeram surgir os protestos de Junho de 2013, funcionando como combustível para os principais movimentos da contemporaneidade - como os movimentos “verde e amarelo” em prol do impeachment, as diversas marchas contra a corrupção dos últimos anos e recentemente, a vitória de Jair Messias Bolsonaro que endossa o o discurso de combate a corrupção. Nesse cenário, a pauta corrupção ganha uma notoriedade:

Não parece exagero afirmar que a imagem generalizada da corrupção como um problema nacional esteve presente, ainda que de modo parcial e fragmentado, como parte da percepção difusa do mal-estar que desencadeou e aprofundou as jornadas de 2013 (COSTA JÚNIOR, 2016, p.71)

Diante das inúmeras pautas defendidas na jornada de Junho de 2013, a corrupção ganha papel central em dado momento. “O combate à corrupção, nesse ambiente, surgia

com mais frequência como demanda abstrata, parte de sintoma de mal estar [...]” (COSTA JÚNIOR, 2016, p.82).

Para COSTA JÚNIOR (2016) em determinado momento é notado o clamor a instituições e propostas factíveis que possam “acabar” com a corrupção como reivindicações pelas Intervenção Militar ou fortalecimento de figuras vazias e não propositivas como o presidente de extrema-direita Bolsonaro, além de outras medidas drásticas que não cabem em um Estado Democrático de Direito. Sob a ótica do imaginário popular predominante, a única saída eficaz para combater o mal maior seria uma solução autoritária, fora e contra a Constituição, ancorada em algum messianismo ou fórmula mágica para o dilema político nacional<sup>2</sup>.

## **2.2 O papel da mídia no fortalecimento da bandeira anticorrupção e nos desdobramentos na Operação Lava Jato**

Em meio à turbulência nacional das jornadas de 2013 e à luta desesperada contra a corrupção nos diversos movimentos que as sucederam, surge a mídia, com suas conotações e neologismos incitando de maneira feroz o discurso anticorrupção: “o espectro da luta contra a corrupção que foi fortemente fomentada e continuamente alimentada pela velha mídia” (COSTA JÚNIOR, 2016, p.77). A mídia tratou tudo àquilo como um grande espetáculo:

Do mesmo modo, ela adentra nas pautas de setores mais conservadores na denúncia abstrata à corrupção, diversas vezes tematizada nos jornais de comunicação de massa, como os do apresentador de TV, Ratinho (18/06/2013), o do ex-jogador e deputado estadual, Romário (2013), e do também ex-jogador e na época integrante do Comitê Organizador Local da Cabo do Mundo – COL–, Ronaldo. (COSTA JÚNIOR, 2016, p.73)

O modo com que a mídia trata na atualidade a operação Lava Jato confirma esse diagnóstico: traz consigo um enredo repleto de heróis e vilões e controla o cenário como uma telenovela. A demanda criada, com o apoio da mídia, da justiça a qualquer custo, tem seu preço, isso é evidente no enredo criado tendenciosamente na Operação Lava Jato:

A Operação Lava Jato, que tem sacudido a mídia e o Direito, a política e o imaginário nacionais, é um ótimo exemplo dessas relações delicadas e voláteis entre os pressupostos formalistas e as demandas por efetividade e “justeza” do Direito, influenciadas pela mídia. (GOYATÁ CAMPANTE, 2016, p.87)

Diante disso, cabe indagar: a mídia fomentou o clamor popular e isso claramente trouxe reflexos ao Direito, mas a Democracia gira em torno somente da vontade da maioria? A proteção das minorias não seria pré-condição para as democracias constitucionais? Ou em outros termos, o constitucionalismo não funcionaria como uma arma contra decisões majoritárias e autoritárias? Sobre a questão, Rubens Goyata preleciona:

<sup>2</sup> Sobre o tema ver Costa Junior (2017)

Alguém pode argumentar que se a democracia é – ou pretender ser – um regime de empoderamento do povo, nada melhor do que se ouvir o clamor popular. Mas a democracia não pode se resumir ao respeito à vontade da maioria, deve cuidar também, de valores, direitos e garantias fundamentais, “mesmo contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos”. (GOYATÁ CAMPANTE, 2016, p.98)

Com o olhar encantado por seus heróis, a sociedade parece não ver ou não ter plena consciência de que infringir as regras do jogo pode trazer consequências de alto custo: expressões como “o problema é o processo”, (ESTADÃO, 2015) redigida em publicação para um jornal pelo futuro Ministro da Justiça do novo governo, Moro, e Antônio Bochenek, ganham cada vez mais apoio social sem observância dos fatos que podem precedê-las:

“Entendo a indignação do juiz Moro e do presidente da Ajude.

Como brasileiros honestos e ciosos pela coisa pública – e coloco aqui todos meus sinceros elogios aos dois que querem fazer mais do que suas funções permitem. Sentem-se “atados” pelas amarras do processo. Por isso a frase “O problema é o processo”. Mas não deve ser assim. Juristas devem lutar dentro das regras de jogo e bajo a la Constituição. A democracia, do mesmo modo, mesmo quando não funciona bem, não pode ser vista como um problema. Mutatis, mutandis, o que o artigo de Moro e Bochenek representa é algo similar a um deputado que diga: assim não dá mais para tocar o Parlamento. Muitas regras, formalidades, obediência de quórum... “– O problema é a democracia...”.

E clamasse pelo Estado de Exceção. Temos muita corrupção? Sim. Até as pedras sabem disso. E jornalistas e jornaleiros, idem. Mas não podemos resvalar para moralismos”.(STRECK, p. 44)

A midiáticação seletiva, a qual a sociedade é telespectadora diariamente, conforme dito, está para além de apenas noticiar, mas torna evidente a necessidade de manter o enredo da novela com os personagens principais, vilão e mocinho sempre acesos e o mais gravoso é o apoio a tal disseminação sem os devidos critérios e observância da licitude ou não da divulgação:

Como diz o juiz Moro, o sucesso da operação depende dela estar sempre no centro da agenda midiática. Então, entre o juiz e a mídia há um consórcio de interesses – um buscando a notícia espetacularosa, e outro em busca da espetacularização do processo? Um deve premiar o outro com o vazamento na hora certa para a cena midiática, e o outro deve conceder a este um prêmio de personalidade do ano? (GUIMARÃES, 2016, p. 20)

Desse modo, torna-se cristalino o conceito de que a midiáticação seletiva é essencialmente utilitária. De um lado, temos, em suma, uma grande rede televisiva que precisa desesperadamente de um novo e bom enredo que mantenha vivo o seu Gigante<sup>3</sup> e acesa a chama do espírito patriota concebido nas manifestações de 2013, sempre tratando

<sup>3</sup> Sobre a ideia de Gigante como parte da mitologia nacional e sua apropriação em junho de 2013, ver Costa Junior (2017).

de afirmar e relembrar como enraizada na cultura brasileira a corrupção. mas dessa vez, sob um novo prisma ainda mais atraente, o combate será ainda maior, “O duelo de Titãs”, O Gigante que Acordou x a Corrupção, o primeiro representado na figura do Mocinho, o “Juiz Herói” e o último, grande parte da classe política brasileira, com enfoque nos parlamentares petistas.

Entretanto, a sociedade, por não ter pleno conhecimento de sua história, seja por ainda estar obscura como ocorrido com a ditadura militar, seja por motivo distinto, não nota que a mídia também devido a tal fato fica livre para montar o enredo da maneira que desejar. Deste modo, a caracterização dos personagens principais da Operação Lava Jato pode ser feita desafortunadamente:

Mas seria aderir ingenuamente à visão midiática romântica que o juiz Moro – obstinado, honesto, inteligente e preparado –, de seu austero gabinete de trabalho, estaria operando uma revolução no país por seu poder de instrumentalizar a mídia em prol de seus objetivos. Moro instrumentaliza a mídia ou as grandes empresas de mídia instrumentalizam o juiz Moro?

Ora, para quem pensa a política, a judicialização da política leva inevitavelmente, com as mediações singulares de cada circunstância histórica, à politização do Judiciário. Ao chamar para si o poder de intervir, sem medida, no campo da política, o Poder Judiciário se envolve em redes de poder e de interesse, ele próprio traz o conflito político para dentro de si, de suas razões, de seus juízos, de suas jurisprudências. (GUIMARÃES, 2016, p. 20)

Nessa lógica, os princípios da universalidade, do pluralismo, do respeito ao devido processo legal e dos direitos humanos deveriam gerar princípios reguladores da publicidade democrática, em clara alternativa à mediação instrumental posta em prática pela Lava Jato. (GUIMARÃES, 2016, p. 31)

A Operação Lava Jato firmou-se em meio a um cenário social político exacerbadamente hostil diante de uma sociedade que clama a qualquer custo pelo fim da corrupção cultural e estrutural. Transmitindo informações de cunho sigiloso com características de série Norte-Americana, os grandes canais de informação apresentam as notícias com cunho acusatório sem o devido espaço de defesa, estimulando o embate sem observância dos “limites do jogo”. Definitivamente, nesse contexto, o combate à corrupção se torna um perigo para o Estado Democrático de Direito:

Do mesmo modo, políticos, governos e partidos são perseguidos e ridicularizados, seletivamente, pela imprensa; transformados na própria materialização da imoralidade e da deturpação do interesse público, mesmo que contra alguns deles não recaia condenação judicial ou mesmo provas concretas de sua autoria. Tudo isso é agravado, no Brasil, pela inexistência de uma mídia atenta a interesses públicos, crítica e ideologicamente plural: “logo se a mídia está interessada em não deixar um escândalo sair de pauta, ela pode alterar a sua percepção” (AVRITZER, p. 424).

A charge abaixo ilustra de modo claro o que vem ocorrendo ao longo do processo de midiática da Operação Lava Jato e com o pré-julgamento midiático em consonância com um Estado que impossibilita o exercício do contraditório e da ampla defesa, vemos como a mídia fomenta o ódio e propaga um enredo ignóbil do contexto dos processos.



FIGURA 1 – Réu

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-02/marcio-chaer-herois-anonimos-garantem-sucesso-lava-jato>> Acesso em 2 de outubro de 2017

### 2.3 Ativismo do Ministério Público e a necessidade de um “Super-herói” no combate sem regras à corrupção

A sociedade, frustrada por não ver suas demandas serem efetivamente atendidas pelo Estado, encontra-se em um contexto lúdico em que a necessidade de um herói que combata efetivamente a corrupção é vital para a continuação de sua existência. Surge, com isso, a figura do Ministério Público e do Judiciário, bem como a figura de políticos como Bolsonaro, como os “salvadores da pátria”, os únicos capazes de fazerem o “gigante prosperar” e combater com real efetividade os corruptos, os vilões usurpadores de toda a prosperidade da família brasileira, indefesa em meio a tantos escândalos:

Nesse contexto, o Ministério Público é apropriado na imaginação popular como o salvador que tornaria factível a instauração do processo penal contra agentes políticos transgressores da probidade administrativa e que, com isso, teria o condão de romper as estruturas de um Estado essencialmente corrupto. (COSTA JÚNIOR, 2016, p.75)

Esse endeuamento da figura de parlamentares como Jair Messias Bolsonaro, do Ministério Público e do Judiciário reproduziu na sociedade o discurso que ambos poderiam combater a corrupção irrestritamente, sem observância de qualquer parâmetro legal. A

necessidade de conseguir acabar com o mal da corrupção transformou-se num verdadeiro enredo de filme. Numa metáfora, o Ministério Público seria o Batman, o único capaz de combater o mal, e a corrupção seria o Coringa. Esse combate se dá nas sombras e não existe nenhum tipo de regramento, em termos claros, VALE TUDO, contanto que o vilão seja derrotado. O problema do mal da corrupção é tomado numa simplificação absurda que induz pensar que somente o Ministério Público conduz investigações sérias e isentas (COSTA JÚNIOR, 2016, p.75):

É nesse campo de sacralização do Ministério Público e de figuras do Judiciário – como a do ministro do STF, Joaquim Barbosa, assumindo o papel de herói implacável no caso Mensalão, o que rendeu, nos protestos, máscaras com a imagem de seu rosto e cartazes sugerindo sua candidatura à presidência (COSTA JÚNIOR, 2016, p.77).

Essa perspectiva messiânica do Ministério Público abre caminho para um terreno livre para praticar qualquer tipo de arbitrariedade, sendo inobservados o Devido Processo Legal e o Estado Democrático de Direito. A atitude ativista do Ministério Público na tentativa desenfreada de combater a corrupção abriu precedentes perigosos acerca dos julgamentos dos políticos envolvidos na corrupção brasileira. Tudo se passa como se o MP fosse o guardião da moralidade pública ou que exageros e inconstitucionalidades no curso da acusação podem ser justificados e sanados, caso impliquem a condenação dos ímprobos (COSTA JÚNIOR, 2016, p.75).

Mas cabe lembrar, Segundo Barroso (2008, pgs. 17 e 19), que há os riscos gravíssimos nesse processo de judicialização e, sobretudo, do ativismo que envolvem, especialmente, a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo e do Executivo. O que se precisa é de reforma política profunda, dialógica e democraticamente articulada com a sociedade brasileira. Eis que não pode ser feita por juízes.

A imagem abaixo revela, em contrapartida, que a sociedade brasileira se habituou, de forma infantilizada, a depositar em figuras do Judiciário a crença de que o mesmo será capaz de atender as suas demandas custe o que custar:



FIGURA 2 – Moro exaltado como herói em protestos

Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1749519-sergio-moro-e-exaltado-como-heroi-nacional-na-paulista.shtml>> Acesso em 2 de outubro de 2017

### **3 I DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO COROLÁRIO DO ESTÁDO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Desde o preâmbulo da Constituição de 1988, a noção de um Estado ao mesmo tempo democrático e de direito integra o projeto fundador inscrito na carta constitucional. A base desse Estado democrático de Direito tem relação com as conformidades e procedimentos necessários para instauração de um processo justo, mas sempre dentro dos limites da lei. Ainda que a sociedade brasileira esteja permeada pelo desejo voraz de se combater um mal maior, que no cenário atual é a corrupção, há que se enfatizar a importância vital do respeito aos preceitos Constitucionais, compreendidos dentro desses, o Devido Processo Legal Como base de qualquer ordem jurídica democrática:

Constituição Brasileira de 1988 abre-se com a afirmação de se constituir como um “Estado Democrático de Direito”, revelando assim, uma constante preocupação com o exercício legítimo do poder público e, por isso mesmo, denotando uma forte preocupação com o processo como instituto jurídico garantidor dessa legitimidade (GONÇALVES FERNANDES, 2014 p.436).

O Estado Democrático de Direito não versa apenas sobre a mudança do *status quo*, mas também sobre a valoração dos direitos fundamentais e a garantia efetiva de uma sociedade justa, livre e democrática. Na visão de Dirley da Cunha Júnior (2014), o Estado Democrático de Direito é a estrutura do poder soberano que emana do povo, e o respeito institucional aos direitos e garantias fundamentais.

Segundo Bernardo Gonçalves, o Devido Processo legal só pode ser entendido como Devido Processo Constitucional, haja vista sua importância: dentro do complexo ordenamento jurídico, o devido processo legal transcende a órbita infraconstitucional:

Logo, a noção de Devido Processo ultrapassa a esfera da legalidade, como conjuntos de normas infraconstitucionais, e se insere à órbita da

constitucionalidade, permitindo a afirmação não mais de um “devido processo legal”, mas agora de um Devido Processo Constitucional (GONÇALVES FERNANDES, 2014 p.439).

O Devido Processo Legal, observado sob à luz do Estado Democrático de Direito, precisa zelar insistentemente pelo contraditório e a ampla defesa. Por contraditório, entende-se a dimensão propriamente conflitiva e, portanto, dialética do processo: ele é propriamente um jogo de dar e de pedir razões. Por ampla defesa, compreende-se o conjunto que integra o âmbito probatório envolvido na ação judicial: os elementos de prova que permitem um convencimento judicial dialógico e democrático. Sendo assim, por mais difícil que seja a luta contra a corrupção, não se pode atropelar princípios, normas e garantias constitucionais:

Como procedimento realizado em contraditório, o processo caracteriza-se por ser uma atividade cuja estrutura normativa (organizada por uma forma especial de conexão das normas e dos atos por ela disciplinados) exige que, na fase que precede o provimento, o ato final de caráter imperativo, seja garantida a participação daqueles que são destinatários de seus efeitos, em contraditório, ou seja, em simétrica igualdade de oportunidades, e, pelo “dizer e contradizer” que resulta da controvérsia sobre os atos, seja-lhes assegurado o exercício do mesmo controle sobre a atividade processual. (GOLÇALVES, 2001p.131 e 132)

Destarte, mesmo diante das necessidades intrínsecas e explícitas para se combater a corrupção sempre se deve fazer o combater dentro dos parâmetros constitucionais, respeitando o Devido Processo Legal, para manutenção de um Estado Democrático de Direito. O Estado Democrático de Direito, portanto, é Estado Constitucional submetido a Constituição e aos valores humanos nela consagrados. (CUNHA JÚNIOR, 2014, p.421)

## **4 | COLABORAÇÃO PREMIADA E OPERAÇÃO LAVA JATO: POSSIBILIDADES E LIMITES**

### **4.1 A colaboração premiada no contexto da Lava Jato**

Embora no Brasil o instituto da colaboração premiada tenha ganhado notoriedade na Operação Lava Jato, há comprovação de sua existência desde os tempos de Império:

A origem da “delação premiada” no Direito brasileiro remonta às Ordenações Filipinas, cuja parte criminal, constante do Livro V, vigorou de janeiro de 1603 até a entrada em vigor do Código Criminal de 1830. O Título VI do “Código Filipino”, que definia o crime de “Lesá Majestade” (sic), tratava da “delação premiada” no item 12; o Título CXVI, por sua vez, cuidava especificamente do tema, sob a rubrica. Como se perdoará aos malfeitores que derem outros á prisão” e tinha abrangência, inclusive, para premiar, com o perdão, criminosos delatores de delitos alheios. Em função de sua questionável ética, à medida que o legislador incentivava uma traição, acabou sendo abandonada em nosso Direito, reaparecendo em tempos recentes. (JESUS, 2002. p. 30-31)



Segundo Rubens Goyatá Campante, a colaboração premiada pode ser concebida como

a possibilidade legal de o investigado, numa investigação penal, ou de o acusado, no caso de um processo criminal, negociar com o delegado de polícia e/ou o Ministério Público sua colaboração com as investigações, citando nomes e fatos relativos aos eventuais crimes praticados em troca de benefícios judiciais. Debatida por juristas há anos, ela é, em certa medida, uma novidade no Direito Brasileiro, pois foi com a lei 12.850/2013 que o instituto recebeu o preparo legal mínimo necessário para sua aplicação. GOYATÁ CAMPANTE, 2016, p.88)

Hodiernamente, a Colaboração premiada surgiu como uma ferramenta importantíssima na Operação Lava Jato. Trata-se de um instituto muito polêmico, que divide a opinião de juristas: por alguns é visto como ilegítimo, por outros, como única saída para enfrentar a corrupção no Brasil, na medida em que seus excessos justificam-se-iam pelos resultados eficientes nesse empreendimento. Assim, “a principal novidade [...] da operação – e uma das mais polêmicas – é o uso da chamada ‘delação premiada’, ou ‘acordo de colaboração premiada’” (GOYATÁ CAMPANTE, 2016, p.87 e 88).

Sérgio Fernando Moro, escreveu em um artigo no ano de 2004, sobre a Operação Mãos Limpas, um procedimento de investigação judicial que teve início em 1992 na Itália, no qual citou a delação premiada como um instituto democrático:

Sobre a delação premiada, não se está traindo a pátria ou alguma espécie de “resistência francesa”. Um criminoso que confessa um crime e revela a participação de outros, embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e com a aplicação das leis de um país. Se as leis forem justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação; é condenável nesse caso o silêncio.(MORO, 2004, p. 58)

O que se observa é que mesmo com leis Justas e democráticas é possível que a colaboração seja questionável “Moralmente”, pois nos acordos realizados pela Operação Lava Jato é possível apontar diversas inconstitucionalidades, mas os defensores do instituto ainda insistem em vê-lo como uma “saída”: saída para um sistema de investigação ineficaz que para avançar usa como estratégia principal tal instituto.Segundo Moro, “por certo, a confissão ou delação premiada torna-se uma boa alternativa para o investigado apenas quando este se encontrar em uma situação difícil”(MORO, 2004, p. 58).

A colaboração premiada defendida por Sérgio Moro bem como o vazamento de informações, conforme visto, alimenta a série mexicana criada e propagada pela grande mídia na Operação Lava Jato, fazendo com que a sociedade julgue e condene o investigado em poucos minutos, colocando-o desse modo em uma “situação difícil”. Ora, será mesmo a colaboração uma “oportunidade” ou imposição?

Os que veem a colaboração premiada com desconfiança, como o criminalista Roberto Podval, afirmam que é necessário que haja um certo cuidado no uso do benefício.

“Não dá para se chegar a verdade a qualquer preço” (MIGALHAS, 2014). Já Marcelo Knopfmacher, presidente do MDA (Movimento de Defesa da Advocacia), alerta que deve-se averiguar as condições que a delação está sendo oferecida, para que não seja criado um ambiente de denunciismo lastreado em fatos não provados. (MIGALHAS, 2014)

Em entrevista a Sérgio Rodas, Nelio Machado afirma que o acordo de Colaboração Premiada

é uma tortura sofisticada. A tortura em que o torturador está torturando e o torturado sabe que está sendo torturado é um jogo bruto. A outra é sutil, mas nem por isso menos perversa. E, no fundo, há uma espécie de engodo generalizado, e as pessoas consentindo no engodo. Quando há uma ação penal em que quatro ou cinco réus passam à delação, alguma coisa está errada. Isso não é normal (CONJUR, 2017).

No que concerne a delação realizada de forma ilícita, NUCCI (2015) analisa que muitas vezes, autoridades policiais e membros do Ministério Público empreendem verdadeiro terrorismo contra o potencial colaborador, integrante de uma organização criminosa, para que ele delate os companheiros. Seriam constrangidos, por horas a fio, mediante tortura psicológica, a aceitar a colaboração premiada. Noutros casos, seus familiares seriam ameaçados, sequestrados ou mantidos em cativeiro para que a delação se concretize.

A Colaboração premiada, quando realizada “a qualquer preço”, coloca em risco direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente. Não podem, baseados num apelo social, o Juíz e o Ministério Público estarem acima da Constituição, agindo como se a “Trindade Salvadora” fossem. Ainda nessa ótica, seriam a única salvação contra a corrupção, agindo em desconformidade com a norma, para conquistar a chave que levará ao paraíso, leia-se: Brasil -o único país- que se verá livre da corrupção.

Não há melhor imagem da delação premiada que os tão cruéis, e a sua época tão bem vistos, atos penitenciais do Santo Ofício, em que o indivíduo confessava a sua culpa, autoflagelava-se e com isso sonhava em obter o reino dos céus. Mudou pouco, antes as chaves das portas do paraíso estavam nas mãos do padre, agora do juiz. A ampla defesa, constitucionalmente assegurada, representa uma das fundamentais colunas de sustentação da estrutura democrática de processo. Todos os momentos em que a história humana acompanhou experiências processuais autoritárias, o ataque mais evidente se deu ao exercício da defesa do indivíduo acusado, completamente desaparecendo com o mesmo, ou limitando-o à mera garantia formal. (TASSE, 2006)

## 4.2 Análise do primeiro caso: Alberto Youssef

Tal como visto até então, a colaboração premiada é o acordo feito entre o Ministério Público e o réu em ação penal do qual o agente ajuda nas investigações, de maneira eficaz, em troca de alguns benefícios. que, por sua vez, necessita da HOMOLOGAÇÃO do poder Judiciário.

Nesses acordos de colaboração premiada surge a possibilidade de não haver o respeito à Constituição da República de 1988, isto é, às regras do jogo. Diante dessa possibilidade de inconstitucionalidades, foram analisados alguns acordos feitos entre o MPF e alguns réus na Operação Lava Jato. O caso mais emblemático em que se mostrou flagrante o reconhecimento de inconstitucionalidades foi do Doleiro Alberto Youssef, preso no início dessa grande operação contra a corrupção.

Pode-se analisar já no parecer do relator, o ex Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki, a menção a uma possível “*desarmonia*” do acordo com a Constituição de 1988 por parte do MPF, com algo (clausula 10, item k, do acordo) que pode ser interpretado como a violação do direito fundamental do acesso à justiça, que é previsto no artigo 5º, inciso XXXV (35) da Carta Constitucional. A violação do direito fundamental do acesso à justiça impossibilita o agente de requerer a tutela jurisdicional. Será que o combate à corrupção é legitimador de um Estado de exceção? Será que um réu, eventual colaborador, deve, para gozar desse instituto, abdicar de tantos direitos e garantias? Não parece coerente a lógica institucional da Colaboração Premiada tal como vem sendo realizada, à luz do Estado Democrático de Direito. Nesse ponto, o Estado transveste-se de tirano, que não observa nenhum parâmetro para alcançar seus objetivos:

em que consta a gravação audiovisual da oitiva do colaborador, na presença de seu defensor.

2. Dos documentos juntados com o pedido é possível constatar que, efetivamente, há elementos indicativos, a partir dos termos do depoimento, de possível envolvimento de várias autoridades detentoras de prerrogativa de foro perante tribunais superiores, inclusive de parlamentares federais, o que atrai a competência do Supremo Tribunal Federal, a teor do art. 102, I, b, da Constituição.

3. Afirmada a competência, examino o pedido de homologação. A constitucionalidade da colaboração premiada, instituída no Brasil por norma infraconstitucional na linha das Convenções de Palermo (art. 26) e Mérida (art. 37), ambas já submetidas a procedimento de internalização (Decretos 5.015/2004 e 5.687/2006, respectivamente), encontra-se reconhecida por esta Corte (HC 90688, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 12/02/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL-02316-04 PP-00756 RTJ VOL-00205-01 PP-00263 LEXSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 389-414) desde antes da entrada em vigor da Lei 12.850/2013, que exige como condição de validade do acordo de colaboração a sua homologação judicial, que é deferida quando atendidos os requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade.

A voluntariedade do acordo foi reafirmada pelo colaborador no depoimento já mencionado, prestado judicialmente na presença e com anuência de seu advogado, conforme demonstra a mídia juntada aos autos. À regularidade da documentação apresentada pelo Ministério Público se soma a legitimidade do procedimento adotado, com especial observância da Lei 12.850/2013. Quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas, é certo que não cabe ao Judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema normativo. Sob esse aspecto, os termos acordados guardam harmonia, de um modo geral, com a Constituição e as leis, com exceção do compromisso assumido pelo colaborador, constante da Cláusula 10, k, exclusivamente no que possa ser interpretado como renúncia, de sua parte, ao pleno exercício, no futuro, do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição.

É dizer: não há, na ressalva, nada que possa franquear ao colaborador descumprimento do acordado sem sujeitar-se à perda dos benefícios nele previstos. O contrário, porém, não será verdadeiro: as cláusulas

FIGURA 3 – Colaboração Premiada Alberto Youssef

Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>> Acesso em 18 de Junho de 2017

Nota-se ainda a violação a garantia fundamental (Constitucional) do HABEAS CORPUS, que é exposto na clausula 11, do ITEM III, que expressa que o colaborador renuncie todos os Habeas Corpus impetrados (e recursos) no período de 24 horas. Ocorre, no entanto, que o Habeas Corpus, enquanto garantia constitucional, é ação apta a proteger a liberdade de locomoção, direito esse tido como indisponível e inalienável. O que a colaboração em análise promove, no final das contas, é uma espécie de condenação prévia que torna o acusado “prisioneiro” dos termos de um suposto acordo - que nem livremente consentido foi.



# Ministério Público Federal

PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ  
FORÇA TAREFA "OPERAÇÃO LAVA JATO"

Via de 135 MF de Subseção  
Judiciária de Curitiba  
Mário Schieffer Fontes  
Juiz Instrutor  
Gab. Ministro José Zavascki

qualquer dos inquiridos policiais ou ações penais nos quais esteja envolvido, no Brasil ou no exterior, salvo por fato superveniente à homologação judicial, em função de descumprimento do acordo pelo MPF ou pelo Juízo de homologação;

i) afastar-se de suas atividades criminosas, especificamente não vindo a contribuir, de qualquer forma, com as atividades da organização criminosa investigada;

j) comunicar imediatamente o MPF caso seja contactado por qualquer dos demais integrantes da organização criminosa, por qualquer meio; e

k) a não impugnar sob qualquer hipótese, salvo o descumprimento do acordo pelo MPF ou pelo Juízo, nenhuma das sentenças condenatórias mencionadas na cláusula 5ª, I, deste acordo;

§1º. A enumeração de casos específicos nos quais se reclama a colaboração do acusado não tem caráter exaustivo, tendo ele o dever genérico de cooperar com o MPF e com outras autoridades públicas por este apontadas, para o esclarecimento de quaisquer fatos relacionados ao objeto deste acordo;

§2º. Considerando a relevância da colaboração o Ministério Público Federal poderá requerer ao juiz pela concessão de benefício não presente neste acordo, nos termos do art. 4º, §2º, da Lei 11.850/2013.

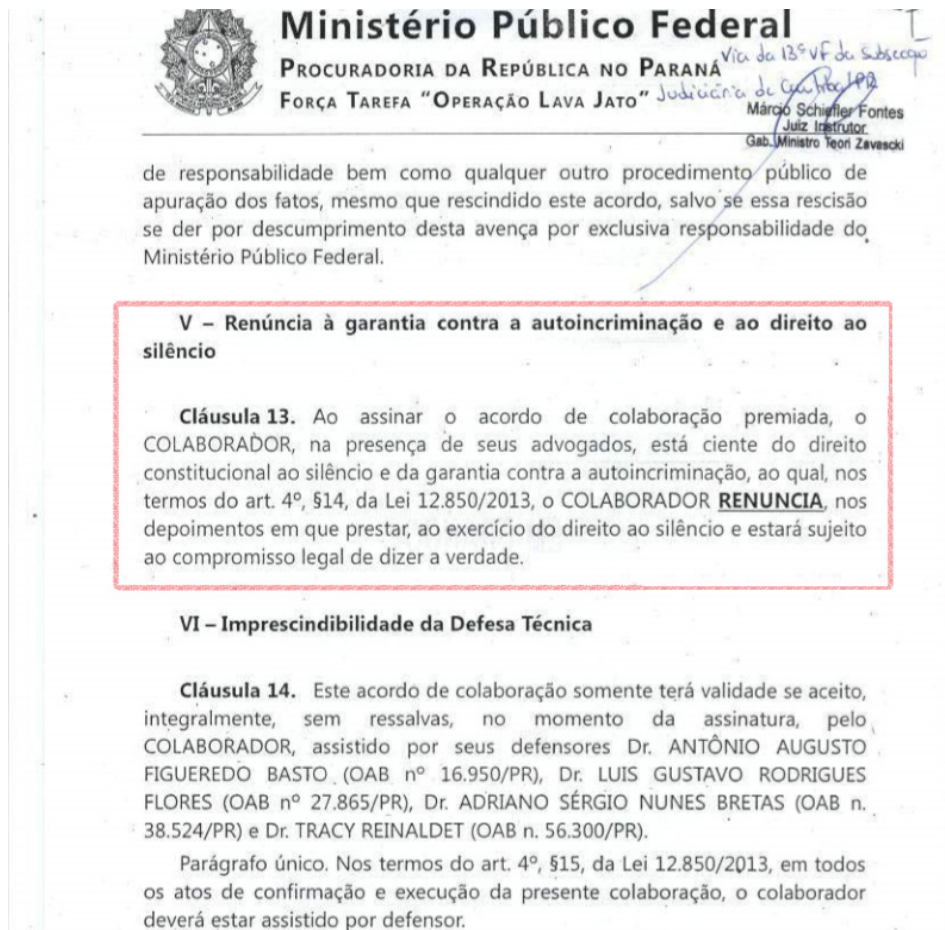
**Cláusula 11.** A defesa desistirá de todos os *habeas corpus* e recursos decorrentes no prazo de 24 horas contados da assinatura deste acordo, encaminhando ao Ministério Público Federal 48 horas os protocolos de desistência.

FIGURA 4 – Colaboração Premiada Alberto Youssef

Disponível em: < <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf> > Acesso em 18 de Junho de 2017

Outra inconstitucionalidade explícita é a exposta no ITEM V, cláusula 13, que prevê a renúncia ao direito fundamental de permanecer em silêncio e a garantia contra a autoincriminação. A violação do direito fundamental da autoincriminação, direito esse exposto no rol dos Direitos Fundamentais da Constituição da República de 1988, traz uma indagação perspicaz, o delator é “obrigado” pela jurisdição e com auxílio do Ministério Público a se declarar culpado? De acordo com os termos do acordo firmado, parece que sim. Essa imposição inconstitucional é tóxica para a relação processual e o colaborador é sujeito que merece gozar, como qualquer outra pessoa, de todas as garantias constitucionais que permitam a produção, ao final, de um provimento final dialógico, democrático e comprometido com a busca da verdade. A ampla defesa e o contraditório integram de

dentro essa noção constitucionalizada do processo: sem essas garantias, o processo seria um grande teatro inquisitorial.



**Ministério Público Federal**  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ  
FORÇA TAREFA "OPERAÇÃO LAVA JATO" *Vice da 13ª VF da Subseção Judiciária de Curitiba/PR*

Márcio Schiffler Fontes  
Juiz Instrutor  
Cab. Ministro Teori Zavascki

de responsabilidade bem como qualquer outro procedimento público de apuração dos fatos, mesmo que rescindido este acordo, salvo se essa rescisão se der por descumprimento desta avença por exclusiva responsabilidade do Ministério Público Federal.

**V – Renúncia à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio**

**Cláusula 13.** Ao assinar o acordo de colaboração premiada, o COLABORADOR, na presença de seus advogados, está ciente do direito constitucional ao silêncio e da garantia contra a autoincriminação, ao qual, nos termos do art. 4º, §14, da Lei 12.850/2013, o COLABORADOR **RENUNCIA**, nos depoimentos em que prestar, ao exercício do direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

**VI – Imprescindibilidade da Defesa Técnica**

**Cláusula 14.** Este acordo de colaboração somente terá validade se aceito, integralmente, sem ressalvas, no momento da assinatura, pelo COLABORADOR, assistido por seus defensores Dr. ANTÔNIO AUGUSTO FIGUEREDO BASTO (OAB nº 16.950/PR), Dr. LUIS GUSTAVO RODRIGUES FLORES (OAB nº 27.865/PR), Dr. ADRIANO SÉRGIO NUNES BRETAS (OAB n. 38.524/PR) e Dr. TRACY REINALDET (OAB n. 56.300/PR).

Parágrafo único. Nos termos do art. 4º, §15, da Lei 12.850/2013, em todos os atos de confirmação e execução da presente colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

FIGURA 5 – Colaboração Premiada Ablerto Youssef

Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>> Acesso em 18 de Junho de 2017

### 4.3 Análise do segundo caso: Paulo Roberto Costa

O acordo de colaboração premiada do ex-diretor da Petrobras Paulo Roberto Costa evidencia um claro ataque às garantias fundamentais, na medida em que, em sua cláusula 12, o colaborador se coloca no compromisso de desistir de todos os habeas corpus impetrados. Mesma hipótese do caso anterior (Alberto Youssef), a colaboração premiada não pode ser legitimadora de inconstitucionalidades. Os colaboradores são tratados como inimigos da pátria, sem gozar de direitos e garantias constitucionais. Analisando lado a lado

os dois acordos, fica claro como a Operação Lava Jato, em muitos momentos, trata os réus e colaboradores, como verdadeiros inimigos, onde justifica qualquer tipo de meio para se alcançar os fins propostos.

Via 139 vFGriminal de Curitiba  
Brasília, 29/09/2014

Márcio Schieffer Fontes  
Juiz Instrutor  
Gab. Ministro Teori Zavascki



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ

660



**Cláusula 11.** A defesa e o acusado concordam com a suspensão de todas as ações penais em andamento em relação a ele, bem como com o adiamento de atos processuais, sem que isso caracterize ou venha a caracterizar excesso de prazo de prisão, uma vez que são feitos em seu interesse, na hipótese de o Ministério Público entender necessário seu sobrestamento para avaliar a produtividade da colaboração ou adotar outras medidas pertinentes à colaboração.

**Cláusula 12.** A defesa desistirá de todos os *habeas corpus* impetrados no prazo de 48 horas, desistindo também do exercício de defesas processuais, inclusive de discussões sobre competência e nulidades.

FIGURA 6 – Colaboração Premiada Paulo Roberto da Costa

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-acordo-delacao-paulo-roberto.pdf>> Acesso em 20 de Setembro de 2017

Também ocorre a desistência do exercício de defesas processuais e de discussões sobre competência e nulidade. Não obstante, a cláusula 17 traz, em seu texto, a renúncia, nos depoimentos em que prestar, ao exercício do direito ao silêncio, à autoincriminação e ao exercício de recorrer das sentenças penais condenatórias. Violações também expostas, no caso concreto observado anteriormente, que são nocivas ao Estado Democrático de Direito e ao devido processo legal.

**Parte V - Garantia contra a autoincriminação, direito ao silêncio e direito a recurso**

**Cláusula 17.** Ao assinar o acordo de colaboração premiada, o colaborador, na presença de seu advogado, está ciente do direito constitucional ao silêncio e da garantia contra a autoincriminação. Nos termos do art. 4º, §14, da Lei 12.850/2013, o colaborador renuncia, nos depoimentos em que prestar, ao exercício do direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade. O colaborador renuncia ainda, ao exercício do direito de recorrer das

Rua Marechal Deodoro, 933 - Centro - Curitiba/PR - CEP 80.060-010 - FONE (41) 3219-8700  
12 de 16

Via 135VFCriminal de Curitiba  
Brasília, 23/09/2014

Márcio Schieffer Fontes  
Juiz Instrutor  
Gab. Ministro Teori Zavascki



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO PARANÁ



sentenças penais condenatórias proferidas em relação aos fatos que são objeto deste acordo, desde que elas respeitem os termos aqui formulados.

FIGURA 7 – Colaboração Premiada Paulo Roberto da Costa Parte V

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-acordo-delacao-paulo-roberto.pdf>> Acesso em 20 de Setembro de 2017

É notável as inúmeras violações de direitos e garantias individuais e é necessário frisar, nessa guerra contra a corrupção que não é válido o sacrifício da Constituição. As cláusulas abusivas se reproduzem nos acordos estudados, se mostrando uma tática equivocada do Ministério Público com o aval do Poder Judiciário.

## 51 CONCLUSÃO

No combate contra a corrupção, a Democracia constitucional sai perdendo. Talvez não haja outra maneira de iniciar a conclusão da pesquisa. Diante do clamor popular, da investida perversa da mídia e, de maneira complementar, do Ativismo Judicial, chegamos ao ponto de sacrificar qualquer tipo de procedimento, qualquer tipo de norma, seja ela constitucional ou infraconstitucional. A base sociológica da pesquisa mostrou como um discurso anticorrupção oriundo do povo legitima a prática de atos que não cabem dentro de um Estado Democrático de Direito e como o desprestígio pela classe política vira um



contexto para a figuração de heróis e vilões, dentro de uma narrativa odiosa feita pelos veículos de telecomunicações.

Esse cenário horrendo faz surgir a figura messiânica de Bolsonaro, do Ministério Público, no qual a sociedade, como todo, coloca suas esperanças e espera que seja feito um combate frenético e “eficaz” contra a corrupção, contra os ímprobos e tudo que deriva de ambos. Investindo esses poderes ao Ministério Público, se abre a “caixa de pandora”, numa situação na qual o Ministério Público realmente se “veste” de super-herói e se figura como um dos principais protagonistas do combate irrestrito à corrupção. A posição do Ministério Público é totalmente ativista, é sempre visando o fim, independente do meio. O MP legitimado pelo clamor popular, pelo despreço da população pelo procedimento mais coerente com um Devido Processo Legal, se torna o principal sujeito na prática de inconstitucionalidades.

O principal objeto da pesquisa para se encontrar as inconstitucionalidades foram às análises dos acordos de colaboração premiada, feitos entre o MPF e alguns réus em ação penal. Os acordos escolhidos foram do ex-doleiro e empresário Alberto Youssef e o ex-diretor da Petrobrás Paulo Roberto Costa, ambas figurando no considerado maior escândalo de corrupção brasileiro. Foram constatadas nas análises, inúmeras violações a direitos e garantias fundamentais, entre elas a renúncia de impetrar o Habeas Corpus e a renúncia da garantia contra a autoincriminação.

Diante disso vemos como o Estado em suas instituições se transveste de tirano e não observa direitos constitucionais inerentes aos sujeitos do processo. O processo se torna nocivo ao Estado Democrático de Direito e traz o sacrifício da nossa democracia, da nossa Constituição em um combate sem parâmetros contra a corrupção. Tal luta deve ser feita, mas sempre com a observância dos parâmetros Constitucionais.

Atualmente, com as alterações advindas da Lei 13.964/19 (denominado Pacote Anticrime), houve mudanças significativas no que tange a garantia dos colaboradores. O próprio artigo 4º, §7º da Lei 12.850/13, que regula o acordo de colaboração premiada prevê que são nulas de pleno direito, à renúncia ao direito de impugnar a decisão que homologa o acordo, sendo um avanço em termos legislativos.

Há que se pontuar ainda, em caráter conclusivo, que esse combate não pode girar em torno somente da via Judiciário. Tratando-se de um problema estrutural, é necessário o combate com afinco das instituições e das reformas políticas e legais, a fim de se construir um espaço público republicano e transparente. Vemos com isso um povo sofrido, que se curva a um discurso midiático ignóbil e legitima instituições a combater a corrupção de “qualquer maneira” desde que seja exterminado esse mal, não importando os meios aos quais se deve recorrer para essa barbárie.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alberto Carlos. **A cabeça do brasileiro**. 6.ed. Rio de Janeiro: Record, 2013.

AVRITZER, Leonardo. Índices de percepção da corrupção. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (orgs). **Corrupção: ensaios e críticas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

BARBOSA, Livia. **O jeitinho brasileiro: a arte de ser mais igual que os outros**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 13, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; **Judicialização, Ativismo Judicial. Legitimidade Democrática**. Revista Eletrônica da OAB. n, 2008.

CONJUR. **Instumento desvirtuado, Um dia pedirão desculpas pelas delações, como fizeram por apoiar a ditadura**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-set-24/entrevista-nelio-machado-advogado-criminalista>> Acesso em: 25 de Setembro de 2017.

COSTA JÚNIOR, Ernane Salles da. **Sobre vozes da rua e gigantes que despertam: retratos de um imaginário**. Disponível: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUBD-AKJR34>> Acesso em: 3 de Abril 2016.

COSTA JÚNIOR, Ernane Salles da; **OLIVEIRA, Moisés Mileib de. Cinismo a brasileira: entre o enganar e o ser enganado**. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis : Boiteux, 2009. v. 1. p. 3091. Florianópolis: Boiteux, 2009. v. 1. p. 3091-3115.

COSTA JÚNIOR, Ernane Salles da. **Constitucionalismo do atraso**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Dos princípios fundamentais. In: **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Ed Juspodivm: Salvador, 2014.

DAMATTA, Roberto. **O que faz o brasil, Brasil?**. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

GOLÇALVES, Aroldo Plínio. Processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes. In: **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro. Editora:AIDE, 2001.

GOLÇALVES FERNANDES, Bernardo. **Direitos fundamentais individuais e coletivos na Constituição de 1988 e Ações Constitucionais**. In: *Curso de Direito Constitucional*. 6.Ed. Belo Horizonte. JusPodivm, 2014.

GOYATA, Rubens Campante. Justiça, Corrupção e Democracia: Reflexões em torno da Operação Lava Jato. In: Juarez Guimarães et. al. **Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016.

JESUS, Damásio de. **Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal brasileiro**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, no 152. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=908>> Acesso em: 12 nov. 2017.

LAVALLE, AdriánGurza.Vida pública e identidadenacional:leiturasbrasileiras. GloboLivros, 2004.

MIGALHAS. **Advogados alertam para o risco da delação premiada.** Disponível. Disponível: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI212975,11049-Advogados+alertam+para+o+risco+da+delacao+premiada>> Acesso em: 20 de Outubro de 2017.

MIGALHAS. **Roberto Podval Delação Preminada.** Disponível: <<https://www.youtube.com/watch?v=1n2jUFKAxPU>>. Acesso em: 01 de Novembro de 2017.

MORO, Sergio Fernando: **Considerações sobre a Operação Mani Pulite.** Brasília: Revista CEJ, 56-62, 2004.

MORO, Sérgio; BOCHENEK, Antônio Cesar. **O problema é o processo.** In: Jornal Estadão, Blog do Fausto Macedo, São Paulo, 29 Mar 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>>. Acesso em: 31 Mar 2015.

NUCCI, Guilherme, **Delação Ilícita.** Disponível: <<http://www.guilhermenucci.com.br/dicas/delacaoilicita>> Acesso em: 25 de Outubro de 2017.

STRECK, Lênio Luiz. Colunas Sobre a Operação Lava Jato. In: Juarez Guimarães et. al. **Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016.

TASSE, ADEL EI. **Delação Premiada: novo passo para um procedimento medieval.** Disponível: <<http://www.regisprado.com.br/Artigos/Adel%20EI%20Tasse/Dela%E7%E3o%20premiada.pdf>> Acesso em: 18 de Outubro de 2017.

GUIMARAES, Juarez. Colunas Sobre a Operação Lava Jato. In: Juarez Guimarães et. al. **Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016.

# CAPÍTULO 14

## SISTEMAS JUDICIAIS INERENTES AO PROCESSO PENAL E A CRÍTICA AO ARTIGO 385: GARANTISMO NEOCONSTITUCIONAL E MEIO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL FÁTICO-JURÍDICO L

Data de aceite: 25/03/2021

**Alexia Aqueni Bernardes de Oliveira**

<http://lattes.cnpq.br/6743737659498116>

**RESUMO:** O presente artigo demonstra todas as nuances essenciais a persecução processual penal hodierna, apresentando as faces dos sistemas existentes, sendo inquisitivo ou acusatório, e inquirindo acerca do polêmico artigo 385.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos e deveres fundamentais . impessoalidade . inovações.

### JUDICIAL SYSTEMS INHERENT IN CRIMINAL PROCEEDINGS AND THE CRITICISM OF ARTICLE 385: NEOCONSTITUTIONAL GUARANTEE AND MEANS OF FACTIC-LEGAL SOCIAL PACIFICATION

**ABSTRACT:** This article demonstrates all the essential nuances of today's criminal prosecution, structured as faces of existing systems, being inquisitive or accusatory, and inquiring about the controversial article 385.

**KEYWORDS:** Fundamental rights and duties . impersonality . innovations.

### INTRODUÇÃO

O processo penal representa hodiernamente não mais um meio para o exercício punitivo da atividade estatal, mas

sim um caminho necessário dotado de direitos e garantias constitucionalmente protegidos em prol da real apuração delitiva, destarte, concede ao investigado, amplos direitos, que lhes são concedidos por consequência de sua posição hipossuficiente frente aos meios de apuração estatal.

Sabe-se que o processo penal é inafastável para a resolução de ilícitos penais, haja vista que difere do procedimento cível, o qual pode contar com mecanismos de autocomposição e conciliação não concedidos a ceara criminalista, posto que, os ilícitos penais, por estarem abrangidos pelo princípio da última ratio, protegem bens jurídicos de maior lesividade social, o que leva a não permissão estatal de resoluções privadas de tais condutas.

A exceção procedimental a inafastabilidade da jurisdição penal e à autocomposição que se encontra dentro de medidas despenalizadoras enraizadas por todos procedimentos penalistas, sendo estas, a transação penal e composição civil dos danos constantes na Lei 9.099/95, o acordo de não persecução penal, inovação legiferante, e o sursis processual.

Mesmo com supracitada abertura, as medidas despenalizantes mencionadas, remetem ao controle estatal exercido pelo Ministério público e à *juris dictio*, jurisdição exercida pelo órgão judiciário, o juiz.

Os meios de controle de legalidade da

persecução penal remetem a dois sistemas doutrinários constantemente conflitantes, o inquisitivo e o acusatório, sendo estes o principal motivo de críticas de especialistas quanto ao artigo 385 do Código de Processo Penal.

O questionamento envolto nesta pesquisa será objeto das considerações finais após todo o ex plano da matéria, de modo a adentrarmos o assunto com maestria em prol de exararmos um parecer próprio sobre o tema, sendo este, compreendido no próprio artigo supracitado mediante o seguinte ditame:

“Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nunca tenha sido alegada”

## **A BUSCA PELA VERDADE REAL**

O processo penal é essencial para a verificação estatal da ocorrência fática de um delito e sua autoria, tal qual é exercida por meio da verdade real, objeto almejado pelo próprio. A verdade real é a busca pelas circunstâncias probatórias robustas e reais que efetivamente comprovem a ocorrência delitiva junto a sua autoria, portanto é consequencial que o processo penal somente trabalhe com certezas, e não com suposições em fatos apresentados em juízo de origem questionável.

A verdade almejada pelo processo penal difere da que se busca no processo civil ou no administrativo. O processo penal trabalha com a verdade real, sendo algo muito “forte” quanto a elementos probatórios, já o processo civil presa pela verdade possível, sendo esta um meio termo entre a verdade real e a verdade formal, não exigindo tanto da prova mas também não deixando questões formais sobressaltarem os fatos apresentados. No que tange ao processo administrativo, este já presa pela verdade formal, consequência esta de sua abordagem coletiva sobre determinadas situações.

## **O NEOCONSTITUCIONALISMO NA PERSECUÇÃO PENAL**

A ação penal frente a fase judicial de persecução penal deve se desenrolar da melhor forma possível, de modo que, a instrução seja facilitada para que o processo alcance sua finalidade, de satisfazer direitos e garantias fundamentais abordados constitucionalmente, sendo estes individuais ou coletivos, além de juntamente a tal questão neoconstitucionalista, a busca pela já comentada, verdade real dos fatos jurisdicionalmente apresentados, de modo que a constatação delitiva seja a mais próxima dos fatos possível.

Renato Brasileiro, em sua ilustre doutrina processualista aufere que, a apuração dos fatos e responsabilidades não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do próprio sistema punitivo (BRASILEIRO, 2020. p. 682)

Tal procedimento dotado de garantias é consequente dos métodos violadores

de direitos utilizados pelo próprio Estado para coibição das infrações penais, servindo estes como um controle da própria regularidade da persecução penal, algo que após a vacância das novas disposições processuais será exercido pelo próprio juiz de garantias, que fiscalizará tais questões. Mencionados comentários se correlacionam ao objetivo do processo penal, que também serve para que todos comentários acima explanados sejam efetivados faticamente, sob pena de nulidade das medidas coibitivas a serem tomadas pelo Estado.

O processo penal além de importante ferramenta para pacificação social, manutenção da ordem jurídica, garantidor de imposições constitucionais e caminho necessário para o exercício do *ius puniendi* estatal, também é uma medida acauteladora do próprio Estado Democrático de Direito contra medidas autoritaristas a serem tomadas por este.

Tal provimento cautelar reflete sob duas nuances constitucionais, de celeridade e ponderação de normas supralégais (teoria promovida por Roberty Alexy), haja vista que o processo penal serve como uma baliza entre o autoritarismo suplantado pela restrição de direitos constitucionais, como liberdade, propriedade, direitos políticos e outros mais, para com o *in dubio pro réu* (presunção de inocência), contraditório e ampla defesa (devido processo legal)

## **SISTEMAS DOUTRINÁRIOS DE PERSECUÇÃO PENAL**

Os sistemas processuais penais existentes correspondem ao acusatório (típico de regimes democráticos) e o inquisitivo (típico de regimes ditatoriais). Como um breve resumo a Constituição adota o sistema acusatório, entretanto nossa persecução penal é composta por duas fases, a pré-processual de investigação e apuração delitiva pelo inquérito, via de regra, que é a fase inquisitiva, e a fase processual jurisdicional com a fase acusatória. Todavia por decorrência desta divisão das fases surge um novo sistema chamado de misto, ou inquisitivo garantista. Sem maiores explicações exponho antes as principais características de cada sistema da seguinte forma:

O sistema acusatório promove: A divisão das funções de acusar, julgar e defender, as quais serão exercidas por sujeitos processuais distintos, incumbindo a cada parte uma função pré-determinada; Impessoalidade do órgão julgador, isto é, do juiz, que corresponde a personificação do Estado, ao qual deverá ficar alheio ao processo como espectador; Estrita observância dos parâmetros legais, constitucionais e demais legislações extravagantes, garantindo segurança social e jurídica pela coisa julgada; Atos praticados dentro do processo deverão ser públicos, salvo restrições legais previamente estipuladas, e em regra, o procedimento é oral; Produção probatória exclusivamente nas “mãos” da acusação e defesa, destarte a sentença será baseada no livre convencimento motivado do juízo sobre provas lícitas e sem hierarquia entre as próprias que serão analisadas e valoradas casuisticamente; Isonomia processual, garantindo equidade entre os polos ativo

e passivo e garantindo uma igualdade substancial destes com iguais oportunidades no processo; Rigorosa observância de garantias constitucionais, dentre elas e principalmente, o contraditório e ampla defesa assegurados ao hipossuficiente do processo, sendo este o acusado, com direito ao duplo grau de jurisdição por consequência de princípios da não culpabilidade e presunção de inocência.

No sistema inquisitivo há: Produção de provas pelo juiz, *ex officio*, como argumento da busca pela verdade real no processo; Excessos processuais sem garantias constitucionais, tais como a falta de contraditório, ampla defesa e presunção de inocência, posto que a atividade jurisdicional inicia deste a notícia crime e não do recebimento da denúncia ou queixa como acontece no sistema acusatório; Processo sigiloso mediante atribuição discricionária do juiz; Parcialidade do juiz sem as serapções das funções de acusar e de julgar, as quais são garantidas ao mesmo órgão; Mais punitivista, um processo penal menos voltado a apuração de delitos e mais voltado ao *in dubio pro societate*

Como mencionado acima é possível perceber que o sistema brasileiro em sua fase de inquérito é inquisitivo, devido a seu caráter sigiloso com acesso somente as partes, vedando a defesa de ter acesso a diligências ainda em curso, inexistindo o contraditório e ampla defesa sobre os elementos de investigação produzidos, parcialidade inerente a autoridade que preside o inquérito e dentre outras particularidades, no entanto o processo encontra-se dotado do sistema acusatório, em tese, já que é oportunizado ao acusado o contraditório e a ampla defesa a cada manifestação nos autos, o juiz é dotado de imparcialidade buscando assegurar a justa aplicação do direito material ao caso concreto, além de várias outras circunstâncias já mencionadas.

Devido a essa divisão na persecução penal a doutrina majoritária elenca o sistema misto como sendo o aplicável ao ordenamento processual penal pátrio. Alguns sustentam tal apontamento como decorrência da fase pré-processual do inquérito, enquanto outros como Nucci infere o sistema misto como uma decorrência de poderes inquisitórios e parciais concedidos ao juiz de maneira “acoberta” pelo mito da busca pela verdade real.

Exemplos de resquícios inquisitivos dentro da fase processual são encontrados em diversos artigos, tais como o artigo 156 ( faculta ao juiz de ofício a requisição de provas e diligências para busca da verdade real, o que apresenta-se como mito não somente no processo penal mas também no processo civil que busca a verdade possível, sendo aquela impossível alcançar), o artigo 242 ( o juiz pode de ofício determinar a busca e apreensão), artigo 209 ( juiz de ofício pode determinar a oitiva de testemunhas não inquiridas pelas parte), artigo 127 ( requerimento de ofício do juiz de sequestro de bens antes mesmo da própria denúncia ou queixa, isto é, antes mesmo de sua competência para atuação iniciar), artigo 385 ( hipótese absurda a qual o juiz poderá condenar o réu mesmo se a própria acusação constatar sua absolvição), dentre vários outros artigos apresentam tal parcialidade as vezes de maneira até absurda e incoerente com a própria Constituição Federal e sua determinação prévia do sistema acusatório.

Eugenio Pacceli elenca tal situação em sua obra de processo penal e ainda ressalta que deve ser interpretado o código com base em dois postulados de interpretação constitucional, sendo estes o da máxima efetividade dos direitos fundamentais e a proibição do excesso por parte do órgão julgador (PACCELI, 2020, pág.625).

Embora a doutrina majoritária afirma a existência do sistema misto, ou inquisitivo garantista como sustenta Norberto Avena, há ainda alguns que defendem a inexistência atual de sistemas puros, e por isso o acusatório é verdadeiramente implantado no Brasil.

Concluo que, em regra, o sistema adotado é o acusatório que inclusive foi finalmente expresso no texto frio da legislação no artigo 3º-A, ao qual mesmo possuindo algumas críticas sobre o final de sua redação, que não cabe aqui explicar detalhadamente sobre tal fato, caso entre em vigor deverá revogar tacitamente diversos diplomas parciais do código processual em comento, pois veda em seu texto a iniciativa probatória pelo juiz.

Como eu havia dito o sistema acusatório é a regra, já que para a doutrina é o sistema misto que realmente vigora no ordenamento devido as circunstâncias já expostas. Mas vale ressaltar que, conforme demonstrado, o primeiro Código de sistema misto foi o napoleônico de 1808, então cabe nos questionar sobre uma pergunta que se adequa inclusive a realidade fática-jurídica atual : Alguém imagina que Napoleão aceitaria o sistema bifásico se não tivesse certeza de que era apenas “um mudar para ficar tudo igual”. Como bom tirano, jamais aceitaria uma mudança radical.

Tal questão perdura no tempo atual ao qual o sistema misto/ inquisitivo garantista sobressai, mas o sistema acusatório expresso encontra-se contido por uma liminar e disposições contrárias pelo código que não foram expressamente revogadas mesmo com a declaração do artigo 3º-A.

## **SISTEMA ACUSATÓRIO E SUAS PECULIARIDADES**

O atributo basilar do sistema acusatório mencionado pela doutrina nada mais é do que a divisão das funções no processo, as quais recaem sobre os sujeitos processuais, juiz, Ministério Público (via de regra) e acusado, as atribuições de julgar, acusar e defender, respectivamente.

Embora seja tal classificação algo simples de fácil entendimento, esta não é o suficiente para a caracterização do sistema processual, como inquisitivo ou acusatório, posto que no ordenamento jurídico pátrio mesmo com a presença da divisão supracitada, recebe o nome pela doutrina majoritária de sistema misto ou inquisitivo garantista como Norberto Avena o classifica (AVENA, 2020, pág. 85).

Para haver a correta particularização do sistema em comento exponho tais elementos caracterizadores deste: A separação essencial das funções de acusar, julgar e defender, as quais são exercidas por pessoas e/ou órgãos distintos, além disso o órgão julgador é imparcial; Estrita observância de garantias constitucionais, as quais são fundamentais para



a estabilização de equidade entre o acusado hipossuficiente e o procedimento rigoroso de apuração delitiva do Estado; Observância as imposições legais da lei de maneira vinculada; Os atos processuais são públicos, vista as exigências de respeito ao ordenamento jurídico pátrio, e de regra, são orais; Observância aos princípios do contraditório e ampla defesa; Propõe uma isonomia/ equilíbrio entre os sujeitos processuais, de modo que a igualdade substancial seja alcançada principalmente pelo acusado que se apresenta como hipossuficiente frente ao aparato punitivo/ acusatório estatal; Típico de sistemas democráticos respeitando primordialmente o princípio da presunção de inocência do acusado que reverbera até o trânsito em julgado da apuração infracional pela jurisdição.

Ante o exposto é possível verificar que, em tese, o sistema adotado majoritariamente pelo processo penal é o sistema acusatório, postulado este inclusive que provém da própria Constituição Federal de 1988, em seus artigos 93, inciso IX concomitantemente com o artigo 5º, incisos I, XXXVI, LIII, LIV, LV e LVII.

Entretanto porque o sistema processual adotado atualmente conforme a doutrina não é puro? As discussões que refletem este assunto podem ser exemplificadas como um emaranhado feito entre dois fios, um que representa o sistema acusatório e outro que representa o inquisitivo. Logo ao meio deste emaranhado é possível verificar um ponto “x”, ao qual se desfeito seria capaz de organizar o complexo entrelaçado de fios, mas qual seria este ponto de “convergência” entre os fios/ sistemas?

O que realmente dificulta a diferenciação pura do sistema acusatório no ordenamento jurídico pátrio corresponde a gestão da prova, ou iniciativa probatória do juiz.

Elemento que aos olhos de uma análise sumária sobre o tema parece completamente desconexo, todavia mesmo com a separação das funções é possível verificar que com a iniciativa da produção de provas por parte do juiz, mascarada sobre uma falsa percepção pela busca de uma insustentável “verdade real”, concretiza-se o alicerce para parcialidades práticas da personificação estatal, cuja é deveras escondida por muitos doutrinadores que fecham os olhos para a facticidade da legislação fora do texto frio desta, com argumentos de teorias insustentáveis na prática.

Ao conceder tal iniciativa *ex officio* ao juiz, o ordenamento contraria a Constituição e contamina todas as disposições acusatórias do procedimento, viciando como um gás tóxico toda a imparcialidade do juiz, e conseqüentemente, o trazendo para o polo acusatório, já que se quisesse respeitar o procedimento deveria declarar inocente o ofendido, como manda a Constituição, vista a insuficiência de provas que condenem o réu como exposto pelo princípio supramencionado e pelo postulado da não culpabilidade junto ao *in dubio pro réu*.

É notória a pré-apreciação do delito pelo juiz que deixa de inocentar o réu pela falta de indícios probatórios e pede mais diligências de modo a buscar a fundamentação para a condenação do acusado, tão desejada pelo próprio.

Não pode o juiz assumir funções ministeriais como se o acusador incapaz fosse,

adianto ainda que os promotores de justiça a serviço do MP, órgão de acusação conforme a regra, são concursados e devidamente capazes e estruturados de produzirem suas próprias provas, aliás, o juiz ao assumir o papel de juiz-ator, coloca a acusação como órgão ineficiente e incapaz, algo que não corresponde a realidade.

Pelo sistema processual vigente destarte é primordial colocar a gestão da prova como particularização do sistema acusatório no Brasil, já que esta é o que interfere na pureza do sistema, e não somente a divisão de funções, já que mesmo com essa divisão, nas entrelinhas do judiciário a exceção contamina toda a teoria.

A distribuição do *onus probandi* e estruturação da gestão da prova deve ser colocada como pilar do sistema, para que não haja o desrespeito a esta peculiaridade como ocorre atualmente, nas entrelinhas do processo, mascarando algo notório como se não fosse inconstitucional a mitigação de fundamentos constitucionais deste modo.

## **ELEMENTOS MÍNIMOS PARA OFERECIMENTO DA DENÚNCIA – ELEMENTOS INQUISITIVOS PARA INICIO A ATUAÇÃO JURISDICIONAL**

Para haver a denúncia é necessário dois elementos essenciais, aos quais são, indícios de autoria e elementos da materialidade do fato delitivo. Estes serão providos de procedimentos investigativos inquisitoriais, de regra, tais como o tão mencionado inquérito, ou outro procedimento que busque a investigação e apuração de infrações penais como procedimentos administrativos, provenientes do poder disciplinar da administração pública, as comissões parlamentares de inquérito e até os procedimentos de investigação criminal de autoria do próprio Ministério Público.

Em certas circunstâncias quando o Ministério Público considerar suficiente a própria representação da vítima e seus elementos trazidos de maneira particular para o requerimento de uma denúncia, o próprio pode deixar de requisitar o inquérito visto que os elementos trazidos são suficientes para oferecimento do feito.

Os indícios de autoria e materialidade são retirados de tais procedimentos investigativos, os quais por meio de suas próprias diligências averiguam as circunstâncias de cada prática delitiva em potencial.

Notório argumentar que tais elementos são indícios e não refletem juízos de certeza, pois somente servem como base para a formulação da denúncia pelo acusador, vide artigo 41 do CPP.

Supracitado artigo menciona a necessidade de exposição do fato criminoso, ao qual deverá conter sua enunciação detalhada, principalmente no que tange as circunstâncias da infração penal no caso prático, com seus elementos subjetivos das partes, objetivos e materiais que são fatos incontroversos ou controversos sustentados pela ouvidoria dos participantes da situação fática.

Circunstâncias que sejam importantes para apreciação da constatação delitiva por parte do promotor, de modo que este possa diferenciar a infração penal com suas

agravantes, atenuantes e etc.

Outro requisito exigido pelo artigo é a qualificação dos acusados e esclarecimento de suas identificações para que seja particularizada a atuação do querelado ou diferenciada a atuação de cada partícipe ou coautor de práticas delitivas, entretanto é importante lembrar que o artigo 259 do CPP deixa claro que a identificação formal do acusado pode ser dispensada desde que conhecida sua identidade física, já que quando descoberta as corretas qualificações do réu poderá a qualquer tempo serem retificadas tais informações.

Posteriormente é reconhecida a exigência, discricionária, da imputatio facti, isto é, imputação fática da infração penal que acomete ao caso concreto, todavia ressalto que essa exigência não é essencial ao oferecimento da denúncia e esta pode ser substituída pelo julgador que considerá-la inadequada ao caso concreto exposto, mediante disposições do artigo 383.

Outro elemento facultativo na denúncia corresponde ao rol de testemunhas, mas que também é exigível

Doutrinariamente falando, Aury Lopes Jr. explana algumas condições da ação penal, sendo estas a prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*, a punibilidade concreta, legitimidade das partes (trazida das condições de procedibilidade do processo civil) e a justa causa, entretanto como eu disse são condições da ação voltadas mais para a fase do recebimento ou arquivamento da denúncia a ser feito pelo juiz, ou pelo juiz das garantias caso a vigência das novas disposições entrem em vigor. Analisando de tal modo causas de extinção de punibilidade, excludentes e ilicitude e/ou culpabilidade (LOPES JUNIOR, 2020, pág. 1755).

Ressalto que embora esbocei algumas exigibilidades a doutrina elenca sempre de forma sucinta ao mencionar inicialmente o tema, expondo a exigência somente dos já mencionados indícios de autoria e materialidade típica do fato que estão contidos dentro do procedimento administrativo pré-processual, o qual é o inquérito, não restringindo somente a este como já exposto anteriormente.

## **É POSSÍVEL CONDENAR COM ELEMENTOS DA FASE INQUISITIVA?**

Algo indiscutível pelo processo penal, posto que os elementos indiciais produzidos na investigação somente servem de base para oferecimento de denúncia ou queixa acerca de uma prática delitiva.

Este serve para embasar o convencimento do Ministério Público para que a denúncia seja oferecida, e somente isso.

O inquérito ocorre sem a observação de garantias fundamentais, como o contraditório e a ampla defesa, destarte não pode ser aproveitado no processo, principalmente como fundamento de uma sentença penal condenatória.

O artigo 155 do CPP deixa expresso que:

“ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”

O supracitado artigo expressa que a prova deve ser produzida sob o crivo do contraditório, algo que não é presente na fase de investigação, a fase inquisitorial da persecução penal, ademais a prova deve ser considerada somente como aquela judicial e produzida na fase processual como elenca Aury Lopes Jr. ( LOPES JUNIOR, 2020, pag. 274).

Embora haja a possibilidade absurda e dissimulada da menção de elementos do inquérito na sentença, se houver outro elemento probatório que seja válido, é vedada a utilização exclusiva daqueles, já que vão de encontro ao próprio sistema da Constituição Federal e do novo artigo 3º-A que encontra-se suspenso liminarmente *sine die*.

Deste modo ressalto novamente que a condenação conforme artigo 155 do CPP não pode ocorrer exclusivamente baseando-se em elementos inquisitivos, pois viola diversos princípios e garantias constitucionais. O juiz ao perceber a falta de elementos que fundamentem a condenação deve absolver o réu, já que buscou a verdade possível e restou a falsidade processual ao órgão acusador.

Como é sabido, infelizmente, os autos de inquérito atualmente ficam afixados no processo em secretarias do fórum, o que muitas vezes acaba influenciando direta ou indiretamente o convencimento motivado do juízo que pré-julga o caso com base em provas parciais que o influenciam e viciam sua imparcialidade.

Não adentrando ao assunto minuciosamente, mas tal problema obteve uma solução com a criação do juiz das garantias que busca, principalmente, evitar o contato do juiz da instrução com autos do inquérito, de fato que atua até após a análise da absolvição sumária ou não, do acusado conforme ditames do novo artigo 3º- C.

Resumindo em poucas palavras o inquérito não pode exclusivamente embasar uma sentença penal condenatória, como exposto no artigo 155, porém como é sabido a prática também posterga o vício de parcialidade ao juiz pelo seu contato com o inquérito de forma direta ou indireta, que mesmo sem haver menções na sentença, sabe-se que influenciou na decisão, cito ainda que não é difícil o juiz adequar os fatos que seriam insuficientes em uma sentença ou absurdamente buscar a condenação do acusado fazendo as vezes ministeriais como propõe o artigo 156 do CPP.

## **JUIZ DE GARANTIAS E SUA ESSENCIALIDADE NA FASE INQUISITIVA**

Não entendo como válidas somente as novas disposições, como também as considero bastante aguardadas pela doutrina dos últimos anos. O juízo que intervinha na fase de investigação/fase inquisitiva, tinha sua competência firmada por prevenção, algo complemente desconexo ao pressuposto do sistema acusatório, pregado pela fase

processual. Tais premissas deste tipo são claras por todo o código, e vários doutrinadores as criticam arduamente, ou simplesmente tentam explicar as disposições normativas com base em teorias que não representam a prática.

O juiz das garantias é extremamente necessário para o controle da legalidade, não só do inquérito, mas de todas as investigações, garantindo diversos direitos ao acusado, previstos, inclusive, pela Constituição Federal, os quais não encontravam, definitivamente, suas bases aplicáveis aos casos concretos, como o direito de que ninguém deverá ser submetido a tortura ou conduta desumana ou degradante, consagrando a dignidade da pessoa humana (art. 5º, III da CFRB/88), o direito ao devido processo legal, bem como compreendido o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da CFRB/88), o direito à presunção de inocência até o trânsito em julgado (art. 5º, LVII e LVIII da CFRB/88), o direito à liberdade de locomoção salvo em casos de flagrante delito ou por mandado judicial (art. 5º, LXI e LXVI da CFRB/88), o direito de comunicação imediata de sua situação ao juízo e à sua família, para lhe garantir uma defesa mais célere, sem transgressões de legalidade por parte das autoridades (art. 5º, LXII da CFRB/88), o direito ao silêncio e ao conhecimento de seus direitos (art. 5º, LXIII da CFRB), dentre diversos outros direitos constitucionais, preceitos normativos, princípios e normas extravagantes que explanam diversas outras garantias processuais àquele que se encontra sobre custódia estatal.

O acusado é presumivelmente inocente, até o trânsito em julgado da sentença, deste modo não pode ser rotulado como transgressor dos preceitos legais até ser declarada tal imposição pelo Estado, destarte o juiz de garantias deve observar todas essas peculiaridades, além de fiscalizar, cuidar da legalidade, pedir informações as autoridades e outras mais, de modo que o acusado seja devidamente constituído de seus direitos, algo que atualmente não ocorre.

A fase inquisitiva é tolhida de preceitos inquisitivos, sem contraditório e a ampla defesa, conseqüentemente o acusado encontra-se a mercê de julgamentos sociais e estatais que lhes são impostos, sem direito a reclamar por tais abusos sob pena de sofrer discriminações por sua condição hipossuficiente e pelos preceitos sociais de vingança devolutiva, baseados na famosa e antiga Lei de Talião, isto é, se o acusado está sendo investigado, logo há fumaça, conseqüentemente há fogo, deste modo é culpado pelas massas sociais que pressionam a máquina estatal por maior rigorismo em sua abordagem perante o indivíduo, o qual as vezes foi incriminado falsamente por uma prática delitiva, ou praticou o ato sob excludentes de ilicitude ou punibilidade, mas já obteve sua vida “estragada” pela mancha criada em seu histórico de vida pela mídia, que o expôs socialmente com a famosa notícia exacerbada, feita exclusivamente para atrair leitores.

O juiz de garantias veio ao ordenamento de modo a acabar com estas irregularidades e disparidades ocorridas na realidade fática, de modo a preservar os direitos do acusado, que se tiver cometido um ilícito será punido com as devidas sanções legais após todos os procedimentos processuais, e a legalidade dos atos praticados contra o incriminado.

Logo, e o mais importante, preservará a imparcialidade do juiz da instrução, que tomará o processo somente sabendo dos fatos legais lá expostos, assistindo o procedimento, como um terceiro alheio àquela situação a ele apresentada, e não mais como aquele juiz-ator analisando um caso em que ele tanto atuou na fase investigativa, ajudando e instigando a busca de uma ilusória verdade real.

Há de se procurar a verdade possível, para que perante o livre convencimento do juiz imparcial verifique se há realmente prova de autoria e materialidade delitiva, ou não, incidindo a presunção de inocência sobre o acusado, e a dúvida sobre o juízo que decairá na absolvição do próprio.

Ressalto ainda que a menção da lei foi extremamente esperta, a meu ver, pois estabeleceu expressamente que o juiz das garantias olhará para a legalidade teórica que será aplicada faticamente, além da observância aos direitos do preso, destarte implicitamente deixou a lei o caráter tendencial da defesa dos direitos teóricos não efetivos na prática. Pressuposto este que também ocorre aos promotores de justiça, que em sua previsão constitucional, como expressa o seu caráter acusatório, muitas vezes esquecem que pregam a justiça, e não a acusação infundada a qualquer custo que busque uma condenação, de forma a somente alcançar um alívio de pressão social.

Expressas menções na lei espelham a realidade de atuação dessas figuras estatais, deixando bem claro ao juiz de garantias a sua função não de pré-julgar o acusado na fase inquisitiva como atualmente ocorre, mas sim sua função de observar os direitos e legalidade que permeiam essas relações, não como julgador cognitivo, acusador ou defensor, mas literalmente como um terceiro alheio que assegura as disposições normativas e a execução de um verdadeiro sistema acusatório.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verdadeira aberração normativa, a qual chega a “atropelar” todos pressupostos processuais penais e principalmente o sistema acusatório.

O artigo 385 do CPP tem as seguintes disposições:

“Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”

O *ius puniendi* estatal é delegado ao Ministério Público pela Constituição Federal em seu artigo 129, inciso I, que concede a promoção de forma privativa do Ministério Público a ações penais públicas, este é o órgão acusador do infrator de normas vinculadas pela administração pública a seus administrados e/ou seus próprios agentes.

Se o próprio órgão acusador pede a absolvição do réu vista todas suas circunstâncias, fatos e parcialidade, porque o juiz poderia ignorar uma imposição estatal se não fosse igualmente parcial? O juiz ao impor tal rejeição de absolvição atrai para si

competência que não lhe cabe, sendo esta o poder de punir e acusar, participando deste modo no processo não mais como terceiro alheio, mas sim como um juiz-ator, o qual viola a imparcialidade atribuindo discricionariedade a manifestação da acusação tolhida sob os édices do princípio da obrigatoriedade da ação penal e legalidade que norteiam a órgão julgador. Nesta ceara exponho o pensamento de Aury Lopes Jr. que infere:

" O Ministério Público é o titular da pretensão acusatória, e, sem o seu pleno exercício, não se abre a possibilidade de o Estado exercer o poder de punir, visto que se trata de um poder condicionado. O poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP mediante o exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém.

Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo" (LOPES JUNIOR, 2020. pág 1436).

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. Processo Penal. 12.ed. São Paulo: Método,2020

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. Manual de Processo Penal – Volume único. 8 ed. Salvador: Edit. Juspodvm 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SOUZA NUCCI, Guilherme. Código de Processo Penal Comentado. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020..

# CAPÍTULO 15

## A FORÇA IMPOSITIVA DA DECLARAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DE 1998 DA OIT E A UNICIDADE SINDICAL NO BRASIL: O PAÍS-MEMBRO TEM DEVER DE IMPLEMENTAR AS DIRETRIZES DA CONVENÇÃO Nº 87 DA OIT?

*Data de aceite: 25/03/2021*

### **Andréa Arruda Vaz**

Centro Universitário do Brasil - UniBrasil  
<https://orcid.org/0000-0001-9177-2740>

### **Andressa Ignácio da Silva**

Universidade Federal do Paraná. Professora no  
Centro Universitário do Paraná – UniFasp

### **Francieli Korkievicz Morbini**

Centro Universitário Autônomo do Brasil  
Unibrasil  
<https://orcid.org/0000-0001-6952-2067>

### **Marco Antônio Berberi**

Universidade Federal do Paraná - UFPR  
Professor no Centro Universitário Autônomo do  
Brasil – UniBrasil  
<https://orcid.org/0000-0002-5132-6452>

### **Rayane Herzog Liutkus**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná  
<http://lattes.cnpq.br/5535245212639211>

### **Tais Martins**

Centro Universitário Autônomo do Brasil -  
Unibrasil. Advogada da Tavares, Martins &  
Rosa Advogados; Professora e Coordenadora  
na UniFasp. Psicóloga na Inspirare - Clínica  
Psicologia, Psicanálise e Bem-Estar  
Curitiba. Paraná  
<https://orcid.org/0000-0002-7494-6961>

que o país deva cumprir em função da hierarquia de instrumentos e documentos decorrentes da base fundadora da instituição internacional a que o país é membro. O Brasil, enquanto signatário da ONU e da OIT deve cumprir com os pactos aderidos, assim como respeitar o instrumento de fundação de cada instituição e documentos que a este se integram. O Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, elaborado em 2008 pela OIT apresenta o entendimento de que os países-membros da OIT Devem cumprir com as diretrizes contidas na Declaração de Direitos e garantias fundamentais no Trabalho de 1998, em que a Liberdade Sindical é reconhecida como uma norma de Direitos Humanos, logo comporta uma universalidade e mais, uma obrigatoriedade, independentemente de ratificação das convenções específicas a respeito do tema. Assim, o Brasil ao descumprir com os principais pactos da ONU, OEA E especialmente OIT viola normas de Direitos Humanos, quando o assunto é o direito fundamental a liberdade sindical. Esta pesquisa apresenta os principais elementos que fundamentam tal afirmação, perassando pelo âmbito interno e internacional do direito, quando o assunto é o sistema sindical brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade sindical; convenção nº 87; direitos fundamentais; unicidade sindical.

**RESUMO:** Este artigo apresenta o sistema sindical brasileiro com uma crítica ao modelo de sindicato único em contraste aos instrumentos e pactos internacionais pelo país ratificados, ou a



# THE ENFORCING FORCE OF THE ILO'S 1998 DECLARATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES AND UNIONS IN BRAZIL: DOES THE MEMBER COUNTRY HAVE A DUTY TO IMPLEMENT THE GUIDELINES OF ILO CONVENTION N°. 87?

**ABSTRACT:** This article presents the Brazilian trade union system with a critique of the single union model in contrast to the ratified international instruments and pacts that the country must comply with due to the hierarchy of instruments and documents arising from the founding base of the international institution to which The country is a member. Brazil, as a signatory to the UN and ILO, must comply with the accords, as well as respect the founding instrument of each institution and its accompanying documents. The ILO Global Follow-up Report on the Fundamental Principles and Rights at Work, prepared in 2008 by the ILO, presents the understanding that ILO member countries should comply with the guidelines contained in the Declaration of Fundamental Rights and Guarantees at Work. 1998, in which Freedom of Association is recognized as a human rights norm, soon entails a universality and more, an obligation, regardless of ratification of specific conventions on the subject. Thus, Brazil, by failing to comply with the main UN pacts, the OAS, and especially the ILO, violates human rights norms when it comes to the fundamental right to freedom of association. This research presents the main elements that underlie this statement, going through the internal and international scope of the law, when the subject is the Brazilian union system.

**KEYWORDS:** Freedom of association; Convention No. 87; fundamental rights; union oneness.

## 1 | INTRODUÇÃO

A liberdade sindical é reconhecida, assegurada e aplicada em diversos ordenamentos jurídicos internos, inclusive internacionais. Impossível abordar a sistemática do sindicato único no Brasil, sem abordar os preceitos, normativas e manifestações trazidas pela Convenção nº 87 da OIT, ademais, esta se constitui a maior normativa de concretização da liberdade sindical no plano internacional.

Neste viés, apesar da importância da referida Convenção, ao instituir preceitos para concretização da liberdade sindical, o Brasil não ratificou esta convenção. Este artigo tem como objetivo, discutir a impositividade ou não da referida convenção no plano interno, por força do conteúdo da Declaração de Direitos e Garantias Fundamentais de 1998, editado pela OIT.

O Brasil, ao não ratificar a Convenção 87 da OIT, sob a alegação de que a mesma é contrária as disposições constitucionais, está a descumprir o Tratado de Fundação da OIT, qual seja, sua base estrutural. Ademais, por força da Declaração de 1998, que integra a estrutura normativa constitutiva da OIT deveria o país encveredar esforços no sentido de implementar tal garantia no plano interno. Insta mencionar que a Declaração de Direitos e Garantias Fundamentais no Trabalho impõe aos países-membros, seu respeito e cumprimento, por ser uma norma de Direitos Humanos, independentemente de ratificação.

Assim, este artigo, por meio da pesquisa exploratória e análise de pesquisas,

documentos e instrumentos nacionais e internacionais, somados a bibliografia a respeito do tema, tece uma crítica ao sistema sindical brasileiro e a a impositividade da Convenção 87 da OIT, face ao conteúdo da Declaração de Direitos e Garantias Fundamentais de 1998.

## **2 I A SISTEMÁTICA DO SINDICATO ÚNICO POR CATEGORIA NO BRASIL E O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À LIBERDADE SINDICAL**

O intervencionismo e corporativismo são marcos evidentes ao longo da história da construção do direito sindical no Brasil. A constituição de 1988, historicamente prevê em seu artigo 8º. E seus incisos a liberdade para associação profissional e laboral, trazendo consigo novidades em relação as Constituições de 1937 e 1946, artigos 138 e 159, respectivamente, os quais, aniquilavam os objetivos e práticas sindicais, conforme menciona Sérgio Pinto Martins (Martins, 2012, p. 738).

Ainda, segundo menciona o mesmo autor, “uma inovação trazida pelo inciso I do artigo 8º da Lei Magna foi, sem dúvida, a de que o Poder Público (leia-se Poder Executivo) não poderá interferir ou intervir na organização sindical, o que não encontrava-se presente em Constituições anteriores” (Martins, 2012, p. 738). Sob a mesma perspectiva o artigo 8º. da Constituição Brasileira versa que “é livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical”.

O artigo 8º. da Constituição de 1988, formalmente falando, é a demonstração de que o Estado forneceu e assegurou constitucionalmente o Direito a Liberdade de associação profissional e sindical, sendo vedada a criação de mais de uma organização sindical, de qualquer grau de representatividade da categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos empregadores e empregados interessados, não podendo ser inferior à área de um Município, o que, nas palavras de Sérgio Pinto Martins “se interpretar esse artigo literalmente, pode-se chegar à conclusão de que o Brasil já poderia ratificar a Convenção nº 87 da OIT e poderiam existir quantos sindicatos os interessados dessem, bastando o exercício de vontade” (Martins, 2012, p. 738).

Tal assunto, se verificado sob a perspectiva da Declaração de Direitos e Garantias da OIT, aonde o Brasil é membro desde a sua fundação, tal pacto integra a Constituição da OIT. Ora, se o mencionado pacto integra a Constituição da OIT, todos os países membros tem o dever de cumprir para com as disposições da Constituição da OIT, sob pena de no mínimo, violação ao princípio da boa-fé internacional.

Assim “o inciso II do art. 8º da Norma Maior estabelece que é proibida a criação de mais de um sindicato de categoria profissional ou econômica, em qualquer grau, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores, não podendo ser inferior à área de um município”. Não obstante o Brasil ser membro da OIT desde a sua criação, este não

cumpra com suas disposições e continua a impedir a criação de mais de um sindicato por base territorial, nos termos do inciso II do artigo 8º. Da CF/1988 (Martins, 2012, p. 738).

Neste mesmo viés, Amauri Mascaro Nascimento disserta que: "as objeções que são apontadas quanto ao sistema do sindicato único cingem-se à restrição que se impõe a livre constituição de sindicatos pelos interessados, de modo que aqueles que pertencem ao grupo não tem outras opções pelos interessados, ainda que em desacordo com as diretrizes sindicais" (Nascimento, 2005, p. 1037).

Dessa forma, a previsão constitucional constitui entraves ao exercício da plena liberdade sindical no Brasil, eis que nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento é definida como: "Liberdade sindical é, também, um conceito quando a expressão destina-se a responder que é liberdade sindical, perspectiva que se desdobra em liberdade como direito de organização e liberdade como direito de atuação, ambos completamentando-se, indivisíveis, caso se pretenda qualificar um sistema como de plena liberdade sindical" (NASCIMENTO, 2006, pág. 1032). Ora, se os Tratados de Direitos Humanos preveem a ampla e plena liberdade sindical e a Constituição a impede de se implementar tal princípio, existe uma incongruência, ou seja, a quem deve o país seguir? Qual norma aplicar? Eis a grande questão do Direito sindical no Brasil.

Desta feita, tem-se que, o direito da pessoa decorre de sua natureza, tendo como respaldo a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Democrática do Brasil, conforme leciona Alexandre de Moraes:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas quantos seres humanos (MORAES, 2006, pág. 16).

Ora, se a liberdade sindical é um dos pilares integrantes do rol de direitos humanos, logo integrantes de uma universalidade, há que se ponderar que todos têm que ter acesso a tal direito. Não pode o Estado impedir o pleno exercício de tal direito humano, inclusive por previsão expressa internacional.

Neste viés, trouxe a Constituição de 1988 a ideia de democratização das relações sociais no Brasil, sob esta perspectiva, outorgou aos sindicatos autonomia e assegurou um extenso rol de direitos aos trabalhadores, com a intenção de proteger, de certa forma, a liberdade de expressão, manifestação e ação do empregado. Apesar dessas previsões formais, o modelo sindical brasileiro demonstra fortes resquícios corporativistas e de

dominação estatal e empresarial, que por décadas contaminavam a estrutura sindical principalmente durante o governo de Getúlio Vargas:

Podemos dizer, então, que o sistema sindical brasileiro, produto natural e espontâneo da realidade social, buscou a liberdade sindical nas linhas mestras da constituição, mas não conseguiu eliminar os entraves a uma liberdade plena e concreta, eis que foram mantidas a unicidade sindical, a categoria profissional e a contribuição sindical obrigatória, que, se por um lado financia a estrutura sindical, por outro subordina seus dirigentes aos ditames políticos e governamentais (RT, 2006, p. 136).

A atual sistemática sindical, ainda que formalmente falando, tenha sido sedimentada sob o liame da liberdade e autonomia sindical, impôs a limitação da unicidade sindical. Logo, ainda que a Constituição de 1988 traga ao direito sindical uma roupagem de liberdade e autonomia, ainda assim, limitada e mais, sem propiciar aos empregados a liberdade para escolher a entidade sindical que pretendem se ver representados. Logo, o que se vislumbra é uma liberdade maculada, ironicamente pela falta de liberdade e limitação substancial.

A implementação do sindicato único por categoria em determinada base territorial, demonstra resquícios intervencionistas, inclusive definindo a dimensão territorial mínima de um município, logo não há possibilidade de constituição de sindicatos por empresa, livre escolha do sindicato representativo nem a possibilidade de mudança de representação, como ocorre a título de exemplo nos Estado Unidos da América (MUNIZ, 2009, pág. 231-288):

A liberdade sindical no Brasil esbarra, destarte, nas restrições trazidas pela própria Constituição Federal, no mesmo art. 8º, em seus incisos II e IV, que são a unicidade sindical, base territorial mínima, sindicalização por categoria e sistema confederativo da organização sindical (BRITO FILHO, 2009).

Este modelo sindical proporciona ao Brasil uma triste realidade laboral, com instituições enfraquecidas, um número muito alto de sindicatos e uma representatividade muito baixa. Tal sistemática cria entraves ao desenvolvimento e fortalecimento das relações laborais e de desenvolvimento das relações de trabalho de modo a fortalecer o empregado e o proteger das atrocidades que acometem o sistema exploratório de trabalho permeante no Brasil.

Conforme entende o Ministro Agra Belmonte do Tribunal Superior do Trabalho:

Liberdade é poder que uma pessoa tem de agir de acordo com sua própria determinação, expressar opiniões, fazer escolhas, expressar sentimento. Mas, dentro do ambiente de trabalho, a subordinação presente na prestação de serviços é um fato de limitação da liberdade, não tem como dizer que não (AGRA, 2017).

Ao empregado o direito e a liberdade para escolher, experimentar e opinar, o fazem desenvolver sua subjetividade e criatividade. Em um ambiente em que o empregado não

tem condições sequer de fazer uma grande escolha ou uma global escolha, qual seja, qual sindicato lhe representará durante o período contratual, não se pode falar em ambiente laboral de desenvolvimento e de crescimento pessoal e profissional. Ademais, com o poder de decisão a respeito da opção sindical, o empregado automaticamente estará envolvido em um manto de proteção.

### **3 | O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL A LIBERDADE SINDICAL SOB A PERSPECTIVA IMPOSITIVIDADE DA DECLARAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA OIT DE 1998 E OS PACTOS ESTRUTURAIS DA OIT**

Assim sendo, uma vez que a Declaração de Direitos e Gatantias Fundamentais da OIT de 1998 integra a estrutura constituinte da OIT, assim como para a Carta das Nações Unidas, elaborada naquele momento pós-guerra, ao se tornar país membro de tais instituições, já é suficiente para a compreensão da necessidade e impositividade de cumprimento de tais instrumentos. Logo, uma vez que a liberdade sindical é um dos pilares estruturais de instituição da OIT, assim como

Em 1950, a OIT estabeleceu um procedimento especial no domínio da liberdade sindical, baseado nas queixas apresentadas por governos ou pelas organizações de empregadores ou de trabalhadores contra um país membro, mesmo que este não tenha ratificado as convenções em causa. Este procedimento é possível porque, ao aderirem à OIT, os países membros comprometem-se a respeitar o princípio da liberdade de associação consagrado na própria Constituição da Organização. O mecanismo estabelecido neste domínio comporta dois órgãos distintos (OIT, 2018)

#### **A Declaração de Direitos e Garantias fundamentais de 1998 ressalta**

que no momento de incorporar-se livremente à OIT, todos os Membros aceitaram os princípios e direitos enunciados em sua Constituição e na Declaração de Filadélfia, e se comprometeram a esforçar-se por alcançar os objetivos gerais da Organização na medida de suas possibilidades e atendendo a suas condições específicas. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva (OIT, 2018).

Enfim, conforme base legislativa internacional e estrutural acima mencionados, é visível que o Brasil não vem cumprindo os instrumentos internacionais estruturais da OIT, o que de todo lhe pode gerar responsabilidades no plano internacional, tema não será assunto desta pesquisa. Tal situação é uma preocupação da OIT, ademais esta vem buscando a cada dia conscientizar a respeito da necessidade de que os países cumpram

os Tratados que ratificam e claro, estejam em convergência com os pactos estruturais e constituintes da instituição Internacional.

Nesse mesmo aspecto, em 2008 no Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (OIT, 2018), buscou fornecer um panorama geral a respeito da aplicação e efetivação dos princípios e direitos universais relativos a liberdade sindical e negociação coletiva. Tal relatório acontece dez anos após a elaboração da Declaração de direitos e Garantias Fundamentais da OIT de 1998.

No caso em tela, evidente é que o Brasil ao ignorar as normietameativas estruturais da OIT viola normas da Instituição Internacional atenta diretamente contra normas elementares e até mesmo de Direitos Humanos. Ademais, liberdade sindical é uma norma de direitos humanos reconhecida pela OIT, por meio da mencionada declaração de 1998. A respeitabilidade aos preceitos e garantias fundamentais e normativas direitos humanos devem possuir égide universal e se aplicam a todos os países-membros da OIT, ademais, tais enunciados estão diretamente relacionados ao próprio texto estrutural de constituição da OIT.

Importante mencionar que “cerca de metade da população activa total dos Estados- Membros da OIT vive em cinco países que ainda não ratificaram a Convenção (n.º 87) (Brasil, China, Índia, República Islâmica do Irão e Estados Unidos)” (OIT, 2018). Tal número é de uma expressividade quando o assunto em questão é a implementação de direitos e garantias sindicais no laboral planetário, assim como a promoção do trabalho decente, digno e proporcionante de crescimento e desenvolvimento das subjetividades humanas. Triste é a realidade de que milhões de trabalhadores ainda não estão sob a proteção dos direitos e garantias fundamentais, ainda que formalmente falando. Ademais, entre a formalização e a efetivação existe um breu jurídico, que por vezes, demora dezenas ou até centenas de anos. Não obstante, a formalização do direito já é um avanço!

Segundo o Relatório Global em questão, “para garantir uma verdadeira liberdade sindical, após a abolição dos modelos de sindicato único, é essencial criar mecanismos que permitam total liberdade de registo das organizações de empregadores e de trabalhadores” (OIT,2018). Ademais, a exemplo do Brasil, muitos países mantêm sistemas de registro sindical, o que pode ser entendido como uma forma de controle das atividades sindicais, ou até mesmo da instituição de entidades sindicais. Assim, é importante compreender que a liberdade sindical é um dos pilares estruturais de implementação da democracia no ambiente laboral, assim como de construção de laços dialogais entre empregados, empregadores e Estado. O sindicato é um interlocutor angular na construção de relações laborais fortes, sedimentadas e pautadas no respeito aos direitos e garantias fundamentais a um existir digno.

Por fim, há que se mencionar que um sindicato independente, livre, forte e pautado nos interesses de quem defende, só é possível com o pleno exercício da liberdade sindical.

Só é possível quando os empregados puderem livremente desenvolver suas atividades, inclusive a livre escolha da entidade representativa sindical.

#### 4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa concluiu que a luta em busca da liberdade sindical no plano interno e internacional é chancelado de forma universal e verticalizada. Destaca-se no presente artigo que a Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho que tem como objetivo a efetivação da liberdade sindical, e muito embora tal documento não tenha sido ratificado pelo Brasil recebe a observância e aceitação da comunidade internacional.

Além de tal reconhecimento e aceitação internacional, a Declaração de Direitos e Garantias Fundamentais de 1998 impõe aos países-membros, independentemente de ratificação da convenção, o cumprimento e a efetivação dos principais Tratados emitidos pela OIT. Entre os principais Tratados, está justamente os relacionados a liberdade sindical e desenvolvimento das atividades sindicais, de forma livre e autônoma. Tais Convenções, são efetivamente a Convenção 98 e a Convenção 87 da OIT, esta sem ratificação.

Ainda, esta pesquisa abordou o direito fundamental a liberdade sindical no Brasil citando o Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 2008, instrumento que mais uma vez, ressalta a necessidade dos países se esforçarem e enveredarem ações para efetivar direitos humanos, entre eles está a liberdade sindical.

O Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho abordou a premissa de centralidade do princípio fundamental da liberdade sindical como elemento basilar de um Estado Democrático e pautado em relações laborais dialogais, decentes e estruturadas nos preceitos estruturais da OIT.

Neste aspecto a pesquisa demonstrou a necessidade de o Brasil alterar a legislação e implementar o pleno exercício da liberdade sindical no Brasil. Ademais, o Brasil enquanto país signatário da OIT desde a sua fundação, tem o dever legal, moral e ético de cumprir com os preceitos contidos na Declaração de Direitos e Garantias Fundamentais da OIT de 1998, independentemente de ratificação da Convenção nº 87 da OIT.

Logo, sim, a Declaração de Direitos e Garantias fundamentais de 1998 da OIT tem sim força impositiva, logom independentemente de ratificação da Convenção 87 da OIT, o Brasil tem o dever de aplicar a referida Convenção, sob pena de sofrer com possível responsabilidade internacional. Ademais, de livre e espontânea vontade decidiu ser país-membro da OIT, logo, se assim aderiu, tem o dever de agir em conformidade com a Constituição da OIT.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Alexandre. A liberdade de Expressão no Trabalho. TST: Matérias Especiais, 18 de novembro de 2012. Disponível em [http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset\\_publisher/89Dk/content/id/3253513](http://www.tst.jus.br/materias-especiais/-/asset_publisher/89Dk/content/id/3253513) Acesso em 05 maio de 2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** de 1891.

BRASIL. **Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão**, 2000. BRASIL. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s\\_Convenção\\_Liberdade\\_de.Expressao.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s_Convenção_Liberdade_de.Expressao.htm)>. Acesso em setembro de 2016.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)> Acesso em julho 2016.

BRASIL. **Decreto n. 678**, de 6 de novembro de 1992.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452**, de 1 de maio de 1943. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)> Acesso em 12 de maio de 2017.

BRASIL. **Consolidação Das Leis Do Trabalho**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em 15 nov. 2016.

BRITO FILHO. José Cláudio Monteiro de. **Direito Sindical**. 3ª. edição. São Paulo: LTr. 2009.

Decreto nº 592 de 6 julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)> Acesso em 29 maio 2017.

MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28ª edição. São Paulo: Atlas. 2012.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20ª edição. São Paulo: Atlas. 2006.

MUNIZ, Murilo César Buck. Em busca da Liberdade Sindical: Uma análise do modelo de organização sindical brasileiro à luz dos Direitos Humanos Fundamentais. Revista de Direito do Trabalho. Volume 134/2009, pág. 231-288. Abril/Junho/2009.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26ª. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Direito Sindical**. São Paulo: Saraiva, 1989.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 31ª edição São Paulo: Ltr 1932.

OIT. Constituição OIT e Declaração de Filadélfia. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/WCMS\\_336957/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/WCMS_336957/lang--pt/index.htm), acesso em 23 de setembro de 2018.

OIT. Documentos. Constituição OIT e Declaração de Filadélfia. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/centro-de-informacoes/documentos/lang--pt/index.htm>, acesso em 23 de setembro de 2018.



OIT. Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. [https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/.../relatorioglobal\\_2008.pdf](https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/.../relatorioglobal_2008.pdf), acesso em 23 de setembro de 2018.

OIT. A liberdade sindical. Recopilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. Organização Internacional do Trabalho – Genebra. Brasília. 1º edição, 1997. Disponível em: [http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/union\\_freedom/pub/principios\\_comite\\_liberdade\\_sindical\\_286.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/union_freedom/pub/principios_comite_liberdade_sindical_286.pdf). Acesso em 29 de maio de 2017.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em 13 de maio de 2017

Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)> Acesso em 29 de maio de 2017.

OIT. Normas Internacionais do Trabalho. Disponível em [https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal\\_visita\\_guiada\\_03b\\_pt.htm](https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_03b_pt.htm), acesso em 23 de setembro de 2018.

OIT. Declaração da OIT sobre Direitos sobre princípios e direitos fundamentais no Trabalho, 1998. Disponível em: [https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration\\_portuguese.pdf](https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf), acesso em 23 de setembro de 2018.

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte 31 (61) 3-3 jan/jun. 2000.

**Revista. Tribunal Superior do Trabalho.** Brasília. Volume 78, nº. 3, julho/set 2012.

SARAIVA. Renato. **Direito do trabalho para concursos públicos.** 14ª edição. São Paulo: Método. 2012.

Tribunal Superior do Trabalho 30 abril 2012 Disponível em: <<http://blogs.atribuna.com.br/direitodotrabalho/2012/04/convencao-87-da-organizacao-internacional-do-trabalho/>> Acesso em: 20 set. 2015.

**Tratado de Paz celebrado entre países aliados, associados e Alemanha, assinado em Versalhes,** em 28 de junho de 1919, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 3.875, de 11.11.1919, e promulgado pelo Decreto nº 13.990, de 12.01.1920.

## CONTRIBUIÇÃO DO PERITO ASSISTENTE NA REDUÇÃO DOS VALORES DAS CONDENAÇÕES DOS PROCESSOS TRABALHISTAS

*Data de aceite: 25/03/2021*

**Luciano Bendlin**

<http://lattes.cnpq.br/6464848497442226>

<https://orcid.org/0000-0002-3251-7528>

**Rafaela Witt Bendlin**

**Solange Salete Sprandel da Silva**

**RESUMO:** O aumento do número de processos trabalhistas no mercado empresarial ocorre por diversos fatores, resultando em condenações das mais diversas verbas, podendo alcançar pequenas à elevadas somas. A partir de esgotados e todos os recursos legais, os cálculos de execução de sentença realizados por contador do juízo de carreira ou nomeados, podem ser impugnados pelas partes, no prazo para impugnação que deverá ser fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão, dessa forma surge a necessidade de revisão dos valores apresentados pelo perito. Diante a este contexto, o artigo teve como objetivo analisar a contribuição do perito assistente na redução dos valores das condenações dos processos trabalhistas de cinco empresas, do setor industrial de madeiras da região norte de SC. Trata-se de um estudo de natureza aplicada, sendo seu objetivo descritivo, com estratégia de abordagem estudo de caso, sendo utilizado quanto aos procedimentos técnicos de coleta de dados a

forma documental, com amostra selecionada de forma não probabilística por conveniência, com corte horizontal, qualitativa. A partir do número de empregados, de rescisões e condenações, analisou-se os valores de condenação do perito do juízo e o valores de condenação do perito assistente, no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2015 e respectivas verbas reformuladas. Os resultados apontam uma economia das condenações de R\$14.255,00 que representa uma redução 8,87% do valor total de R\$160.800,00, comprovando a contribuição da atuação do perito assistente como mecanismo de redução de perdas com indenizações trabalhistas, assim como evidenciando as principais verbas refeitas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Trabalhista. Perito Assistente. Laudo Pericial.

### CONTRIBUTION OF THE ASSISTANT EXPERT IN THE REDUCTION OF THE VALUES OF THE CONDITIONS OF THE LABOR PROCESSES

**ABSTRACT:** The increase in the number of labor lawsuits in the corporate market occurs due to several factors, resulting in convictions of the most diverse amounts, and can reach small to large sums. From the date of exhaustion and all legal remedies, the calculation of execution of a judgment made by a career counselor or appointees may be challenged by the parties within the deadline for appeal that must be substantiated with an indication of the items and amounts subject to the disagreement, under penalty of estoppel, in this way there is a need

to review the values presented by the expert. In this context, the article aimed to analyze the contribution of the assistant expert in reducing the value of the convictions of the labor lawsuits of five companies, of the industrial sector of wood of the northern region of SC. It is a study of an applied nature, its descriptive objective, with a strategy to approach a case study, being used for the technical procedures of data collection the documentary form, with sample selected in a non-probabilistic form for convenience, with horizontal cut, qualitative. Based on the number of employees, rescissions and convictions, the values of conviction of the expert and the amounts of conviction of the assistant expert were analyzed from January 2011 to December 2015 and respective amounts reformulated. The results point to an economy of convictions of R\$ 14,255.00, representing a reduction of 8.87% of the total amount of R\$ 160,800.00, proving the contribution of the assistant expert as a mechanism to reduce losses with labor indemnities, as well as evidence the main funds redone.

**KEYWORDS:** Labor Process. Expert Assistant. Forensic report.

## 1 | INTRODUÇÃO

O elevado número de processos trabalhistas é uma realidade já consolidada no mercado empresarial. Mesmo que a empresa tenha a responsabilidade de observar a legislação trabalhista e buscar implementar ações preventivas aos passivos trabalhistas, não está isenta de ser acionada judicialmente mediante reclamatória trabalhista.

O aumento do número de processos trabalhistas no mercado empresarial ocorre por diversos fatores, entre eles reconhecimento de novos direitos trabalhistas, maior consciência dos trabalhadores, deficiências nas instituições de fiscalização, crescimento dos escritórios de advocacia e dos serviços de assistência jurídica prestados por sindicatos profissionais, fácil acesso à justiça, a tendência favorável dos tribunais em conceder ganho de causa para o empregado dentre outros.

Os reclamantes são aqueles que entendem ter seus direitos lesados, quando o empregado tem algum problema com o empregador, e se ambas as partes não chegam a um acordo, o funcionário pode recorrer à lei, e entrar com um processo trabalhista ou com uma ação trabalhista.

As divergências cabem a justiça resolver, sendo assim uma das fases processuais é liquidação de sentença, após ter transitado em julgado o processo trabalhista passa para a fase de liquidação, na qual, é solicitado ao perito o cálculo de liquidação de sentença, tendo como objetivo apurar o valor da condenação. Elaborada a conta e tornada líquida, o Juiz poderá abrir partes, prazo sucessivo de dez dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão. Diante deste fato surge a figura do perito assistente amparado pela NBC (Norma Brasileira de Contabilidade) P2, que indicado por uma das partes, poderá fazer a revisão dos valores apresentados pelo perito nomeado pelo Juiz, para que ocorra a impugnação fundamentada.

Dessa forma o perito indicado pelas partes poderá apresentar diferentes

interpretações da matéria, utilizando de procedimentos matemáticos diferentes daqueles empregados pelo perito de juízo, o que poderá resultar em valores divergentes. Portanto este estudo apresenta a seguinte problemática: Qual a contribuição do perito assistente na redução dos valores das condenações dos processos trabalhistas?

Este trabalho é dividido em cinco seções. Após esta contextualização, a segunda seção apresenta um breve referencial teórico relacionado aos conceitos de perícia contábil na fase de liquidação, perito assistente e justiça do trabalho. A terceira seção descreve os procedimentos metodológicos empregados na elaboração desta pesquisa. Na seção quatro, como objetivo a verificação do papel do perito assistente contábil na fase de liquidação de sentença nos processos trabalhistas das empresas e evidenciar qual a sua relevância, foram analisados todos os processos trabalhistas que as empresas foram condenadas no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, através de relatórios contábeis emitidos. Na quinta seção apresenta as devidas conclusões e sugestões para outros estudos.

## 2 | REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 Papel do Perito

O novo CPC (Código Processual Civil) apresenta algumas alterações acerca do perito. As principais alterações são: previsão completa de um procedimento pericial, disciplina do laudo, regulamentação da prova técnica simplificada, criação da perícia consensual e a criação do cadastro de potenciais peritos junto aos tribunais (FREITAS, 2016). Enquanto para o antigo CPC, o perito era nomeado pelo Juiz, com as alterações, ele passa a ser nomeado entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos os científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado (BRASIL, 2015, §1º ART. 156 LEI 13.105). Freitas (2016) descreve que essa mudança visa a criação de um sistema “impessoal, baseado no mérito e isonômico para escolha dos peritos que atuarão no processo civil”.

Trasladando para a área contábil, a NBC PP 01 (CFC, 2015), conceitua como perito “o contador devidamente registrado em Conselho Regional de Contabilidade, que exerce a atividade pericial de forma pessoal, devendo ser profundo conhecedor, por suas qualidades e experiências de matéria periciada”. A norma ainda trata acerca do Perito Assistente que incumbido às partes a indicação dentro de 15 dias contados da intimação, sendo ele o contratado e indicado pela parte em perícias contábeis” (CFC, 2015, NBC PP 01; BRASIL, 2015, ART465 §1º II). Ainda o perito deve possuir experiência profissional, especialização e conhecimentos da legislação, ter boa formação profissional, ética e moral.

O resultado do trabalho desenvolvido pelo perito recebe o nome de laudo, um termo de origem latina “*laudare*” que significa “pronunciar”(LIMONGI; MIGUEL, 2010; SÁ, 2008). A estrutura que o laudo deve conter está revisto na NBC TP 01 item 46 (2015) e no artigo 473

do CPC (2015). Enquanto para o perito assistente cabe a função da emissão do parecer pericial contábil contendo “sua opinião técnica, crítica ou concordante, a respeito do laudo pericial contábil” (ORNELAS, 2007, p. 104). Tanto o laudo como o parecer devem adotar uma linguagem “clara, concisa, evitando o prolixo a tergiversação, possibilitando aos julgadores e às partes o devido conhecimento da prova técnica e interpretação dos resultados obtidos e com seu conteúdo claro e dirigido ao assunto da demanda (CFC, 2015, NBC TP 01 item 51; LIMONGI; MIGUEL, 2010). Ambos profissionais, perito e assistente, devem possuir a mesma habilitação, ou seja, bacharel em ciências contábeis com seu respectivo registro no conselho regional de contabilidade.

Outra alteração no CPC 2015 é a perícia de consenso em que o perito não precisa estar devidamente cadastrado no tribunal (FREITAS, 2015). Previsto no art. 471 (BRASIL, 2015) o perito pode ser escolhido desde que: I – sejam plenamente capazes e II – a causa possa ser resolvida por auto composição.

Ao tratar acerca da competência profissional, ou seja, um adequado nível de conhecimento o “espírito de solidariedade do perito-contador e do perito-contador assistente não induz nem justifica a participação ou a convivência com erros ou atos infringentes às normas profissionais, técnicas e éticas que regem o exercício da profissão” (NBC PP 01, 2015)

Portanto, o perito e o perito assistente devem possuir conhecimentos acerca da matéria periciada, pois caso não possuam conhecimento técnico ou científico poderão ser substituídos (BRASIL, 2015, ART 468 I). É preciso ainda comprovar sua habilitação mediante apresentação de certidão específica, emitida pelo Conselho Regional de Contabilidade, na forma a ser regulamentada pelo Conselho Federal de Contabilidade.

O profissional perito na participação de auxiliar de justiça tem papel fundamental quando a prova do fato depender de conhecimento técnico científico, da mesma forma a função de perito assistente que possibilita que se instaure o contraditório da matéria técnica, para que não reine absoluto o entendimento do perito nomeado, que é ser humano sujeito a falhas por diversos motivos.

A indicação do perito assistente é necessária para dar segurança a produção da prova pericial, ao qual cabe fazer a conexão entre o perito do juízo e as partes interessadas no processo, na intenção de defender a parte que o contratou. A sua função é acompanhar o desdobramento da prova pericial, apresentar sugestões, criticar o laudo do perito nomeado e oferecer as hipóteses possíveis, desde que técnica e juridicamente sustentáveis.

## **2.2 Processo Trabalhista**

O objeto das periciais trabalhistas, embora sejam demandas oriundas especificamente das relações de trabalho empregado-empregador, tem sua origem necessariamente nos processos trabalhistas, uma vez que a perícia é realizada em uma das etapas desse processo. “Elas giram em torno de registros do empregado, de salários,

de direitos inerentes às relações de trabalho. Não são, em geral, perícias complexas” (SÁ, 2000, p. 197-198).

A partir do processo trabalhista primeira instância do processo ocorre na vara do trabalho, onde cada vara possui um juiz titular em que eventualmente o juiz titular poderá contar com um juiz auxiliam (ALMEIDA, 2008, p. 53). A segunda instância ocorre no tribunal regional do trabalho possuem duas competências: a recursal e a originária. A competência recursal os caracteriza como tribunais de apelação, mediante julgamento dos recursos interpostos para as impugnações das decisões proferidas pelos juizes nas varas trabalhistas, já a competência originária julga casos de dissídios coletivos, ações rescisórias, mandados de segurança, entre outros, descreve o autor.

Já ao tribunal superior do trabalho cabe em grau de recurso, rever as decisões dos Tribunais Regionais, decidindo originariamente os dissídios coletivos que extravasem os limites de jurisdição desses tribunais.

O processo trabalhista ocorre quando há violação de direito quanto ao tempo e modo estabelecido na norma, e caberá ao Estado, sendo acionado, solucionar a questão. Na justiça do Trabalho uma tendência existente está em pender para a parte mais fraca, ou seja, o empregado. Portanto, o perito precisa agir com cautela e de forma imparcial, esse seria o papel do perito não pender para qualquer parte (SÁ, 2000, p. 198)

Explica a CLT (BRASIL, 1943) Art. 711 ao 895 para que o processo seja julgado, existem as seguintes etapas “Petição Inicial, Distribuição, Citação, Audiência, Sentença, Liquidação, Impugnação, Sentença e homologação do cálculo, Execução, Embargos, Julgamento, Decisão, Avaliação, Arrematação, Arquivo”.

### 3 | METODOLOGIA

A pesquisa quanto ao seu grau de aplicação revela-se como pesquisa aplicada, apresentando um caráter descritivo, pois tem como finalidade descrever, interpretar e analisar dados sobre a atuação do assistente perito na redução dos valores das condenações dos processos trabalhistas. Segundo Gil (2010) as pesquisas deste tipo têm como objetivo primordial a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou o estabelecimento de relações entre variáveis.

Quanto à forma de abordagem do problema em estudo, este trabalho se configurou como uma pesquisa qualitativa, que segundo Beuren (2013) apresenta como a concepção de análises mais profundas em relação ao fenômeno estudado, visando destacar características não observadas por meio de um estudo quantitativo.

Quanto a sua temporalidade, pode ser caracterizada como natureza longitudinal, pois as informações consideraram mais de um período de tempo, de 2011 a 2015.

A metodologia utilizada neste estudo tem como tipologia um estudo de caso, pois permite uma investigação das características significantes de eventos sendo caracterizada

pelo estudo empírico e intensivo de um único objeto ou fenômeno (BEUREN, 2013; PEREIRA, 2012).

A coleta de dados empregada foi documental, composta por todos os processos trabalhistas que as empresas receberam foram condenadas, recebendo os cálculos de liquidação de sentença no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2015, em que foi analisado processo judicial trabalhista: citação, audiência inicial, contestação, sentença, cálculo do perito.

Esta forma segundo Lakatos e Marconi (2001, p. 174), é “a característica da pesquisa documental é que a fonte de coleta de dados está restrita a documentos, escritos ou não, constituindo o que se denomina de fontes primárias. Estas podem ser feitas no momento em que o fato ou fenômeno ocorre, ou depois.”

Como critério para escolha das empresas, selecionou-se as que possuem mais de cem funcionários, justificado pela presença de controles e desenvolvimento de rotinas pertinente ao setor de pessoal, do seguimento industrial de madeiras e disponibilizassem os processos trabalhistas para análises, totalizando uma amostra não probabilística por conveniência, de cinco empresas.

## 4 I APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS

Para fins de composição do estudo, foram identificados por empresa, os dados anuais do número de empregados, rescisões e processos, em que houve condenação e atuação do perito assistente e respectiva média, apresentadas nos quadros 01, 02, 03, 04 e 05 abaixo, identificadas como Empresa A, Empresa B, Empresa C, Empresa D e Empresa E.

ANO	NUMERO DE EMPREGADOS	RESCISÕES	NUMERO DE PROCESSOS
2011	140	48	1
2012	138	42	1
2013	138	40	1
2014	125	40	1
2015	124	46	2
Media	133	43	1

Quadro 01 –Características Empresa A

Fonte:Autores (2018)

ANO	NUMERO DE EMPREGADOS	RESCISÕES	NUMERO DE PROCESSOS
2011	136	42	1
2012	132	42	0
2013	133	40	1
2014	124	41	1
2015	125	44	2
Média	130	42	1

Quadro 02– Características Empresa B

Fonte:Autores (2018)

ANO	NUMERO DE EMPREGADOS	RESCISÕES	NUMERO DE PROCESSOS
2011	144	40	0
2012	140	40	1
2013	138	41	1
2014	128	39	1
2015	128	42	2
Média	136	40	1

Quadro 03–Características Empresa C

Fonte:Autores (2018)

ANO	NUMERO DE EMPREGADOS	RESCISÕES	NUMERO DE PROCESSOS
2011	141	42	0
2012	135	44	1
2013	138	40	1
2014	130	42	1
2015	132	42	1
Média	135	42	1

Quadro 04– Características Empresa D

Fonte:Autores (2018)

ANO	NUMERO DE EMPREGADOS	RESCISÕES	NUMERO DE PROCESSOS
2011	154	48	0
2012	150	42	1
2013	148	44	0
2014	138	43	1
2015	136	46	2
Média	145	45	1

Quadro 05–Características Empresa E

Fonte:Autores (2018)



O gráfico 1 evidencia a média de empregados, rescisões e o de condenações por empresa.

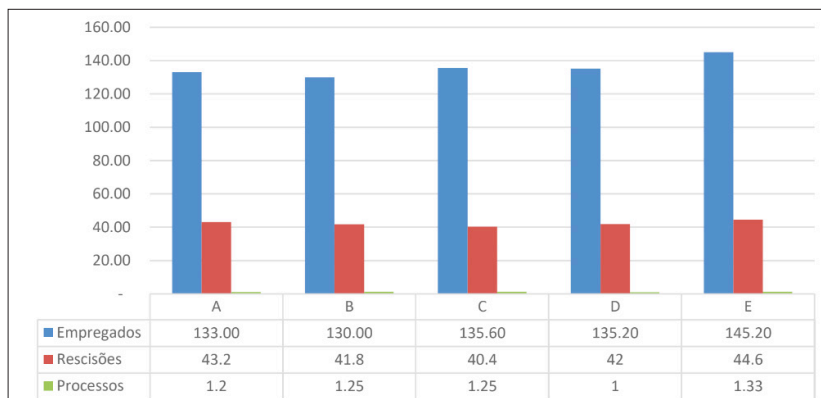


Gráfico 01 – Média por empresa

Fonte:Autores (2018)

Para fins de análise deste trabalho, optou-se pela adoção da média anual do número: de empregados, rescisões, condenações e respectiva atuação do perito assistente evidenciados no quadro 06, sendo as médias obtidas por ano, diferente do gráfico 01 em que as médias estão evidenciadas por empresa.

Observa-se em 2015 maior número de condenações trabalhistase uma das menores média de funcionários contratados, que pode estar eventualmente atrelado ao momento econômico que o país atravessa.

Por outro lado, é preciso destacar que as condenações trabalhista, nem sempre ocorriam no ano da ação até 2016, realidade esta alterada pela adoção do PJe – Processo Judicial Eletrônico.

Ano	Média de empregados	Média de rescisões	Número de Processos Trabalhistas	NúmeroAtuação do Perito assistente
2011	143,00	44,00	2	2
2012	139,00	42,00	4	4
2013	139,00	41,00	4	4
2014	129,00	41,00	5	5
2015	129,00	44,00	9	9

Quadro 06–Médias Anuais de Processos e Rescisões

Fonte:Autores (2018)

Calculando em percentual é possível visualizar que em 2015 houve a maior quantidade de rescisões e maior processos trabalhistas, conseqüentemente, maior atuação do perito assistente, conforme gráfico 02.

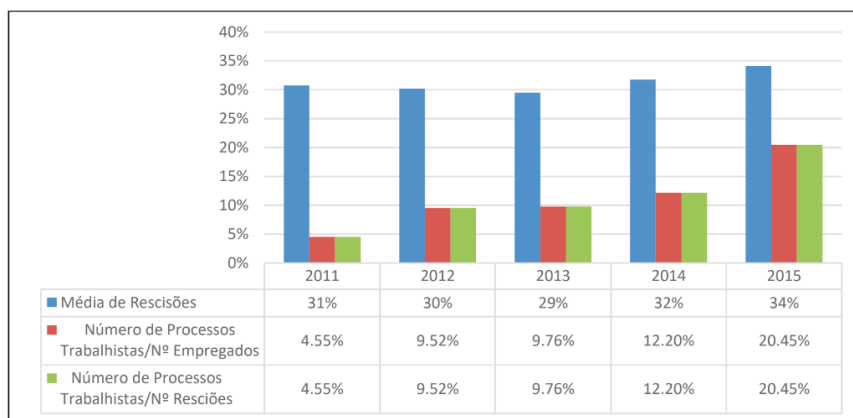


Gráfico 02 - Percentual de Processos e Rescisões

Fonte:Autores (2018)

Para melhor análise, foram estratificados as condenações em que o perito assistente atuou, identificando-se o valor da rubrica apresentada pelo perito do juízo e o valor da rubrica do perito assistente, resultando, na possível redução, conforme quadros 07, 08, 09, 10 e 11.

Na Empresa A, conforme as tabelas 07 e 08, durante o período de 2011 à 2015, nas diferenças das verbas foi evidenciado uma economia de R\$2.260,00 com o cálculo do perito assistente. As divergências nos cálculos foram na contagem de minuto a minuto das horas extras, Descanso semanal remunerado, Férias e 13º. Salário.

EMPRESA	DATA	CALCULO PERITO		
		EXTRA	INTERVALARES	NOTURNA
A	set/11	3.000,00	1.500,00	-
	jan/12	4.500,00	-	920,00
	mar/13	8.000,00	-	-
	mar/14	6.000,00	560,00	-
	fev/15	7.000,00	-	-
	abr/15	4.000,00	-	-
SOMA		28.500,00	2.060,00	920,00

Quadro 07–Processos Empresa A Calculo Perito

Fonte:Autores (2018)

EMPRESA	DATA	CALCULO ASSISTENTE		
		EXTRA	INTERVALARES	NOTURNA
A	set/11	2.500,00	980,00	
	jan/12	3.860,00		520,00
	mar/13	8.000,00		
	mar/14	6.000,00	360,00	
	fev/15	7.000,00		
	abr/15	4.000,00		
SOMA		27.360,00	1.340,00	520,00

Quadro 08–Processos Empresa A Calculo Assistente

Fonte: Autores (2018)

Na empresa B foram evidenciados os fatos apresentados no quadro 09, sendo uma redução de R\$ 500,00. O valor foi devido as divergências no cálculo da contagem de minuto a minuto das horas extras.

EMPRESA	DATA	CALCULO PERITO		CALCULO ASSISTENTE		DIFERENÇA
		EXTRA	INTERJORNADA	EXTRA	INTERJORNADA	
B	out/11	4.500,00	860,00	4.500,00	360,00	500,00
	mai/13	8.000,00	-	8.000,00		-
	mai/14	5.500,00	-	5.500,00		-
	abr/15	3.000,00	-	3.000,00		-
	jun/15	3.000,00	-	3.000,00		-
SOMA		24.000,00	860,00	24.000,00	360,00	500,00

Quadro 09–Processos Empresa B

Fonte: Autores (2018)

A empresa C foi a que obteve valores mais expressivos na redução do valor calculado. Com valores diferentes na contagem de minuto a minuto das horas extras, Descanso semanal remunerado, Férias, 13º salário e Aviso Prévio, a redução foi de R\$6.660,00.

EMPRESA	DATA	CALCULO PERITO	CALCULO ASSISTENTE	DIFERENÇA
		EXTRA	EXTRA	
C	mar/12	3.500,00	3.500,00	-
	ago/13	10.000,00	7.860,00	2.140,00
	jul/14	12.000,00	12.000,00	-
	ago/15	9.000,00	9.000,00	-
	set/15	12.000,00	7.480,00	4.520,00
SOMA		46.500,00	39.840,00	6.660,00

Quadro 10–Processos Empresa C

Fonte:Autores (2018)

No quadro 11, os valores redução são da ordem de R\$4.705,00, sendo referente aos processos de Jul/2012 e Nov/2014. As reduções do cálculo foram referente a Descanso semanal remunerado, Férias, 13º salário e Aviso Prévio e Contagem minuto a minuto das horas extras.

EMPRESA	DATA	CALCULO PERITO			CALCULO ASSISTENTE			DIFERENÇA
		EXTRA	INTERVALARES	NOTURNA	EXTRA	INTERVALARES	NOTURNA	
D	jul/12	8.000,00	1.250,00	1.080,00	6.750,00	825,00	-	2.755,00
	out/13	5.000,00	-	-	5.000,00			-
	nov/14	12.800,00	-	-	10.850,00			1.950,00
	nov/15	15.000,00	-	-	15.000,00			-
SOMA		40.800,00	1.250,00	1.080,00	37.600,00	825,00	-	4.705,00

Quadro 11 –Processos Empresa D

Fonte:Autores (2018)

A empresa E foi a que obteve menor redução R\$130,00, referente a contagem de minuto a minuto.

EMPRESA	DATA	CALCULO PERITO		CALCULO ASSISTENTE		DIFERENÇA
		EXTRA	INTERVALARES	EXTRA	INTERVALARES	
E	set/12	8.500,00	1.550,00	8.500,00	1.420,00	130,00
	dez/14	2.500,00	450,00	2.500,00	450,00	-
	dez/15	8.000,00	-	8.000,00		-
	dez/15	9.000,00	-	9.000,00		-
SOMA		28.000,00	2.000,00	28.000,00	1.870,00	130,00

Quadro 12–Processos Empresa E

Fonte:Autores (2018)

No quadro 12 possível constatar os valores totais do cálculo do perito e do assistente, conforme a verba e seu percentual de redução.

	Extra	Interjornada	Intervalares	Noturna
Calculo Perito R\$	171.800,00	860,00	5.310,00	2.000,00
Calculo Assistente R\$	160.800,00	360,00	4.035,00	520,00
Diferença em R\$	11.000,00	500,00	1.275,00	1.480,00

Quadro 13– Calculo Perito x Assistente

Fonte:Autores (2018)

Esse últimográfico utiliza os valores do quadro 12 e os apresenta em percentuais.

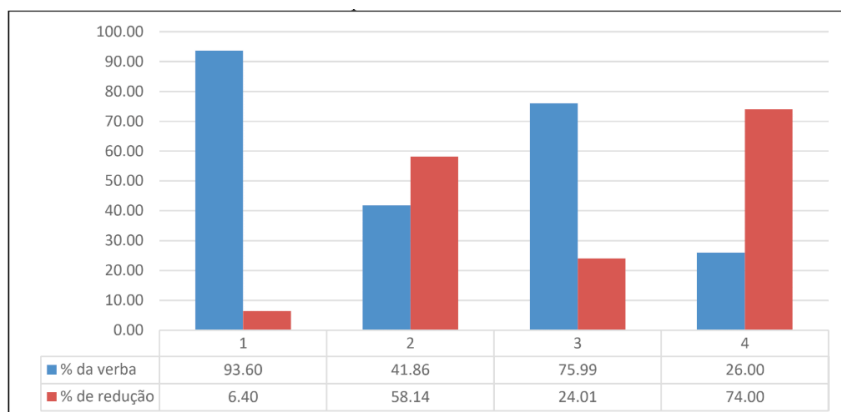


Gráfico 03 – Calculo Perito x Assistente em percentuais

Fonte: Autores (2018)

Ao analisar as condenações, os cálculos apresentados pelo Perito do juízo, os embargos de execução com os respectivos cálculos do perito assistente, foram levantados as principais causas da divergência de valores, conforme quadro 14.

DIVERGENCIA DE VERBAS					
PROCESSOS	CONTAGEM MINUTO A MINUTO	DSR	FÉRIAS	13°	AVISO PREVIO
set/11	SIM	SIM	SIM	SIM	
out/11	SIM				
jan/12	SIM	SIM	SIM		
jul/12	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM
set/12	SIM				
ago/13	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM
mar/14	SIM				
now/14	SIM		SIM		
set/15	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM
<b>TOTAL</b>	<b>9,00</b>	<b>5,00</b>	<b>6,00</b>	<b>4,00</b>	<b>3,00</b>

Quadro 14–Verbas Refeitas

Fonte:Autores(2018)

## 51 CONCLUSÃO

O elevado número de processos trabalhistas é uma realidade já consolidada no mercado empresarial. Mesmo que a empresa tenha a responsabilidade de observar a legislação e buscar implementar ações preventivas aos passivos originários das relações de trabalhos, não está isenta de ser acionada judicialmente mediante reclamatória trabalhista.

Mesmo que durante o processo, tenham se esgotados todos os recursos, na fase de final onde é solicitado ao perito do juízo o cálculo daliquidação de sentença, o Juiz poderá abrir para as partes, prazo para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão, surgindo a necessidade de revisão dos valores apresentados pelo perito, por um assistente de perícia.

Ao perito assistente, até anos atrás, as atividades era limitada a emissão do parecer técnico após a entrega do laudo pelo perito, mas com o passar do tempo e a tomada de consciência de que o resultado da perícia pode determinar o rumo dos processos trabalhistas, o profissional vem atuando como consultor técnico, subsidiando seu contratante com os elementos necessários à tomada de decisões e providências nas várias fases das demandas (FIGUEIREDO, 2012).

Dos vinte e quatro processos analisados e recalculados pelo assistente de perícia, nove processos tiveram seus valores alterados, fazendo com que os cálculos fossem reformados a favor da reclamada, com redução de valores, o que corresponde ao um percentual de 37,50%, este resultado pode ser considerado relevante nos processos trabalhistas.

O resultado obtido com a economia das condenações foi de R\$14.255,00 que representa uma redução 8,87% do valor total de R\$160.800,00, comprovando a contribuição da atuação do perito assistente como mecanismo de redução de perdas com indenizações trabalhistas.

Revela ainda, que tão importante quanto a redução dos valores, está a interpretação da legislação trabalhista e aplicação da metodologia na apuração dos valores originados da forma de apuração do DSR (observação a Orientação Jurisprudencial 394 da SDI-I/TST), os parâmetros estabelecidos na Súmula 366 do Egrégio TST e no artigo 58, § 1º, da CLT, abatimentos Orientação Jurisprudencial (415 da SDI-1 do Egrégio TST), do intervalo intrajornada previsto em lei (CLT, arts. 71, caput e 74, § 2º, parte final) e a concessão de intervalo menor, nos termos do artigo 818 da CLT e do inciso I do artigo 373 do novo CPC.

Como recomendações este artigo aponta a possibilidade de pesquisas futuras sobre o papel do perito assistente na interpretação das partes quanto as sentenças, assim como também a relação da economia gerada na no valor apresentado pelo perito assistente o valor pago ao profissional, evidenciando a relação custos x benefício.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A. P. DE. **Curso Pratico de Processo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BEUREN, Ilse Maria (Org.). **Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade: teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 195 p.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 01 fev. 2018

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. BRASÍLIA, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 04 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. **Aprova A Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. Resolução CFC nº 1.244/09 de 27 de Fevereiro de 2015. **Dá nova redação à NBC PP 01 – Perito Contábil**. 2015. Disponível em: <[www.cfc.org.br](http://www.cfc.org.br)>. Acesso em 04 de Março de 2018.

\_\_\_\_\_. Resolução CFC nº 1.243/09 de 27 de Fevereiro de 2015. **Dá nova redação à NBC TP 01 – Perícia Contábil**. 2015. Disponível em: <[www.cfc.org.br](http://www.cfc.org.br)>. Acesso em 04 de Março de 2018.

FIGUEIREDO, F.F. **Participação dos peritos e assistentes técnicos**. In: MAIA NETO, F.; FIGUEIREDO, F.F. (Coord.). **Perícias em arbitragem**. São Paulo: Leud, 2012. cap. 6, p. 107-119

FREITAS, A. G. S. S. DE. a Prova Pericial No Novo Código De Processo Civil Brasileiro (Lei 13.105/15) - Análise Sintética Dos Principais Pontos Alterados. **Revista Brasileira de Odontologia Legal – RBOL**, v. 3, n. 2, p. 118–122, 2016.

GIL, A. C. **Como elaborar Projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LIMONGI, B.; MIGUEL, M. A. B. O Impacto da Atividade Lúdica no Desempenho de Alunos que Cursam a Disciplina “ Perícia Contábil ” em Cursos de Graduação em Contabilidade Oferecidos por IES da Grande Florianópolis. **Revista Contabilidade Vista & Revista**, v. 21, n. 44, p. 73–110, 2010.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 219 p

ORNELAS, Martinho Maurício Gomes de. **Perícia Contábil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, José Matias. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SÁ, A. L. DE. **Perícia Contábil**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SÁ, A. L. DE. **Perícia Contábil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.



## AS IMPLICAÇÕES DO TELETRABALHO NA SAÚDE DOS TRABALHADORES

*Data de aceite: 25/03/2021*

*Data de submissão: 04/01/2021*

**Luciana Martinez Geraldes Rodrigues**

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo  
São Paulo – SP  
<http://lattes.cnpq.br/9066703459960053>

**RESUMO:** O teletrabalho exemplifica forma de enfrentamento da pandemia. Em meio à crise, aqueles que permanecem em suas atividades à distância são colocados sob diversas provações, como o elastecimento da jornada e o exercício em condições inadequadas de ergonomia. Deve-se refletir, portanto, sobre as consequências à saúde dos trabalhadores como impacto dessa realidade. Com efeito, a latência entre capital e trabalho no cenário neoliberal a partir de 1990, ilustrado pela propagação das ideias de flexibilização e desregulamentação de direitos trabalhistas, culminou em sucessivas alterações da CLT que colocam em xeque os direitos fundamentais, por essência inalteráveis, ante a vedação ao retrocesso social (efeito “cliquet”). A redação do artigo 6º e de seu parágrafo único da CLT equipara os meios de controle do empregador, sejam físicos, telemáticos ou informatizados, coadunando-se com a proteção constitucional do referido artigo 7º. Contudo, seguindo o mencionado movimento de alterações, a Reforma Trabalhista (Lei 13467/2017) disciplinou o teletrabalho nos

artigos 75-A a 75-E e introduziu no artigo 62 o inciso III, excepcionando do sistema de proteção de jornada os “teletrabalhadores”, seguido, assim, pela MP 927. Logo, o teletrabalho, em essência benéfico, mantidas as atividades laborais evitando-se o contágio, oculta graves riscos à saúde dos trabalhadores. O esgotamento físico e emocional inexoravelmente culminará no adoecimento, sobressaindo-se diversas perturbações psíquicas e psicossomáticas como a depressão e a síndrome de Burnout. A nosso sentir, a abrupta transformação com a inserção de milhares de trabalhadores em teletrabalho deve ser analisada sob a ótica de respeito aos direitos fundamentais, sobretudo do direito à saúde.

**PALAVRAS - CHAVE:** Teletrabalho; teletrabalhadores; saúde dos teletrabalhadores; pandemia.

### THE IMPLICATIONS OF TELEWORKING ON WORKERS' HEALTH

**ABSTRACT:** Teleworking exemplifies a response to the COVID-19 pandemic. During the crisis, the workers who remain in their activities at a distance are put under various challenges such as longer working hours and the work in inadequate ergonomic conditions. Therefore, it is necessary to reflect on the consequences for workers' health as an impact of this new reality. Indeed, the latency between capital and work on the neoliberal scenario since 1990, illustrated by the propagation of flexibilization and deregulation of labor rights, culminated in successive amendments to the CLT, putting

fundamental rights, which are essentially unalterable, at risk, owing to the prohibition against social regression (“cliquet” effect). The CLT (art. 6º) equates the employer's means of control and represents the protection of the workday as describes Article 7 of the CR. However, the Labor Reform (Law 13467/2017) determined teleworking in articles 75-A to 75-E and introduced item III in article 62, excepting “teleworkers” of the protection system, thus followed by the MP 927. Therefore, teleworking, in essence beneficial, due to the maintenance of work activities avoiding contagion, hides serious health risks for workers. Physical and emotional exhaustion will inexorably culminate in illness, with several psychological and psychosomatic disorders standing out, such as depression and Burnout syndrome. In our opinion, the abrupt transformation with the insertion of thousands of teleworkers should be analyzed from the perspective of respect for fundamental rights, especially the right to health.

**KEYWORDS:** Teleworking; teleworkers; teleworkers' health; pandemic.

O enfrentamento do estado de calamidade impulsionou medidas de urgência que culminaram em profunda e irreversível reestruturação organizacional do trabalho. No Brasil, a Medida Provisória (MP) 927, editada em 22 de março de 2020, cuja vigência se encontra encerrada, já em primeiro momento dispôs a respeito do teletrabalho como alternativa à manutenção da execução das atividades empresariais compatíveis. A tendência de crescimento de prestação de serviços no regime de teletrabalho ganha contornos de prevalência na medida do fortalecimento dos mecanismos da tecnologia inerentes à Revolução da “indústria 4.0”.

Em meio à crise atual, aqueles que permanecem em suas atividades à distância, especificamente em seus lares, fenômeno que há muito a doutrina clássica intitulava trabalho a domicílio e hoje popularmente denomina-se como “home office”, são colocados sob diversas provações, desde o elastecimento desarrazoado do horário de labor, até o exercício em condições adversas de ergonomia e salubridade. Indaga-se, portanto, quais serão os impactos desta realidade, sobrelevando-se a reflexão a respeito das consequências à saúde dos trabalhadores.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS) a saúde do ser humano não corresponde a um estado neutro de ausência ou não manifestação de doença, mas a um completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo, consistindo, portanto, em complexo objeto de necessária proteção, tratando-se de direito subjetivo essencial à dignidade da pessoa humana. Na Constituição da República Federativa do Brasil (CR), em seu artigo 3º, inciso IV, reside como objetivo da República a promoção do bem-estar de todos os cidadãos, indistintamente. Ainda como previsão constitucional, o direito à saúde é elencado no artigo 6º, no Capítulo Dos Direitos Sociais, como um dever do Estado, impondo-se, portanto, como um direito subjetivo público.

A lume do neoconstitucionalismo, da leitura do artigo 7º da CR, depreende-se do rol de direitos dos trabalhadores diversos direitos concernentes à preservação da saúde, como o direito ao salário mínimo nacional, à remuneração do trabalho noturno superior

à do diurno, à duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, sendo facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, ao repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, e à remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento superior à do normal. Rememora-se que anteriormente a 1988, o amparo legal à remuneração das horas extraordinárias era muito diverso, permitido em diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o percentual de 25% (vinte e cinco por cento) da hora normal.

Ainda do referido rol, preveem-se férias anuais remuneradas com no mínimo um terço a mais do salário habitual e recebimento de remuneração própria para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. Logo, o direito à delimitação de jornada e ao labor em condições de salubridade eleva-se como direito fundamental, objeto de máxima proteção no ordenamento pátrio e inalterável ante a vedação ao retrocesso social (efeito “cliquet” dos direitos sociais). Nesse sentido, destacamos que o próprio “caput” do aludido artigo 7º é categórico ao apresentar o rol de direito dos trabalhadores como exemplificativo, sendo expressa a permissão constitucional de melhoria da condição social dos trabalhadores por meio de outros direitos além daqueles ali afirmados.

Com efeito, a latência entre capital e trabalho aprofundou-se no contexto do neoliberalismo a partir da década de 1990, propagando-se as ideias de flexibilização e desregulamentação dos direitos dos trabalhadores. Os citados direitos fundamentais são constantemente colocados em xeque. O movimento pendular de alterações legislativas, ora a fim de satisfazer o escopo liberal, ora tendente a minimizar os efeitos perversos da retirada de direitos sociais os trabalhadores, culminou em sucessivas alterações do corpo da CLT (já muito distante de seu texto original da década de 1940), destacando-se a redação do “caput” do artigo 6º e de seu parágrafo único advinda da Lei 12551/2011. Por meio destes dispositivos, o labor desenvolvido no ambiente da empresa e aquele empreendido à distância passaram a ser equivalentes, desde que caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Equiparam-se, assim, os meios de fiscalização do empregador, sejam físicos, sejam telemáticos ou informatizados. Depreende-se que referidos dispositivos coadunam-se com o aludido artigo 7º da CR, especificamente no tocante à proteção à saúde física e psíquica do trabalhador subjugado ao controle patronal por quaisquer meios da “nova era tecnológica”.

Neste particular, ocorre que a chamada Reforma Trabalhista de 2017 (Lei 13467/2017), no sentido dos anseios neoliberais e seguindo o referido movimento pendular, alterou o Capítulo II da CLT, “Da Duração do Trabalho”, e introduziu no corpo do artigo 62 o seu inciso III, elencando como exceção ao sistema de proteção de delimitação de jornada os trabalhadores em regime de teletrabalho. A Reforma disciplinou o fenômeno nos artigos 75-A a 75-E, conceituando-o como a prestação de serviços que deve se dar predominantemente fora das dependências do empregador, pelo uso de recursos telemáticos, mas não

exclusivamente. A já mencionada MP 927, do mesmo modo, explicitou dentre as medidas de enfrentamento o teletrabalho como regime de exceção de delimitação de jornada.

Na atual perspectiva, é cediço que os trabalhadores se encontram exauridos em meio à crise da pandemia. Em um período de tantas incertezas, a retórica de que o trabalhador pode e deve ser demandado em quaisquer horas sob a justificativa de laborar no conforto de seu lar e supostamente não suscetível a controle de superiores aumenta sobremaneira a jornada contratual. O mesmo fenômeno vislumbrado como privilégio àqueles que podem permanecer em labor, protegendo-se de contágio e em atividade remunerada, pode ocultar a perversidade de graves riscos à saúde dos trabalhadores, sejam físicas, sejam psicológicas, destacando-se que nem mesmo houve adaptação dos ambientes domésticos em termos de ergonomia para o desenvolvimento de muitas horas de atividades.

Nesse contexto, infere-se que relegar milhares de trabalhadores à margem da delimitação de jornada é o mesmo que afrontar o direito fundamental à saúde, vislumbrado um claro retrocesso social. A denominada figura do “escravo digital”, estudada sob a ótica do desrespeito ao tempo de trabalho pelas constantes trocas de mensagens, participações em reuniões virtuais e empreendimentos de atividades laborativas sob demanda, sobretudo nos trabalhos realizados em conexão “on-line”, de interatividade imediata e simultânea, traz consigo a reflexão da perversidade de um sistema que ataca a individualidade, mecanizando as atividades do ser humano inclusive nos períodos em que usufruiria de lazer. O esgotamento físico e emocional inexoravelmente culminará no aumento do adoecimento de várias gerações, sobressaindo-se diversas perturbações psíquicas e psicossomáticas como a depressão e a síndrome de Burnout.

A abrupta transformação organizacional do trabalho decorrente da crise da pandemia da COVID-19 com a inserção de milhares de trabalhadores no sistema de teletrabalho deve ser analisada sob a ótica de respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, sobretudo ao direito à saúde, alicerce da dignidade da pessoa humana. Recentes alterações legislativas que visam à desregulamentação da matéria culminam na afronta ao artigo 7º da Constituição da República e, por isso, segundo nossa visão, serão objeto de futuros debates no âmbito do controle de constitucionalidade.

A ausência de desconexão do trabalhador o adoce, sendo todos os seus nefastos efeitos ainda imprevisíveis. O já evidente aumento desenfreado de doenças psicológicas e psicossomáticas clama por medidas de proteção social, elevando-se nesse particular a atuação do Ministério Público do Trabalho e de sindicatos profissionais que devem agir por meio de denúncias, negociações com empresas e ajuizamento de ações como controle ao exaurimento dos indivíduos em meio a uma crise humanitária.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009, pp. 1063-1127.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **Teletrabalho: Intepretação da Lei 12.551 de Forma a Impedir a Superexploração do Trabalhador. Lex Magister.** Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_24074593\\_TELETRABALHO\\_INTEPRETACAO\\_DA\\_LEI\\_12551\\_DE\\_FORMA\\_A\\_IMPEDIR\\_A\\_SUPEREXPLORACAO\\_DO\\_TRABALHADOR.aspx](http://www.editoramagister.com/doutrina_24074593_TELETRABALHO_INTEPRETACAO_DA_LEI_12551_DE_FORMA_A_IMPEDIR_A_SUPEREXPLORACAO_DO_TRABALHADOR.aspx)>. Acesso em 11 set. 2020.

CALCINI, Ricardo; DE ANDRADE Dino Araújo. **Home office e os riscos trabalhistas.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-10/pratica-trabalhista-home-office-riscos-trabalhistas>>. Acesso em 13 set. 2020.

DELGADO, Gabriela Neves; DI ASSIS, Carolina; ROCHA, Ana Luísa Gonçalves. **A melancolia no teletrabalho em tempos de coronavírus.** REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO, tomo 1, p. 171-191, 2020. Disponível em: <[https://portal.trt3.jus.br/escola/institucional/revista/covid-19-ed-especial-tomo-1-1/@@cached-display-file/pdf\\_version\\_file/covid-19-ed-especial-tomo-1-1.pdf?m=2020\\_08\\_04\\_11\\_42\\_06](https://portal.trt3.jus.br/escola/institucional/revista/covid-19-ed-especial-tomo-1-1/@@cached-display-file/pdf_version_file/covid-19-ed-especial-tomo-1-1.pdf?m=2020_08_04_11_42_06)>. Acesso em 13 set. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (Brasil). **Desocupação, renda, afastamentos, trabalho remoto e outros efeitos da pandemia no trabalho.** Brasil: IBGE, 2020. Disponível em: <<https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/trabalho.php>>. Acesso em 13 set. 2020.

## AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO: UM INSTRUMENTO JURÍDICO QUE ASSEGURA A PERDA DO MANDATO ELETIVO GARANTINDO O PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR

*Data de aceite: 25/03/2021*

### **Daniel Rodrigues da Silva**

Centro Universitário Santo Agostinho  
(UNIFSA/PI)

<http://lattes.cnpq.br/8215370641008076>  
<https://orcid.org/0000-0003-0096-8671>

### **Daniela da Silva Dias**

Centro Universitário Santo Agostinho  
(UNIFSA/PI)

### **Rochele Juliane Lima Firmeza Bernardes**

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande  
do Sul (PUCRS)  
Centro Universitário Santo Agostinho  
(UNIFSA/PI)  
<http://lattes.cnpq.br/9178515400454160>

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo mostrar, mediante pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, algumas das principais características da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) com intuito de demonstrar os meios cabíveis que dispõe o nosso ordenamento jurídico, visando sanar abusos e irregularidades cometidas dentro do processo eleitoral, apontando que a perda do mandato eletivo, não viola o Princípio da Soberania Popular. O objeto do presente trabalho possui base no texto constitucional firmado no bojo do art. 14, §§ 10 e 11, o qual lhe confere a base jurídica para a incidência de hipóteses decorrentes de corrupção, fraudes ou abuso de poder econômico durante as disputas eleitorais. Analisa-se o rito da AIME em alguns dos seus

principais aspectos, bem como sua natureza jurídica, hipóteses de cabimento, procedimento, legitimidade, consequências e os efeitos de seu julgamento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Eleitoral, Soberania Popular. Rito. Competência.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to show, through doctrinal and jurisprudential research, some of the main characteristics of the Action to Challenge Mandatory Election in order to demonstrate the appropriate means available to our legal system, in order to remedy abuses and irregularities committed within the electoral process, pointing out that the loss of the elective term does not violate the Principle of Popular Sovereignty. The object of the present work is based on the constitutional text signed in the bulge of art. 14, §§ 10 and 11, which gives it the legal basis for the occurrence of hypotheses arising from corruption, fraud or abuse of economic power during the electoral disputes. The AIME rite is analyzed in some of its main aspects, as well as its legal nature, assumptions of appropriateness, procedure, legitimacy, consequences and the effects of its judgment.

**KEYWORDS:** Electoral Process, Popular Sovereignty. Rite. Competence.

## 1 | INTRODUÇÃO

A Carta Magna de 1988, visando garantir a legitimidade do processo eleitoral e coibir aqueles que de má fé usam o poder público para benefício próprio ou de terceiros, maculando

assim, o poder da representatividade, pune com a perda do mandato eletivo o candidato que aproveitar-se de quaisquer práticas abusivas para obter êxito nas urnas.

De acordo com o art. 14 § 10, da CF: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto e o mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”. E o preâmbulo da CF assevera “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, na sua forma direta ou indireta”.

Um Estado Democrático deve ser entendido como um garantidor, no qual a sua nação possa exercer com plenitude os seus direitos individuais e sociais, usufruir de sua liberdade, segurança e bem estar, em um compasso de desenvolvimento pautado na igualdade, para puder falar-se-á em justiça com valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista, comprometida com a ordem interna de seu país. O Brasil tem como característica uma democracia representativa e participativa, transmitindo ao cidadão o direito de participar da vida política do Estado.

O objeto do presente estudo visa esclarecer que o mandato eletivo nada mais é do que uma representação da vontade popular e ao levar-se-á essa problemática para o caso concreto, tais decisões em nada afrontariam o princípio constitucional da soberania popular.

O objetivo é demonstrar que diante dos fatos arrebatados e de futuras irregularidades constatadas no processo eletivo, pode sim, a Justiça Eleitoral cassar o mandato vencedor daquele pleito adquirido nas urnas, sem ferir nenhum princípio elencado na Constituição Federal de 1998 (CF) ao qual esse tenha sido consequência direta da decisão soberana do povo.

A lei nº 9.840/99 (“Lei Contra a Compra de Votos”) assegura que, ressalvado o disposto no artigo 26 e seus incisos, constitui captação ilícita de sufrágio, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa e cassação do registro ou do diploma. Sendo assim, a AIME deve ser considerada um meio de participação democrática, tal como a Ação Popular, proporcionando a tão almejada lisura no referido processo eleitoral.

Em período de eleições, o famoso ano “eleitoralista” é notório a constatação do abuso do poder econômico e político. Esses abusos dar-se-á mediante a ajuda financeira, pura e simples, consequência da manipulação da opinião pública e da utilização excessiva durante a campanha eleitoral de recursos financeiros, buscando beneficiar candidatos, afetando assim, a normalidade do processo eleitoral.

Já o abuso do poder político é caracterizado pela sua “posição privilegiada”. Não obstante, muitos desses candidatos são detentores de mandato eletivo ou possuem nome

e renome no meio político. Esses tipos de candidatos tendem a agir de modo a influenciar o eleitor na sua escolha, bem como acontecia no período Imperial, onde os grandes fazendeiros se utilizavam do famoso “voto de cabresto” para lograrem êxito nas urnas. Em uma realidade não muito distante, o século XXI carrega consigo tal herança, deixando clarividente que muitos candidatos, ainda, cerceiam da liberdade de voto daqueles menos favorecidos, em razão de benefício próprio, configurando tais situações como má utilização da máquina pública para enriquecimento ilícito ou para angariamento de vantagens ilícitas.

Já dizia a professora e jurista Sadek (1995, s.p) “os representantes eleitos eram sempre os pertencentes ao grupo que estava na situação, o chamado Coronelismo”.

E o que se passa a analisar no presente artigo, é um estudo minucioso e aprofundado a partir de um levantamento bibliográfico pautado na Constituição Federal, no Código de Direito Eleitoral, Código de Processo Civil (CPC), jurisprudências dos tribunais brasileiros, entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), normas doutrinárias e citação de autores estrangeiros, todos esses baseados em um Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o referido trabalho tem a missão de apresentar a AIME como sendo um garantidor de direitos fundamentais, sem negligenciar o princípio da soberania popular, questão fundante e central desse estudo.

## **2 | SOBERANIA POPULAR**

Segundo o art. 1º, parágrafo único da CF: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”, define bem a intensidade da vontade popular nos tempos modernos. Contudo, nem sempre foi assim.

Na Grécia antiga não havia representação popular. O poder era exercido diretamente pelos cidadãos, por meio da Assembleia do povo, do Conselho e pela Magistratura, pois não havia delegação de poder. Esse Conselho era composto por mais de 500 cidadãos com mais de 30 anos e sua escolha se dava através de um sorteio. Era o Conselho quem executava as decisões da Assembleia, que por sua vez podia rejeitar as suposições do Conselho. Assim era a democracia ateniense, sem representação popular (ROUSSEAU, 1994).

Em Roma, após a deposição do rei Tarquínio, o Soberbo, foi instituído a República e passou-se a deliberar sobre os destinos da nação romana na Assembleia Centúria onde o voto era direto e se dava pela a posição financeira. (PINTO, 2006).

Nota-se que a humanidade mergulhou por vários séculos sem participação direta nas tomadas de decisão do seu país. A escolha dos membros da assembleia se dava por vários critérios, no qual impedia a participação da massa popular. Em 1809 na América de Abraham Lincoln proclamou-se: “a Democracia como o governo do povo, pelo povo e para o povo”. A ideia era que o governo fosse obrigado a pautar-se pela vontade popular,



pois todo o poder emana do povo, em conformidade com o Princípio da Soberania Popular. Nesse diapasão o governo tinha por base a legitimidade que lhe era dada pelos cidadãos.

Para Rousseau, o Estado é resultado de um acordo de vontades, de um contrato social. O Estado é fonte de Direito e legítima expressão da “*volonté générale*”. Acreditava-o, que a justificativa do poder residiria na vontade direta dos vários indivíduos que compõem o todo social. A soberania popular é uma ideia que decorre da Escola Contratualista (de 1650 a 1750), representada por Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). A doutrina central é a de que “a legitimidade do governo ou da lei está baseada no consentimento dos governados”.

Na democracia indireta, o povo não dirige diretamente as questões de governo, faz-se uso do voto para através dele escolher seus representantes e outorga-lhes um mandato. Contudo, no Brasil temos a democracia direta, nessa o povo tem legitimidade em participar das decisões políticas e no processo de discussões do país por meio do exercício da cidadania, a expressão popular em suas diversas manifestações, como o plebiscito, referendo e a iniciativa popular.

A soberania é elemento indispensável à democracia, e a concretização dessas ocorre por meio da participação do povo nas tomadas de decisões, surge aí à concepção de Estado democrático-participativo, dotado de efetiva legitimidade, pela qual o povo chega ao poder.

### **3 I AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO**

Entre todos os mecanismos dentro do processo judicial eleitoral, tem-se a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) como instrumento destinado a coibir condutas que ao longo de nossa história política macularam de forma contundente o pleno exercício do sufrágio universal do voto. É uma ação que garante a vontade do eleitor, sufragada nas urnas, seja livre, consciente e independente, ou seja, que o eleito tenha sido efetivamente escolhido pelo povo. Por fim, anseia-se que esse candidato seja uma figura detentora das qualidades necessárias à missão que lhe foi outorgada.

#### **3.1 Conceito e Finalidade**

A AIME é vista como um instrumento legal e capaz de evitar a contaminação da vontade popular por práticas abusivas, destinado a coibir condutas e vícios no pleito eleitoral.

Sua finalidade é assegurar a confiabilidade no processo de escolha dos candidatos, garantindo sua lisura e legitimidade nas eleições, protegendo assim, a cidadãos e a soberania popular. Esta Ação tem por finalidade desconstituir a diplomação do candidato eleito em razão de ter sido a eleição obtida por irregularidades, levando-a á nulidade, seja por abuso do poder econômico, abuso de poder político, corrupção ou fraude eleitoral.

### 3.2 Hipóteses de impugnação do mandato eletivo

O abuso do poder econômico está elencado no art. 334 do Código Eleitoral, a saber: “Utilizar organização comercial de vendas, distribuição de mercadorias, prêmios e sorteios para propaganda ou aliciamento de eleitores: a própria leitura já demonstra a potencialidade de desequilibrar o pleito”. O seguinte julgado demonstra uma conduta contrária ao comportamento que deveria ser seguido pelo candidato e nesse sentido o TRE-RS: venda de rifas. Artigo 334 da Lei n. 4.737/65 do Código Eleitoral, na forma do artigo 71, caput, do Código Penal. A caracterização do crime previsto no art. 334 do Código Eleitoral, é necessária prova robusta do intuito de realizar propaganda eleitoral ou de aliciar eleitores. Na espécie, ausente prova segura da autoria do delito. O recorrente não se desincumbiu do ônus probante que lhe cabia. Negaram provimento ao recurso. (TRE-RS - Recurso Criminal RC 5622 RS (TRE-RS)).

A caracterização do abuso de poder político é dito quando aquele que se reveste de legitimidade para ser agente público é capaz de alterar o resultado do pleito eleitoral. Utilizando-se da máquina pública para desvirtuar a opinião dos eleitores com a finalidade de beneficiar terceiro ou a si próprio durante o período eleitoral.

Segundo Francisco (2002, s.p) “sempre foi uma triste tradição em nossa história a apropriação do cargo em proveito do seu detentor, levando por inafastável consequência, à utilização do cargo para fim de perpetuar o grupo governante no poder”.

É importante esclarecer, que o abuso de poder político tem que ser cometido por detentores de cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacionais. Nota-se que o abuso de poder econômico e o abuso de poder político são instituídos diferentemente. Este primeiro se dá pelo uso excessivo de recursos durante a campanha eleitoral, já o segundo se dá pelo abuso de poder político e apropriação do agente público sobre a máquina governamental, usando-a a seu benefício ou de terceiros.

A AIME define-se por um conjunto de hipóteses de cabimento, e dentre elas temos: a) a corrupção: o candidato tenta angariar votos, mediante oferecimento de vantagens ilícitas ou lícitas ao eleitorado; b) Abuso de Poder Econômico: comportamento contrário ao permitido por lei na esfera do pleito eleitoral cedido ao candidato. O êxito nas urnas deve se dá por merecimento e não cerceamento de direitos transmitidos ao seu eleitorado; c) Fraude: engano mediante dolo, com intenção deliberativa a burlar a lei.

Baseado nessas hipóteses de cabimento para a propositura da AIME o Tribunal Regional do Piauí (TRE/PI) já decidiu o seguinte julgado, (Registro de Candidatura RCAND 22427 PI (TRE-PI), observados aqui a ampla defesa e o contraditório. Nesse julgado não pode se observar a Fraude e nem o Abuso de Poder no referido pleito eleitoral como foram-se questionados em primeiro plano. Fundante a esse Recurso fica claro que a lei é eficaz e produz seus efeitos tanto positivos como negativos, aplicando assim, sanções a quem realmente tenta burlar a lisura do período eleitoral.

O seguinte julgado, eleições 2012, ao interpor o recurso com preliminar de intempestividade, protocolado por e-mail, substituição de candidato com fraude eleitoral e abuso de poder. O TRE/PI não visualizou tais condutas e assim decidiu: a) Admite-se a interposição de recurso por e-mail, por configurar sistema de transmissão de dados similar ao fac-símile, nos termos da Lei n.º 9.800 /99; b) Não é possível reconhecer a prática de fraude à lei, através da substituição de candidatura, quando ausente prova cabal da utilização de artil capaz de influenciar na vontade do eleitor. Nesta linha, não verifico na substituição em debate a existência de fraude à lei ou exercício abusivo de um direito, porquanto respeitou o procedimento previsto na legislação eleitoral, assim como não constato o uso de artil ou ofensa à soberania popular ou legitimidade da eleição. Recurso conhecido e não provido.

### 3.3 Procedimento

Não há previsão legal quanto ao procedimento a ser seguido pela AIME. O devido processo legal e a segurança jurídica exigem que as pessoas saibam previamente como deverão comportar-se durante todo o processo. Cumpre então, observar o rito que melhor se harmonize com as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, sem perder assim, as peculiaridades próprias da realidade do contexto normativo que a regula.

A princípio havia o pensamento que deveria ser por procedimento comum previsto no então Código de Processo Civil. Depois, porém percebeu-se que o procedimento ordinário comum não seria o mais adequado. De acordo com Costa (2015, p. 158),

A ação poderá tornar-se inócua, pela demora de sua tramitação, sujeita a regras e prazos, como qualquer outro feito. Bem por isso, alei que vier a cuidar da matéria, separadamente ou dentro do Código Eleitoral, deverá estabelecer rito especial, mais célere e mais consentâneo com a natureza da ação e suas consequências. Porque tal pode ser a demora que o impugnado acabará por cumprir seu mandato sem que ocorra o desfecho da demanda. Isso poderá tornar letra morta o texto constitucional, que, para não ser cumprido, melhor seria não ter sido escrito.

No procedimento da AIME, observa-se a importância da celeridade processual, garantindo o princípio do contraditório e ampla defesa, tendo em vista que o mandato eletivo poderá acabar se a ação não for julgada. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo ao povo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade e aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral é assegurado o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (art. 5º, LV da CF).

A previsão da lei complementar 64/90 aduz o seguinte em seu art. 1º, “os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual

concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes”.

A AIME deve observar o procedimento previsto na então lei complementar citado a cima para o registro de candidaturas com aplicação subsidiária conforme o caso das disposições do CPC ao tramitar em segredo de justiça e responder na forma da lei, se temerária ou manifesta má-fé for.

O Direito Eleitoral Brasileiro é peculiar. A legislação trata de direito material e processual de forma mesclada, invocando o Código de Processo Civil como subsidiário. O arcabouço eleitoral é composto pelo código eleitoral - Lei 4.737/65, pela Lei Complementar 64/90 - Lei das Inelegibilidades, pela Lei 9.096/95 - Lei dos Partidos, pela Lei 9.504/97 - Lei Eleitoral e pelas diversas Resoluções do TSE. Destaque-se, que em 2015 teve o advento da Lei 13.165/15 - Minirreforma, que mexeu substancialmente nas citadas legislações.

### **3.4 Segredo de Justiça**

Segundo TSE, a tramitação da AIME deve ser realizada em segredo de justiça, já o seu julgamento deverá ser público. O art.14º, §11 da CF determina que a AIME seja tramitada em segredo de Justiça. A doutrina fundamenta afirma que o sigilo é para a necessidade de se preservar o nome e a imagem do impugnado a evitar escândalos da publicidade negativa decorrente ao processo. A grande repercussão que teria a demanda em razão dos nomes em jogo tanto que inúmeras vezes o candidato é absorvido, não afetando sua futura vida pública que do contrário ficaria prejudicada mesmo com a absolvição.

Norteando sobre o que pese essa teoria, fica claríssimo a existência de uma colisão entre os princípios constitucionais, enquanto que um lado preza-se a publicidade por outro lado o segredo de justiça. Fica impossível haver compatibilidade entre princípios ou regras, comparando-se de igual patamar hierárquico ao ordenamento jurídico. Fica sob entendido que a regra em apreço impõe segredo apenas na tramitação do feito, não estendendo-se ao julgamento. Além disso, esclarece-se que os atos que podem levar à perda do mandato mediante a AIME relacionam-se com a vida pública do candidato e não com a vida particular.

Ao reforçar esse entendimento, menciona-se que o Princípio da Publicidade de constituir condição de validade ao ato administrativo (art.37º, §1º da CF), além do que dispõe o art.93º, XI, do texto constitucional que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, salvo na forma da Lei quando outro for de proteger algumas circunstâncias excepcionais do Estado.

Segundo o jurista Nakamura (2009), “A Justiça Eleitoral tem por princípios norteadores, assim como os demais órgãos jurisdicionais, a igualdade, a equidade, a legalidade, a segurança jurídica, a supremacia constitucional e, indiretamente, o princípio democrático”. De acordo Nakamura o fenômeno da judicialização pode transmitir para o juiz eleitoral a decisão final sobre o processo eleitoral, retirando dos cidadãos o poder de escolher seus representantes. O autor afirma que quanto maior a intervenção do judiciário

no processo eleitoral, mais intensos e frequentes são os pontos de intersecção entre as instituições e os órgãos eleitorais, fato que, tal como a politização da justiça, nem sempre tem efeitos saudáveis ao sistema.

### 3.5 Legitimidade

A AIME poderá ser proposta por qualquer candidato, partido político, coligação ou pelo Ministério Público Eleitoral, indicados no art. 22, da LC nº 64/90, já que não há regramento próprio para a AIME na legislação infraconstitucional.

Compreende-se que qualquer candidato, eleito ou não, poderá figurar no polo ativo da AIME, já que a interpretação nesse sentido deve ser a mais ampla possível. Entretanto, somente poder ingressar com AIME candidato que tenha concorrido ao mesmo cargo, não sendo admitido, por exemplo, um candidato a deputado federal puder impugnar o mandato de um governador ou senador eleito.

Com relação aos partidos políticos e coligações, a AIME admite a possibilidade da atuação de um partido político isoladamente, mesmo que tenha formado coligação durante o pleito, já que, em tese, os interesses dos partidos coligados encerram-se com a realização da eleição, de modo que os partidos ora coligados poderão atuar individualmente ou mesmo em conjunto. Será competente de acordo com o MPF para ingressar com a AIME o Procurador Geral Eleitoral-PGE ou quem o substitua perante o TSE, o Procurador Regional Eleitoral perante o TRE respectivo e o Promotor Eleitoral perante o Juiz Eleitoral.

Quanto ao cidadão comum, eleitor, este não tem capacidade ativa em relação a essa ação de natureza eleitoral, ainda que seja o mais interessado no resultado de uma eventual procedência e possível afastamento do infrator do mandato, não haver previsão legal para tanto. Chega a ser contraditória essa interpretação, já que a sociedade, por meio de seus cidadãos, é a maior interessada na lisura do pleito e a sua proteção em face do abuso de poder econômico, corrupção e fraude. Tem-se admitido, entretanto, que o eleitor traga à Justiça Eleitoral notícia de eventuais irregularidades, a qual será encaminhada ao Ministério Público, para que esse avalie a propriedade para poder ingressar com a ação por conta própria.

No polo passivo somente podem figurar aqueles que foram diplomados, incluindo-se aí os eleitos e suplentes, já que somente estes possuem a expectativa de assumirem o mandato eletivo em algum momento, mandato esse que é atacado por meio da AIME.

Considerando-se que a procedência da AIME ensejará a cassação do mandato de titular e vice, eleitos, no caso de cargos do Executivo, e de titular e suplentes, no caso de Senador, é preciso desde logo que haja na petição inicial o chamamento vices e suplentes a comporem o polo passivo, na qualidade de litisconsortes, sob pena de determinação de emenda à inicial, se ainda possível, ou extinção do feito com julgamento do mérito, se já operada a decadência de acordo com o novo Código de Processo Civil.

### 3.6 Prazo

A AIME somente pode ser proposta após a diplomação, conforme já mencionado contempla eleitos e suplentes, ainda que não tenham comparecido à solenidade ou que não tenham efetivamente recebido um diploma da Justiça Eleitoral, já que a diplomação é um ato meramente formal no sentido administrativo.

No caso de candidatos aos cargos majoritários (Presidente da República, Governador e Prefeito, com os seus respectivos Vices, Senador e Suplentes,) que venham a obter o mandato em momento futuro, como aqueles que ficam em segundo lugar na eleição e há a cassação do primeiro em momento posterior à diplomação, esse prazo passará a contar da data da nova diplomação, que ocorrerá perante o órgão competente após a decisão que cassar o (s) mandato (s) do (s) então titular (es).

Deve-se observar que o prazo para o ingresso com AIME contra candidato que ficou na condição de suplente, no caso de cargos sujeitos ao sistema proporcional (Deputado Federal, Estadual e Vereador), inicia-se logo após a sua diplomação, não sendo considerado para tal o início futuro do exercício do mandato de forma eventual ou permanente.

O prazo para a propositura da AIME encerra-se nos quinze dias após a diplomação, o prazo de quinze dias é decadencial e a contagem inicia-se a partir do primeiro dia subsequente, ainda que seja um sábado, domingo ou feriado, ou mesmo se dentro do recesso forense que se inaugura no dia 20 de dezembro de cada ano, prorrogando-se, entretanto, até o primeiro dia útil subsequente, se o vencimento ocorrer em feriado ou no recesso forense, que se encerra no dia 06 de janeiro do ano seguinte.

Não se entende para fins de propositura da AIME que o expediente reduzido seja causa para a prorrogação do prazo de propositura, tendo em vista que o prazo de quinze dias não é um prazo processual e sim prazo material.

### 3.7 Consequências e Efeitos

Com o julgamento procedente da AIME, ficam os receptivos mandados dos eleitos cassados, por se tratar da anulação dos diplomas expedidos pela Justiça Eleitoral. O Código Eleitoral, no seu art. 224, traz a possibilidade de realizar novas eleições: “Se a nulidade atingir a mais da metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias”.

A nulidade do referido código decorre da constatação de fraude nas eleições. Nesse caso, se o candidato cassado obteve mais da metade dos votos, será necessária a realização de novas eleições, chamada de eleições suplementares o famoso “mandato tampão”.

A AIME é uma ação eleitoral que impugna o mandato eletivo obtido com o abuso de

poder econômico, corrupção e fraude, podendo apenas os partidos, coligações, candidatos e Ministério Público ajuizar essa ação. Sua tramitação é sigilosa, embora o julgamento seja público. O andamento do processo corre em segredo de justiça, já sua impugnação se dá partir de 15 dias contados da diplomação, tal prazo é decadencial, não se interrompendo nos finais de semana e feriados, exclui o dia do começo e inclui o do vencimento.

O efeito dessa ação determina a cassação do mandato eletivo com eficácia imediata, e enquanto o TSE não decidir o recurso interposto, o diplomado não exerce o referido mandato. Caso haja anulação de votos e a mesma superar a metade dos que foram obtidos nas eleições majoritárias, deverão ser realizadas novas eleições.

Portanto, mesmo que os cidadãos não sejam parte legítima para ajuizar a ação de impugnação de mandato eletivo, sua participação no processo torna-se importante, na medida em que, deverá denunciar as autoridades competentes para que essa prática seja efetivamente coibida e a soberania popular prevaleça efetivamente no sufrágio popular, fazendo valer a democracia.

Por fim, resta salientar que a perda do mandato eletivo obtido nas urnas por meios ilícitos, não ferem o princípio constitucional da Soberania Popular, pois quem os elegeu não foram os cidadãos, mas sim o poder econômico, corroendo, portanto, o resultado das eleições.

## **4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS**

São bastantes os fatores que levaram à elaboração desse artigo e sem pretensões de esgotar a matéria, a AIME busca desconstituir a relação jurídica que permite o exercício do mandato eletivo obtido ilicitamente pelo candidato eleito.

A finalidade desse trabalho é demonstrar como é viável coibir e punir aqueles que de má-fé usam o poder público para benefício próprio ou de terceiros, maculando o poder da representatividade. Tornando o sufrágio algo não mais desejoso de ser exercido, sujando a confiabilidade do povo em nosso sistema de representação. Assim sendo, tem-se a AIME como uma importante ferramenta de fiscalização e prevenção em nosso ordenamento jurídico.

O importante é sempre deixar viva a missão de interrogar, expor e exigir que seja resguardado o interesse coletivo e individual, que o contrato social seja respeitado e que a lei da AIME seja exercida com excelência, sem que interesses alheios não venham a interferir na fiel execução da lei.

A Justiça Eleitoral deve tentar ao máximo atualizar-se conforme os ditames do mundo moderno, a fim de andar lado a lado com as propensas armadilhas e desfecho que o período eleitoral toma a cada ano. Muitas são as artimanhas utilizadas pelos candidatos para conseguirem resultados positivos na apuração das urnas e cabe aos aplicadores do Direito tentar coibir tais condutas, criando constantemente meios de punir esses infratores.

Vale frisar que em momento algum a AIME se sobrepõe ao Princípio da Soberania Popular. Essa Ação de Investigação tem como único intuito resguardar os direitos esculpidos no texto constitucional e para isso se utiliza de procedimentos contudentes e específicos.

Por fim, corroborando com essa tese, ainda, não existe no mundo jurídico outro meio mais célere para a cassação de mandato que não seja a AIME. O interessante aqui seria se houvesse uma reforma na lei 9.840\99 para que o cidadão possa ter legitimidade ativa para propor essa Ação, pautados no Princípio Constitucional da Soberania popular.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Eleitoral**. 11 ed. Rio de Janeiro: Campos/Elsevier. 2016.

CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e Prática do Direito Eleitoral**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Data de acesso em 12 de agosto de 2017.

CORONA NAKAMURA, Luis Antonio. **La justicia electoral en el sistema constitucional mexicano**. 1ª ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco. México: Instituto “Prisciliano Sánchez”, Universidad de Guadalajara, 2009.

COSTA, Tito. **Recursos em Matéria Eleitoral**. São Paulo: 10ª Ed. Letras Jurídicas. 2015.

EMPORIO DO DIREITO.com.br/[acao-de-impugnacao-de-mandato-eletivo-aime-um-instrumento-do-direito-para-exercitar-a-democracia-por-mayra-matuck](http://www.emporio.com.br/acao-de-impugnacao-de-mandato-eletivo-aime-um-instrumento-do-direito-para-exercitar-a-democracia-por-mayra-matuck). Data de acesso 12 de agosto de 2017.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. **Dos abusos nas eleições**: a tutela jurídica da legitimidade e normalidade do processo eleitoral. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GARCIA, Emerson. **Abuso de Poder nas Eleições**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm). Data de acesso: 12 de agosto de 2017.

Lei Complementar n. de 18 de maio de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm). Data de acesso: 12 de agosto de 2017.

Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105). Data de acesso 12 de agosto de 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Eleições no Brasil. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL- RS - Recurso Criminal RC 5622 RS (TRE-RS)** : Recurso Criminal. Crime eleitoral. Utilização de organização comercial de vendas, distribuição de mercadorias, prêmios e sorteios para propaganda e aliciamento de eleitores. Venda de rifas.. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Art.+334+do+C%C3%B3digo+Eleitoral>. Data de acesso em 12 de agosto de 2017.



**TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL. TRE-PI - Registro de Candidatura RCAND 22427 PI (TRE-PI). Data de publicação: 11/06/2013: RECURSO. ELEIÇÕES 2012. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE. PROTOCOLO POR E-MAIL. VALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE CANDIDATO. PROPAGANDA ELEITORAL. FRAUDE ELEITORAL. ABUSO DE PODER. NÃOCONFIGURAÇÃO. 1..**  
Data de acesso em 12 de agosto de 2017.

OLIVEIRA, Márcio. **Ação de Impugnação de Mandato Eletivo - AIME.** Disponível em: <<http://www.novoeleitoral.com/index.php/en/tratado/processual/acoeseleitorais/562-aime>>. Data de acesso em 12 de agosto de 2017.

PINTO, Djalma. **Direito Eleitoral: Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal-Noções Gerais.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social.** Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

SADEK, Maria Tereza Aina. **A Justiça Eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil.** Pesquisas. São Paulo: Centro de estudos Konrad-Adenauer-Stiftung, 1995. p. 20-24.

SOBERANIA POPULAR: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Soberania\\_popular](https://pt.wikipedia.org/wiki/Soberania_popular). Data de acesso em 12 de agosto de 2017.

## JUDICIALIZAÇÃO DA COMPETIÇÃO ELEITORAL MUNICIPAL E A ADI 5525

*Data de aceite:* 25/03/2021

*Data de submissão:* 24/02/2021

**Ary Jorge Aguiar Nogueira**

Universidade de São Paulo

<http://lattes.cnpq.br/4718008119598203>

<https://orcid.org/0000-0003-4914-3929>

**RESUMO:** O trabalho pretende discutir as eventuais consequências do julgamento da ADI 5525 na judicialização da competição eleitoral municipal no Brasil. A pesquisa aponta como índice da judicialização o mapeamento das eleições suplementares, previstas no artigo 224, do Código Eleitoral, por constituírem a sanção mais grave a ser aplicada pelo judiciário. O recorte foi estabelecido na declaração de inconstitucionalidade da expressão “após o trânsito em julgado”, do parágrafo terceiro, do artigo 224. A hipótese inicial seria que tornar desnecessário o trânsito em julgado para realizar novas eleições impactaria no número de eleições suplementares subsequentes. Justifica-se a pesquisa pela sua relevância social, uma vez que as eleições constituem a via primária e legítima de acesso ao poder nas modernas democracias burguesas. A relevância acadêmica decorre não apenas dos poucos estudos sobre o tema, mas igualmente da importância que a política local tem para a sociedade como um todo. Os resultados sugerem que não houve impacto significativo na distribuição de eleições suplementares ao longo do período estudado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Judicialização; Competição Eleitoral; Eleições; Constitucionalidade; Adi 5525.

### JUDICIALIZATION OF MUNICIPAL ELECTORAL COMPETITION AND THE ADI 5525

**ABSTRACT:** The work intends to discuss the possible consequences of the judgment of ADI 5525 in the judicialization of municipal electoral competition in Brazil. The survey points to the judicialization index as mapping the supplementary elections, provided for in article 224, of the Electoral Code, as they constitute the most serious sanction to be applied by the judiciary. The cut was established in the declaration of unconstitutionality of the expression “after the res judicata”, of the third paragraph, of the article 224. The initial hypothesis would be that making the res judicata unnecessary to hold new elections would impact the number of subsequent supplementary elections. Research is justified by its social relevance, since elections are the primary and legitimate way to access power in modern bourgeois democracies. The academic relevance stems not only from the few studies on the subject, but also from the importance that local politics has for society as a whole. The results suggest that there was no significant impact on the distribution of supplementary elections over the period studied.

**KEYWORDS:** Judicialization; Electoral Competition; Elections; Constitutionality; Adi 5525.

## 1 | INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende discutir o eventual impacto do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5525, na judicialização da competição eleitoral municipal no Brasil. Como indicador da judicialização, optou-se pelo mapeamento de eleições suplementares, previstas no artigo 224, do Código Eleitoral, por se tratar da medida mais drástica a ser adotada pelo judiciário num processo judicial (afinal, determinam o afastamento de um candidato efetivamente eleito). Foram mapeadas eleições suplementares ocorridas ao longo de quatro ciclos eleitorais<sup>1</sup>: 2004, 2008, 2012 e 2016.

Nos últimos 30 (trinta) anos, a judicialização da política vem sendo objeto de acurado tratamento pela academia. No entanto, ainda são poucos os trabalhos dedicados ao estudo da judicialização da competição eleitoral. Em relação às eleições suplementares, os números são ainda menores, com pesquisa bibliográfica junto ao banco de teses e dissertações da CAPES detectando a existência de apenas seis dissertações (ZALAMENA, 2013; COELHO, 2014; GARCIA, 2016; CRESPO, 2017; MOURA, 2018; NOGUEIRA, 2019).

A principal justificativa para a pesquisa reside na relevância social do tema. Eleições constituem a via principal de acesso ao poder nas modernas democracias burguesas. Da mesma forma, há um entendimento mais ou menos consolidado de que eleições confeririam legitimidade aos administradores públicos para agir no interesse da coletividade. Desta forma, estudar de forma sistemática problemas inerentes à integridade do sistema eleitoral parece demonstrar a relevância que a comunidade acadêmica demanda.

O recorte da pesquisa ficou estabelecido especificamente na declaração de inconstitucionalidade da expressão “após o trânsito em julgado”, do parágrafo terceiro, do artigo 224. A hipótese inicial de trabalho é que o afastamento da necessidade do trânsito em julgado impactaria no número de eleições suplementares subsequentes. Esta preocupação, inclusive, vem sendo discutida no âmbito da justiça eleitoral e da comunidade jurídica que milita nesta área desde que a decisão foi proferida pelo Supremo. O senso comum aponta que haveria um possível aumento no número de eleições suplementares com a retirada de um evidente obstáculo à sua realização.

O artigo encontra-se dividido em três seções, além desta introdução e da conclusão. Na primeira seção é apresentada a metodologia, além de fixada a terminologia que será utilizada ao longo do trabalho. A seção seguinte descreve o caso analisado partindo da movimentação legislativa que deu origem à norma impugnada, até o julgamento da ADI pelo Supremo Tribunal Federal – STF. Tentou-se apresentar uma descrição minuciosa dos processos legislativo e judicial, a fim de que o leitor possa dispor de recursos suficientes para formar suas próprias impressões sobre o caso.

1 O ciclo eleitoral (*electoral cycle*), tal como apresentado por Norris (2014, p. 13), constitui o “padrão ouro” para que a comunidade internacional avalie a integridade de um sistema eleitoral. Divide-se em 11 etapas, partindo da elaboração das leis eleitorais e finalizando na própria estruturação dos órgãos eleitorais. Para fins didáticos, utilizaremos aqui o conceito para sintetizar o período que se estende da preparação de determinadas eleições municipais até a preparação das eleições seguintes.

A terceira seção apresenta os dados da pesquisa empírica empreendida. Por fim, a conclusão traz as observações finais acerca do tema.

## 2 | ASPECTO METODOLÓGICOS

Inicialmente, cabe apontar que o marco teórico para se estabelecer o que é judicialização foi trazido da obra do cientista político canadense Ran Hirschl (2007), autor de diversas obras sobre teoria constitucional e principal divulgador do conceito “Juristocracia”. Para ele, judicialização seria um fenômeno tripartite, que se manifestaria pela expansão do discurso legal para fora do meio judicial (um bom exemplo seria o processo administrativo brasileiro, que emula procedimentos e formas tipicamente judiciais); a judicialização das políticas públicas por meio da revisão judicial e, finalmente, a transferência às cortes de questões de natureza política, aspecto que mais interessa a esta pesquisa.

Conquanto o conceito de “judicialização da política” não seja imune a críticas (HAMLIN; KAWAR; SALA, 2015), com autores descartando, inclusive, sua validade como categoria interpretativa (KOERNER; INATOMI; BARATTO, 2011), esta pesquisa filia-se ao posicionamento majoritário tanto na literatura de direito e ciência política nacionais, quanto internacionais, que entende que o termo cumpra um relevante papel descritivo quanto ao protagonismo exercido pelo Poder Judiciário nas democracias nas últimas décadas.

Como indicador da judicialização da competição eleitoral municipal no Brasil, optou-se por mapear as eleições suplementares, uma vez que se revelam a consequência mais drástica da judicialização, pois ensejam o afastamento de um candidato efetivamente eleito.

A pesquisa optou então pelo estudo de caso, modalidade de investigação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo (o ‘caso’) em profundidade em seu contexto no mundo real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto puderem não ser claramente evidentes (YIN, 2015, p. 17). Busca-se, então, aferir se é possível identificar algum impacto direto da declaração de inconstitucionalidade da expressão “após o trânsito em julgado” do parágrafo terceiro, do artigo 224, com o julgamento da ADI 5525.

As principais fontes de pesquisa, além dos materiais bibliográficos, são o repositório de dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), de onde são extraídas informações acerca dos resultados das eleições no Brasil; o sistema de divulgação de candidaturas e prestação de contas (DivulgaCandContas), igualmente gerenciado pelo TSE, que apresenta os dados sobre as coligações partidárias que concorreram nas eleições e finalmente, os sistemas de consulta a processos judiciais dos Tribunais Regionais Eleitorais, de onde são obtidas as informações sobre os processos de impugnação de mandato dos prefeitos eleitos.

Aos dados compilados por Nogueira (2019) foram acrescentadas as eleições suplementares ocorridas em 2019 e 2020, o que permitiu cobrir integralmente o ciclo eleitoral iniciado em 2016. Desta forma, os dados acerca das eleições suplementares utilizados compreendem quatro ciclos eleitorais completos (2004, 2008, 2012 e 2016).

Os dados disponíveis acerca das eleições suplementares anteriores a 2004 encontram-se incompletos nas bases de dados oficiais (NOGUEIRA, 2019, p. 106). Todos os dados passaram por uma dupla checagem, com o batimento das informações oficiais com aquelas constantes da mídia. Isto se revelou necessário uma vez que candidatos com o registro de candidatura na situação *sub judice não constavam* no repositório de dados eleitorais como vencedores originários dos pleitos anulados.

Outra questão a pontuar é que, por questões meramente didáticas, optamos por tratar as hipóteses de indeferimento de registro, cassação de registro ou diploma e cassação de mandato pelo vocábulo deposição. Conquanto o termo não seja perfeito (uma vez que nos casos de indeferimento de registro de candidato que não pleiteava a reeleição este sequer tenha tomado posse), permite-nos agregar os vários casos como um todo cuja similaridade repousa justamente no resultado, qual seja, a realização de novas eleições.

Por fim, como data da deposição, optou-se pela data da primeira decisão colegiada que se manifestou neste sentido. Tal medida decorre do fato de que a partir do advento da Lei Complementar 135/10 (Lei da Ficha Limpa) a primeira decisão colegiada passou a ser o marco inicial da inelegibilidade. De certa forma, parece que o legislador pátrio vem sinalizando que a decisão que efetivamente teria maior solidez seria aquela advinda de um órgão julgador colegiado.

### 3 | DESCRREVENDO O CASO

As manifestações de 2013 e de 2015, em conjunto com o esfacelamento do governo Dilma Rousseff trouxeram de volta à agenda parlamentar as discussões sobre a necessidade de uma ampla reforma política (OLIVEIRA, 2016). Muito embora houvesse certo consenso sobre a necessidade de se mudar o sistema político, o mesmo não ocorria em relação às propostas e uma grande alteração das regras eleitorais já havia sido realizada pela Lei 12.891, de 11 de dezembro de 2013 (Minirreforma Eleitoral de 2013)<sup>2</sup>.

A Lei 13.165/2015, também conhecida como Reforma Eleitoral 2015, alterou diversos pontos da legislação eleitoral e como foi sancionada um ano antes do pleito municipal de 2016, teve vigência naquelas eleições.

Sua abrangência foi significativamente maior que a reforma anterior, com alterações mais relevantes no regime das cassações de mandatos, fixando por exemplo, a obrigatoriedade de as decisões dos Tribunais Regionais sobre quaisquer ações que resultem em cassação de registro, anulação geral de eleições ou perda de diplomas somente ser tomadas com a presença de todos os seus integrantes. Além disso, o recurso ordinário interposto contra decisão proferida por juiz eleitoral ou por Tribunal Regional Eleitoral que 2 Seu principal objetivo era diminuir os custos das campanhas e garantir mais condições de igualdade na disputa eleitoral entre os candidatos. Dentre as principais alterações, podem ser destacadas a prevalência da filiação mais recente em caso de filiação partidária a dois ou mais partidos, a limitação da atuação da justiça eleitoral apenas ao exame formal dos documentos apresentados no que tange à escrituração, contábil, prestação de contas e despesas de campanha, redução do prazo para realização de convenções partidárias; proibição do uso de cavaletes e bonecos nas ruas.

resulte em cassação de registro, afastamento do titular ou perda de mandato eletivo passou a ser recebido pelo Tribunal competente obrigatoriamente com efeito suspensivo.

No entanto, uma das alterações mais impactantes e que constitui o objeto desta pesquisa é a alteração do artigo 224 do Código Eleitoral. Em sua redação original<sup>3</sup> o dispositivo previa a realização de novas eleições (Eleições Suplementares) no prazo de vinte a quarenta dias quando houvesse nulidade que atingisse mais da metade dos votos, nas eleições presidenciais, dos Estados ou municípios. O parágrafo primeiro previa a obrigatoriedade de atuação do Procurador Geral junto ao TSE para que seja marcada nova eleição, nos casos em que os Tribunais Regionais deixarem de agir e o parágrafo segundo previa a responsabilidade de o Ministério Público promover a punição dos culpados.

O Projeto de Lei n.º 5735/2013, de autoria dos deputados Ilário Marques (PT/CE), Marcelo Castro (PMDB/PI), Anthony Garotinho (PR/RJ) e Daniel Almeida (PCdoB/BA), pretendia inicialmente estabelecer nova redação ao *caput* do artigo 224, basicamente determinando que em caso de anulação dos votos do candidato mais votado em eleições majoritárias, o Tribunal marcaria novas eleições no prazo de quarenta e cinco a sessenta dias<sup>4</sup>.

Ao projeto foi apensado em 02/07/2015 o PL 2078/2015 cuja redação<sup>5</sup> pretendia a anulação da eleição nos casos de cassação do registro, do diploma ou do mandato do candidato eleito. O parágrafo terceiro proposto pretendia isentar os partidos e candidatos de arcar com os custos da realização de nova eleição.

A redação final do projeto<sup>6</sup> aprovada pela Câmara dos Deputados e assinada pelo Deputado Rodrigo Maia (DEM/RJ) mantinha a anulação para os casos de cassação do registro, do diploma ou do mandato do candidato eleito e acrescentava a possibilidade de anulação quando a soma dos votos anulados atingisse mais da metade dos votos válidos, com a realização de nova eleição no prazo de até 90 dias.

3 Art. 224. Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

§ 1º Se o Tribunal Regional na área de sua competência, deixar de cumprir o disposto neste artigo, o Procurador Regional levará o fato ao conhecimento do Procurador Geral, que providenciará junto ao Tribunal Superior para que seja marcada imediatamente nova eleição.

§ 2º Ocorrendo qualquer dos casos previstos neste capítulo, o Ministério Público promoverá, imediatamente, a punição dos culpados.

4 Redação do pl: "Art. 224. Se forem anulados pela Justiça Eleitoral os votos do candidato mais votado nas eleições majoritárias, julgar-se-ão prejudicadas as votações dos demais candidatos, e o Tribunal marcará novas eleições no prazo de quarenta e cinco a sessenta dias.

5 Art. 224. Nas eleições majoritárias, quando ocorrer a cassação do registro, do diploma ou do mandato do candidato eleito, será anulada a eleição e o Tribunal marcará data para a realização de uma nova dentro do prazo de quarenta a sessenta dias. ....

§ 3º Em nenhuma hipótese os custos relativos à realização da nova eleição serão ressarcidos por partidos ou candidatos participantes do pleito anulado. (NR) .....

6 "Art. 224. Nas eleições majoritárias, quando ocorrer a cassação do registro, do diploma ou do mandato do candidato eleito, ou quando a soma dos votos anulados com base nos arts. 220 e 221 atingir mais da metade dos votos válidos, será anulada a eleição e o Tribunal marcará data para a realização de uma nova dentro do prazo de até noventa dias. ...."(NR)

Ao chegar ao Senado, o Projeto sofreu uma profunda alteração, mediante substitutivo aprovado em 08/09/2015<sup>7</sup>. A anulação passava a ser decorrente do indeferimento do registro, da cassação do diploma ou da perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário, independentemente do número de votos anulados, após o trânsito em julgado. O substitutivo ainda previa em seu parágrafo quarto que a eleição correria às expensas da Justiça Eleitoral e seria indireta se a vacância ocorresse a menos de seis meses do final do mandato. Nos demais casos, seria direta.

O texto final aprovado pela Câmara em 10/09/2015<sup>8</sup> mantinha redação praticamente igual ao substitutivo do Senado. Assim, a partir de sua sanção, o novo dispositivo legal previa a realização de novas eleições quando o candidato eleito em pleito majoritário sofresse indeferimento do registro de candidatura, cassação do diploma ou perda do mandato, independentemente do número de votos anulados, desde que ocorresse o trânsito em julgado da ação que determinou a deposição do eleito.

A nova redação do artigo 224 do Código Eleitoral teve então sua constitucionalidade questionada pela Procuradoria Geral da República, que ajuizou a ADI 5525 em 13/05/2016. A PGR argumentou, em síntese, a violação ao disposto no artigo 81 da Constituição, que já ditaria regras para os casos de vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República. Ademais, questionou o fato de que a expressão “candidato eleito em pleito majoritário” conduziria à interpretação de que as normas se aplicariam ao Senado, cuja natureza majoritária tornaria possível eleição indireta.

Sustentou, ainda, a inconstitucionalidade formal dos parágrafos terceiro e quarto, pois caberia aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecerem o modo de escolha dos correspondentes chefes do Poder Executivo quando a vacância do cargo ocorrer na segunda metade do mandato. A legislação federal padeceria, então, de inconstitucionalidade formal e orgânica, pois teria havido usurpação da competência pertencente aos entes federativos.

Argumentou, ainda, que a inclusão da hipótese de “indeferimento do registro de candidatura” ao lado das hipóteses de cassação do diploma e perda do mandato ofenderia os princípios da equidade, razoabilidade, finalidade e do devido processo legal. A uma, porque o dispositivo equipararia indevidamente todas as situações. Assim, circunstâncias que

7 “Art. 224. ....

§ 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.

§ 4º A eleição a que se refere o §3º correrá às expensas da Justiça Eleitoral e será: I – indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de 6 (seis) meses do final do mandato; II – direta, nos demais casos.”(NR)

8 “Art. 224. ....

§ 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.

§ 4º A eleição a que se refere o § 3º correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será:

I – indireta, se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato;

II – direta, nos demais casos.”(NR)

impedem a candidatura, como inelegibilidades ou ausência de condições de elegibilidade, ficariam equivalentes às práticas de graves infrações no decorrer da campanha, que dão ensejo à cassação do diploma ou perda do mandato do candidato eleito. Por essa razão, defendeu a inconstitucionalidade da locução “indeferimento do registro”, presente no §3º do art. 224 do Código Eleitoral.

Por fim, a PGR questionou a exigência de trânsito em julgado para a realização de novas eleições, entendendo-a desproporcional em face da gravidade das condutas que autorizam a cassação do diploma e a perda do mandato. Afirmou, assim, ter sido violado o Princípio da Proporcionalidade na sua dimensão de proibição da proteção deficiente, sob o argumento de que a espera pelo trânsito em julgado representaria restrição excessiva à justiça eleitoral, com reflexos negativos na coibição ao abuso de poder e à prática de atos ilícitos em geral, bem como na proteção de valores como legitimidade, moralidade e probidade nas eleições.

Postulou, assim, a declaração de inconstitucionalidade da locução “trânsito em julgado”, propondo como alternativa a Interpretação Conforme a Constituição, de modo a permitir que novas eleições fossem realizadas a partir de decisão final da justiça eleitoral.

A Câmara dos Deputados defendeu a constitucionalidade do projeto de lei que originou os dispositivos questionados, providência igualmente realizada pelo Senado Federal. Este defendeu, ainda, a aplicação dos atos às eleições daquela casa, afirmando não haver qualquer óbice para a realização de eleições indiretas para senadores. Igualmente defendeu a expressão “indeferimento do registro”, por considerar que competiria à União legislar sobre direito eleitoral, na forma do artigo 21, inciso I, da Constituição Federal.

A Advocacia-Geral da União defendeu a inconstitucionalidade parcial do parágrafo terceiro do art. 224 do Código Eleitoral, entendendo-o inaplicável ao Presidente e ao Vice-Presidente da República. Sustentou, ainda, a inconstitucionalidade total do parágrafo quarto, pois teria sido usurpada a competência dos entes federativos para dispor sobre como deveria ocorrer a eleição na hipótese de vacância na segunda metade do mandato.

Foi admitida a participação no processo da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, na condição de *amicus curiae*, que defendeu em síntese, uma aplicação restritiva do artigo 81, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, segundo a qual, quando a segunda vacância ocorresse na metade final do mandato presidencial e derivasse de causas não eleitorais – *v.g.*, morte, renúncia, *impeachment*, condenação criminal – seriam convocadas eleições indiretas. Nesse caso, a primeira eleição teria sido presumivelmente válida, mas ocorreram fatos supervenientes a ela, impeditivos da conclusão do mandato pelo Presidente e por seu substituto. Já quando o pleito tivesse sido contaminado por vícios reconhecidos pela Justiça Eleitoral, o art. 81, parágrafo primeiro não incidiria.

No julgamento realizado em 08/03/2018, o relator do caso, Ministro Luís Roberto Barroso admitiu a competência da legislação federal para prever hipóteses de extinção do



mandato por causas eleitorais e julgou constitucional a inclusão do termo “indeferimento do registro”, constante do parágrafo terceiro do artigo 224. Segundo ele, o fato de a Constituição não prever de forma exaustiva as hipóteses de vacância não impede que o legislador federal preveja novas hipóteses. Observou, ainda, que a doutrina faz distinção entre causas eleitorais de perda de mandato (previstas no parágrafo terceiro) e não eleitorais (não associadas à lisura do pleito, tais como crime de responsabilidade, *impeachment* ou morte).

Ademais, considerou inconstitucional estender ao Presidente, Vice-Presidente e Senador da República o modo de eleição previsto no parágrafo quarto do artigo 224, uma vez que a própria Constituição já estabelecerá regras específicas em relação a esses cargos (artigo 81, parágrafo primeiro e artigo 56, parágrafo segundo).

No entanto, o mesmo dispositivo foi julgado constitucional pelo relator na parte relativa às eleições para a chefia do Poder Executivo estadual e municipal. A norma previu que, no caso de vacância do cargo de governador e de prefeito, a eleição será indireta se ocorrer a menos de seis meses do final do mandato, e direta nos demais casos. De acordo com o ministro, a Constituição Federal não prevê um modo específico de eleição no caso de vacância desses cargos.

O relator afirmou que a autonomia federativa quanto à matéria deveria se restringir a questões político-administrativas, ou seja, em razão de causas não eleitorais. Nas questões eleitorais, entendeu que a interferência do legislador federal seria legítima.

Por fim, o relator se manifestou no sentido de acolher a inconstitucionalidade da exigência de trânsito em julgado, sob o argumento de que esta exigência contrariaria os Princípios Democrático e da Soberania Popular, porque permitiria que alguém que não fora eleito exercesse o cargo majoritário por largo período que poderia se estender ao final do mandato, caso o procedimento judicial se prolongasse com recursos.

Os ministros declararam, por maioria, a inconstitucionalidade da expressão “após o trânsito em julgado”, prevista no parágrafo terceiro do artigo 224 do Código Eleitoral e conferiram Interpretação Conforme à Constituição ao parágrafo quarto do mesmo artigo, afastando de sua incidência as situações de vacância nos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República e de senador.

O ministro Alexandre de Moraes divergiu em parte para estender a inconstitucionalidade também quanto à vacância dos cargos de governadores, prefeitos e seus vices, pois, no seu entendimento, as regras deveriam ser regidas pela legislação local.

## 4 | DADOS EMPÍRICOS

Ocorreram no Brasil 478 (quatrocentos e setenta e oito) eleições suplementares municipais desde 2004, distribuídas em cada ciclo eleitoral, conforme disposto no gráfico a seguir.

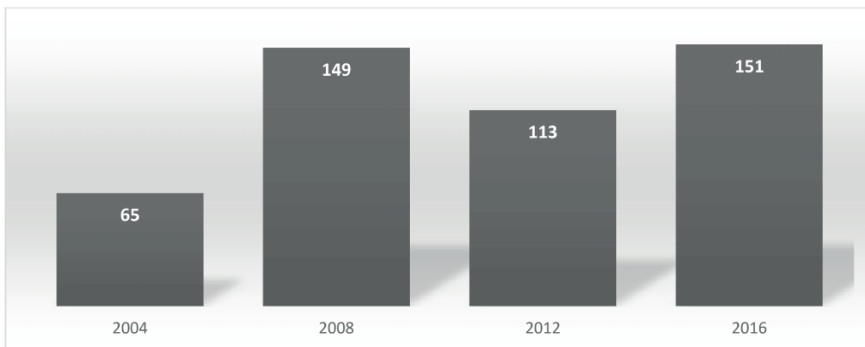


Gráfico 1. Eleições suplementares ocorridas no Brasil.

Fonte: Elaboração própria (2020).

Os dados mostram que um grande aumento na ocorrência de eleições suplementares ocorre a partir de 2008. Uma explicação plausível, porém ainda não aprofundada na literatura diz respeito a uma mudança legislativa no dispositivo da captação ilícita de sufrágio, a popular “compra de votos”. Embora já existisse desde 1999, o dispositivo sofreu uma grande mudança em 2009, com a inclusão de um parágrafo primeiro ao artigo 41-A da Lei 9504/97, que passou a tornar desnecessário o pedido explícito de votos para configurar o ilícito (NOGUEIRA, 2019, p. 114). De fato, em 2008, a captação ilícita de sufrágio correspondeu a 43% do total de eleições suplementares daquele ano, percentual que nunca mais foi atingido (NOGUEIRA, 2019, p. 113).

Embora seja observado um evidente aumento no número de eleições suplementares no ciclo eleitoral de 2016 quando comparado ao de 2012, faz-se necessária uma análise mais aprofundada para se verificar se tal incremento poderia ser creditado à mudança legislativa imposta pelo STF.

Optou-se então por se observar o período de deposição, ou seja, o intervalo de tempo decorrido entre a primeira decisão colegiada daquele ciclo eleitoral específico que resultou em novas eleições e a última.

Convém salientar que os processos que ensejam eleições suplementares, em sua maioria, são extremamente judicializados, com a prolação de diversas decisões judiciais ao longo de seu trâmite. Conforme já salientado na seção de metodologia, optou-se por fixar como data da decisão de deposição a primeira decisão colegiada proferida neste sentido. Assim, se a decisão que determinou o afastamento do eleito só foi proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral em sede de recurso especial, esta foi a decisão cuja data foi computada.

A título de exemplo, convém citar o caso do Município de Pilão Arcado, no Estado da Bahia, um dos sete municípios nos quais ocorreram eleições suplementares em 2020, relativas ao pleito de 2016<sup>9</sup>. Grupos políticos de oposição ajuizaram a Ação de Impugnação

9 As seguintes eleições igualmente agendadas para 2020 foram suspensas em razão da crise sanitária decorrente da

ao Mandato Eletivo (AIME) n.º 0000001-42.2017.6.05.0195, na qual alegavam a prática de abuso de poder político e econômico por parte do prefeito anterior para beneficiar seu candidato, Manoel Afonso Mangureira, alegando que o município, que contava em março de 2016 com 228 (duzentos e vinte e oito) servidores temporários, teria promovido um indevido aumento da força de trabalho, que teria desequilibrado o pleito num município de população pequena (aproximadamente 35.000 habitantes). Em junho do mesmo ano, esse número teria aumentado para 728 (setecentos e vinte e oito) servidores e, em agosto, chegou a totalizar 731 (setecentos e trinta e um), entre temporários e comissionados.

A ação foi julgada improcedente em primeira e segunda instâncias e apenas no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral foi determinado o afastamento do prefeito eleito e a realização de eleições suplementares. A decisão foi proferida em 19/11/2019, tendo sido a última decisão de deposição proferida no ciclo eleitoral de 2016. A tabela a seguir apresenta os períodos de deposição referentes aos ciclos eleitorais de 2004 a 2016.

<b>ANO</b>	<b>2004</b>	<b>2008</b>	<b>2012</b>	<b>2016</b>
<b>PRIMEIRA DECISÃO DE DEPOSIÇÃO DO CICLO</b>	<b>24/08/2004</b>	<b>05/08/2008</b>	<b>02/08/2012</b>	<b>12/09/2016</b>
<b>ÚLTIMA DECISÃO DE DEPOSIÇÃO DO CICLO</b>	<b>07/11/2007</b>	<b>06/12/2011</b>	<b>07/05/2015</b>	<b>19/11/2019</b>
<b>PERÍODO DE DEPOSIÇÃO EM DIAS</b>	<b>1170</b>	<b>1218</b>	<b>1008</b>	<b>1163</b>
<b>MÉDIA EM DIAS</b>	<b>1139</b>	<b>MEDIANA EM DIAS</b>		<b>1166</b>

Tabela 1. Período de deposição.

Fonte: Elaboração própria.

Observa-se que os períodos de deposição costumam durar aproximadamente 03 (três) anos, iniciando-se antes das eleições e finalizando no ano imediatamente anterior ao próximo ciclo eleitoral.

Quando se comparam os períodos com a média e a mediana (medidas de estatística descritiva que permitem aferir se uma distribuição de dados apresenta *outliers*, os chamados pontos fora da curva), observa-se que há pouca variação. Isto por si só sugere que não haveria uma mudança flagrante no fluxo de eleições suplementares ocorridas.

No entanto, como a data de julgamento da ADI se aproxima da metade do período de deposição correspondente ao ciclo de 2016, uma verificação adicional pôde ser realizada, a

---

pandemia de COVID19: Lambari D'Oeste (MT), 26/04/2020; São Francisco do Sul (SC), 26/04/2020; Pontal do Paraná (PR) 10/05/2020; Conceição da Barra (ES), 21/06/2020; Italva (RJ), 21/06/2020.

fim de se tentar localizar alguma alteração significativa na dinâmica dos julgamentos.

Para tanto, foram divididos todos os ciclos de deposição pela metade, a fim de observar como dar-se-ia a distribuição das decisões ao longo de todo o período. É o que pode ser observado logo a seguir:

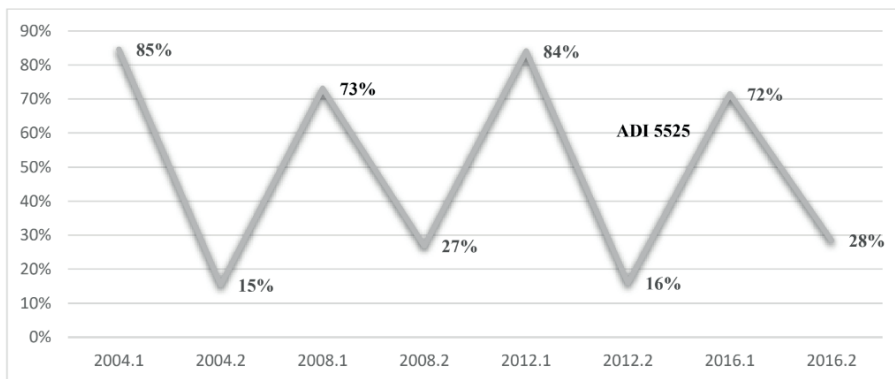


Gráfico 2. Deposições de prefeitos por período (em percentagem).

Fonte: Elaboração própria.

O gráfico anterior apresenta duas informações interessantes: a primeira, confirma o senso comum e demonstra que a maioria das decisões de deposição são proferidas em período próximo ao início do ciclo eleitoral pertinente. Ou seja, quanto mais próximo das eleições, mais se concentram as decisões de deposição. Muitos fatores contribuiriam para isso, desde o fato de que durante o período eleitoral os feitos judiciais eleitorais têm prioridade de julgamento, até um ânimo mais acirrado por parte dos atores políticos, motivado pela proximidade da contenda, que acaba influenciando o comportamento dos julgadores.

No entanto, a segunda informação merece um olhar mais detido: a distribuição das decisões ao longo do tempo apresenta regularidade e simetrias notáveis. Quando se observa o fluxo decisório pós julgamento da ADI 5525, não se observa uma alteração significativa na distribuição dos julgamentos. Evidentemente, estudos futuros serão imprescindíveis para se verificar se o que parece ser uma tendência de regularidade será mantido.

## 51 CONCLUSÃO

Conforme assinalado, estudos futuros serão necessários para se aferir o real impacto da decisão proferida na ADI 5525 em relação à judicialização da competição eleitoral municipal no Brasil. No entanto, algumas considerações preliminares podem ser feitas.

Aproximadamente 2% (dois por cento) das eleições municipais ocorridas no Brasil nos últimos 16 (dezesesseis) anos foram renovadas como suplementares. Mesmo com a alteração do artigo 224 do Código Eleitoral, patrocinada pelo Supremo, o percentual de eleições suplementares não sofreu grande alteração, mantendo-se próximo aos níveis de 2008.

Mesmo sob a óptica de uma jurisprudência calcada em resultados (WALDRON, 1998), não parece que o tamanho do problema recomendasse uma solução tão drástica quanto executar imediatamente a deposição de um mandatário efetivamente eleito sem que sejam esgotadas todas as vias recursais.

Parece que a Interpretação Conforme a Constituição tem sido utilizada pelo Supremo como uma forma de manter cada vez mais centralizada sua função de Guardião da Constituição, além de conferir àquela corte a possibilidade quase ilimitada de excluir qualquer desobediência por parte de quase todos os órgãos estatais (DA SILVA, 2016). Isto é muito grave, pois permite que onze pessoas determinem o rumo de políticas públicas quando entendam que “seria melhor para o país” escolha diversa.

O caso em análise parece ser bastante representativo deste movimento, visto que o controle de constitucionalidade não se deu em relação a dispositivos específicos da Constituição, mas em relação a valores e princípios de conteúdo nitidamente aberto, passíveis, portanto, de variadas interpretações.

Na terceira seção foi empreendido um esforço descritivo minucioso do processo legislativo que resultou na norma objeto de questionamento pela ADI 5525. O principal objetivo desta empreitada foi apresentar o longo processo legislativo que antecedeu a edição da norma. De fato, o Parlamento desempenhou efetivamente seu papel ao formular, submeter a debates, revisar e, finalmente, remeter à promulgação uma nova norma. No entanto, basicamente sob o argumento de combate à morosidade da justiça, o Supremo claramente interveio em uma política pública relevante, alterando completamente o regime das eleições suplementares.

Isto sugere que nossa Suprema Corte parece entender que suas escolhas refletiriam melhor o interesse da coletividade do que algumas normas oriundas do legislativo.

Neste sentido, cabe lembrar a opinião do relator da ADI 5525, para o qual não seria incomum, tampouco surpreendente que o Judiciário, em certos contextos, seja melhor intérprete, inclusive, do sentimento majoritário (BARROSO, 2018, p. 114). Para ele, o fato de que juízes no Brasil sejam recrutados na primeira instância por concurso público permitiria que pessoas vindas de diferentes origens sociais, desde que tenham cursado uma faculdade de direito e tenham feito um estudo sistemático aplicado, poderiam ingressar na magistratura<sup>10</sup>.

10 Quanto à representatividade do judiciário nacional, o Censo do Poder Judiciário, elaborado pelo Conselho Nacional do Justiça em 2014 (CNUJ, 2014), aponta: 64% dos magistrados são do sexo masculino e os homens chegam a representar 82% dos ministros dos tribunais superiores; e em relação à composição étnico-racial da carreira, juízes, desembargadores e ministros declararam ser brancos em 84,5% dos casos.

Por outro lado, como o acesso a uma vaga no Congresso envolveria um custo financeiro elevado, que obrigaria o candidato muitas vezes a buscar financiamentos e parcerias com atores econômicos e empresariais, haveria uma aliança com alguns interesses particulares. Segundo o ministro, em algumas circunstâncias, juízes seriam capazes de representar melhor ou com mais independência a vontade da sociedade (BARROSO, 2018, p. 114).

Decisões que impactam a sociedade são evidentemente políticas. E como sustenta Waldron (1998), não há motivos para pensar que a revisão judicial traga melhorias à qualidade do debate político participativo em uma sociedade. Declarar a inconstitucionalidade de uma norma significa, em última instância, entender que os representantes eleitos pelo povo cometeram uma falha grave em relação os princípios estabelecidos por este em uma Constituição.

Possivelmente, instados a se manifestar, os cidadãos certamente opinariam contrariamente a uma justiça lenta. Porém, a questão não é tão simples, pois a alternativa oferecida igualmente traz insegurança jurídica, ao permitir que um candidato/mandatário afastado possa ter reconhecida sua inocência e não tenha como retornar ao cargo para o qual foi eleito.

Recorrendo a Coelho (2014, p. 140):

“A cada eleição, em centenas de casos, o eleitor vota sem ter certeza se seu voto vai valer. Vota, sem saber se o nome que ele sufragou era mesmo candidato ou não, ou se o candidato no qual ele votou – e foi vitorioso nas urnas – vai mesmo assumir o mandato ou não.”

A pergunta que subsiste é: afastar o trânsito em julgado contribui de alguma forma para melhorar a percepção das pessoas acerca da integridade do processo eleitoral? Será que a possibilidade de um candidato ser ao final absolvido e não poder voltar mais ao cargo para o qual foi eleito contribui para isso?

Talvez as críticas de Waldron (1998) sobre a revisão judicial, especialmente quanto aos chamados argumentos de resultado pareçam não ser tão infundadas quanto aduziriam alguns de seus detratores. Tratar o controle de constitucionalidade como um mero procedimento judicial (DA SILVA, 2009), como uma espécie de “guilhotina” anuladora manejada pelo judiciário parece não estar funcionando tão bem quanto prometiam as novas “vanguardas iluministas”.

O controle judicial forte<sup>11</sup> (WALDRON, 2018) tem um custo democrático e o debate sobre o poder de veto judicial sobre as políticas públicas precisa ser colocado sem preconceitos ou receios.

11 “Em um sistema de revisão judicial forte, os tribunais têm o poder de recusar a aplicação de uma lei em um caso particular (mesmo que a lei se aplique claramente ao caso) ou de modificar o efeito de uma lei para que sua aplicação esteja em conformidade com os direitos individuais (de maneiras que a própria lei não concebe). Além disso, neste sistema, os tribunais têm o poder de estabelecer que determinada lei ou disposição legislativa não será aplicada, de modo que, em virtude do *stare decisis* e do princípio da coisa julgada, uma lei cuja aplicação eles objetaram torna-se, com efeito, letra morta”. (WALDRON, 2018, p. 1044)

Num momento de verdadeira criminalização da política (AIETA, 2017), talvez seja prudente questionar os limites da interpretação constitucional. E essa é uma tarefa que compete a toda a comunidade jurídica.

## REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da política**. A falácia da “judicialização da política” como instrumento democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

COELHO, Margarete de Castro. **A democracia na encruzilhada**: reflexões acerca da legitimidade democrática da justiça eleitoral para a cassação de mandatos eletivos no Brasil. 2014. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3802>. Acesso em: 21 dez. 2017.

CRESPO, Ralph Andre. **“Eleições Suplementares no Brasil: Os Casos Decorrentes das Anulações dos Pleitos de 2012”**. Dissertação de Mestrado em Sociologia Política. Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, 2017.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de direito administrativo**, v. 250, p. 197-227, 2009.

\_\_\_\_\_. O relator dá voz ao STF? Uma réplica a Almeida e Bogossian. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 2, n. 2, p. 648-669, 2016.

GARCIA, Bruno Souza. **Eleições Suplementares para Prefeito (2013-2015)**: do perfil socioeconômico dos municípios ao comportamento eleitoral e partidário. 2016. 192 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2016. Disponível em <https://wp.ufpel.edu.br/pgcienciapolitica/files/2016/07/Bruno-Souza-Garcia-2016.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2017.

HAMLIN, Rebecca; KAWAR, Leila; SALA, Gemma. **The Judicialization of Politics: An Essentially Contested Concept**. Paper presented at the Five College Faculty Seminar in Legal Studies, Amherst, MA, October 15, 2015. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/55408012/Hamlin\\_Kawar\\_Sala\\_Judicialization\\_Five\\_College\\_Faculty\\_Seminar\\_in\\_Legal\\_Studies\\_Oct\\_2015.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1550421333&Signature=5E5BCnPt65L9yeSf4YKEo5tWow%3D&response-contentdisposition=inline%3B%20filename%3DThe\\_Judicialization\\_of\\_Politics\\_An\\_Essen.pdf](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/55408012/Hamlin_Kawar_Sala_Judicialization_Five_College_Faculty_Seminar_in_Legal_Studies_Oct_2015.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1550421333&Signature=5E5BCnPt65L9yeSf4YKEo5tWow%3D&response-contentdisposition=inline%3B%20filename%3DThe_Judicialization_of_Politics_An_Essen.pdf). Acesso em: 17 fev. 2019.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionism**. Massachusetts: Harvard University Press, 2007.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARATTO, Márcia. Sobre o judiciário e a judicialização. **Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas**, v. 4, n. 2, p. 17-52, 2011.

MARCHETTI, Vitor. **Justiça e competição eleitoral**. Santo André: Universidade Federal do ABC, 2013.

MOURA, RAPHAEL SOARES DE. **ELEIÇÕES 2.0: o uso das redes sociais digitais durante as eleições suplementares ao governo do estado do Amazonas**. 13/06/2018, 126 f. Mestrado em Psicologia Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS, Manaus Biblioteca Depositária: Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da Universidade Federal do Amazonas.

NOGUEIRA, Ary Jorge Aguiar. **Judicialização da competição eleitoral municipal**. As eleições suplementares de 2004 a 2018. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NORRIS, Pippa. **Why Electoral Integrity Matters**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. Edição do Kindle.

OLIVEIRA, Marilyn Escobar de. O retorno da reforma política à agenda pública durante o governo Dilma Rousseff (2011-2015). **Em Debate: Periódico de Opinião Pública e Conjuntura Política: ano 8, n. 3 (maio 2016)**, 2016.

WALDRON, Jeremy. Judicial review and the conditions of democracy. **Journal of Political Philosophy**, v. 6, n. 4, p. 335-355, 1998.

\_\_\_\_\_. **Contra el Gobierno de los Jueces: Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales (Spanish Edition)**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018. Edição do Kindle.

YIN, Robert K. **Estudo de Caso: Planejamento e métodos**. Bookman editora, 2015.

ZALAMENA, Juliana Costa Meinerz. **Judicialização, competição política local e eleições municipais no Rio Grande do Sul**. 2013. 134 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/104872>. Acesso em: 21 dez. 2017.



## **SOBRE O ORGANIZADOR**

**ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS** - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: [orcid.org/0000-0002-5472-8879](https://orcid.org/0000-0002-5472-8879). E-mail: <[awsvasconcelos@gmail.com](mailto:awsvasconcelos@gmail.com)>.

## ÍNDICE REMISSIVO

### A

Ação de impugnação de mandato eletivo 208, 211, 217, 219

Adolescente 3, 91, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 135, 136, 142

Assédio sexual 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128

Ativismo judicial 144, 145, 162, 164

### C

Colaboração premiada 29, 30, 31, 32, 33, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 144, 145, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163

Constitucional 2, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 31, 36, 37, 38, 41, 43, 47, 54, 55, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 66, 72, 82, 88, 89, 95, 103, 104, 106, 138, 143, 144, 153, 154, 157, 158, 162, 164, 170, 176, 181, 186, 203, 204, 205, 208, 209, 213, 214, 217, 218, 222, 227, 233, 235

Consumidor 103, 104, 105, 106, 107, 133, 135, 136

Criança 3, 74, 75, 82, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 135, 136, 142

### D

Direito 1, 4, 5, 7, 8, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 54, 55, 57, 60, 62, 63, 64, 68, 73, 75, 76, 78, 80, 81, 82, 85, 86, 87, 88, 91, 92, 93, 95, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 107, 114, 119, 120, 121, 123, 125, 127, 128, 129, 135, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 148, 150, 152, 153, 154, 155, 157, 158, 159, 161, 162, 163, 164, 165, 168, 169, 175, 177, 178, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 192, 203, 204, 205, 206, 209, 210, 211, 213, 214, 217, 218, 219, 222, 226, 231, 233, 235

Discurso de ódio 129, 137, 139, 140, 141, 142, 143

### E

Eleição 99, 209, 211, 213, 215, 216, 224, 225, 226, 227, 232

### F

Federalismo 57, 61

### G

Gestão 57, 59, 61, 64, 66, 98, 99, 171, 172

### J

Judicialização 93, 150, 152, 164, 214, 220, 221, 222, 230, 233, 234

## **L**

Lava Jato 32, 144, 145, 148, 150, 151, 154, 155, 157, 161, 164, 165

## **M**

Mandato eletivo 208, 209, 211, 212, 213, 215, 216, 217, 219, 224, 229

Mulher 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 122, 126, 129, 130, 133, 134, 136, 141, 142, 143

## **O**

OIT 178, 179, 180, 183, 184, 185, 186, 187

## **P**

Pacificação social 166, 168

Pandemia 47, 48, 55, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 203, 206, 207, 229

Pena de morte 15, 16, 17, 18, 19, 23, 25, 27

Perito assistente 188, 189, 190, 191, 193, 195, 196, 199, 200, 201

Pessoas com deficiência 1, 2, 11, 12, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90

Pornografia 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 141, 142, 143

Precedência 22

Princípio 1, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 31, 34, 35, 36, 37, 38, 41, 42, 45, 63, 66, 80, 88, 97, 100, 126, 136, 166, 171, 177, 180, 181, 183, 185, 208, 209, 210, 211, 213, 214, 217, 218, 226, 232

## **R**

Revolução 20, 22, 52, 55, 71, 150, 204

## **S**

Saúde 54, 57, 58, 59, 60, 61, 64, 65, 66, 85, 96, 98, 100, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 203, 204, 205, 206

Serviços públicos 48, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66

## **T**

Teletrabalho 203, 204, 205, 206, 207


## **U**

Unicidade sindical 178, 182


# Direito:

## Da Precedência à Revolução

[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br) 

[contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br) 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

[www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br) 


Atena  
Editora

Ano 2021


# Direito:

## Da Precedência à Revolução

[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br) 

[contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br) 

[@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora) 

[www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br) 

 **Atena**  
Editora

Ano 2021