



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 19 – Número 55 – janeiro/dezembro 2020
Brasília-DF



República Federativa do Brasil

Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Vice-Procurador-Geral da República
HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS

Escola Superior do Ministério Público da União

Diretor-Geral
PAULO GUSTAVO GONET BRANCO

Diretor-Geral Adjunto
MANOEL JORGE E SILVA NETO

Secretário de Educação, Conhecimento e Inovação
CARLOS VINÍCIUS ALVES RIBEIRO

Secretária de Comunicação Social
GRAZIANE MADUREIRA BAPTISTA

Secretário de Administração
IVAN DE ALMEIDA GUIMARÃES

Secretário de Tecnologia da Informação
RAJIV GEEVERGHESE

Editora Coordenadora
BÁRBARA NUNES FERREIRA BUENO

Boletim Científico
Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU
SGAS Quadra 603 Lote 22 | 70200-630 – Brasília-DF
(61) 3553-5523 | 5524
www.escola.mpu.mp.br | divep@escola.mpu.mp.br

© *Copyright* 2021. Todos os direitos autorais reservados.

Coordenação Editorial

Bárbara Nunes Ferreira Bueno

Secretaria de Comunicação Social

Graziane Madureira Baptista

Divisão de Editoração e Publicações

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Núcleo de Preparação e Revisão Textual

Carolina Soares

Núcleo de Produção Gráfica

Sheylise Rhoden

Preparação de originais

Carolina Soares, Davi Silva do Carmo e Sandra Maria Telles

Capa e projeto Gráfico

Ana Manfrinato

Diagramação

Sheylise Rhoden

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 19, n. 55, jan./dez., 2020

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

As opiniões expressas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Sumário

O Ministério Público diante da lei <i>Adriana Santos</i>	7
Dano extrapatrimonial a interesse difuso ou coletivo (dano moral coletivo) em matéria ambiental pode ter caráter punitivo <i>Alexandre Ismail Miguel</i>	31
A participação popular nas políticas públicas e o papel do Ministério Público <i>Bernardo Leôncio Moura Coelho</i>	63
Desastres e o devido processo coletivo estrutural <i>Christovão de Moura Varotto Júnior</i>	93
A inclusão da pessoa com deficiência no mercado do trabalho no Brasil: em busca da efetividade das agências do Sistema Nacional de Emprego <i>Emerson Albuquerque Resende, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva e Sofia Vilela de Moraes e Silva</i>	129
O crime de desobediência do depositário do bem penhorado <i>Gabriel Fernandes Ferreira Tavares e Guilherme Fernandes Ferreira Tavares</i>	155
Saúde mental no trabalho: um direito fundamental – a pandemia de Covid-19 e as medidas de proteção dos trabalhadores <i>José Pedro dos Reis</i>	185
A importância do manejo de dados pessoais em regiões de fronteira <i>Julia Rossi de Carvalho Sponchiado e Paulo Rubens Carvalho Marques</i>	211
O direito constitucional ao meio ambiente de trabalho sadio versus adoecimento mental dos profissionais da área da saúde e professores durante a pandemia de Covid-19 <i>Juliana Bortoncello Ferreira</i>	231

Réquiem para velhos problemas de contratação em consórcio público de direito público? (In)segurança jurídica e controle externo da atividade finalística pelo MP	
<i>Leonardo Gonçalves Juzinskas e Marcelo Sant'anna</i>	251
A competência territorial nas fraudes bancárias praticadas pela internet	
<i>Leonardo Otreira</i>	277
Eleições municipais e pandemia: limitação dos atos de propaganda eleitoral à luz da Emenda Constitucional n. 107	
<i>Lívia Maria de Sousa e Raul Lustosa Bittencourt de Araújo</i>	293
Trabalho em plataforma digital: modernidade ou precarização?	
<i>Marcos Sérgio Castelo Branco Costa, Mariana Ferrer Carvalho Rolim e Vivianne Brito Mattos</i>	315
Cotas raciais para inclusão no ensino superior: um estudo de caso à luz da igualdade proporcional	
<i>Mona Lisa Duarte Aziz</i>	347
O extremismo político destrutivo e a regulação jurídica das redes sociais	
<i>Monique Cheker</i>	377
Breves apontamentos sobre os crimes de opinião previstos no Título IX da Parte Especial do Código Penal brasileiro	
<i>Patrício Noé da Fonseca</i>	395
A Constituição como obra de arte	
<i>Paulo Thadeu Gomes da Silva</i>	421
A decisão de constitucionalidade do Inquérito 4781/STF e seus reflexos no sistema acusatório e no devido processo criminal	
<i>Raquel Branquinho Pimenta Mamede Nascimento</i>	447
Ortotanásia: limitação e suspensão de terapias de suporte artificial de vida sob a ótica dos membros do MPF e do MPDFT e de médicos	
<i>Roberto D'Oliveira Vieira, João Gabriel Rosa Ramos, Fernanda Correa Tourinho, André Ismael, Diaulas Costa Ribeiro, Humberto Jacques de Medeiros e Daniel Neves Forte</i>	473

O MPF e a necessidade de transmissão das memórias dos sobreviventes dos Xetá aos seus descendentes: a preservação do extermínio

Robson Martins e Érika Silvana Saquetti Martins 497

Desafios à resolutividade: o Ministério Público e as internações involuntárias e compulsórias

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn Souza, Guiomar Alves Gomes Pessoa, Luciana Barbosa Musse e Olívia Alves Gomes Pessoa 523

O Supremo Tribunal Federal e os transgêneros em presídios femininos: análise crítica da ADPF 527

Tatiana Almeida de Andrade Dornelles 569

Combate ao trabalho escravo no Brasil: uma análise do período de 1995 aos dias atuais

Thales Messias Pires Cardoso 607

Estudo exploratório sobre os fatores de risco nos inquéritos policiais de feminicídio em Ceilândia-DF

Thiago Pierobom de Ávila e Larissa Muniz Pessoa 637

O Ministério Público diante da lei

Adriana Santos

Promotora de Justiça Militar. Graduada, Mestre e Doutora em Filosofia pelo Instituto de Filosofia e Ciências Sociais (IFCS/UFRJ).

Resumo: A parábola *Vor dem Gesetz (Diante da Lei)* de Franz Kafka é texto de extrema importância para os atores do sistema judicial, cuja análise deve ser realizada considerando os contornos diferenciados que adquire na sua inserção no capítulo *Im Dom (Na Catedral)* do romance *Der Process (O Processo)*. Um estudo multidisciplinar, adotado o método fenomenológico, permite verificar a dimensão fundamental do Ministério Público, defensor da ordem jurídica, e das funções do promotor de justiça, com a permanente atuação como *custos legis*, no equilíbrio da relação processual, na busca da efetividade da prestação jurisdicional e da realização da justiça, velando sempre pelo respeito das garantias do réu.

Palavras-chave: Diante da Lei. O Processo. Franz Kafka. Ministério Público.

Abstract: The parable *Vor dem Gesetz (Before the Law)* by Franz Kafka is an extremely important text for the actors of the judicial system, whose analysis must be carried out considering the different contours it acquires in its insertion in the chapter *Im Dom (In the Cathedral)* of the novel *Der Process (The Trial)*. A multidisciplinary study, adopting the phenomenological method, allows to verify the fundamental dimension of the Public Prosecutor, defender of the legal order, and of the functions of the prosecutor, with the permanent performance as *custos legis*, in the balance of the procedural relationship, in the search for effectiveness jurisdictional provision and the realization of justice, always watching over the respect of the defendant's guarantees.

Keywords: Before the Law. The Trial. Franz Kafka. Public Prosecutor.

Sumário: 1 Introdução. 2 A parábola *Vor dem Gesetz* (*Diante da Lei*). 3 A parábola *Vor dem Gesetz* (*Diante da Lei*) inserida no romance *Der Process* (*O Processo*). 4 Conclusão: o Ministério Público diante da lei.

1 Introdução

O presente artigo objetiva realizar uma interpretação da parábola de Franz Kafka, *Vor dem Gesetz* (*Diante da Lei*), parte do romance *Der Process* (*O Processo*), em face de sua interação narrativa.

O texto foi pela primeira vez publicado, de forma isolada, em 7 de setembro de 1915, na *Selbstwehr. Unabhängige jüdische Wochenschrift*, 9.Jg, Nr. 34, e no *Vom jüngsten Tag. Ein Almanach neuer Dichtung*, de Kurt Wolff Verlag, nos anos de 1916 e 1917, sendo depois publicado em 1919, em *Ein Landarzt*, Kurt Wolff Verlag¹ (*Um Médico Rural*).² Na publicação da obra *Der Process*³ (*O Processo*),⁴ ele integra o capítulo *Im Dom* (*Na Catedral*). Esse percurso editorial demonstra a sua importância para o autor.

O próprio Kafka se referiu a *Vor dem Gesetz* (*Diante da Lei*) como *Prosastücke*, quando em correspondência com seu editor, mas também como *Legend*,⁵ conforme entrada do dia 13 de dezembro de 1914, de seu diário, data tida como de seu término. Considerados o seu conteúdo e a sua mensagem, é aqui entendido como parábola.

1 KAFKA, Franz. *Drucke zu Lebzeiten*. Schriften Tagebücher Kritische Ausgabe. Hrsg. Wolf Kittler. Frankfurt am Main: Fischer, 2002a, p. 267-269.

2 KAFKA, Franz. *Um médico rural*. 2. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 27-29.

3 KAFKA, Franz. *Der Process*. Im Dom (historisch-kritische Ausgabe sämtlicher Handschriften, Drucke und Typoskripte) Faksimilenachdruck. Hrsg. Roland Reuß. Frankfurt am Main: Stroemfeld Verlag, 1997.

4 KAFKA, Franz. *O processo*. 8. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 243.

5 KAFKA, Franz. *Tagebücher*. Schriften Tagebücher Kritische Ausgabe. Hrsg. Hans-Gerd Koch; Malcolm Pasley. Frankfurt am Main: Fischer, 2002b, p. 707.

Vor dem Gesetz (*Diante da Lei*), publicado e lido de forma autônoma, possui sentido mais aberto daquele que se extrai de sua leitura quando inserida no romance. Na primeira situação, há uma infinidade de perspectivas, inclusive quanto a uma ampla análise dos sistemas legal e judicial, enquanto no segundo caso, como intertexto, sua significação é diretamente relacionada à situação processual de Josef K.

O texto, extraído do capítulo *Im Dom* (*Na Catedral*), é o constante da publicação *Historisch-Kritische Ausgabe sämtlicher Handschriften, Drucke und Typoskripte, Faksimilenachdruck*, de *Stroemfeld Verlag*.⁶ A escolha deu-se por ocasião dos estudos realizados para tese de doutorado sobre a referida obra, oportunidade em que foi constatado que os manuscritos de Kafka possibilitam novas aberturas de interpretação.

Foram, também, utilizadas as traduções de Modesto Carone, referência em Kafka no Brasil, cuja qualidade pode ser atribuída à sua formação jurídica.

A linha de investigação adotada busca a permanente conciliação entre variados prismas que a multidisciplinaridade viabiliza. Por certo, os que se dedicam a desvendar os meandros impregnados de sentidos nos textos de Kafka já se depararam com diversificadas interpretações lastreadas em distintos campos da ciência.

Assim, ganha relevo a premissa conglobante: nenhuma interpretação baseada em determinado domínio científico excluirá a de outro domínio. O entrelaçamento das variadas ciências viabiliza inauditas possibilidades de compreensão, mesmo quando estamos falando de um dos mais importantes autores do século passado, com uma volumosa fortuna crítica.

A conjugação de diferentes áreas do saber permite que sejam dados novos passos em uma caminhada longa, considerada a profundidade das frases e dos parágrafos dos textos de Kafka, nos quais estão

6 KAFKA, 1997.

incrustados diversos significados, sentidos, representações, metáforas, sentenças, em um conjunto meticulosamente articulado que causa assombro e demonstra a imensa capacidade de Kafka, como escritor, advogado, artista, cientista social, filósofo. Nos seus passos, caminha-se por trilhas do humano, da Filosofia, da Psicologia, do Direito, da Literatura, da Sociologia, da Antropologia, da História.

A presente análise, com lastro no Direito, na Filosofia e na História, realizada pelo método fenomenológico, teve como norte a orientação firmada por Natalie Depraz,⁷ em obra na qual demonstra como colocar em prática a fenomenologia. Segundo a autora, o critério exegético de compreensão de um texto é a sua coerência interna, lógica e contextualizada; já o critério fenomenológico é de ordem intuitiva e permite a verificação da correção e validade do que foi elaborado. A fenomenologia, como prática, supõe um retorno no sentido da vitalidade heurística que sustenta a força afirmativa do texto. A *epoché* de Husserl determina o deslocamento do olhar, em outra maneira de ler, com distanciamento do fenômeno descrito; sendo necessário pôr entre parênteses os conteúdos já dados, para interrogar sobre a permanência do sentido. É fundamental não aderir de forma ingênua ao que aparece, a fim de possibilitar a emergência de outros modos do fenômeno.

Constata-se a importância da análise fenomenológica para a leitura de textos marcados pelo caráter labiríntico, como faz Kafka ao criar desvios a cada parágrafo. Depraz lembra que, para fazer da *epoché* um ideal e uma condição formal de possibilidade, deve-se fazer uma *praxis*, no caso de uma leitura filosófica, estando sempre atento ao que não é dado naturalmente, o que quer dizer, não ler somente o conteúdo do que está escrito, mas, sobretudo, fazer aparecer todas as possibilidades inerentes ao fenômeno.

Kafka permite ao leitor, através da ficção, alcançar uma realidade acobertada por questões técnicas. No caso de *Der Process* (O

7 DEPRAZ, Natalie. *Comprendre la phénoménologie. Une pratique concrète*. Paris: Armand Colin, 2012.

Processo), vê-se que essas questões técnicas e o seu próprio emaranhado criam uma falsa complexidade, o que tem como efeito mascarar a mensagem central das questões tratadas.

2 A parábola *Vor dem Gesetz* (Diante da Lei)

Kafka, ao tratar da lei, finca a figura de um porteiro, o primeiro de uma série, com a função de controlar o acesso. Um homem do campo a ele se dirige pedindo a sua entrada na lei e obtém como resposta que naquele momento isso não lhe seria concedido. A figura do porteiro – *Türhüter* – remete à existência da porta, o que já caracteriza um obstáculo que retira a franca entrada e passagem para a lei, atuando o porteiro, na parábola, de forma concreta, a impedir o alcance do objetivo.

O camponês indaga se poderá entrar mais tarde, respondendo o porteiro que é possível, mas não naquele momento; o homem do campo demonstra curiosidade acerca do interior da lei, e o porteiro o instiga a entrar apesar da proibição; afirma esse, ainda, que é poderoso e que em cada sala existem porteiros, cada um mais poderoso do que o outro.

A porta da lei funciona como um divisor de águas. De um lado, onde está o homem do campo, a lei é abstração e só lhe será acessível após ingressar, passar pela porta, que funciona como um verdadeiro pórtico transcendental que lhe abrirá um novo mundo ao abrigo da lei. Ocorre que diante da lei, ou seja, à porta da lei, há um homem, o porteiro que impede o livre acesso à lei.

Nesse contexto, o homem do campo elucubra que a lei deva ser acessível a todos e a qualquer hora, mas desde o início se depara com a diferença entre a lei em abstrato e a sua concretização.

A parábola não especifica, tampouco identifica, quem são o porteiro, o camponês e a lei, o que permite múltiplas possibilidades de interpretação, dentre as quais, citem-se, as de natureza religiosa, psicanalítica e jurídica.

3 A parábola *Vor dem Gesetz (Diante da Lei)* inserida no romance *Der Process (O Processo)*

Diferentemente da leitura como texto autônomo, a sua inserção no romance *Der Process* limita o campo interpretativo, uma vez que deve ser observada a relação entre o contido na parábola e a evolução narrativa do romance, para extração do elemento preceptivo daquela.

Der Process trata da submissão da personagem Josef K. a um procedimento investigatório, iniciado com uma repentina detenção que marca a violência das estruturas de poder, quando dirigidas a um inocente. A obra tem como foco central o *processo criminal*, desenvolvendo os capítulos o atuar de personagens do processo, como os funcionários da justiça, os juízes, os advogados, os acusados, suas famílias e a sociedade na medida em que mantém relação com essas personagens, já que elas existem em um meio social, inclusive aquelas que orbitam esse sistema judicial, como a enfermeira do advogado, além do pintor, desenhado como um aproveitador.

K. acreditou que, tratando-se de um sistema judicial e legal, nada precisaria fazer para que a verdade viesse à tona e restasse esclarecido que ele era inocente. No entanto, depara-se com um *processo* obscuro, o qual apresenta uma marcha inexorável, na qual até mesmo o advogado tem dificuldade para se fazer ouvir, e se apresenta mesclado com interesses escusos, marcado pela corrupção, como descrito ao longo do romance.

Assim como o camponês na parábola teve dificuldade para acessar a lei, K., por sua vez, também teve problemas, quando buscou acessar a justiça, no que passou a se empenhar em vão.

Lembre-se que a análise da parábola, mesmo sob o prisma jurídico, é mais ampla do que a sua interpretação no romance, que se limita ao *processo* de K., portanto criminal. De qualquer sorte, são duas ordens de problema enfrentadas por K. A primeira diz respeito à lei, que à época, no Império Austro-Húngaro, não viabilizava a defesa do cidadão na sua plenitude, tendo o próprio

advogado dificuldade para ter acesso aos autos, o que é um óbice à efetiva defesa. A legislação alemã, usada como referência para a austríaca, somente em 1949 estabeleceu o princípio do contraditório e do devido processo legal, além da anterioridade penal e da especificação de condições da prisão preventiva. O segundo problema que K. enfrentou foi a corrupção do sistema, a caracterizar uma organização, como K. denomina, a qual manipula as lacunas da lei, além de por óbvio distorcê-la para lograr seus intentos.

O porteiro impede o acesso à Justiça, não na propositura da ação, mas, depois, no sentido de que essa não possa se desenvolver em sua plenitude, de forma a não alcançar uma decisão de mérito válida.

Traçada, deste modo, a importância do acesso à Justiça, na concepção de efetividade, interna e externa, da prestação jurisdicional. Não basta a possibilidade de propor uma ação, ela tem que ser aceita, poder ser instruída e ter apreciadas as alegações das partes. O camponês propôs a sua ação, tendo, ao longo dos anos, apresentado diversos pedidos, todos negados pelo porteiro, aqui nitidamente na posição do juiz, na qual, inclusive, realizou diversos interrogatórios e recebeu todo o tipo de suborno oferecido pelo homem do campo, ao longo do tempo, que gastou toda a sua fortuna, descrita como farta.

O quadro indica que o camponês não conseguiu superar as preliminares e os pressupostos processuais, tampouco conseguiu realizar uma sólida instrução do feito, para que então pudesse ter julgado o mérito da causa. Com K. as dificuldades se avolumaram. Ele sequer conseguiu fosse verificada a sua qualificação, pois na primeira audiência percebera que o processo tinha como investigado um pintor de paredes. Até hoje em Praga, pode-se encontrar tribunais do distrito (*okresní soud*) equivalentes ao *Bezirksgericht* da época, funcionando em pequenos prédios contíguos nos bairros, os quais têm competência para julgar crimes de menor e de médio potencial ofensivo. K., alto funcionário, procurador de um grande banco, não estaria respondendo a *processo* no subúrbio, pelo próprio princípio da competência territorial, o que corrobora ter sido outra pessoa a cometer o delito pelo qual estava sendo julgado.

Entende-se, assim, que o acesso à Justiça não é somente o direito e a possibilidade de propor uma ação, mas o direito a que a situação demandada seja *efetivamente* analisada, ouvidas as partes, com a apreciação do direito vindicado.

Kafka transmite na parábola a agonia vivenciada pelo homem do campo e, ao longo de toda a narrativa do romance, a angústia de K., ambos tentando esse acesso à ordem jurídica justa,⁸ o que restou inatingível.

Não se sustenta o entendimento de Agamben⁹⁻¹⁰ de que o camponês, ao ter passado a vida estudando o porteiro, viveu fora do processo; que não formulou a pergunta certa; que talvez ele nem devesse pedir autorização para entrar; tendo, de qualquer sorte, permanecido do lado de fora. Tais alegações desconsideram que o *processo* é regido por leis processuais e a parte tem que respeitar a autoridade do juiz.

Como visto, Kafka, na parábola, descreve uma relação processual, tendo sido realizados pleitos, os quais foram negados, pelo porteiro, seja em questões preliminares ou pressupostos; o fato é que o camponês, apesar da ação proposta, não entrou verdadeiramente na lei, não teve o seu pedido apreciado à luz da lei que regia a matéria; ele não recebeu uma decisão de mérito, um tratamento digno, até mesmo porque não pode ser desconsiderada a hipótese de incorreção na própria aplicação da lei processual. De todo modo, ele não teve a liberdade de ir embora, porque já estava vinculado ao *processo* e àquelas decisões desfavoráveis. O vínculo estabelecido o obrigava a recorrer das decisões denegatórias, tentando alterar sua situação processual, para conseguir avançar, almejando que seu direito e sua situação fática fossem efetivamente apreciados.

8 WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 128.

9 AGAMBEN, Giorgio. *The work of Giorgio Agamben: law, literature, life*. Edinburgh: University Press, 2008.

10 AGAMBEN, Giorgio. *Nudez. K*. Belo Horizonte: Autêntica, 2014. *E-book*.

Não há como ignorar que, de fato, centenas dentre os processos em curso na justiça têm como objeto questões de suma importância para a vida dos que os propuseram e que, sem uma solução, suas vidas ficam suspensas. A imagem retratada demonstra o quanto deletéria pode ser a espera por uma decisão judicial, ficando o indivíduo atrelado a essa espera, não conseguindo se livrar da situação e acabando por perder a própria existência. Por certo, a emblemática imagem do camponês pode parecer radical, mas a realidade fática demonstra que aquele que acredita que em algum momento a justiça será realizada, aquele que não desiste de defender seu direito, não sucumbindo diante de uma decisão denegatória e usando todos os recursos disponíveis, passará muitos anos, dezenas deles, preso ao processo, o que demonstra quanto real e dolorida é a imagem pintada por Kafka.

Ainda mais, a circunstância de não conseguir ultrapassar aquele obstáculo acabou por fazê-lo acreditar que aquele porteiro, pelo seu poder, era o “único obstáculo”. Todavia, foi desenhada a estrutura, e, caso o homem do campo tivesse logrado êxito em superar aquele primeiro porteiro, outros se seguiriam conforme anunciado pelo próprio porteiro, que descreveu a sequência de porteiros das próximas salas, em referência aos graus de jurisdição e demais tribunais. Com isso, partindo da ótica de um *processo*, demanda judicial, vê-se que o indivíduo terá que se submeter a inúmeras análises de cabimento do seu pedido, nos sucessivos recursos. Kafka coloca em discussão o quanto essas questões impedem um efetivo acesso à ordem jurídica justa.

O porteiro informa que vai fechar a porta que era destinada somente a ele, o que é uma alusão ao requisito da legitimidade processual.

Interpretar *Vor dem Gesetz (Diante da Lei)* como parábola permite a busca de sua mensagem, através da linguagem figurada e alegórica utilizada. Ela realiza a ponte entre a ficção e a realidade. Trata-se aparentemente de uma demanda, a busca da aplicação da lei, mas, pelo seu caráter universal, possibilita questionar filosoficamente o Direito e os sistemas legais e judiciais.

O escritor de Praga, que costuma ser descrito como autor do absurdo, que utiliza construções labirínticas, deve ser analisado

considerando-se também essa perspectiva, a da absurdidade do real. Longe de se negar, seja o absurdo, sejam as construções realísticas com seus percursos inexpugnáveis, em primorosas criações que retratam situações extremas, que visam a retirar o leitor da letargia e fazer com que sinta empatia por aquele que está sofrendo as agruras detalhadamente descritas, aqui se experiencia o absurdo. É uma forma de impulsionar o leitor à reflexão, tão necessária para o questionamento proposto por Kafka. Sentir o sofrimento do outro sensibiliza e torna todos aptos a pugnar por melhorias do sistema, razão pela qual ele induz essa reflexão na busca de soluções. É o entrelaçamento da Filosofia com a Literatura e o Direito.

Ocorre que, nesse caso, o sofrimento não é do outro. Todos podem vir a demandar e ser demandados perante o Poder Judiciário. É um assunto que interessa e pode atingir a todos que integram cada meio social. Não há lugar para o desinteresse. São temas que têm que ser debatidos incansavelmente, perquirindo-se novas respostas.

A figura da porta pode, assim, ser entendida como obstáculo ao andamento do próprio *processo*, que impede seu regular fluxo e exaurimento, o que consubstancia o não acesso à Justiça.

Deve ser lembrado que, a cada vez que há o deslocamento do *processo* para um outro tribunal, são adicionadas novas questões restritivas de ordem processual, que seriam, então, novos *porteiros-barreira*. O primeiro porteiro descrito seria apenas o degrau inicial, localizado dentro de um sistema judicial organizado. Kafka, na parábola, para os fins dessa leitura, coloca como barreiras a lei processual, os funcionários – como atividade-meio –, bem como, pela prática judicial patológica, os próprios juízes, na atividade-fim.

Tal como retratado, no capítulo *Im Dom (Na Catedral)*, o sistema judicial, de modo paradoxal, é caracterizado como empecilho à aplicação da lei e realização da Justiça. Os órgãos constitucionalmente designados para resolver as demandas impedem a própria solução dos conflitos, fundamentados em regras formais. Importante ressaltar que o *processo* deve ter regras claras, conhecidas por todos, representando a segurança dos que nele atuam. Não se nega a necessidade de regramento, tampouco Kafka assume posi-

ção semelhante. Entretanto, tais regras não devem se sobrepujar ao próprio objeto da demanda, desvirtuando o *processo*. A função-fim principal do *processo* é garantir a liberdade dos inocentes, que, por lógica jurídica, antecede a função-meio de punir.

Ressalte-se, ainda, que o estudo da parábola como parte integrante do romance ganha nova dimensão, considerando que é desenvolvido um diálogo com o sacerdote do presídio, descrito como figura que integra o tribunal. Nesse prisma, um integrante do sistema convoca o acusado e afirma que o *processo* é o cerne, o principal, devendo K. se concentrar nele.

Ocorre que o sacerdote de um presídio tem por missão levar a palavra de Deus aos já condenados ou aos presos que estão esperando o resultado de seus processos e, além disso, conceder a extrema-unção como um dos sete sacramentos da Igreja Católica, que consiste na unção dos enfermos com a vida em perigo. Assim, fora a hipótese de uma doença terminal, a presença do sacerdote é fortemente marcada na extrema-unção quando da execução de uma sentença de morte. A figura do sacerdote, por natureza, não está ligada à estrutura e ao desenvolvimento do próprio *processo* que leva o indivíduo à condenação. Aqui marcado o desvirtuamento da função do sacerdote, indicando que, ao atuar de forma não condizente com a sua função, estava a serviço de uma organização sincrônica.

O sacerdote chama alguém que não conhece, em comportamento totalmente distinto de sua função no presídio, e escolhe a Catedral como local para realizar o encontro, portanto, um templo cristão. Dessarte, considerado o local do encontro, é de ser avaliada a hipótese de que Kafka tenha empregado a figura do sacerdote com outra conotação, até porque ele transita permanentemente através da evolução histórica dos institutos e significados dos termos.

Outros estudos já associaram o sacerdote ao judaísmo e mesmo ao Talmude babilônico; todavia, a figura do sacerdote parece ter sido empregada na concepção da Igreja Católica, onde o sacerdote, além de mediar e orientar a relação do povo com Deus, ajuda nessa aproximação.

Saliente-se que o sacerdote que K. tem à sua frente não está falando nem da lei nem da conduta de K. de descumprimento a essa lei, tampouco da pena a ser aplicada, caso tivesse sido descumprida a lei. Ele somente se refere ao *processo* e aos que o estão julgando. Diante disso, entende-se que o sacerdote não está no exercício de seu *munus*, mas numa atuação que exorbitava esse.

No começo do capítulo vê-se que o diretor do banco incumbiu K. de acompanhar um italiano, de passagem pela cidade, que elegera a Catedral como único ponto turístico a ser visitado. Antes de sair do banco rumo à sua missão, K. atende um telefonema de Leni, a qual, ao ser informada da tarefa, simplesmente diz: “Eles o estão acossando”.¹¹ Leni, como amante de vários homens que circulavam pelo tribunal e trabalhando com o advogado, sabia muito acerca do funcionamento dos bastidores dos tribunais.

“Acossar”, tradução escolhida por Carone para *hetzen*,¹² termo eleito por Kafka, se mostra perfeito, pois pode ser entendido como ataque sem trégua, causar aflição ou tormento e, mesmo, abordar alguém agressiva e impetuosamente com certa finalidade, incomodando ou molestando.¹³ Essa perspectiva é confirmada quando o sacerdote afirma: “Mandeí chamá-lo aqui... para falar com você”. K. singelamente diz que não sabia, pois estava lá para mostrar a Catedral a um italiano.

Após todo um discurso e gritos do sacerdote, o qual será detalhado mais adiante, sendo crucial agora identificar o papel do próprio chamado do sacerdote, que até então mantivera a distância e a formalidade, quando K. pede que desça do púlpito, o sacerdote diz: “Agora já posso ir”, como que tendo cumprido a missão. Ele ainda complementa ao atender a solicitação: “Precisava falar com você

11 KAFKA, 2004, p. 249.

12 KAFKA, 1997, p. 21.

13 ACOSSAR. In: AULETE DIGITAL. Rio de Janeiro: Lexikon Editora Digital Ltda, 2020. Disponível em: <https://www.aulete.com.br/acossar>. Acesso em: 20 set. 2020.

primeiro à distância. Quando não o faço, deixo-me influenciar com demasiada facilidade e esqueço o meu ofício”.¹⁴

Kafka afirma, assim, que o sacerdote tinha a frequente incumbência, *ofício*, como se referiu, de molestar os acusados, esses, a própria caça, demonstrando que o sacerdote estava ali a mando de alguém (ou de uma estrutura – a organização, como se referiu K.), com uma tarefa predeterminada. Essa sistemática já era do conhecimento de Leni, pois avisou a K. que o estavam acuando. Como descrito na cena anterior do telefonema de Leni para K., mal ele começou a explicar o motivo da ida à Catedral, foi interrompido por ela, que afirmou simplesmente seu entendimento da situação. Pode, inclusive, ser depreendido que Leni tinha conhecimento de que o sacerdote convocava acusados à Catedral com frequência.

A partir disso é que se divide o discurso do sacerdote enquanto no púlpito e depois, quando ficou no mesmo patamar que K. Por óbvio, desde o primeiro momento, viu-se que não se tratava de um sermão para a comunidade de fiéis, já que o sacerdote bradou: “Josef K.!”.

K. se aproxima do sacerdote e confirma sua identidade, lembre-se de que, em nenhum momento de sua prisão na primeira cena do livro, aqueles homens que realizaram a detenção procederam à identificação de K. ou mesmo pronunciaram seu nome, apesar das insistentes tentativas de K. Eles tampouco se identificaram.

Na Catedral é o oposto, a primeira fala é o nome do acusado, pois, naquele momento, o sacerdote se refere a Josef K. como acusado. Afirma que ele se tratava daquele a quem procurava e se identifica. Observe-se que através desse diálogo se vê que o sacerdote nunca tinha tido contato com K. Era uma situação totalmente distinta do primeiro julgamento, no qual o juiz também não sabia quem era o acusado, sendo que, naquela primeira audiência, o juiz não se certificou quanto à sua qualificação. Aqui, o sacerdote quer

14 KAFKA, 2004, p. 260-261.

e confirma a identidade de K. Continua, como salientado acima, dizendo que mandara chamá-lo.

Assim, o sacerdote chamara *um* Josef K., que não conhecia, mas que tinha que lhe passar informações sobre seu *processo*, sendo a primeira delas que deixasse de lado o que fosse secundário.

Atua, nesse cenário, o sacerdote apenas como um emissário, idôneo, o que de fato exerce uma boa impressão sobre o interlocutor, o qual recebe a mensagem com maior naturalidade, sem reservas, uma vez que não vê na figura do sacerdote a hostilidade e a violência, às quais fora submetido desde o início do curso de sua inusitada situação. O próprio cuidado em identificar K., na busca da certeza de sua identidade, conferiu ao sacerdote esse lugar diferenciado.

K. recebe a informação de que seu processo “vai mal” e, diante da indagação do que imagina para o final, demonstra que “julgava que deveria terminar bem”, mas “[a]gora às vezes até eu mesmo duvido disso. Não sei como vai terminar [...]”, e devolve a pergunta ao sacerdote, o qual, apesar de dizer que não sabe, realiza e concretiza a sua missão de transmitir a visão de dentro do “tribunal” em relação ao seu caso. Segue o recado: “Consideram-no culpado. Talvez o seu processo não ultrapasse nem mesmo um tribunal de nível inferior. No momento, pelo menos, consideram provada a sua culpa”.¹⁵

K. apregou sua inocência incansavelmente, ao longo do romance, e acreditou que a sua inculpabilidade, em termos processuais, revelar-se-ia de forma natural. Aqui reafirma a sua inocência, ao que o sacerdote afirma que todos os culpados dizem isso. É uma constatação do que acontece rotineiramente, pois o usual é aquele que cometeu um crime não assumir a sua conduta para se furtar à ação punitiva do Estado. O sacerdote, com essa afirmação, não permite a reflexão a partir da sustentação de K., que inverte a ótica. A questão está na possibilidade de realizar uma defesa que seja efetivamente analisada. O discurso do sacerdote só confirmou o que já havia sido percorrido no romance de que a defesa sequer era lida pelo juiz. Disse o sacerdote que o tribunal já se posicionara

15 KAFKA, 2004, p. 258.

e tinha formado a convicção quanto à culpa de K., sem ter sido elaborada qualquer prova.

Indaga, então, o sacerdote o que ele fará pela sua causa nos próximos dias e obtém a resposta de que quer procurar ajuda, pois entende que restavam possibilidades que não havia explorado; o sacerdote critica o acusado por procurar “demais a ajuda de estranhos”. Mais grave ainda, o sacerdote complementa: “Principalmente entre as mulheres. Não percebe que não é essa a ajuda verdadeira?”.¹⁶

Confirma-se a posição do sacerdote como integrante da organização, pois dentro das suas atribuições de sacerdote do presídio não teria como saber que K. havia tentado através daquelas mulheres acessar o tribunal. O conhecimento de tais informações e situações, o que incluiu a amante do advogado, a esposa do oficial de justiça e o pintor, demonstra que a sua posição não era despreziosa e que a sua missão era muito particular, dar um aviso a K., qual seja, que ele estava procurando a ajuda errada, a ajuda de estranhos ao tribunal, o que indica que existiam outros meios mais eficientes de alcançar o intento do acusado. *A contrario sensu*, a ajuda que o acusado deveria procurar era a dos próximos ao próprio tribunal.

Na sequência, K. esclarece que adotou essa estratégia porque o tribunal era de “mulherengos”: “Mostre ao juiz de instrução uma mulher à distância, que ele, para chegar em tempo, atropela a mesa do tribunal e o acusado”.¹⁷ Complementa que talvez o sacerdote não soubesse “a que tipo de tribunal está servindo” e que “[...] não queria ofendê-lo”.

A resposta vem num grito: “Será que você não enxerga dois passos adiante?”.¹⁸

K., acreditando na boa intenção do sacerdote e tendo esperança de receber um conselho decisivo e aceitável, principalmente

¹⁶ KAFKA, 2004, p. 259.

¹⁷ KAFKA, 2004, p. 259.

¹⁸ KAFKA, 2004, p. 260.

para sair do *processo*, o que o motiva a tentar um contato mais próximo com o sacerdote, pede para que ele desça do púlpito.

O acusado busca ajuda para sair do processo, contorná-lo e mesmo viver fora dele.

Saliente-se uma diferença entre o camponês e K., em que o primeiro queria verdadeiramente entrar no processo e K., após ter realizado um percurso naquela trajetória, inclusive pelo próprio tribunal, queria sair do *processo*. No entanto, o que os aproxima é que ambos queriam que o processo fosse verdadeiramente julgado, tendo K. acreditado que sua inocência, mesmo sem a ajuda do promotor, que era seu amigo, teria que restar comprovada ou surgir das provas.

O sacerdote aceita o convite, ressaltando que precisava falar primeiro à distância, em cumprimento ao seu ofício.

Desse modo, até aqui, o sacerdote cumprira sua tarefa, em um discurso pré-programado, através do qual tinha que transmitir uma mensagem, a correlação com a imagem do sermão dogmático tem um peso.

Apesar de se aproximar do acusado e ter dito que isso poderia influenciá-lo com facilidade, Kafka insere que o sacerdote “não perdia uma certa solenidade”, o que não parece ter sido apreendido por K., que afirma que aquele é muito amável, que ele é uma exceção, ao que o sacerdote diz para que ele não se engane.

O que se tem como construção do texto é a afirmação do sacerdote de que K. se enganava em relação a ele e ao tribunal. O sacerdote afirmou que, apesar de seu comportamento ser diferente dos demais, ele também pertencia à organização.

A parábola dita como constante dos textos introdutórios à lei elucidada o engano. O sacerdote, nessa nova posição, mais próximo a K., pretende que ele alcance uma mensagem, até mesmo porque verbalizara que K. não enxergava dois passos adiante.

Interessante, nesse passo, o estudo da professora Ana Teresa Marques Gonçalves, em artigo que faz considerações sobre a obra

De Legibus, de Cícero, produzida ao final da República Romana, analisando a relação entre a lei e a ordem na constituição dos poderes dos magistrados republicanos romanos e dos senadores,¹⁹ o qual pode auxiliar na busca da compreensão do que seriam esses textos introdutórios.

É destacado de pronto pela professora, e mais proximamente nos interessa, que, ao longo dos primeiros séculos da História de Roma, a construção do direito esteve nas mãos dos sacerdotes, os pontífices, que eram aqueles que construíam pontes entre o mundo humano e o mundo sobrenatural dos deuses.

Dentre as inúmeras atribuições dos sacerdotes estavam a definição do comportamento social dos chefes das “gentes”, das famílias; e a pronúncia do *ius*, do direito, pelo colégio dos pontífices, que detinham e interpretavam as reservas de conhecimento da coletividade, como os costumes dos ancestrais, da escrita; eles eram responsáveis pela divulgação e manutenção desses costumes, que fundamentavam as leis; também ditavam as leis; e julgavam os litígios, com base nas tradições dos antepassados. Os sacerdotes resolviam as querelas entre os homens e as relativas ao mundo divino. “Pela criação de regras de conduta e de preceitos fixos, baseados em normas morais e éticas, buscava-se uma organização social garantida pela lei e pela ordem.”²⁰ Continua:

Para o romano, qualquer crime ou desavença ocorrida no meio dos homens afetava diretamente sua relação com o cosmos, a habitação das divindades. Devido a esse pensamento, o direito apresentou origens tão religiosas. O castigo ou punição dados a um crime eram responsáveis por restabelecerem não somente a paz entre os homens, mas principalmente a *pax deorum*.

19 GONÇALVES, Ana Tereza Marques. Lei e ordem na República Romana: uma análise da obra *de Legibus* de Cícero. *Justiça & História*, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 1-17, 2002. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v2n3/doc/06-Ana_Teresa.pdf. Acesso em: 27 set. 2020.

20 GONÇALVES, 2002, p. 2.

[...]

Portanto, as primeiras leis romanas foram criadas a partir da interpretação dada pelos pontífices a problemas imediatos e concretos criados no dia-a-dia da sociedade romana arcaica.²¹

Descreve, então, a evolução nos séculos V e IV a.C., esclarecendo que, no século III a.C., a imagem do sacerdote-legislador foi sendo abandonada pela do nobre-legislador, assumindo os aristocratas papel quanto aos comentários jurídicos e o conhecimento das tradições, vivenciando-se uma gradual laicização do poder da interpretação do direito. Na obra *De Legibus*, escrita por Marco Túlio Cícero entre 51 e 43 a.C., são apresentadas a sua noção de lei e as justificativas para algumas delas. Cícero defende, com base nos filósofos gregos estoicos e da Academia, a constituição de um direito racional e natural:

A lei é a razão suprema da Natureza, que ordena o que se deve fazer e proíbe o contrário. Esta mesma razão, uma vez confirmada e desenvolvida pela mente humana, se transforma em lei. Por isso, afirmam que a razão prática é uma lei cuja missão consiste em exigir as boas ações e vetar as más. [...] A lei é a força da natureza, é o espírito e a razão do homem dotado de sabedoria prática, é o critério do justo e do injusto. [...] Sem dúvida, para definir Direito, nosso ponto de partida será a lei suprema que pertence a todos os séculos e já era vigente quando não havia lei escrita nem Estado constituído (*De Legibus*, I, 6-7).²²

Destaca a professora, ainda, que a obra de Cícero é o testemunho do aparecimento de um direito mais laico, racional e formal, numa época em que o direito estava migrando dos nobres-legisladores para os técnicos juristas e que as soluções dadas pelos sacerdotes na condição de legisladores, assim como dos que lhes seguiram, “sempre foram concretas, mas sem nunca esquecer o respeito pelos

²¹ GONÇALVES, 2002, p. 2-3.

²² GONÇALVES, 2002, p. 7-8.

antecedentes, pela interpretação estabelecida, pela prática e pelo costume (Zulueta, 1992:214-228)”.²³

Assim, a figura do sacerdote, tal qual nos primórdios de Roma, como o que detém o conhecimento das tradições, dita o direito e resolve os conflitos pode estar mais próxima do sacerdote criado por Kafka em *Der Process* (*O Processo*) e dos próprios textos introdutórios, que representam a compilação daquele conhecimento, à época não escrito, transmitido entre os legisladores-sacerdotes e que continham todas as regras do modo de agir dos que integravam aquele grupo. Viu-se que a organização social era garantida pela lei e pela ordem em regras baseadas em normas morais e éticas.

No diálogo que se segue à parábola, o sacerdote sustenta posições na defesa da organização que integra juntamente com o porteiro.

Kafka trata da multiplicidade de interpretações no paradoxo segundo o qual “*Richtiges Auffassen einer Sache und Mißverstehen der gleichen Sache schließen einander nicht vollständig aus*”,²⁴ traduzido como “[a] compreensão correta de uma coisa e a má compreensão dessa mesma coisa não se excluem completamente”;²⁵ paradoxo esse que possibilita a existência de divergentes interpretações jurídicas, situação que embasa resultados díspares.

Ponto interessante da narrativa:

— Não — disse o sacerdote. — Não é preciso considerar tudo como verdade, é preciso apenas considerá-lo necessário.

— Opinião desoladora — disse K. — A mentira se converte em ordem universal.²⁶

23 GONÇALVES, 2002, p. 15.

24 KAFKA, 1997, p. 50.

25 KAFKA, 2004, p. 265.

26 KAFKA, 2004, p. 269.

No caso, há uma referência ao trânsito em julgado, através do qual a decisão judicial transitada em julgado tem de ser cumprida por todos, mesmo que não corresponda aos fatos, o que para K. era a conversão da mentira em ordem universal.

O papel do sacerdote em função dos dados acima expostos será de extrema importância no desfecho da situação de K. no romance, o que foge ao objeto do presente artigo e será, em outra oportunidade, detalhado.

4 Conclusão: o Ministério Público diante da lei

Na catedral, o sacerdote, após sua descida do púlpito, sensibilizado pela ingenuidade de Josef K., resolve contar-lhe um trecho introdutório da lei, para alertá-lo da gravidade de sua situação processual e indicar uma solução para o problema, ainda que de modo figurado, dentro da legalidade.

Resta evidente, pelo narrado na parábola, que o tribunal, em seus julgamentos, não levava em conta as alegações do réu, muito menos as de seus advogados; sendo certo que o *processo* a que K. estava submetido caminhava para uma condenação.

Nesse cenário, o método fenomenológico nos permite, então, como salientado acima, identificar que a solução para o impasse que se apresentava, em seus aspectos legal e judicial, dependeria da atuação independente de uma terceira pessoa, legalmente legitimada, que fizesse cumprir a lei, que obrigasse o tribunal a analisar a situação de K., ouvindo suas alegações e verificando a situação fática subjacente ao feito.

Rememore-se que o camponês, assim como acontecia com o próprio K., não teve suas alegações apreciadas, o que culminou com o impedimento do acesso à lei. Ademais, no *processo* de K., há notícia de corrupção, de tráfico de influência e de erro quanto ao réu, como se verifica no primeiro interrogatório, quando o juiz de instrução pergunta se K. é pintor de paredes, sem contar a firme postura do acusado em assegurar a sua inocência.

Há, dessa forma, abuso pelo tribunal na condução do processo de K., ao tirar proveito de uma legislação de índole inquisitorial para negar a real prática defensiva e impor uma descabida condenação, por desrespeitado o princípio do devido processo legal.

Caberia, portanto, ao Ministério Público, defensor dos interesses da sociedade, órgão da lei e fiscal da sua execução, o poder-dever de atuar na hipótese em tela. Aliás, quando de sua detenção, o próprio K. pensou em consultar o senhor Hasterer, promotor público, que era seu amigo; sendo, na ocasião, dissuadido pelo inspetor que comandava a diligência de detenção.

A intervenção ministerial é de extrema importância, pois consiste na providência que garantiria o exercício de fiscalização, bem como eventual correção, das atividades do tribunal.

O promotor de Justiça deve exercer a nobre função de *custos legis*, para que possa ser respeitada a ordem jurídica e, assim, efetivada a Justiça, com o fiel cumprimento das leis, com garantia dos direitos das partes e do hígido desenvolvimento da relação processual.

Kafka, já no início do século XX, tinha a noção da complexidade das atribuições ministeriais, que abarcam a defesa da sociedade e a defesa do indivíduo contra o Estado, como no caso de K., pelo que o Ministério Público concretiza a trincheira civil no combate aos abusos do Estado.

Principalmente em sede de processo penal, onde é discutida a liberdade do réu, por regra, o órgão do Ministério Público que exerce o papel da acusação não pode esquecer a sua função de *custos legis*, com a fiscalização das formalidades processuais e a assecuração da observância da maior garantia que é a submissão das atividades estatais aos direitos do homem e do cidadão.

Em conclusão, a importância do papel desempenhado pelo Ministério Público, como fiscal da lei e de sua aplicação, fica patente como mensagem contida na parábola e válida até os dias atuais.

Referências

ACOSSAR. In: AULETE DIGITAL. Rio de Janeiro: Lexikon Editora Digital Ltda, 2020. Disponível em: <https://www.aulete.com.br/acossar>. Acesso em: 20 set. 2020.

AGAMBEN, Giorgio. *The work of Giorgio Agamben: law, literature, life*. Edinburgh: University Press, 2008.

AGAMBEN, Giorgio. *Nudez*. K. Belo Horizonte: Autêntica, 2014. *E-book*.

DEPRAZ, Natalie. *Comprendre la phénoménologie. Une pratique concrète*. Paris: Armand Colin, 2012.

GONÇALVES, Ana Tereza Marques. Lei e ordem na República Romana: uma análise da obra *de Legibus* de Cícero. *Justiça & História*, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 1-17, 2002. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v2n3/doc/06-Ana_Teresa.pdf. Acesso em: 27 set. 2020.

KAFKA, Franz. *Der Process*. Im Dom (historisch-kritische Ausgabe sämtlicher Handschriften, Drucke und Typoskripte) Faksimilenachdruck. Hrsg. Roland Reuß. Frankfurt am Main: Stroemfeld Verlag, 1997.

KAFKA, Franz. *Drucke zu Lebzeiten*. Schriften Tagebücher Kritische Ausgabe. Hrsg. Wolf Kittler. Frankfurt am Main: Fischer, 2002a.

KAFKA, Franz. *O processo*. 8. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

KAFKA, Franz. *Tagebücher*. Schriften Tagebücher Kritische Ausgabe. Hrsg. Hans-Gerd Koch; Malcolm Pasley. Frankfurt am Main: Fischer, 2002b.

KAFKA, Franz. *Um médico rural*. 2. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 128-135.

Dano extrapatrimonial a interesse difuso ou coletivo (dano moral coletivo) em matéria ambiental pode ter caráter punitivo

Alexandre Ismail Miguel

Procurador da República. Coordenador estadual, em Rondônia, da primeira edição do projeto “Amazônia Protege” (2017). Pós-Graduado em Direito Aplicado ao Ministério Público Federal (Especialização *Lato Sensu*) pela Escola Superior do Ministério Público da União. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo.

Resumo: Aplicabilidade da função punitiva na indenização por dano coletivo ou difuso ao meio ambiente, partindo da análise de julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no qual se decidiu que danos morais em matéria ambiental não poderiam ter caráter punitivo. Apesar de falar sobre o dano moral de forma geral, o caso tratou somente sobre dano moral individual e seguiu o rito de ação individual, cujo trâmite não permitiu a representação processual de interesses trans ou metaindividuais. O julgamento alinhou danos punitivos (*punitive damages*) com a função punitiva da responsabilidade civil, apesar de serem institutos distintos. O afastamento do caráter punitivo, de maneira geral e abstrata, exclui da apreciação judicial as lesões ou ameaças de lesão a direitos relacionados ao bem jurídico ambiental e desconsidera a impossibilidade de enriquecimento da parte demandante. Em julgado mais recente, o STJ admitiu, em tese, o caráter punitivo aos danos morais em matéria ambiental.

Palavras-chave: Dano extrapatrimonial. Dano moral. Dano punitivo. *Punitive damages*. Dano ambiental. Direito ambiental.

Abstract: Applicability of the punitive function of civil liability in compensation for collective or diffuse damage to the environment, departing from a judgment given by the Superior Court of Justice (STJ), in which the Court ruled that moral damages in environmental matters cannot be punitive. However, even mentioning the moral damage in general means, the case dealt only with individual moral

damages and followed the proceeding of an individual lawsuit, with no proper legal representation of transindividual interests. The judgment aligned punitive damages with the punitive function of civil liability, even though they are different institutes. The exclusion of the punitive function in a general and abstract manner unduly removes from judicial appraisal the injuries or threats of injury to rights related to the environmental interests protected under the law, and ignores the impossibility of plaintiff's enrichment. In a more recent decision, STJ admitted, in theory, the punitive function to moral damages in environmental matters.

Keywords: Non-contractual compensation. Moral damage. Damage with punitive function. Punitive damages. Environmental damage. Environmental law.

Sumário: 1 O caso: danos morais em matéria ambiental não poderiam ter caráter punitivo. 2 Dano moral: concepção e aplicação pela doutrina e jurisprudência brasileiras. 3 Do dano moral coletivo: dano extrapatrimonial com caráter punitivo. 4 Do dano moral coletivo em matéria ambiental. 5 Quando um caso concreto permite aplicação de dano moral coletivo com caráter punitivo em matéria ambiental. 6 Considerações finais.

1 O caso: danos morais em matéria ambiental não poderiam ter caráter punitivo

O julgamento que ensejou presente artigo se deu no Recurso Especial 1.354.536/SE, julgado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. De relatoria do ministro Luiz Felipe Salomão, o julgamento ocorreu sob o rito dos recursos especiais repetitivos (conforme o então vigente art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973).

O caso tratou de dano ambiental produzido por poluição ambiental causada pelas atividades da planta de fertilizantes da Petrobrás localizada em Sergipe. Nos termos do despacho do relator que admitiu os recursos, a pescadora recorrente alegou que houve

vazamento de amônia da Fábrica de Fertilizantes - Fafen/SE, subsidiária da Petrobrás, ocorrido em 05 de outubro de 2008, na área de

vegetação permanente, margens, mangues e águas do Rio Sergipe, fato que ocasionou uma grande mortandade de peixes prejudicando o desenvolvimento de sua atividade laboral.

Tendo havido condenação por danos materiais e morais, tanto os pescadores quanto a Petrobrás recorreram; esta última, para se isentar das condenações; os lesados, para majorar as indenizações, fixadas em valores considerados baixos.

No julgamento conjunto dos recursos, ocorrido em 26 de março de 2014, o relator reconheceu ter havido dano moral no caso, mas entendeu não ser cabível majoração da indenização para atribuir a ela caráter punitivo. Para chegar a essa conclusão, apoiou-se na tese de que o caráter punitivo é função dos direitos penal e administrativo:

[...] no caso da compensação de danos morais decorrentes de dano ambiental, a função preventiva essencial da responsabilidade civil é a eliminação de fatores capazes de produzir riscos intoleráveis, visto que a função punitiva cabe ao direito penal e administrativo, propugnando que os principais critérios para arbitramento da compensação devem ser a intensidade do risco criado e a gravidade do dano, devendo o juiz considerar o tempo durante o qual a degradação persistirá, avaliando se o dano é ou não reversível, sendo relevante analisar o grau de proteção jurídica atribuído ao bem ambiental lesado.

Tal tese, entretanto, não mais encontra força na doutrina, que aponta não ser verdadeira tal premissa.

Em seguida ao exposto supra, o voto do eminente relator aponta que o dano moral não poderia ter caráter punitivo, pois o direito brasileiro não admite os danos punitivos (*punitive damages*), instituto do direito estrangeiro. Sobre esse ponto, veja-se:

Assim, não há falar em caráter de punição à luz do ordenamento jurídico brasileiro – que não consagra o instituto de direito comparado dos danos punitivos (*punitive damages*) –, haja vista que a responsabilidade civil por dano ambiental prescinde da culpa e que, revestir a compensação de caráter punitivo propiciaria o *bis in idem* (pois, como firmado, a punição imediata é tarefa específica do direito administrativo e penal).

Entretanto, como se verá, tal afirmação aparenta desconsiderar a evolução da doutrina no campo da responsabilidade civil, que identifica ser uma das funções do direito civil a punição do infrator. Os *punitive damages*, instituto aplicado no direito estrangeiro, não se confundem com a função punitiva da responsabilidade civil, essa última plenamente vigente e aplicável no direito brasileiro.

Outro ponto de destaque do voto do relator, seguido pelos demais componentes da Seção julgadora, está nos critérios para mensuração dos danos morais:

Nessa toada, conforme consignou o Ministro Cesar Asfor Rocha no REsp 214.053/SP, “[p]ara se estipular o valor do dano moral devem ser consideradas as condições pessoais dos envolvidos, evitando-se que sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado” (REsp 214053/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 05/12/2000, DJ 19/03/2001, p. 113).

Com efeito, na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso (RSTJ 112/216).

Assim, é preciso ponderar diversos fatores para se alcançar um valor adequado ao caso concreto, para que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro lado, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado.

Observa-se que o voto condutor do julgamento segue o entendimento de que a fixação da compensação por dano moral em geral, e também em matéria ambiental, deve levar em conta o sofrimento ou dor psíquica (uma vez que a compensação deve idealmente se limitar à “*recompensa ao desconforto, ao desagrado*”). Outro

ponto de destaque é que a compensação pelo dano moral deve respeitar o princípio da igualdade que rege as relações de direito (vinculando a ideia, talvez, à noção de um direito privado calcado em relações interpessoais entre indivíduos). O valor deve ser fixado “com razoabilidade, valendo-se [o julgador] de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso”. Além disso, deve levar em conta o nível socioeconômico do ofendido e o porte da empresa ofensora, para que “não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização”, mas se permita, ao mesmo tempo, que “haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados” pelo lesado.

A confluência de tais orientações, que confundem diversos elementos doutrinários, inevitavelmente leva em conta avaliações que pretendam adentrar no subjetivismo da condição humana para mensurar quanto a dor vale para cada pessoa, de acordo com seu nível, sugerindo-se até que aquele que tem “menor nível socioeconômico” deve receber pouco, afinal, mais facilmente tal pessoa seria “enriquecida” por uma indenização.

Como se verá, o conceito de dor psíquica não se amolda corretamente ao conceito de dano moral, de modo que também nesse ponto os critérios de fixação devem se afastar tanto do binômio “necessidade (do lesado) *versus* possibilidade (do ofensor)”, como do fator enriquecimento do lesado, uma vez que a função punitiva da responsabilidade civil impõe que não seja desconsiderado o foco sobre o caráter preventivo da indenização fixada. De qualquer forma, no caso de danos morais coletivos, a função sancionatória possui muito mais relevância do que a reparatória, sendo ainda mais relevante que se abstraia de potencial enriquecimento para que não se perca a função punitiva. Até por esse motivo, os valores pagos a título de compensação por dano moral coletivo devem ser revertidos à coletividade, conforme apontado pela doutrina e pela lei.

Observa-se por fim que a situação fática que deu origem ao julgado não se presta à formação de uma regra geral sobre caráter punitivo do dano moral, uma vez que o caso tratou somente

de dano moral individual, instituto que se diferencia em muito do dano moral coletivo. Além disso, a discussão se deu em ação individual, na qual se contrapuseram somente os interesses da pescadora demandante e a empresa demandada. A relação jurídica processual formada é por demais restrita para que se pretenda formar regra geral sobre questões atinentes a interesses trans ou metaindividuais. Por tais considerações, eventuais enunciações extraídas do referido julgado não podem se prestar a ter natureza vinculativa para a jurisprudência brasileira, possuindo aplicação limitada, quando muito, aos casos que sejam idênticos à demanda que deu origem à referida decisão.

2 Dano moral: concepção e aplicação pela doutrina e jurisprudência brasileiras

Por muito tempo se discutiu sobre a aplicabilidade do dano moral coletivo no Direito brasileiro. Entretanto, doutrina e jurisprudência já têm por certo sua existência e aplicabilidade, de modo que este artigo não pretende se embrenhar na discussão do referido tema. Contudo, o presente capítulo se fará necessário a título de reconstrução teórica introdutória.

Até meados de 1960, o STF não reconhecia a possibilidade de compensação pelo dano moral, vinculando necessariamente a reparação a algum dano material.¹ A doutrina, entretanto, já apontava a existência dos danos morais, afirmando (I) ser incompatível rechaçar o dano moral pelo seu caráter imaterial, já que o dano à propriedade também teria um elemento imaterial, e (II) ser ilógico deixar de aplicar a compensação por dano moral só porque seria impossível quantificar exatamente o tamanho do dano, deixando-o, a esse pretexto, sem compensação nenhuma.

Nesse sentido:

1 “Não é admissível que os sofrimentos morais deem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material”. BRASIL, 1950.

A objeção clássica à reparação dos danos morais era a ausência de equivalência possível entre o sofrimento e o dinheiro. Não é possível medir a dor – diziam, cingidamente, os autores do século passado –; portanto, não é possível indenizá-la. O curioso é que essa objeção clássica, de aparente caráter ético, conduzia, na prática, a injustiças e perplexidades. Um animal morto – um boi, um cavalo – recebia, em tese, uma indenização maior do que uma pessoa morta, pois, em relação à pessoa, o Código Civil de 1916 restringia a reparação às despesas do luto e do funeral.²

Seria na década de 1960 que se reforçaria o reconhecimento da indenização por dano moral, após julgado do STF, de relatoria do ministro Aliomar Baleeiro,³ reconhecendo a indenização dos pais pela morte de duas crianças – uma de 9 e outra de 6 anos – o que, à época, seria impossível, uma vez que as crianças ainda não eram economicamente ativas e não havia dano material. De fato, mesmo tendo havido reconhecimento da culpa da empresa de ônibus que provocou o acidente causador da morte, não houve condenação por dano moral nas instâncias inferiores. Ainda que tenha reconhecido a indenização por dano moral, o STF por muitos anos ainda o vinculou à questão patrimonial. No caso relatado, o vinculou às despesas dos pais com a criação e educação dos filhos. Posteriormente, editou a Súmula 491 (“É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”), mas vinculava as indenizações à expectativa frustrada de ganhos futuros da criança, reduzindo a indenização a uma presunção de perda de renda do núcleo familiar.⁴

2 FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 289.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 59.940/SP. Recorrentes: Vicente Damico e Outro. Recorrido: Auto Ônibus Jundiá. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília, DF, 26 de abril de 1966 (ou 14 de junho de 1966). *Diário da Justiça*. Brasília: Imprensa Nacional, 30 nov. 1966. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=157636>. Acesso em: 17 jan. 2021.

4 FARIAS *et al.*, 2015, p. 290.

Com a menção da reparabilidade do dano moral na Constituição da República de 1988,⁵ no Código de Defesa do Consumidor⁶ e no Código Civil de 2002,⁷ seu reconhecimento torna-se expresso na legislação, não sem críticas. Por mais que sua existência esteja positivada, não existe uma definição legislativa do conteúdo do dano moral.

A principal crítica que se pode fazer é a vinculação do conceito de dano moral ao sofrimento ou dor psíquica. Com efeito, tal vinculação do conceito de dano moral colocaria um preço no sofrimento ou dor psíquica, atribuindo, equivocadamente, um caráter repugnante e imoral ao instituto. Entretanto, Farias *et al.* assinalam:

Ocorre que o dano moral nada tem a ver com a dor, mágoa ou sofrimento da vítima ou de seus familiares. O pesar e consternação daqueles que sofrem um dano extrapatrimonial não passam de sensações subjetivas, ou seja, sentimentos e vivências eminentemente pessoais e intransferíveis [...].

[...] aproximar o dano moral do desprazer, raiva e rancor que a lesão acarretou acaba por deslegitimar a pretensão da reparação por dano moral de indivíduos que são incompetentes para expressar tais

5 “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; [...].”

6 “Art. 6º [...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados; [...].”

7 “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

manifestações, como o nascituro, crianças de tenra idade, pessoas portadoras de transtornos mentais ou em situação de inconsciência.⁸

De fato, para a caracterização do dano moral, não se pode exigir a configuração de tal ou qual estado de subjetivismo psíquico, mas sim avaliar concretamente e de forma dinâmica os interesses contrapostos, para aferir se há interesse digno de proteção.

Outra crítica que se pode colocar é a vinculação do conceito de dano moral ao de dignidade da pessoa humana. A aproximação dos dois conceitos é pertinente na análise da responsabilidade civil sob a perspectiva constitucional, que coloca todo o direito a serviço da dignidade humana. Entretanto, deve-se afastar interpretações absolutistas, sob o risco de substituir o dogma do “dano moral como dor psíquica” pelo dogma do “dano moral como violação da dignidade humana”. Para a configuração e mensuração do dano moral, continua sendo relevante que o autor demonstre lesão concreta a um direito da personalidade ou direito fundamental. Assim, o dano moral poderia ser definido como *lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela*.⁹

Nesse ponto, é importante ressaltar o papel da jurisprudência a enfrentar cada caso concreto, detalhando e justificando porque tais e quais merecem a tutela judicial. Nessa tarefa, deve-se afastar de fórmulas gerais, como aquelas que elencam certos fatos geradores de dano moral *in re ipsa* (tornando desnecessário ao autor demonstrar como o fato afetou sua esfera jurídica); aquela que considera que apenas fatos ditos “graves” seriam ocasionadores de dano moral, gerando a falsa ideia de que algumas lesões a direitos fundamentais seriam permitidas (em verdade, quando se usa a fórmula “trata-se de um mero aborrecimento ou dissabor comum das relações cotidianas”, não se estaria permitindo aquela conduta violadora, mas sim reconhecendo, sem o necessário detalhamento, que naquele caso concreto a conduta não chegou a causar lesão a direito fundamental).

⁸ FARIAS *et al.*, 2015, p. 292.

⁹ FARIAS *et al.*, 2015, p. 294-298.

3 Do dano moral coletivo: dano extrapatrimonial com caráter punitivo

O conceito de dano moral coletivo ainda carece de depuração técnica na doutrina e jurisprudência brasileiras, sendo certo que, no que tange a esse mister, é importante reconhecer que a doutrina tem se esforçado, especialmente nos últimos escritos, em se aperfeiçoar no referido tema.

Tal afirmação decorre do fato de que no Direito brasileiro, aqui e ali tem-se utilizado o conceito de dano moral coletivo para abarcar toda e qualquer expressão de um conceito largamente diferente, a saber, o do dano extrapatrimonial de caráter difuso ou coletivo.

Farias *et al.*¹⁰ definem o dano moral coletivo como

o resultado de toda ação ou omissão lesiva significativa, praticada por qualquer pessoa contra o patrimônio da coletividade, considerada esta as gerações presentes e futuras, que suportam um sentimento de repulsa por um fato danoso irreversível, de difícil reparação, ou de consequências históricas.

A responsabilização civil tem como base essencialmente o trinômio: ação, dano, e nexos causal entre um e outro. Uma vez ocorrido um dano, causado por meio de uma conduta, o agente provocador pode (deve) ser responsabilizado.

Carvalho¹¹ retrata como mudanças ocorridas no direito civil e penal no decorrer do século XX modificaram a dicotomia até então existente, que diferenciava *dano ao interesse privado* – aquele que receberá tutela jurídica por meio da imposição de um *dever de reparação* – de *dano ao interesse público* – aquele que receberá tutela jurídica por meio da *imposição de uma sanção penal* correspondente a uma pena. Contudo, atualmente seria possível falar tanto em reparação de dano a interesse público quanto em caráter sancionatório do dever de reparação.

¹⁰ FARIAS *et al.*, 2015, p. 343.

¹¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo). *Revista da Emerj*, v. 3, n. 9, p. 21-42, 2000.

Quando se protege o interesse difuso, é o interesse público que será objeto de proteção, não se podendo falar em mero somatório de interesses individuais, mas sim, em verdade, em um "interesse de um número indeterminável de pessoas, que é de todos e de cada um ao mesmo tempo, mas que não pode ser apropriado por ninguém".¹² De acordo com a dicotomia tradicional, a proteção ao interesse público seria feita pela imposição de uma sanção penal. Entretanto, nem sempre essa medida seria suficiente para a proteção do interesse difuso objeto de tutela, pois (I) o fato lesivo pode não ter sido tipificado anteriormente como crime, ou, (II) mesmo quando o fato lesivo tenha sido tipificado anteriormente como crime, ainda poderá persistir interesse privado a tutelar, por exemplo, o interesse em garantir que o bem jurídico que foi alvo do dano possa ser usufruído por todos. Com base nessas considerações, defende, com o que concordamos, haver "fungibilidade entre as funções sancionatória e reparatória em matéria de tutela de interesses difusos lesionados".

Essa concepção não é nova na doutrina brasileira e é também aceita em nossa jurisprudência. O dano moral coletivo é um conceito amplamente sedimentado, possuindo inclusive previsão legal – o dano moral na Constituição da República (art. 5º, inciso V – "*é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem*"); o dano moral coletivo no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, inciso VI, direito básico do consumidor à "*efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos*"); e também a quaisquer interesses difusos e coletivos (art. 1º, inciso IV, da Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/1985 – "*Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...] IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo*"). Entretanto, certa imprecisão ainda paira sobre a forma de tratar o dano extracontratual que não tenha caráter patrimonial, havendo uma tendência de se incluir tudo em um grande cesto chamado "dano moral".

12 CARVALHO, 2000, p. 30.

A esse propósito, preferimos adotar a concepção mais precisa de *dano extrapatrimonial a interesse difuso ou coletivo*, trazida por Carvalho:¹³

Por tais razões, a doutrina e a jurisprudência não têm como deixar de reconhecer a tutela do dano moral coletivo ou, como preferimos denominar no título, dano extrapatrimonial a interesse difuso ou coletivo. Extrapatrimonial porque o dano moral é mais restrito do que a noção de dano extrapatrimonial e, com isso, supera-se a exigência tradicional da dor e do sofrimento que lhe é característica. Difuso porque não é apenas uma coletividade que tenha determinada qualidade que pode ser lesionada em seu interesse jurídico, mas toda a pessoa como parte integrante da comunidade. A propósito, a Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor, no artigo 81 define bem a diferença entre um e outro. Usar apenas a expressão dano moral coletivo pode dar a falsa impressão de exclusão do dano moral a interesse difuso.

Portanto, com a superação da dicotomia público-privado como categoria estanque, também se corrói a separação anteriormente estabelecida entre o conceito de pena como instituto exclusivo do direito penal e o conceito de indenização jungido exclusivamente ao direito civil. Ao discorrer sobre as funções da responsabilidade civil, Rosenthal¹⁴ diz que,

[...] conforme o tempo e o lugar, a responsabilidade civil absorve quatro funções fundamentais (sendo as duas primeiras pacíficas na *civil law*): (a) a função de reagir ao ilícito danoso, com a finalidade de reparar o sujeito atingido pela lesão; (b) a função de reprimir o lesado ao *status quo ante*, ou seja, estado ao qual o lesado se encontrava antes de suportar a ofensa; (c) a função de reafirmar o poder sancionatório (ou punitivo) do Estado; (d) a função de desestímulo para qualquer pessoa que pretenda desenvolver atividade capaz de causar efeitos prejudiciais a terceiros.

Os autores apontam que as funções basilares da responsabilidade civil são a *punição*, a *precaução* e a *compensação*, observando

13 CARVALHO, 2000, p. 33.

14 ROSENTHAL, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 32.

que não é possível se resumir o modelo de responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana) em somente uma dessas funções, sendo mais correto dizer que “*cada uma dessas funções persegue uma necessidade de segurança*”:

Pode-se dizer que a função reparatória objetiva uma segurança nos termos tradicionais de “certeza” do direito como uma importante garantia de uma compensação. A outro turno, a segurança que se prende às funções preventiva e punitiva é uma segurança social, na linha do princípio da solidariedade, objetivando a transformação social pela via constitucional da remoção de obstáculos de ordem econômica e social que limitam de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana.¹⁵

Importante observar que a função de desestímulo, ou seja, a de prevenção, permeia as demais funções, sendo, portanto, correto admitir que uma prevenção *lato sensu* é obtida sempre que se trata de qualquer das demais três funções (punição, precaução e compensação). Sintetizando esse raciocínio, é possível dizer que “na função reparatória a indenização é acrescida a uma ‘prevenção de danos’; na função punitiva, a pena civil é acrescida a uma ‘prevenção de ilícitos’; enquanto na função precaucional, a sanção é acrescida a uma ‘prevenção de riscos’”.¹⁶

No que concerne à função punitiva, ainda não aceita sem desconfiança nos tribunais brasileiros, a doutrina tem relevantes considerações já feitas. Importantes reconstruções históricas demonstram que o direito romano antigo, do qual o direito brasileiro é indiretamente tributário, não fazia distinção entre responsabilidade civil e penal, sendo a responsabilização feita sobre a pessoa do devedor como um ente global, que envolvia, sem grandes rodeios, o patrimônio e o corpo do devedor. A evolução do direito permitiu que houvesse a separação das responsabilidades civil e penal, não mais se admitindo, inclusive, a punição do corpo por dívidas civis (art. 5º, inciso LXVII, da Constituição da República). Entretanto,

15 ROSENVALD, 2017, p. 33.

16 ROSENVALD, 2017, p. 33

o instituto da pena civil tem despertado o interesse da doutrina, que trabalha o instituto de modo a permitir a identificação de sua correta aplicação na ordem jurídica brasileira.

Veja-se o que conclui Carvalho:¹⁷

De tudo resulta a plena compatibilidade entre a sanção penal e a responsabilidade civil com caráter sancionatório em um mesmo ordenamento jurídico, não tendo mais pertinência a distinção que se fazia entre interesse público-pena e interesse privado-reparação civil. Na falta de previsão de sanção penal – porque inexistente o tipo penal – mas havendo dano a interesse público ou difuso, perfeitamente possível a imposição de reparação civil com caráter marcadamente sancionatório sob a forma de dano punitivo.

Contudo, a imposição de indenização com caráter de sanção deve ser cercada de cuidados para não exorbitar sua finalidade repressiva e dissuasiva. Ela deve ter lugar quando a reintegração específica não for eficaz ou não for suficiente, ou quando não existir sanção penal correspondente, ou ainda quando o ato for extremamente ofensivo à sociedade. A exacerbação na imposição de uma tal sanção civil equivaleria a negar-se a função própria do Direito Penal e de todos os seus princípios, o que seria um retrocesso. Por outro lado, a sua aplicação comedida e prudente levaria a uma maior esfera de proteção ao interesse público e aos novos conceitos de interesse difuso e coletivo. A reparação, nesses casos, deve ser feita por arbitramento judicial a exemplo do que ocorre no dano moral tradicional.

De todo modo, e tratando-se aqui da função punitiva de um instituto que tem como objetivo a tutela de interesses difusos e coletivos, importa o seguinte alerta:

A atitude de negar relevância às sanções civis de caráter punitivo significa excluir pela raiz a aptidão de normas de direito privado explicitarem uma função preventiva, de desestímulo à prática de condutas ilícitas. [...] Desta maneira, sem que muitos conscientemente possam perceber, afasta-se a possibilidade do direito privado salvaguardar interesses que ultrapassem a esfera subjetiva dos particulares, para rea-

17 CARVALHO, 2000, p. 36-37.

lizar a importante função de mediação de conflitos que não se resumam a reequilibrar a posição jurídica de um dano causado por um sujeito a outro ou desconstituir situações jurídicas individuais contrárias ao ordenamento por nulidade, anulabilidade ou ineficácia.¹⁸

Nessa linha de raciocínio é que Farias *et al.*¹⁹ defendem que o dano moral coletivo não tem caráter reparatório, mas possui, sim, natureza de pena civil prevista legalmente na ordem jurídica brasileira, conformada pelo art. 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n. 8.078/1990) e art. 1º, inciso IV, da Lei de Ação Civil Pública (Lei Federal n. 7.347/1985). Tal conclusão se assenta no fato de que o dano moral coletivo com caráter reparatório não se justificaria quando a condenação repara os danos patrimoniais coletivos, os danos morais individuais dos lesados e restaura o *status quo ante*. A conclusão de que o dano moral coletivo é uma pena civil o aproxima de sua essência e permite a reconciliação da sua teoria com sua aplicação prática.

Em artigo sobre o tema, Bessa constata justamente que o que se chama de dano moral coletivo não possui caráter meramente compensatório e não se vincula à ideia de dano moral existente no plano individual. Pelo contrário, o dano moral coletivo é previsto pela legislação como instituto punitivo, que visa “prevenir a ofensa a direitos transindividuais, considerando seu caráter extrapatrimonial e inerente relevância social”.²⁰

Ainda nesse sentido:

O dano extrapatrimonial, na área de direitos metaindividuais, decorre da lesão em si a tais interesses, independentemente de afetação paralela de patrimônio ou de higidez psicofísica. A noção se aproxima da ofensa ao bem jurídico do direito penal que, invariavelmente, dispensa resultado naturalístico, daí a distinção de crimes material, formal e

18 ROSENVALD, 2017, p. 45.

19 FARIAS *et al.*, 2015, p. 349-353.

20 BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 59, p. 78-108, jul./set. 2006.

de mera conduta, bem como se falar em crime de perigo. Em outros termos, há que se perquirir, analisando a conduta lesiva em concreto, se o interesse que se buscou proteger foi atingido.²¹

O Superior Tribunal de Justiça tem forte entendimento no sentido de que o dano moral coletivo deve ser aferível *in re ipsa* (surge com a ocorrência do fato, independente de comprovação do dano), sem que seja necessário, como no dano moral individual, que se demonstre “comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo”.²² Nesse ponto, não se deve olvidar da crítica mencionada no presente artigo quanto ao uso da fórmula judicial do dano moral *in re ipsa*.

O caráter punitivo dos danos morais coletivos, entretanto, não os identifica com os *punitive damages* do direito norte-americano:

O direito civil norte-americano consolidou a expressão *punitive damages* como medida de natureza punitiva e inibitória, cujo juízo condenatório não está voltado para a espécie de dano (patrimonial ou moral; tangível ou intangível), mas o suporte do juízo de reprovabilidade é a conduta do causador do dano (a malícia, a devassidão, a obstinação, a ganância, a opressão, a fraude, etc.), ou seja, quanto maior a torpeza, maior a compensação das vítimas.²³

Nota-se, portanto, haver diferenciação entre os dois institutos, sendo o dano moral coletivo mais amplo, pois é valorado de acordo com a espécie e amplitude do dano, e também com a reprovabi-

21 BESSA, 2006.

22 De acordo com a Quarta Turma do STJ, “[o] dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, ou seja, sua configuração decorre da mera constatação da prática de conduta ilícita que, de maneira injusta e intolerável, viole direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade, revelando-se despcienda a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral. Precedentes” (BRASIL, 2018). No mesmo sentido, a Segunda Turma do STJ (BRASIL, 2012). E ainda: “O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas é inaplicável aos interesses difusos e coletivos” (BRASIL, 2009).

23 SILVA, Wágmar Roberto. Dano moral coletivo ambiental. *II Jornada de Direito Ambiental – Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília: Escola de Magistratura Federal da 1ª Região (ESMAF), 2013, p. 349.

lidade da conduta do causador do dano. Dessa forma, ao se dizer sobre a capacidade do dano moral coletivo sancionar o causador de dano, não se está defendendo sua identificação com o instituto estrangeiro dos *punitive damages*, mas apenas reconhecendo sua ínsita função punitiva. Sem essa função, o dano moral coletivo deixa de exercer sua finalidade no ordenamento jurídico.

Tendo como base a finalidade de punir, sancionar e prevenir lesões a direitos coletivos e difusos, é correta e adequada a solução dada pela legislação brasileira em determinar a criação de fundos de reparação de direitos difusos e coletivos que permitam recolher as condenações judiciais para que se possa destinar os recursos em favor da coletividade. Isso é o que determina a Lei n. 7.347/1985 no seu art. 13:

Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Tal fundo foi criado em âmbito federal pelo Decreto Federal n. 92.302/1986 e atualmente é regulamentado pelo Decreto Federal n. 1.306/1994. Importante ainda mencionar a Ação Civil Pública n. 5008138-68.2017.4.03.6105, em trâmite perante a 6ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Campinas/SP, ajuizada pelo Ministério Público Federal. Em decisão liminar proferida no dia 17 de julho de 2018, obteve-se a liberação dos recursos do referido fundo, que vinham sendo contingenciados pelo Executivo federal como se fossem verba orçamentária do governo. A decisão judicial acolheu o pedido do MPF, entendendo que,

[a]o contrário da legislação em vigor e a despeito da alta soma de dinheiro que compõe o FDD, a União sistematicamente vem realizando o empenho das verbas do Fundo com valores irrisórios, dificultando ou impossibilitando o cumprimento da finalidade para a qual o FDD foi criado.

Ao decidir, o Juízo reforçou que os valores arrecadados servem à reparação de lesões ocasionadas à coletividade, reconhecendo

uma correta aproximação entre a indenização pela lesão e a reparação pela lesão. Nesse sentido, expressou:

Este modo de agir da União faz que todo o trabalho realizado pelo Ministério Público Federal, pelos Ministérios Públicos Estaduais e demais órgãos que atuam no sistema dos direitos difusos fiquem assim voltados para intuitos arrecadatórios do Estado, tornando-os algo semelhante às procuradorias fiscais que atuam na cobrança de tributos, apequenando por demais as nobres funções constitucionais do Ministério Público.

Dessa forma, a indenização por danos morais coletivos deve ter seu montante valorado de acordo com seu caráter punitivo, sem receio de que o lesado se enriqueça indevidamente por haver, no ordenamento brasileiro, instituto adequado – fundos – destinado à reparação dos bens lesados com a utilização das indenizações arrecadadas.

4 Do dano moral coletivo em matéria ambiental

Sob o ponto de vista jurídico, o meio ambiente é considerado macrobem, “em uma visão globalizada e integrada”.²⁴ Nesse sentido:

Como bem – enxergado como verdadeiro *universitas corporalis*, é imaterial – não se confundindo com esta ou aquela coisa material (floresta, rio, mar, sítio histórico, espécie protegida etc.) que o forma, manifestando-se, ao revés, como o complexo de bens agregados que compõem a realidade ambiental. Assim, o meio ambiente é bem, mas como entidade, onde se destacam vários bens materiais em que se firma, ganhando proeminência, na sua identificação, muito mais o valor relativo à composição, característica ou utilidade da coisa do que a própria coisa. Uma definição como esta de meio ambiente, como macrobem, não é incompatível com a constatação de que o complexo ambiental é composto de entidades singulares (as coisas, por exemplo) que, em si mesmas, também são

24 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: Do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e prática. 3. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 82.

bens jurídicos: é o rio, a casa de valor histórico, o bosque com apelo paisagístico, o ar respirável, a água potável.²⁵

Essa conclusão é extraída da legislação ambiental, que considera o meio ambiente “*o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas*” (art. 3º, inciso I, Lei Federal n. 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente). Dessa forma, a legislação ambiental brasileira não só protege os recursos naturais individualmente considerados, mas também o equilíbrio ecológico. Na mesma linha, a proteção do bem jurídico ambiental é interesse de todas as pessoas, coletivamente e, ao mesmo tempo, individualmente consideradas.

Em relação a esse ponto, a doutrina ambientalista se debate sobre o fundamento e os limites da proteção ambiental. Leite descreve a teoria adotada pelo direito positivo brasileiro como “antropocentrismo alargado”:

Nesta acepção constata-se uma responsabilidade social perante o meio ambiente, que deve ser executada não só pelo Estado, mas também pela coletividade como um todo. Esta perspectiva antropocêntrica alargada coloca o homem como integrante (art. 3º, I, Lei 6.938/81) da comunidade biota. Apesar da falta de uma tutela difusa do bem ambiental o Código Civil (art. 1.228, § 1º, da Lei 10.402/2002) limitou o direito de propriedade ao exercício das finalidades sociais, incluindo a preservação da flora, da fauna, das belezas naturais, do equilíbrio ecológico e do patrimônio cultural, bem como procurando evitar, por uso inadequado, a poluição do ar e das águas. Além do que, impõe-se uma verdadeira solidariedade e comunhão de interesses entre o homem e a natureza, como condição imprescindível a assegurar o futuro de ambos e dependente de forma insofismável da ação do primeiro, como verdadeiro guardião da biosfera. Nesta proposta há uma ruptura com a existência de dois universos distantes: o humano e o natural, e avança no sentido da interação destes. Abandonam-se

25 BENJAMIN, Antônio Herman (coord.). *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 75.

as ideias de separação, dominação e submissão e busca-se uma interação entre os universos distintos e a ação humana.²⁶

Ainda sobre o conceito de antropocentrismo alargado, os autores afirmam que tal perspectiva rejeita uma visão restritiva de que o ser humano “tutela o meio ambiente única e exclusivamente para proteger a capacidade de aproveitamento deste”, e está vinculada a interesses intergeracionais, destinados a preservar recursos naturais também às futuras gerações.

Diversos são os instrumentos normativos que tratam sobre direito ambiental no Brasil, havendo entre eles uma linha principiológica que permeia e norteia a todos. Tais princípios podem ser colhidos da leitura de três principais instrumentos normativos, a saber, (I) a já citada Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal n. 6.938/1981), (II) a Constituição da República de 1988 (naquilo que estrutura socioambientalmente a sociedade brasileira, em especial o art. 225) e (III) os princípios aprovados na “Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento” (documento aprovado na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, a “ECO-92”, realizada no Rio de Janeiro em 1992). Da leitura de tais documentos, depreende-se, dentre outras questões, que o desenvolvimento econômico deve ser visto à luz do conceito de desenvolvimento sustentável, o qual respeita o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito das presentes e futuras gerações.²⁷⁻²⁸ A atividade humana deve se guiar pelos princípios da prevenção²⁹ (certeza

26 LEITE, 2010, p. 77.

27 Constituição da República de 1988: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

28 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992. “Princípio 3: O direito ao desenvolvimento deve exercer-se de forma tal que responda equitativamente às necessidades de desenvolvimento e ambientais das gerações presentes e futuras”.

29 Lei n. 6.938/1981, art. 4º, inciso VI: “preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida”.

científica dos riscos, permitindo mitigação dos mesmos se adotadas adaptações à atividade humana) e da precaução³⁰ (incerteza científica com relação aos riscos, mas certeza sobre a possibilidade de acontecerem, impondo-se proibição da atividade que possa causá-los), pois muitas vezes o dano ambiental é irreversível, cabendo ao responsável pela degradação ambiental a reparação do dano, de modo a absorver economicamente o impacto pela restauração ambiental (poluidor-pagador),³¹ tendo o Estado o dever de promover instrumentos econômicos que incentivem atividades menos degradantes e de garantir a responsabilização daqueles que derem causa ao dano ambiental.³²⁻³³

Em decorrência da importância prioritária que a tutela do meio ambiente adquiriu e devido à característica peculiar que possui a tutela ao meio ambiente – que permite que a uma mesma lesão ao meio ambiente se levantem tanto demandas coletivas quanto individuais –, a legislação prevê, e a jurisprudência reconhece, ampla gama de instrumentos processuais que se prestam à efetivação dos direitos e interesses ambientais.

Conforme opção do legislador, a prioridade é que se consiga a restauração do bem ambiental. Se a restauração se demonstrar inviável, a obrigação se converte em indenização em pecúnia. Em grande parte das vezes, a restauração ou recomposição do meio ambiente degradado se mostra impossível tecnicamente ou inviável

30 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992. “Princípio 15: Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme as suas capacidades”.

31 Lei n. 6.938/1981, art. 4º, inciso VII: “imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”.

32 Constituição da República de 1988: “Art. 225 [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

33 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992. “Princípio 13: Os Estados deverão desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização das vítimas da poluição e outros danos ambientais”.

economicamente, de modo que isso sobreleva a importância da conservação, em linha com os princípios da prevenção e precaução.

Em matéria ambiental, desde o julgamento do RESP 1.180.078, de relatoria do ministro Herman Benjamin (BRASIL, 2010), o Superior Tribunal de Justiça aceita a aplicação de danos morais coletivos. No caso, julgado pela Segunda Turma do STJ, o acórdão recorrido do Tribunal de Justiça de Minas Gerais havia negado a possibilidade de cumular a condenação de fazer (“reparação integral do dano”) com a condenação de pagar (“indenização dos danos causados”). O tribunal recorrido entendeu, por maioria, que a indenização em pecúnia só é devida se demonstrada a impossibilidade da reparação integral.

No voto do relator, restou consignado que, em matéria ambiental, a proteção a ser dada deve ter a maior eficácia possível. Dito isso, a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) prevê, em seu art. 3º, que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”, não tendo a conjunção “ou” a conotação de alternância, mas sim de adição. Nas palavras do relator, “[v]edar a cumulação desses remédios limitaria, de forma indesejada, a Ação Civil Pública, instrumento de persecução da responsabilidade civil de danos causados ao meio ambiente, por exemplo inviabilizando a condenação em dano moral coletivo” (grifos nossos). Uma vez que o intérprete da lei deve respeitar seu fim social, a interpretação deve ser realizada *pro natura*, ou seja, conferindo a maior proteção, o que impõe seja reconhecida a possibilidade de cumulação de condenações em fazer, não fazer e pagar, conforme o dano aferido no caso concreto. Isso porque a condenação deve também levar em conta o benefício obtido pelo ofensor com o dano ao meio ambiente (conforme o voto do relator, “a indenização não é para o dano especificamente já reparado, mas para os seus efeitos, especialmente a privação temporária da fruição do patrimônio comum a todos os indivíduos, até sua efetiva recomposição”), de modo a permitir que revertam “à coletividade os benefícios econômicos que o degradador auferiu com a exploração ilegal de recursos ambientais”.

Tal julgado foi seguido por inúmeros outros, por exemplo:

AMBIENTAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. COMPLEXO PARQUE DO SABIÁ. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER COM INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. ART. 3º DA LEI 7.347/1985. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS COLETIVOS. CABIMENTO.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Segundo a jurisprudência do STJ, a logicidade hermenêutica do art. 3º da Lei 7.347/1985 permite a cumulação das condenações em obrigações de fazer ou não fazer e indenização pecuniária em sede de ação civil pública, a fim de possibilitar a concreta e cabal reparação do dano ambiental pretérito, já consumado. Microssistema de tutela coletiva.

3. O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4. O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado.

5. Recurso especial provido, para reconhecer, em tese, a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer, bem como a condenação em danos morais coletivos, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, no caso, há dano indenizável e fixação do eventual *quantum debeatur*. (BRASIL, 2013).

Restou assim assentado o entendimento de que o dano moral coletivo é cabível em matéria ambiental, superando antigo entendimento do Tribunal de que tal instituto não seria aplicável por ausência de um “titular” do direito ou por ser impossível mensu-

rar dor psíquica da coletividade. Tais conceitos, como já exposto, não se amoldam ao conceito de dano moral, e corretamente foram superados pelo STJ em sua jurisprudência.

5 Quando um caso concreto permite aplicação de dano moral coletivo com caráter punitivo em matéria ambiental

Feitas as considerações acima sobre a caracterização do dano moral e do dano moral coletivo em nossa ordem jurídica e observadas suas implicações sobre o campo do dano ambiental, passemos a algumas considerações sobre hipóteses concretas em que se poderia verificar aplicação de dano moral coletivo em matéria ambiental, e como se adequaria a função punitiva com caráter repressivo e preventivo sobre o ofensor e a coletividade. As palavras que se seguem possuem caráter exploratório da matéria e não pretendem exaurir o assunto nem constituir regras gerais sobre o tema.

A reiteração de condutas ofensivas chama a atenção para a necessidade de aplicação de punição ao infrator. Se uma conduta ofensiva está sendo verificada repetidamente no cenário social e econômico e essa conduta é prejudicial aos interesses ambientais, ela deve ser repudiada com um caráter sancionatório à altura de sua reprovabilidade para que não mais aconteça (ou aconteça em incidência substancialmente menor).

Da mesma forma, mas sob ponto de vista diverso – da pessoa, e não da conduta –, a reincidência por parte do ofensor, mesmo que com condutas diversas. Se determinado ofensor – tomando-se como ofensor não só a pessoa física ou jurídica individualmente considerada, mas também eventual grupo do qual participe ou ao qual se associe – repete ofensas ao bem jurídico ambiental, demonstrando total desprezo para com a coletividade nessa seara tão importante, a situação fática impõe que invoque uma punição como tentativa de impedir novas ações lesivas.

A gravidade da lesão, ainda que ocorrida em um único ato, também atrai a punição. A gravidade pode ser verificada em varia-

das situações: violação a um bem de relevância para a comunidade – local, regional, nacional ou global; violação de princípios caros à tutela do meio ambiente (como o *dumping* ambiental ou a violação de normas expressas relativas ao licenciamento ambiental por parte do próprio Estado); entre outras.

Com relação a tais considerações, talvez seja necessário trabalhar na doutrina e na jurisprudência a definição de *atitude antiecológica indesculpável*. No Agravo Interno no Recurso Especial 1.483.422/CE, julgado pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, o ministro Napoleão Nunes Maia Filho deu uma pista do que pode vir a ser trabalhado em casos concretos para definir se é ou não admissível a imposição de sanção pecuniária punitiva no caso que se venha analisar. No julgamento, se entendeu pela não aplicação de pena pecuniária, porque, naquele caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que a responsabilidade do ofensor pelo dano ao meio ambiente seria plenamente satisfeita se houvesse a reparação integral do dano. O tribunal de origem havia entendido que a reparação integral do dano (I) era possível e (II) seria suficiente, apesar de entender que, em tese, caberia a pena pecuniária. Por entender que o recurso tratava de mero reexame do conjunto fático probatório, o ministro relator, acompanhado pela turma, acabou por negar provimento. Entretanto, em *obiter dictum* no seu voto proferido no Agravo Interno do referido RESP (julgamento em 24 de abril de 2018) deixou assentado que:

[...] é bem verdade ser necessária a reparação integral do dano e, *adicionalmente, impor-se ao seu causador sanção pecuniária (indenização)*. No entanto, a sanção pecuniária deve ser aplicada somente nas situações em que reste caracterizada a *atitude antiecológica, indesculpável* e exigente de tal repreensão, o que não ocorre no caso presente, conforme a egrégia Corte de origem deixou assentado. Dessa forma, considerando as circunstâncias objetivadas nos autos, a reparação do dano, é, por si só, suficiente para atender ao imperativo legal de preservação do meio ambiente.³⁴ (Grifos nossos).

Assim sendo, é importante que nos casos concretos se levante a eventual existência de atitude antiecológica indesculpável para

34 BRASIL, 2018.

que se possa trabalhar seu conceito, sua definição e as hipóteses em que ocorre. Lado outro, ainda que não se deseje trabalhar com referido conceito, ainda assim é relevante identificar, de maneira concreta e precisa, o porquê de determinado caso merecer sanção por meio de danos morais coletivos. Isso importa dizer que se deve evitar utilizar o pedido de danos morais coletivos sem identificar precisamente qual vertente do bem jurídico ambiental foi violada ou ameaçada. Na seara da responsabilização por dano ambiental, importante que a jurisprudência dos tribunais superiores seja guia aos operadores do direito no País, com julgamentos alimentados pelas considerações técnicas da doutrina.

6 Considerações finais

O dano moral coletivo, como modalidade de compensação extrapatrimonial por dano coletivo ou difuso, é um tipo de reparação civil aplicável na legislação brasileira, conforme a Constituição da República e demais previsões legais vigentes.

Conforme a doutrina, tal modalidade de reparação possui caráter punitivo, não só pela sua natureza (imposição de indenização a ser paga pelo ofensor a fundos de direitos difusos e coletivos destinados a projetos coletivos), mas também pelo seu objetivo (sem caráter punitivo, o instituto do dano moral não exerce sua função preventiva).

Feitas tais considerações, é importante que a jurisprudência abrace a discussão doutrinária que vem sendo feita para depurar o conceito de dano moral coletivo e identificar suas funções. Entretanto, o caso em destaque, mesmo tendo sido julgado sob o rito dos recursos repetitivos, não se presta a definir regras gerais sobre dano moral na área ambiental.

Isso porque o caso não tratou de danos morais coletivos, mas sim de danos morais individuais. A lesão subjacente era de direito individual, portanto a questão só poderia ser tratada sob a ótica individual ou, quando muito, sob a ótica de interesse individual homogêneo. Uma vez que não se tratou de demanda essencialmente coletiva, não se permitiu a discussão de questões relativas

a interesses trans ou metaindividuais, o que fere o princípio da representatividade adequada.

No mérito, o caso confundiu *punitive damages* (instituto do direito estrangeiro) com “caráter punitivo”. Se a adoção de *punitive damages* no Brasil talvez dependa de lei (discussão que não é objeto do presente trabalho), isso não afasta a existência de caráter punitivo da responsabilidade civil, o que já é apontado pela doutrina, uma vez que a função punitiva é inerente à reparação civil. Assim sendo, qualquer tese que tente, de forma geral e abstrata, retirar o caráter punitivo do dano moral, esvazia deste instituto a possibilidade de concretizar uma de suas funções. Tal afirmação é ainda mais relevante ao se tratar do dano moral coletivo, pois este possui como intuito a prevenção de danos a direitos difusos ou coletivos, e eventual indenização é direcionada a fundos de reparação, afastando a possibilidade de enriquecimento indevido do lesado, que não recebe tal indenização.

Quanto ao dano ambiental, relevante que se fortaleça e concretize o entendimento de que ele comporta cumulação da obrigação de fazer com a obrigação de indenizar o dano moral (em especial o coletivo), uma vez que a cumulação não importa em *bis in idem*. Uma coisa é converter a obrigação de reparação *in natura* em perdas e danos caso seja impossível tecnicamente ou inviável economicamente restaurar o bem ambiental. Outra coisa é a fixação de indenização por danos morais coletivos pela violação de princípios e direitos fundamentais da coletividade relativos ao bem ambiental.

Sobre a fixação de regras gerais para aplicação de danos morais coletivos em matéria ambiental, propõe-se uma discussão acerca de algumas das hipóteses de cabimento, sem pretensão de elaborar uma lista exaustiva. É em tais reflexões que se levanta um rol de situações que poderiam demandar o exercício da função punitiva como forma de prevenir a coletividade contra repetição. Por fim, abre-se a discussão sobre o conceito de *atitude antiecológica indesculpável*, conceito recentemente utilizado pelo STJ em *obiter dictum*, e que dá uma pista sobre o que, no entendimento do Tribunal, pode vir a merecer efeito sancionatório dentro da responsabilidade civil ambiental. Tais situações, entretanto, sempre devem ser aferíveis na avaliação do caso concreto.

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman (coord.). *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 59, p. 78-108, jul./set. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.057.274/RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Empresa Bento Gonçalves de Transportes Ltda. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília-DF, 1º dez. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 26 fev. 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=933449&num_registro=200801044981&data=20100226&formato=PDF. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.180.078/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Rubens de Castro Maia. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília-DF, 2 dez. 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 28 fev. 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1026603&num_registro=201000209126&data=20120228&formato=PDF. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.245.149/MS. Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Recorrido: Eraldo Jorge Leite. Relator: Min. Hermann Benjamin.

Brasília-DF, 9 out. 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 13 jun. 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=24856362&num_registro=201100383719&data=20130613&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.180.078/MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorridos: Fundação Uberlandense de Turismo Esporte e Lazer – FUTEL e Município de Uberlândia. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília-DF, 24 set. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 01 out. 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1194493&num_registro=201101240119&data=20131001&formato=PDF. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.354.536/SE. Recorrentes: Maria Gomes de Oliveira e Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras. Recorridos: Os mesmos. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão. Brasília-DF, 26 mar. 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 5 maio 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1308407&num_registro=201202466478&data=20140505&formato=PDF. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.517.973/PE. Recorrente: TV e Rádio Jornal do Commercio Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de Pernambuco. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão. Brasília, DF, 16 nov. 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1º fev. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?comp>

onente=ITA&sequencial=1656801&num_registro=201500407550
&data=20180201&formato=PDF. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.483.422/CE. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Município de Granja. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 24 de abril de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 10 maio 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82135034&num_registro=201402446975&data=20180510&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 11.786/MG. Recorrente: Iachua Cadus. Recorrido: Prefeitura Municipal de Ubá. Relator: Min. Orosimbo Nonaro. Relator para acórdão: Min. Hahnemann Guimarães. Rio de Janeiro, 7 nov. 1950. *Diário da Justiça*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 19 jan. 1951. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116970>. Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 59.940/SP. Recorrentes: Vicente Damico e Outro. Recorrido: Auto Ônibus Jundiaí. Relator: Min. Aliomar Baleeiro. Brasília, DF, 26 abr. 1966 (ou 14 jun. 1966). *Diário da Justiça*. Brasília: Imprensa Nacional, 30 nov. 1966. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=157636>. Acesso em: 17 jan. 2021.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Responsabilidade por dano não-patrimonial a interesse difuso (dano moral coletivo). *Revista da Emerj*, v. 3, n. 9, p. 21-42, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: Do individual ao coletivo extrapatrimonial*. Teoria e prática. 3. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração do Rio de Janeiro. *Estudos Avançados*, v. 6, n. 15, São Paulo, p. 153-159, maio/ago. 1992. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a13.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2021.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Wagmar Roberto. Dano moral coletivo ambiental. *II Jornada de Direito Ambiental – Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. Brasília: Escola de Magistratura Federal da 1ª Região (ESMAF), 2013. p. 339-367.

VENTURI, Elton; VENTURI, Thaís G. Pascoaloto. O dano moral em suas dimensões coletiva e acidentalmente coletiva. In: ROSENVALD, Nelson; TEIXEIRA NETO, Felipe (coords.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba, SP: Ed. Foco, 2018.

A participação popular nas políticas públicas e o papel do Ministério Público¹

Bernardo Leôncio Moura Coelho

Procurador do Trabalho. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Especialista em Direito Público pela UnB. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (ESMP). Especialista em Direitos Humanos e Trabalho pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Resumo: Através deste estudo buscamos as origens da participação popular nas políticas públicas, desde a concepção liberal de Estado até a promulgação da Constituição federal em 1988. Para tanto, descrevemos o processo de sua incorporação na legislação e o seu incremento, especialmente nos locais governados com diretriz voltada para o estado social. Após, finalizamos com a análise da situação atual brasileira, com a alteração da legislação para frear a inserção popular nas políticas públicas e as medidas que podem ser adotadas pelo Ministério Público.

Palavras-chave: Políticas públicas. Participação popular. Ministério Público do Trabalho. Gramsci.

Abstract: Through this study we search for the origins of popular participation in public policies, from the liberal conception of the State to the promulgation of the federal Constitution in 1988. To do so, we describe the process of its incorporation into legislation and its increase, especially in places governed by guidelines focused on social state. Afterwards, we finalized with the analysis of the current Brazilian situation, with the change of legislation to stop

1 Trata-se de versão modificada e resumida do trabalho final apresentado como requisito para obtenção do título de Especialista em Direitos Humanos e Trabalho pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), sob a orientação do Dr. Ronaldo Lima dos Santos.

popular insertion in public policies and the measures that can be adopted by the Public Ministry.

Keywords: Public policies. Popular participation. Public Ministry of Labor. Gramsci.

Sumário: 1 Introdução. 2 Políticas públicas e participação popular. 2.1 A participação popular na história brasileira. 2.2 O conceito de sociedade civil. 2.3 A participação popular após a Constituição de 1988. 2.4 Políticas públicas. 2.5 O conceito de política pública. 2.6 As etapas da política pública e a participação popular. 2.7. Problemas atuais. 3. O papel do Ministério Público. 4 Conclusões.

1 Introdução

Conforme já ressaltado por diversos pesquisadores, o estudo das políticas públicas no Brasil vem se formando nos últimos vinte anos, especialmente após a redemocratização do país. Como bem salienta Bucci,² “a necessidade do estudo das políticas públicas vai se mostrando à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais”, o que justifica este estudo.

A elaboração de uma nova ordem constitucional, pós-ditadura, era premente após a realização de eleições para presidência, sendo, para isso, convocada Assembleia Nacional Constituinte. Tivemos a promulgação da Constituição federal, alcunhada de Constituição Cidadã, em face do reconhecimento de diversos direitos sociais que não estavam albergados na antiga ordem constitucional brasileira.

Numa análise topográfica da Constituição federal, percebemos que o título destinado aos direitos e garantias fundamentais foi alçado ao início do texto constitucional (art. 5º ss.), deslocando-se do antigo art. 150, onde figurava no título da declaração de direi-

2 BUCCI, M. P. D. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. In: BUCCI, M. P. D.; SAULE JÚNIOR, N.; ARZABE, P. H. M.; FRISCHEISEN, L. C. F. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001. p. 7.

tos, relevando o posicionamento do constituinte em priorização dos direitos e garantias e direitos sociais.

A Constituição federal trouxe diversos direitos e garantias, bem como uma ampla lista de direitos sociais dependentes de regras para sua aplicação, mas não será objeto do presente estudo a questão da divisão das normas constitucionais.

Importante esclarecer que, dentro de nosso alinhamento constitucional, não há diferença entre os direitos individuais e os direitos sociais, ou hierarquia ou escalonamentos entre direitos sociais e direitos individuais. Eles se complementam para assegurar a dignidade humana.

Nosso propósito de pesquisa se coloca quando, no atual momento, ascende ao cargo de presidente da República um candidato com declarado posicionamento de extrema direita. Sua pauta, apoiada por maioria do Congresso Nacional, busca a liberação do uso de armas, a aniquilação das entidades sindicais, a flexibilização dos direitos trabalhistas, a reforma previdenciária, entre outros temas.

Através do Decreto n. 9.759, de 11 de abril de 2019, foram extintos colegiados da Administração Pública federal e, quanto a estes, estabelecidas diretrizes, regras e limitações, o que resultou na extinção de 98,8% dos conselhos ligados ao governo federal.

Houve questionamento perante o Supremo Tribunal Federal, sendo deferida medida liminar para limitar a extinção apenas aos conselhos que não foram criados com amparo em lei.

A partir da compreensão deste fenômeno histórico, buscamos aprofundar, dentro da nossa pesquisa de políticas públicas, a temática da participação popular, com uma pesquisa, a partir da Constituição Federal, para delinear esta participação popular dentro da formulação e avaliação de políticas públicas.

Partindo de uma tentativa de conceituação de políticas públicas, ainda revolta e sem pacificação, buscaremos analisar as fases

de sua formulação, acompanhamento e avaliação, passos básicos a serem seguidos.

Para viabilizar a pesquisa, buscamos entender o que se entende por participação popular, tentando trazer a questão para dentro das políticas públicas voltadas para a área de trabalho, nosso grande objeto de estudo. A participação popular, incrementada pelo texto constitucional, será analisada sob uma perspectiva gramsciana, em confronto com uma concepção liberal da sociedade e seu papel dentro do Estado.

Quando nos referimos à sociedade civil, buscamos uma conceituação mais ampla, envolvendo todos os atores em suas habilidades e poderes para o alcance dos seus objetivos, como os sindicatos de trabalhadores.

A partir daí, dentro da análise do controle social, procuraremos verificar como ocorre a participação desta sociedade civil, buscando analisar os efeitos destas medidas governamentais e como a população poderá participar das políticas públicas.

Também, tentaremos desvendar qual seria o papel do Ministério Público dentro deste papel de sujeito e indutor da sociedade civil para a participação nestas políticas públicas.

2 Políticas públicas e participação popular

Historicamente, até o final do século XIX e início do século XX, era prevalente a ideia liberal de um Estado Mínimo que assegurasse o “mercado livre”, com a regulação sendo feita pelas próprias pessoas, como se todos os indivíduos tivessem o mesmo papel e a mesmo poder.

No decorrer do século XX a questão social veio à tona, especialmente após a Crise Econômica de 1929 nos Estados Unidos, que contaminou o mundo, e as duas Grandes Guerras. O Estado do Bem-Estar Social buscou minimizar as diferenças sociais, concedendo direitos àquelas pessoas alijadas dos meios para sobrevivência ou para minorar sua situação social.

Hoje, estamos verificando uma mudança, novamente, com a ascensão de ideais de neoliberalismo, enfrentando as diversas conquistas da sociedade na atual Constituição federal.

A República Federativa do Brasil vem assentada nos fundamentos de soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e do pluralismo político (art. 1º).

Para que os cidadãos possam usufruir dos direitos assegurados na Constituição, faz-se necessário que sejam adotadas medidas tendentes a possibilitar o exercício destes direitos. Neste momento entram em cena, para assegurar/possibilitar que estes direitos sejam exercidos, as políticas públicas, que têm suas linhas gerais estabelecidas na Constituição. Através dessas políticas públicas, poderão ser asseguradas a dignidade do trabalho e da pessoa humana e as políticas sociais, com a participação da população, em conjunto com o Governo, quando se dará a definição das prioridades.

A participação popular se enquadra como um dos elementos do pluralismo político.

A Constituição Federal deu uma nova forma à organização do sistema federativo brasileiro, que se notabilizou pela inclusão dos municípios na federação, ao lado dos Estados e da União. Nesta nova organização, coube à União, precipuamente, a coordenação das políticas sociais, deixando-se aos municípios a responsabilidade pela execução dessas políticas.

No entanto, essa descentralização tem crítica realizada por Ribeiro quando, ao analisar este processo, verificou que ele não teve o mesmo ritmo nem sua implementação definida e articulada entre os três níveis de governo.

A dinâmica da descentralização é fortemente influenciada pelo processo político no qual é implementada, já que decorre de interações entre os diferentes poderes, principalmente entre Executivo e Legislativo, e entre os diferentes níveis de governo.³

3 RIBEIRO, L. M. Federalismo, governo local e políticas sociais no Brasil entre 1996 e 2004. In: HOCHMAN, G.; FARIA, C. A. P. (org.). *Federalismo e políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013. p. 153.

Como vimos, então, existe um balizamento constitucional que ampara o estabelecimento das políticas públicas para usufruto dos direitos sociais, expressamente determinado com a participação popular, como veremos adiante.

2.1 A participação popular na história brasileira

Temos assistido, desde a década de 1990, ao discurso da participação, coincidente com a nova ordem constitucional implantada pela Constituição de 1988, marcante da redemocratização brasileira, amputada que foi pelo golpe militar de 1964.

Convém recordar que a Assembleia Nacional Constituinte permitiu a ampla participação popular no processo de escrita da nova Constituição, com a apresentação de diversas emendas populares, às vezes subscritas por milhares de assinaturas.

Mediante esse processo, muitas propostas que versavam sobre políticas públicas foram apresentadas, através do movimento coordenado na sociedade civil e de outros atores, tais como as entidades sindicais. Como diz Avritzer, “este foi o primeiro momento importante de um processo de aprofundamento democrático”.⁴

A nossa história aponta que esta participação da sociedade foi uma conquista em frente ao Estado, que, tradicionalmente, sempre manteve relações simbióticas e corporativas com grupos privilegiados, dentro de uma esfera autoritária que excluía a maioria da participação e, efetivamente, não a contemplava com as políticas adotadas.⁵

Praticamente todos os movimentos sociais que ocorreram no Brasil foram exemplarmente reprimidos, como Canudos e Palmares ou o movimento operário e camponês.

4 AVRITZER, L. Um balanço da participação social no Brasil pós-constituição de 1988. In: AVRITZER, L. (org.) *Experiência democrática, sistema político e participação popular*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013. p. 12.

5 ALBUQUERQUE, M. C. Participação cidadã nas políticas públicas. In: HERMANN, K. (org.). *Participação cidadã: novos conceitos e metodologias*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2004.

Nos anos 1950 e 1960 temos uma intensa mobilização social, que foi bruscamente interrompida pelo golpe de 1964 e a ditadura que se seguiu e que, com forte repressão, fechou sindicatos, cassou, torturou e banuiu as lideranças sociais e políticas. Neste período a atividade continuou na clandestinidade, seja com o movimento estudantil, seja com os grupos que pregavam a luta armada.

Na década de 1970, com o início do exaurimento da ditadura, novos sujeitos vão se formando, podendo-se destacar aqueles provenientes do movimento sindical – de esquerda marxista e auxiliados pela Igreja, com a edição da Encíclica *Mater et Magistra* e a Conferência Episcopal Latino-Americana realizada em Puebla.

Importante também o papel desempenhado pelas ideias de Paulo Freire, educador brasileiro e, hoje, patrono da Educação brasileira. A partir do conceito de aprendizagem por ele formado, gerado na educação popular, possibilitou-se a elaboração conjunta de projetos de transformação social, levando setores excluídos a uma nova constituição da esfera pública.⁶

Nos anos 1980, com a derrocada da ditadura, foi elaborada nova Constituição, deslegitimando o período anterior, com a emergência de novos direitos sociais, pela primeira vez incluídos no seu texto, reafirmando a importância da participação popular, ressaltada em seu art. 1º, em que se lê: “todo poder emana do povo, que o exerce indiretamente, através de seus representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Reafirmando os conceitos de sua redemocratização, foi eleito um governo de esquerda e que buscou, incessantemente, a melhoria na qualidade de vida da parcela mais pobre da população, bem como incentivou a participação popular nos processos decisórios centrais.

No entanto, com a chegada ao poder central de uma legenda totalmente identificada com a extrema direita, esta agenda sofreu severas mudanças, com o aumento de privilégios para os donos

6 HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

dos instrumentos de produção e o achatamento da qualidade de vida, sempre buscando, através dos ideários liberais mais extremos, aumentar o lucro em detrimento de outros componentes de justiça social.

2.2 O conceito de sociedade civil

Gramsci utilizava-se do conceito de “Estado Ampliado” ao se referir à estrutura na qual o Estado se soma à sociedade civil para a tomada de decisões que irão repercutir na vida de toda a sociedade.

Entendemos que este conceito se revela bem peculiar e interessante quando analisamos políticas públicas e buscamos definir o papel da sociedade civil neste processo, seja na sua formulação, seja na sua avaliação, como um papel de controle das políticas sociais a serem desenhadas pelo Estado.

Se as políticas públicas se constituem como demandas sociais, decorrentes do reconhecimento de direitos pela Constituição Federal, tratando-se de um problema coletivo, revela-se, desta forma, a importância da participação da sociedade civil neste processo.

O Estado, enquanto instituição, passou por diversas tentativas de compreensão, buscando-se investigar a sua origem.

No tempo dos pré-socráticos, a cosmogonia, a explicação sobre a origem do universo, pautava as investigações.

Após a criação da sociedade, podemos destacar autores conhecidos, como Hobbes, Locke e Rousseau que, tendo em comum o papel de um contrato social estabelecido entre as partes e que preserva a sua organização, divergem na sua própria interpretação.

Hobbes, com sua máxima “*homo homini lúpus*”, tem o entendimento de que a harmonia da sociedade só será alcançada com um poder com autoridade absoluta para sua proteção, exercendo o Estado o controle sobre a sociedade. Para Locke, defensor do liberalismo e do poder limitado do Estado, deve-se fazer tudo para não acontecer a intervenção deste na economia. Rousseau, adepto

da democracia participativa, entende que o controle se exerce pelo povo sobre o Estado, para garantia da soberania.

Como se percebe, desde as suas origens, a questão de “quem controla quem” vem ajudando a definir como se concebe o Estado.

Dentro de nosso entendimento e dando um salto, encontramos em Gramsci o conceito perfeito para o entendimento sobre o papel da sociedade civil e do Estado, ainda mais considerando-se que esta discussão ganha tanta importância quanto outros temas, como controle social, movimentos sociais (nestes incluídos os sindicais) e a relação deles com o Estado.

Gramsci entende a sociedade na forma de uma organização, com instituições complexas (públicas e privadas), que duelam na busca da hegemonia. Ele “não interpreta o Estado apenas como um aparelho de repressão, mas um aparato jurídico-político cuja variação está de acordo com a organização social, política, econômica e cultural da sociedade”.⁷

Ao contrário de Marx, Gramsci entende que aquele que detém a hegemonia do Estado deve atentar para a legitimidade do governo “uma vez que acredita que o poder não se sustenta só na sociedade política, ao passo que se faz necessária também a legitimidade da sociedade civil”.⁸

No seu conceito de Estado Ampliado, Gramsci adota a ideia de que o Estado não é está apenas a serviço da classe dominante, afastando-se de Marx para uma ideia de uma dominação sob consenso, entendida como a soma das sociedades política e civil.

Chegamos, portanto, ao nosso ponto de partida. Desde o começo do século passado, presenciamos uma crescente partici-

7 SILVA, 1999 *apud* ALESSIO, M. A. G. *Estado, sociedade civil e o controle social: uma análise desta relação sob a perspectiva do conceito gramsciano de Estado ampliado*. IV CONGRESSO BRASILEIRO DE ESTUDOS ORGANIZACIONAIS – Porto Alegre, RS, Brasil, 19 a 21 de outubro de 2016. p. 5.

8 SILVA, 1999 *apud* ALESSIO, 2016, p. 5.

pação popular na esfera política. Poderíamos citar a conquista do voto universal, acabando com uma era na qual apenas a sociedade dominante e rica podia votar, a criação de partidos e sindicatos de massa, que trouxeram uma gama crescente de pessoas para dentro da esfera política, ou seja, trouxeram a sociedade civil para a discussão dos temas políticos.

Numa sociedade, a partir de um Estado Democrático de Direito como enunciado na Constituição Federal (art. 1º), o Estado Ampliado de Gramsci não pode ser entendido na perspectiva de que o Estado (Governo) possa governar apenas com a classe dominante, sem a presença da sociedade civil, após uma longa enumeração constitucional de sua presença em atos do governo.

A Constituição Federal implementou e incrementou a democracia participativa, com a criação de instrumentos para que a sociedade pudesse participar e controlar as ações do Estado na busca do bem comum e do interesse público.

Para Alessio, e com o qual concordamos, há distinção entre os conceitos de controle social e participação social:

Enquanto controle social está relacionado ao monitoramento dos poderes públicos por parte dos indivíduos possuidores do acesso público às informações, a participação social, por sua vez, relaciona-se ao exercício de cidadania por meio da participação política permanente.⁹

O controle social seria entendido como direito do sujeito – seja exercido de forma individual, seja coletiva – de fazer com que o poder político seja sujeito à fiscalização; e a participação social, de forma totalmente diversa, é uma forma de orientar e intervir na tomada de decisões públicas (políticas públicas), cabendo este papel à sociedade civil.

9 SILVA, 1999 *apud* ALESSIO, M. A. G. *Estado, sociedade civil e o controle social: uma análise desta relação sob a perspectiva do conceito gramsciano de Estado ampliado*. IV CONGRESSO BRASILEIRO DE ESTUDOS ORGANIZACIONAIS – Porto Alegre, RS, Brasil, 19 a 21 de outubro de 2016. p. 6.

A participação se revela, no entanto, como um expediente político absolutamente adequado à construção de um regime democrático. Neste sentido, ao Estado caberia criar um conjunto de mecanismos que incorpore os cidadãos aos programas de administração local, destinados a incrementar o bem-estar da cidadania. Para isso, é necessário que ocorra uma descentralização efetiva dos recursos e de competências de poder.¹⁰

A participação popular, centrada na redemocratização efetuada pela Constituição federal, deixa de ser um elemento intruso nas questões sociais e passa (deveria ser) a uma importante parceira dos governos que implementam políticas públicas, auxiliando-os na formulação, implementação e avaliação dos processos, buscando sempre a melhora na prestação social.

2.3 A participação popular após a Constituição de 1988

A Constituição federal de 1988, a denominada “Constituição Cidadã”, trouxe diversas hipóteses de participação popular, seja através da sociedade civil organizada, seja através de entidades civis, seja através de entidades componentes do sistema sindical nacional. Podemos observar esta intenção constitucional nos seguintes artigos: 8º, inciso VI; 10; 37, § 3º; 187; 194, inciso VII; 198, inciso III; 204, inciso II; 216-A, § 1º, inciso X; 227, § 1º; 79, parágrafo único (ADCT); 82 (ADCT).

Complementando as disposições constitucionais, a legislação infraconstitucional também previu a participação popular na tomada de decisões envolvendo políticas públicas. A adoção de órgãos colegiados no âmbito das administrações públicas (federal, estadual e municipal) representa uma manifestação do princípio da participação popular, consagrado na Constituição Federal.

A democracia participativa nada mais é que um regime onde se pretende que existam mecanismos efetivos de controle e participa-

¹⁰ FREITAS, L. O. Políticas públicas, descentralização e participação popular. *Revista Katálisis*, Florianópolis, v. 18, n. 1, p. 113-122, jan./jun. 2015. p. 120.

ção que possam ser exercidos pela sociedade civil perante a administração pública, não se reduzindo o papel democrático apenas ao voto, mas também estendendo a democracia para a esfera social [...]. A participação busca intensificar a democracia, [seja] reivindicando a legitimidade da democracia participativa, seja pressionando as instituições democráticas representativas a fim de torná-las mais inclusivas, ou ainda buscando formas de unificar as democracias participativa e representativa.¹¹

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069/1990, definiu como direito de os pais participarem na definição das propostas pedagógicas das escolas de seus filhos, bem como terem conhecimento do processo pedagógico (art. 53, parágrafo único), acompanhando seu desenvolvimento e avaliação.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), Lei n. 9.394/1996, propõe uma participação de caráter mais coletivo no processo de elaboração e decisão do projeto pedagógico de cada escola, prevendo a participação das comunidades escolar e local em “conselhos” escolares ou equivalentes (art. 14).

Na Previdência Social, a Lei n. 8.213/1991, em seu art. 3º, instituiu o Conselho Nacional de Previdência Social (CNSS), com a participação de trabalhadores na ativa e de trabalhadores aposentados; na assistência social instituiu-se (art. 18) o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), com composição paritária entre sociedade civil e governo, ressaltando, ainda, no seu art. 16, que as instâncias deliberativas são de caráter permanente e de composição paritária, entre outras participações.

Apesar da longa enumeração de conselhos para a participação popular, não se trata de um tema de fácil percepção para as partes envolvidas, como observava Celso Daniel ao tratar dos conselhos gestores de políticas públicas:

11 FRAGA, J. M.; TEIXEIRA, P. A. *Uma breve análise dos direitos políticos e a concretização da democracia: da democracia liberal à participativa*. 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/13110/2236>. Acesso em: 24 fev. 2020. p. 6-7.

[O]s Conselhos são espaços que não são meramente estatais nem meramente comunitários. Do ponto de vista jurídico, eu não sei sequer se é fácil classificá-los, porque o nosso sistema jurídico trabalha muito separadamente o direito privado e o direito administrativo.¹²

Apesar de os conselhos serem institucionalizados, requer-se que sejam criados espaços e canais de participação e confronto de projetos, em que a sociedade possa expressar seus interesses e demandas orientando a Administração Pública no atendimento de suas necessidades básicas. “É preciso pensar um sistema alternativo de controle social que possa garantir a plena satisfação das necessidades humanas”.¹³

2.4 Políticas públicas

As políticas públicas constituem uma temática oriunda da Ciência Política e, somente a partir do final dos anos 1970/começo dos anos 1980, houve o início dos seus estudos no Brasil, que se centravam na formação histórica das *polícies*, como objeto de análise. A evolução nos estudos trouxe outros interesses sobre os atores, os interesses colocados pelas partes e os processos de cada política, chegando-se ao ponto no qual se verificou que a análise das características institucionais das políticas era um ponto chave para se entender a relação entre o Estado e os beneficiários das políticas, ou seja, seus cidadãos.

Com a redemocratização do país, a participação popular foi encarada como forma institucional para o enfrentamento do déficit do Estado para com os cidadãos com relação às políticas públicas sociais.

12 CARVALHO, M. C.; TEIXEIRA, A. C. (org.). Conselhos Gestores de Políticas Públicas. *Pólis – Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais*, São Paulo, n. 37, 2000. p. 129.

13 MÉSZÁROS, 1993 *apud* FREITAS, L. O. Políticas públicas, descentralização e participação popular. *Revista Katálisis*, Florianópolis, v. 18, n. 1, p. 113-122, jan./jun. 2015. p. 115.

Os anos 1990 trouxeram novos elementos para as investigações sobre as políticas públicas, e a análise da produção de políticas públicas passa a ser examinada predominantemente pelo ângulo de suas relações com as instituições políticas.

Nos tempos atuais, ultrapassado o conceito de *Welfare State*, pregado após a segunda Grande Guerra, temos um mundo globalizado, com forte predomínio de políticas conservadoras de direita, dificultando o desenvolvimento dessas políticas públicas.

É necessário esclarecer que o estudo das políticas públicas é um ramo da ciência política, mas não confunde com a própria política. Podemos dizer que o seu estudo implica uma interseção de diversas áreas do conhecimento, bem multidisciplinar, pois envolve o Direito, as Ciências Políticas, a Administração, a Economia, a Sociologia, entre outras diversas áreas.

As políticas públicas são os verdadeiros instrumentos que materializam os direitos fundamentais que foram estabelecidos na Constituição federal.

2.5 O conceito de política pública

O tema de políticas públicas, por ser, de certa forma, novo e trazer em sua origem uma multidisciplinaridade, envolve muitos conceitos de outras matérias, priorizando-se alguns aspectos considerados importantes naquela análise.

Não tentarei formular um conceito de políticas públicas, mas trazer análises de autores que estudaram o assunto, sendo importante frisar que não existe um único conceito sobre o tema pois, para cada modelo de Estado e de governo, haverá um conjunto próprio e coerente de políticas públicas.

O conceito de políticas públicas será sempre o resultado de inúmeras variáveis, e o seu significado será tão distinto quanto ao entendimento de seu formulador sobre valores, ideologias ou contexto.

Como leciona Bucci, “política pública é uma locução polisêmica cuja conceituação só pode ser estipulativa” e, citando Morandi, conclui que “as políticas públicas podem ser incorporadas à lei, se superpor a elas ou se pôr a seu serviço, num quadro em que o direito é cada vez mais desordenado, complexo e movediço”.¹⁴

Assim, traremos, portanto, conceitos de políticas públicas formuladas por autores estrangeiros e autores nacionais para demonstrar esse quadro.

Para Subirats as políticas públicas podem ser conceituadas como:

[...] una serie de decisiones o de acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores, públicos y a veces no públicos – cuyos recursos, nexos institucionales e intereses varían – a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo. Este conjunto de decisiones y acciones del lugar a actos formales, con un grado de obligatoriedad variable, tendentes a modificar la conducta de grupos sociales que, se supone, originaron el problema colectivo a resolver (grupos-objetivo), en el interés de grupos sociales que padecen los efectos negativos del problema en cuestión (beneficiarios finales).¹⁵

Conforme Saravia pode-se definir o conceito de políticas públicas assim:

Trata-se de um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade. Decisões condicionadas pelo próprio fluxo e pelas reações e modificações que elas provocam no tecido social, bem como pelos valores, ideias e visões dos que adotam ou influem na decisão. É possível considerá-las como estratégias que apontam

14 BUCCI, M. P. D. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 251-255.

15 SUBIRATS, 2008 *apud* SOUZA, I. F. S.; CABRAL, J. Políticas públicas para crianças e adolescentes: uma análise a partir do plano decenal dos direitos humanos de crianças e adolescentes. *Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 6, n. 1, p. 115-151, 2018. Disponível em: www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index. Acesso em: 8 dez. 2019. p. 122-123.

para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório.¹⁶

Paredes adverte que “*la política es un concepto amplio, relativo al poder en general, las políticas públicas corresponden a soluciones específicas de cómo manejar los asuntos públicos*”,¹⁷ formulando assim seu conceito:

*Una política pública de excelencia corresponde a aquellos cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo político definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado.*¹⁸

Por sua vez, após trazer a contribuição de outros autores (Meads, Lynn, Peters, Dye e Laswell), Chrispino deduz em um metaconceito que “política pública seria a ação intencional de governo que vise atender às necessidades da coletividade”,¹⁹ agregando a este metaconceito variáveis, instituindo valores, percebendo arranjos de força, identificando processos e metas, propondo avaliações.

2.6 As etapas da política pública e a participação popular

Após a inclusão do direito social na Constituição, dá-se então o processo da política pública, tema acerca do qual muitos autores têm escrito, ora denominando-o de ciclos, ora de etapas, de fases, ora até mesmo de processos.

Souza propõe o ciclo da política pública em seis estágios: “definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação”.²⁰

16 SARAVIA, E. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, E.; FERRAREZI, E. *Políticas públicas: coletânea* (volume 1). Brasília: ENAP, 2006. p. 28-29.

17 PAREDES, E. L. Política y políticas públicas. In: SARAVIA, E.; FERRAREZI, E. *Políticas públicas: coletânea* (v. 1). Brasília: ENAP, 2006. p. 67.

18 PAREDES, 2006, p. 68-69.

19 CHRISPINO, A. *Introdução ao estudo das políticas públicas: uma visão interdisciplinar e contextualizada*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016. p. 19.

20 SOUZA, 2006 *apud* SOUZA, I. F. S.; CABRAL, J. Políticas públicas para crianças e adolescentes: uma análise a partir do plano decenal dos direitos humanos de crianças

Outros autores, como Schmidt e Subirats, sugerem cinco fases: “percepção e definição de problemas, inserção na agenda política, formulação da política, implementação e avaliação”.²¹

Importante salientar que essas fases, ciclos ou etapas são sempre sequenciais e interativos, formando todo o processo político-participativo das políticas públicas.

Preferimos a abordagem trazida por Saravia, que, buscando as nuances dos diversos estágios e agregando as características da América do Sul, propõe sete etapas para as políticas públicas: agenda, elaboração, formulação, implementação, execução, acompanhamento e avaliação, que serão detalhadas abaixo.²²

Como vimos, as abordagens se completam, não havendo diferenças significativas entre elas, sendo esta última, consideramos, mais detalhada e, por isso, mais fácil compreender por ela como a participação popular ocorre.

Passemos, portanto, à análise de cada uma destas etapas.

A primeira delas se constitui na *agenda*, ou seja, trata-se da inclusão de determinado pleito ou necessidade na lista de prioridades do Poder Público. Essa etapa, que poderíamos chamar de “incubadora de políticas públicas”, depende essencialmente da participação da sociedade civil e das instituições formadoras para que o pedido seja aceito pelos políticos e que este adquira o *status* de problema público, trazendo a importante participação da mídia para seu amplo conhecimento. Trata-se de uma condição essencial para que determinada situação gere uma política pública.

Entendemos que essa etapa poderia ser considerada como que exclusiva da sociedade civil que, através de manifestações

e adolescentes. *Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas* (UNIFAFIBE), v. 6, n. 1, p. 115-151, 2018. Disponível em: www.unifafibe.com.br/revista/indes.php/direitos-sociais-politicas-pub/index. Acesso em: 8 dez. 2019.

21 SOUZA, 2006 *apud* SOUZA; CABRAL, 2018.

22 SARAVIA, E. Introdução à teoria da política pública. *In*: SARAVIA, E.; FERRAREZI, E. *Políticas públicas: coletânea* (volume 1). Brasília: ENAP, 2006. p. 32-35.

de suas representações, consegue motivar a política para que estas reivindicações sejam adotadas pelo governo. É claro que não podemos ser inocentes ao ponto de considerar que todas essas manifestações gerarão a adoção das políticas públicas desejadas. A adoção de uma ou outra depende do poder político e da ideologia adotada pelo governo que, com certeza, barrará qualquer manifestação que seja contrária aos seus interesses ou que atinja camadas da população que apoiem e (ou) sustentem sua plataforma política.

Como alertado por Schmidt, o

fato de um governo não colocar um problema relevante na agenda política não se explica necessariamente pela falta de interesse dos governantes; é possível que não tenham força suficiente para fazê-lo ou que outras prioridades já definidas requeiram toda a energia política disponível.²³

O segundo momento consiste na *elaboração* dessa política pública, quando o pleito ou a necessidade serão identificados e delimitados, com a busca de alternativas para sua resolução, bem como avaliação dos custos e efeitos de cada uma delas, estabelecendo-se prioridades na seleção.

Nesta etapa ocorrerá o fenômeno que já listamos anteriormente de focalização quando, na falta de recursos para implementar uma política pública de forma ampla, se faz a opção de escolher um determinado nicho para que, com os recursos existentes, se possa fazer uma atuação em que os resultados serão melhores para a população (ou para o governo).

Como ressaltam alguns autores,

observa-se um movimento contrário ao da garantia incondicional de direitos à proteção social pública em direção ao que Yazbek denomina de “refilantropização da questão social”, ou seja, prevalece a oferta de bens e serviços pela iniciativa privada para os

23 SCHMIDT, 2008 *apud* SOUZA; CABRAL, 2018.

que podem adquiri-los, enquanto os serviços públicos passam a atender os pobres.²⁴

Esta etapa, mais técnica, tem restrita atuação da sociedade civil, mais política.

Depois, entramos na etapa de *formulação da política pública*, consistente na seleção e especificação da alternativa mais conveniente, de acordo com a ideologia adotada. Essa, também, tem importante papel da sociedade civil na sua formulação, atuando através dos conselhos, por meio dos quais toma assento juntamente com o governo, sendo os responsáveis pela escolha da política pública mais adequada para o tema.

É nessa fase que irá ocorrer a estipulação das diretrizes, dos objetivos e das metas da política pública escolhida, pois necessário estabelecer objetivos claros visando o acompanhamento e avaliação da escolha efetuada.

Realizada a escolha da política pública, passamos à etapa de *implementação*, que nada mais é do que a preparação para aplicar a política pública escolhida nas etapas anteriores. Nesta etapa serão elaborados todos os planos, programas e (ou) projetos que explicitarão como deverá ser executada a política pública.

É preciso discernir quanto aos conceitos dos documentos que serão utilizados para a implementação da política pública.

O plano consiste em documento mais abrangente e contém a identificação dos pontos a serem atacados pelo ente que organiza a política pública. O programa é o documento que indica o conjunto de projetos para alcançar o objetivo da política pública. Enquanto isso, projeto é a menor unidade do processo de formulação e implementação da política pública, tratando-se de um instrumento técnico-administrativo de execução de empreendimentos específicos.

²⁴ CUNHA, E. P.; CUNHA, E. S. M. Políticas pública sociais. In: CARVALHO, A. et al. (org.). *Políticas públicas*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2003. p. 22.

Alguns problemas podem ser detectados nessa etapa. Costa entende que existe uma série de fatores organizacionais que têm influência decisiva sobre os resultados.²⁵ Cita, em primeiro lugar que “os programas sociais raramente ficam a cargo de uma só agência, mas dependem de uma pluralidade de organismos”. Outro fator seria a “fragmentação da burocracia pública”, prejudicando a organicidade dos programas sociais que dependem de uma ação concertada. Ainda, “as tecnologias e o conhecimento sobre o objeto da ação são precários”, aumentando a incerteza das tarefas. Por último, destaca “a baixa capacidade institucional e gerencial” que faz com que o gerenciamento dos programas seja dificultado, bem como a identificação e correção do problema.

Na realidade, deve existir uma integração entre todas as fases, mas, especialmente nesta da implementação para que todos os aspectos considerados relevantes na detecção e apuração das condutas sejam contemplados, buscando atender aos anseios expressados desde a inclusão do problema na agenda.

As políticas públicas, com sua plasticidade, proveem racionalidade às formas de coordenação e organização da ação estatal por setores e programas, em que podem se compor alianças estratégicas específicas para a formulação e sustentação de cada arranjo jurídico-institucional.²⁶

A participação da sociedade civil neste processo de implementação é reduzida pois, nesta etapa, fica a burocracia estatal encarregada de formular tais documentos, sempre em obediência às etapas anteriores, visando o atendimento dos pleitos aprovados, ou seja, não podem existir discrepâncias entre o aprovado e o implementado.

25 COSTA, B. L. D. As mudanças na agenda das políticas sociais no Brasil e os desafios da inovação: o caso das políticas de assistência social à infância e adolescência. In: CARVALHO, A. et al. (org.). *Políticas públicas*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2003. p. 29.

26 BUCCI, M. P. D. Método e aplicações da abordagem direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 814, set./dez. 2019.

Após essa etapa, entramos na execução da política pública, que nada mais é do que pôr em prática efetiva a política, sua realização. A execução da política pública envolverá todos os atores dispostos na implementação, através, especialmente, dos projetos que demandam um empreendimento específico.

Outra etapa se constitui no acompanhamento

que é o processo sistemático de supervisão da execução de uma atividade, que tem como objetivo fornecer a informação necessária para introduzir eventuais correções a fim de assegurar a consecução dos objetivos estabelecidos.²⁷

O acompanhamento pode e deve ser realizado pela sociedade civil, pois, nesta etapa, podem ser detectados problemas na execução da política pública, distorção e (ou) inadequação da formulação, comprometendo a política adotada.

Finalizando as etapas da política pública, ressaltamos a *avaliação*, que é a área que mais tem se desenvolvido nos últimos tempos. Através dela, com mensurações e análises após a realização das políticas públicas, será possível verificar as realizações obtidas e as consequências previstas e as inesperadas. A partir desta análise se dará a continuidade ou a mudança da política adotada, pois ela não é estática.

A participação da sociedade civil nesta etapa se revela de importância ímpar pois, presentes e próximos, os destinatários das políticas públicas poderão trazer importante contribuição para o aprimoramento da política.

2.7 Problemas atuais

Como amplamente divulgado pelas mídias, o governo brasileiro, através do Decreto n. 9.759, de 11 de abril de 2019, extinguiu e estabeleceu diretrizes, regras e limitações para colegiados da

²⁷ SARAVIA, 2006, p. 34.

Administração Pública federal, tendo sido posteriormente alterado pelo Decreto n. 9.812, de 30 de maio de 2019.

Pelas novas diretrizes aplicadas, estariam abarcados nesta extinção todos os colegiados instituídos por: a) decreto, incluídos aqueles mencionados em leis nas quais não conste a indicação de suas competências ou dos membros que o compõem; b) ato normativo inferior a decreto; e c) ato de outro colegiado (art. 1º, parágrafo único).

Interessante notar que o decreto não extingue aqueles criados pelo próprio presidente (art. 5º, inciso II).²⁸

Para que o extermínio fosse completo, ainda estabeleceu que se incluem no conceito de colegiados as seguintes denominações: conselhos, comitês, comissões, grupos, juntas, equipes, mesas, fóruns, salas e qualquer outra denominação dada ao colegiado (art. 2º).

Dando uma centralidade jamais vista no país após a sua redemocratização, estipulou a criação de colegiados apenas por portaria interministerial, estabelecendo, entre outras limitações, o não direito de voto para outras entidades e o caráter não decisório de suas deliberações (art. 3º, parágrafo único, incisos I e II, letra d).

A fim de que a morte da participação social brasileira fosse total, foi revogado o Decreto n. 8.243, de 23 de maio de 2014, que instituiu a Política Nacional de Participação Social (PNPS) e o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS).

Através da PNPS, buscava-se “fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a Administração Pública federal e a sociedade civil” (art. 1º), sendo aplicada “na formulação, na execução, no monitoramento e na avaliação de programas e políticas públicas” (art. 1º, parágrafo único).

²⁸ “Artigo 5º. A partir de 28 de junho de 2019, ficam extintos os colegiados de que trata este Decreto.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica aos colegiados:

- I - previstos no regimento interno ou no estatuto de instituição federal de ensino; e
- II - criados ou alterados por ato publicado a partir de 1º de janeiro de 2019.”

Consideramos que a revogação desse decreto trará mais prejuízos ainda para a democratização das políticas públicas no Brasil pois, fruto de anos de governos democráticos, possibilitou, como salienta, a atuação conjunta do governo federal com a sociedade civil, isto é, trouxe a participação popular para dentro do próprio governo, estimulando que mais pessoas conhecessem o processo de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas.

Na ação que combateu este decreto (ADIn 6121), o relator, ministro Edson Fachin, salientou durante a votação: “trata-se da extinção, em alguma medida, do direito de participação, por essa via, da sociedade, implicando, em meu modo de ver, um inequívoco retrocesso nos direitos fundamentais”.

O ministro Celso de Mello, que também votou contra a integralidade do decreto, argumentou que a legislação combatida é uma “ingerência em uma função que é própria do Legislativo”. Além disso, apontou que não há um mapeamento dos órgãos colegiados essenciais, o que minimiza a importância política e social dessas organizações.

O decreto representa um triste retorno aos tempos autoritários no Brasil pois, entre os conselhos, há alguns criados na década de 1990 e que estruturam as políticas, de acordo com o comando constitucional. Os próprios colegiados, antes mesmo da sua extinção, já estavam sendo desarticulados pois não se convocavam as reuniões, estruturalmente não funcionavam mais.

Como bem ressalta Freitas, “descentralização e participação popular, como expedientes da ação política, constituem-se, a partir da Constituição federal de 1988, nos dois principais eixos orientadores de organização das políticas públicas”.

3 O papel do Ministério Público

O Ministério Público teve, com a Constituição federal de 1988, uma mudança muito grande, deixando de figurar como uma instituição ligada ao Poder Executivo para ter completa autonomia

de atuação, sendo definido, nos termos do art. 127, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional da justiça e que tem entre suas atribuições a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ao lado de sua autonomia, funcional e administrativa, o art. 129 estabeleceu como funções institucionais do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias para a sua garantia.

O Ministério Público passou, então, a ter o papel de guardião da Constituição e dos direitos e deveres dela decorrentes, não se vinculando a nenhum dos poderes estabelecidos, podendo promover e fiscalizar a efetiva implantação do ordenamento constitucional e legal em frente a qualquer Poder e em todas as esferas da Administração.

A atuação do Ministério Público na defesa dos direitos sociais pode se dar perante o Poder Judiciário ou de forma extrajudicial, não havendo distinção entre qual seria melhor ou mais adequada, tudo depende da análise do caso concreto levado ao conhecimento.

Para melhor atuação, o Ministério Público brasileiro é dividido em áreas de atuação, abrangendo o Ministério Público da União e o Ministério Público dos Estados, compreendendo o primeiro o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Apesar de sua unidade institucional, cada um dos ramos do Ministério Público atua dentro de suas competências estabelecidas na Constituição Federal e nas respectivas leis orgânicas.

Se considerarmos que a expressão políticas públicas designa uma atuação estatal, como uma forma de intervenção na vida social da população, as decisões judiciais, em interpretação larguíssima, poderiam ser consideradas uma espécie de política pública, pois se trata de uma intervenção estatal, quando dirime a lide, na vida social.

Desta forma, quando o Ministério Público atua, respeitado o seu papel constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, poderá implementar políticas públicas através do ajuizamento de ações, assinaturas de termos de ajuste de conduta, envio de notificações recomendatórias, realização de acordos extrajudiciais, ou outros meios de atuação.

As políticas públicas, como demonstramos anteriormente, compreendem um conjunto de ações e não apenas um ato isolado, englobando um conjunto de atividades normativas e administrativas, podendo o Ministério Público intervir em qualquer de suas etapas, buscando sua adequação aos parâmetros constitucionais, pois as políticas públicas são instrumentos para melhorar a qualidade de vida da população.

4 Conclusões

As políticas públicas, apesar de se constituírem um campo de estudo relativamente recente, constituem um *loci* privilegiado de participação popular, além de agregar conhecimentos de diversas áreas do conhecimento.

Considerando-se que o objeto das políticas públicas são demandas sociais que se inserem na agenda pública, é de extrema importância a participação desta mesma sociedade ao longo de todo o processo.

Depois de ultrapassado o período ditatorial brasileiro e no processo de redemocratização, a Constituição federal de 1988 sufragou os anseios da população por uma maior participação na tomada de atitudes políticas, delineando que a participação popular se constitui em um dos pilares da democracia participativa.

Na seara das políticas públicas, a participação popular se inicia com a inscrição do direito reivindicado na agenda pública, pois para a sua execução deverão ser escolhidos aqueles se se encontram dentro da proposta orçamentária do ente público.

Em todas as etapas, o papel da participação popular se revela essencial, especialmente na formulação, implementação e avaliação das políticas públicas.

Apoiando-nos no conceito de Gramsci de Estado Ampliado, podemos destacar que, com os poderes constituídos, a sociedade civil compõe o Estado, não podendo ser deixada de lado na tomada das decisões políticas.

Após um período de grande expansão da participação popular, seguindo as trilhas constitucionais, o país passa por um período que flerta, constantemente, com o retorno do período ditatorial, impondo uma cultura de retrocesso nessa participação.

A edição de decreto que extinguiu conselhos com participação popular e determinou regras rígidas para seu funcionamento, retirando-lhes direitos deliberativos, denota a orientação política seguida.

A revogação da Política Nacional de Participação Social, que não teve a repercussão necessária, foi o passo principal para a retirada da participação da sociedade nas diversas etapas das políticas públicas, constituindo-se em ato totalmente inconstitucional na medida em que, olvidando as disposições constitucionais, empurra a sociedade civil para o papel de mera receptora de políticas clientelistas, mercadológicas e que buscam privilegiar castas e não a solução de graves problemas coletivos que assolam a realidade da população pobre deste país.

Referências

ALBUQUERQUE, M. C. Participação cidadã nas políticas públicas. *In*: HERMANN, K. (org.). *Participação cidadã: novos conceitos e metodologias*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2004. p. 15-60.

ALESSIO, M. A. G. *Estado, sociedade civil e o controle social: uma análise desta relação sob a perspectiva do conceito gramsciano*

de Estado ampliado. IV CONGRESSO BRASILEIRO DE ESTUDOS ORGANIZACIONAIS – Porto Alegre, RS, Brasil, 19 a 21 de outubro de 2016.

ARELARO, L. R.G. Formulação e implementação das políticas públicas em educação e as parcerias público-privadas: impasse democrático ou mistificação política? *Educação & Sociedade*, v. 28, n. 100, p. 899-919, out. 2007.

ARZABE, P. H. M. Conselhos de direitos e formulação de políticas públicas. In: BUCCI, M. P. D. (org.). *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001. p. 32-43. (Cadernos Pólis, 2).

AVRITZER, L. Um balanço da participação social no Brasil pós-constituição de 1988. In: AVRITZER, L. (org.) *Experiência democrática, sistema político e participação popular*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013.

BINKOWSKI, P.; SOUZA, T. G. Participação política e formação do Conselho Consultivo no Parque Natural Municipal da Ronda, São Francisco de Paula, RS, Brasil. *Revista Gestão & Políticas Públicas*, v. 7, n. 1, p. 1-18, 2017. DOI: <https://doi.org/10.11606/rg&pp.v7i1.145144>.

BRESSER-PEREIRA, L. C. Sociedade civil: sua democratização para a reforma do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, J.; SOLA, L. (org.). *Sociedade e Estado em transformação*. UNESP/ENAP: 1999. p. 67-116.

BUCCI, M. P. D. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. In: BUCCI, M. P. D.; SAULE

JÚNIOR, N.; ARZABE, P. H. M.; FRISCHEISEN, L. C. F. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001.

BUCCI, M. P. D. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, M. P. D. Método e aplicações da abordagem direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019.

CARLOS, E.; ZORZAL E SILVA, M. Associativismo, participação e políticas públicas. *Política e Sociedade*, n. 9, p. 163-194, out. 2006.

CARVALHO, M. C.; TEIXEIRA, A. C. (org.). Conselhos gestores de políticas públicas. *Pólis – Estudos, Formação e Assessoria em Políticas Sociais*, São Paulo, n. 37, 2000.

CARVALHO, M. G.; SANTOS, L. L. P. O controle social na efetivação das políticas públicas com ênfase na assistência social. *Id On Line Revista Multidisciplinar e de Psicologia*. v. 12, n. 41, p. 760-773, 2018.

CHRISPINO, A. *Introdução ao estudo das políticas públicas: uma visão interdisciplinar e contextualizada*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

COSTA, B. L. D. As mudanças na agenda das políticas sociais no Brasil e os desafios da inovação: o caso das políticas de assistência social à infância e adolescência. *In: CARVALHO, A. et al. (org.). Políticas públicas*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2003.

CUNHA, E. P.; CUNHA, E. S. M. Políticas pública sociais. In: CARVALHO, A. et al. (org.). *Políticas públicas*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2003.

FRAGA, J. M.; TEIXEIRA, P. A. *Uma breve análise dos direitos políticos e a concretização da democracia: da democracia liberal à participativa*. 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/13110/2236>. Acesso em: 24 fev. 2020.

FREITAS, L. O. Políticas públicas, descentralização e participação popular. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 18, n. 1, p. 113-122, jan./jun. 2015.

FRISCHEISEN, L. C. Políticas públicas: planejamento, desenvolvimento e fiscalização: conselhos gestores e democracia participativa – o papel do Ministério Público. In: BUCCI, M. P. D. (org.) *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001. p. 44-52. (Cadernos Pólis, 2).

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

MENDONÇA, S. R. *Estado e Políticas Públicas: uma reflexão teórico-historiográfica*. ANPUH – XXV SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – Fortaleza, 2009.

PAREDES, E. L. Política y políticas públicas. In: SARAVIA, E.; FERRAREZI, E. *Políticas públicas: coletânea* (v. 1). Brasília: ENAP, 2006.

RIBEIRO, L. M. Federalismo, governo local e políticas sociais no Brasil entre 1996 e 2004. *In: HOCHMAN, G.; FARIA, C. A. P. (org.). Federalismo e políticas públicas no Brasil.* Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013.

SARAVIA, E. Introdução à teoria da política pública. *In: SARAVIA, E.; FERRAREZI, E. Políticas públicas: coletânea (volume 1).* Brasília: ENAP, 2006.

SOUZA, I. F. S.; CABRAL, J. Políticas públicas para crianças e adolescentes: uma análise a partir do plano decenal dos direitos humanos de crianças e adolescentes. *Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 6, n. 1, p. 115-151, 2018. Disponível em: www.unifafibe.com.br/revista/indes.php/direitos-sociais-politicas-pub/index. Acesso em: 8 dez. 2019.

Desastres e o devido processo coletivo estrutural

Christovão de Moura Varotto Júnior

Promotor de Justiça Adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB/DF).

Resumo: Eventos de grandes proporções e graves consequências fazem parte da história da humanidade. No entanto, a percepção do comportamento humano como fator para a ocorrência de tais acontecimentos é relativamente recente. Nessa quadra, desponta o interesse pelo estudo de um novo ramo jurídico, denominado “Direito dos Desastres”. O presente artigo, através da revisão bibliográfica e legislativa e adotando como paradigma o Desastre do Rio Doce, pretende apontar as características do litígio coletivo que emerge de um cenário de desastre, refletir sobre a insuficiência do modelo coletivo tradicional em proporcionar a adequada tutela dos direitos envolvidos e, a partir das considerações teóricas desenvolvidas por Edilson Vitorelli, expor as linhas de um modelo processual capacitado para lidar com a multiplicidade de fatores e interesses subjacentes ao litígio decorrente de um desastre.

Palavras-chave: Direito dos Desastres. Tutela coletiva. Direitos transindividuais. Processo estrutural.

Abstract: Events of great magnitude and serious consequences are part of the history of mankind. However, the perception of human behavior as a factor in the occurrence of such events is relatively new. At this point, the interest in the study of a new legal branch, called “disaster Law”, arises. This article, through a bibliographic and legislative review and adopting the Rio Doce Disaster as a paradigm, intends to point out the characteristics of the collective litigation that emerge from a disaster scenario, to reflect on the insufficiency of the traditional collective model in providing adequate protection of rights, and, based on the

theoretical considerations developed by Edilson Vitorelli, expose the lines of a procedural model enable of dealing with the multiplicity of factors and interests underlying the dispute arising from a disaster.

Keywords: Disaster Law. Collective tutelage. Transindividual rights. Structural process.

Sumário: 1 Introdução. 2 Direito dos Desastres. 3 Desastre e litígio irradiado. 4 Processo coletivo e desastre. 5 Conclusão.

1 Introdução

O entrelaçamento entre o fator humano e o aumento da intensidade e recorrência de acontecimentos catastróficos impele que os desastres sejam examinados e regulados dentro de uma lógica de racionalização de incertezas, a partir das informações científicas disponíveis e de lições aprendidas com eventos pretéritos, com objetivo de antecipar e responder a estas situações. Portanto, de algo absolutamente estranho ao controle pelo Direito, os desastres passaram a representar um desafio a este, surgindo um novo ramo jurídico, denominado “Direito dos Desastres”.

Neste quadro, no dia 5 de novembro de 2015, presenciamos um dos maiores desastres ambientais do mundo. O rompimento da barragem de Fundão, situada no Complexo Industrial de Germano, no Município de Mariana-MG, levou ao extravasamento imediato de aproximadamente 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro e sílica, resultando em danos ambientais, sociais e econômicos contínuos, perenes e incalculáveis.

As características do litígio coletivo que desponta do desastre evidenciam a insuficiência do modelo tradicional de gestão do processo coletivo, baseado nos direitos abstratamente considerados, para uma adequada tutela do direito lesado. É preciso, na linha do pensamento do professor Edilson Vitorelli, que o devido processo coletivo seja pensado a partir do litígio concretamente verificado.

Essa é a base para desenvolver um modelo processual coletivo adequado à tutela dos direitos transindividuais.

Eventos de causalidade complexa, com múltiplos polos de interesses, como o caso do desastre do Rio Doce, demandam uma nova metodologia de processo, de matriz estrutural, capaz de responder às necessidades inerentes a um litígio de difusão irradiada.

Para tanto, é imperativo superar as bases do processo civil clássico, determinando uma revisão dos institutos que delas derivam, visando conceber um processo devido e capaz de oferecer uma tutela adequada ao direito transindividual lesado.

No panorama atual, para além de infortúnios aleatórios, os desastres apresentam-se como verdadeiras consequências de injustiças socioambientais, acumuladas pela omissão e pelo descuido. Desse modo, indispensável constatar a intersecção entre o Direito dos Desastres e o processo coletivo, pois tão importante quanto a reparação de vítimas, do meio ambiente afetado, é retirar do evento lições para o futuro, reduzir vulnerabilidades e criar condições de resiliência.

Assim, o presente ensaio objetiva, com ênfase no instituto do pedido, no princípio do contraditório e no caráter prospectivo do processo, expor em que medida o processo deve ser remodelado diante das características concretas do litígio, para que possamos falar em um “devido processo coletivo dos desastres”.

2 Direito dos Desastres

A humanidade, desde suas primas eras, convive com catástrofes ambientais. Inicialmente compreendidas como fenômenos inacessíveis e incontroláveis pela razão humana, eram atribuídas à força divina¹ ou mesmo ao acaso. Em suma, eram castigos em relação aos quais nada era possível fazer.

¹ “*We often think of disasters as ‘acts of God’ falling like rain on the rich and poor alike.*” (FARBER, Daniel. Disaster law and inequality. *Law and Inequality*, Minneapolis, v. 25, n. 2, 2007, p. 297).

Entretanto, eventos como os ocorridos em Chernobyl, Nova Orleans² e na Bacia do Rio Doce revelaram a existência de fatores de amplificação dos riscos e danos, ocasionando a mudança de percepção. Assimilada a participação humana na ocorrência de eventos catastróficos, essas situações, até então vistas como divinas e sem controle, passam a ser objeto de um processo racional.³

De fato, a evolução tecnológica e científica da sociedade potencializou a capacidade de intervenção do homem sobre as estruturas que o cercam, fator de amplificação de riscos e danos em desastres.

Conforme acentua Arroyo, o significado do termo “desastre” tem evoluído ao longo dos anos. Suas primeiras definições eram fundamentadas em eventos naturais e consequências como acidentes. Com o crescimento da atenção das ciências sociais para situações extraordinárias, a noção de “desastre” alterou-se da consideração dos aspectos técnicos do fenômeno físico em si, como um centro de atenção primário, para a percepção da extensão dos efeitos onerosos de um evento.⁴

O aspecto social e o fator humano adquirem posição central na definição. Percebe-se que o contexto social e cultural⁵ é deter-

2 Apontando como as consequências decorrentes do furacão Katrina dramatizaram a incapacidade de gerenciamento do sistema jurídico americano dos riscos de desastres: FARBER, D. *Response and recovery after María: lessons for disaster law and policy*. UC Berkeley, Berkeley, 2018. Disponível em: escholarship.org/uc/item/936195d5. Acesso em: 6 fev. 2020.

3 Compreensão que se desenvolve nos anos de 1970 e 1980, conforme CIANCIO, Adrián Marcelo. *La protección de las personas en casos de desastre*. Hacia un marco jurídico universal y vinculante. 2017. Tesis (Doctorado en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales) – Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017.

4 ARROYO, Luis Nelson. Desastre natural: un concepto cambiante. *Revista Geográfica de América Central*, Heredia, v. 2, n. 28, 2000, p. 11. Acentuando a variedade de concepções, o autor afirma que “*por sí solo el denominativo ‘desastre’ encierra al mencionarle una profunda carga emotiva que obviamente se asocia en múltiples formas y sentidos, a situaciones caóticas de naturaleza ruinosa y angustiante, calamidades y hasta mala suerte*”.

5 “*El hecho de que un evento físico natural se convierta en un desastre, depende en gran número de casos, de las características del medio humano, que recibe sus impactos. En este caso se puede*

minante para o grau de impacto e severidade das consequências (múltiplas, complexas e variadas) do evento.

Conceitualmente, desastres são eventos extremos,⁶ decorrentes de complexos processos de interação entre fatores físicos, sociais e estruturais, tornando evidentes vulnerabilidades sociais. Representam situações de grande comprometimento do funcionamento da sociedade, excedendo a capacidade da população de absorver, atenuar ou evitar os efeitos negativos do evento.⁷⁻⁸ Um desastre “natural” é, desse ponto de vista, “*una interrupción severa de los esquemas y pautas de organización social, por lo que sus principales efectos deben ser medidos en los grupos humanos afectados y en la multiplicidad de causas que hacen a unos sufrirlos más que otros*”.⁹

Em termos normativos (art. 2º, II, do Decreto n. 7.257/2010), desastre consiste no “resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”.

hablar de grados de vulnerabilidad humana frente a eventos de tipo físico-natural” (ARROYO, 2000, p. 13). O grau de vulnerabilidade da sociedade, a carência de políticas e instrumentos públicos de atenção são fatores diretamente ligados a magnitude do impacto e desordem social causadas pelo evento. O “desastre” é um conceito dinâmico, no qual não se refere apenas ao “produto”, mas também aos “processos”; tanto físico como natural e social.

6 “*La ocurrencia de un evento extraordinario generador de calamidades llámese natural o causado por el hombre, causa múltiples consecuencias como efectos de naturaleza compleja y variada, configurando así un panorama en donde el término «desastre» debe acomodarse a diferentes perspectivas, tanto del agricultor que pierde su cosecha por súbitas inundaciones, como la de la entidad aseguradora que respalda en pólizas esa inversión. [...] Esta manifiesta amplitud del ámbito de aplicación del vocablo desastre, que aparte de las diferentes concepciones que cada cual emplea de acuerdo con sus intereses y con las imágenes que tal palabra produce en su mente, origina numerosas interpretaciones sobre cómo el mismo evento afecta diversos contextos, en formas diferentes*” (ARROYO, 2000, p. 13).

7 CAPUTO, M. G.; HARDOY, J. E.; HERZER, H. M. *Desastres y sociedad en América Latina*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1985.

8 WEICHELSELGARTNER, J. Disaster mitigation: the concept of vulnerability revisited. *Disaster Prevention and Management*, Bingley, v. 10, n. 2, 2001, p. 85-95.

9 ARROYO, 2000, p. 14.

Atualmente, adequado afirmar que mesmo aqueles acontecimentos desencadeados por fatores preponderantemente naturais adquirem a expressão de “desastre”, quando impulsionados por vulnerabilidades estruturais, sociais ou tecnológicas¹⁰ (re)produzidas. Para além de infortúnios aleatórios, os desastres são consequências de exposições, vulnerabilidades e injustiças socioambientais, acumuladas pela omissão¹¹ e pela regulamentação deficiente.¹²

O fator humano para com o desastre compreende questões sociais, econômicas e políticas, tendo como núcleo vulnerabilidades, processos de tomada de decisões, estruturas e rotinas de pessoas e de empresas. Portanto, o componente humano aparece não apenas enquanto falhas técnicas na resposta a fenômenos naturais inevitáveis, mas também em termos de questões socioeconômicas e políticas como causas (ou elemento de potencialização) de desastres.

Na avaliação da gravidade do evento, o próprio fator natural se torna um elemento de menor significado, se comparado à importância de elementos como ações de preparação e resposta do homem. É a partir dessa constatação que os desastres “passam a ser geridos por processos de racionalidade limitada, com o escopo de antecipar e responder”¹³ a eles.

10 Como ausência de informações e de conhecimento sobre riscos, procedimentos de segurança industrial.

11 Frequentemente, os desastres deixam um rastro de deveres privados e públicos não atendidos, o que deve gerar uma elucidação, segundo a regra jurídica, o devido processo legal e o Estado de Direito (CARVALHO, Délton Winter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015, p. 45).

12 No Brasil, apenas recentemente foi construído o marco regulatório para o tratamento dos desastres, sendo decorrência da interação normativa entre as Leis n. 12.340/2010 e n. 12.608/2012 e o Decreto n. 7.257/2010.

13 CARVALHO, 2015, p. 21. Conforme aponta Ciancio, os desastres que geram o maior impacto em termos de vítimas e danos são aqueles relacionados a secas e inundações. Somente esses dois fenômenos foram a causa de 98% das vítimas de todos os desastres nos últimos anos. Agora, se investigarmos as causas originais deles, des-

Reconhecer a participação humana dentre os fatores de um desastre significa:

[R]epensar as ações, ter um plano de reconstrução e desenvolver capacidades para programá-lo, ter seguros e priorizar uma reestruturação eficaz diante de futuras intempéries. Essas são as medidas que podem melhorar a resistência e, portanto, a capacidade de indivíduos, comunidades, grupos ou sistemas recompor-se de situações desestabilizadoras.¹⁴

Portanto, de elemento intangível à racionalidade humana e ao Direito os desastres passam a ser um desafio a este.¹⁵ Torna-se necessária a construção de uma estrutura jurídica capaz de identificar e promover a gestão do risco, reduzir as vulnerabilidades, decifrar, racionalizar e planejar estratégias de prevenção, preparo e respostas a tais fenômenos, o que recebeu a denominação de “Direito dos Desastres”.¹⁶

Como não poderia deixar de ser, diante da causalidade complexa e da gravidade das consequências de um desastre,¹⁷ o foco

cobrimos que esses tipos de desastres são gerados mais por fatores ambientais e má gestão de recursos que devido a chuvas excessivas ou deficientes (CIANCIO, 2017).

14 CARVALHO, Délon Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 61.

15 Desastres geram uma série de situações que são postas ao Direito, tais como situações de risco de vulneráveis (como menores e idosos), permanência de pessoas em áreas de risco, contaminações ambientais decorrentes de alagamento de instalações industriais, necessidade de aceleração em processos de identificação e remoção de vítimas fatais a fim de evitar propagação de doenças, requisição e utilização de bens de terceiros em razão de estados emergenciais e de exceção, entre inúmeros exemplos possíveis. Tais consequências dos desastres acabam por gerar uma série de conflitos inerentes a diversas matérias jurídicas que, de forma interdisciplinar, são submetidas ao Judiciário e aos órgãos da Administração Pública, trazendo oportunidades e desafios para profissionais do Direito e de outras áreas (CARVALHO, 2015, p. 43).

16 CARVALHO, 2015, p. 44.

17 “Ante a dinâmica destrutiva dos desastres, o Direito desenvolve um papel destacado para o fornecimento de estabilidade e normatividade às fases pré e pós-ocorrência. Contudo, este processo de estabilização não deve dificultar a necessária dinâmica

primordial do Direito dos Desastres reside na prevenção e mitigação dos riscos desses acontecimentos, mediante a imposição de estratégias estruturais (obras de engenharia civil combinadas com serviços ecossistêmicos) e não estruturais (mapas de risco, planos de contingência, planos diretores, Estudos de Impacto Ambiental).

O Direito dos Desastres se relaciona com diversas áreas de aplicação do Direito, tais como: propriedade, ordenamento do solo, Direito dos Seguros, Direito dos Contratos, Direito Ambiental, Direito Administrativo, visando identificar vulnerabilidades, reduzir riscos e construir resiliência, demandando conhecimentos transdisciplinares.¹⁸

A percepção da complexidade inerente aos desastres deve conduzir a uma reflexão acerca dos litígios existentes em sua ocorrência. Esses diferem, e muito, dos litígios de natureza bipolar, possuindo características que lhes são próprias, demandando uma mentalidade diferenciada e mais adequada a tratar dessa nova realidade.

Logo, deve o processo coletivo ser reconstruído de forma a abarcar toda a complexidade e conflituosidade inerentes ao litígio, visando, além de medidas de reparação dos danos, a uma finalidade preventiva, estrutural.¹⁹

A dimensão de tal desafio pode restar mais palpável após uma breve incursão no “desastre da Bacia do Rio Doce”.

e rapidez, profundamente relevantes ao atendimento emergencial e às ações de socorro. Esta estabilização pelo Direito deve se dar por uma clara delimitação preventiva acerca das competências, posse e fornecimento de informações relevantes à prevenção e ao atendimento emergencial, mitigando, desde já, os efeitos secundários do evento.” (CARVALHO, 2015, p. 43).

18 Não obstante a notável interdisciplinaridade, o Direito dos Desastres possui caráter de ramo específico do Direito, refletido, inclusive, na existência de um sistema normativo específico formado de diversos estatutos legais, tais como o Decreto n. 7.257/2010 e as Leis n. 12.340/2010 e n. 12.608/2012.

19 Reduzir vulnerabilidade futura, mediante processos de aprendizagem decorrentes das amargas lições deixadas pelas catástrofes já experimentadas, enquadrando as experiências bem-sucedidas (CARVALHO, 2015, p. 45). Não por outro motivo, a noção de resiliência é vinculada à capacidade de reconstrução das comunidades e sistemas atingidos e de aprender *com o acontecimento adotando medidas para a gestão dos riscos existentes*.

O maior desastre ambiental da história do Brasil e um dos maiores do mundo. Assim podem ser sintetizados os eventos que se seguiram ao rompimento da barragem de Fundão, localizada em Mariana-MG, no dia 5 de novembro de 2015.

O colapso da estrutura da barragem de Fundão ocasionou o extravasamento imediato de aproximadamente 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro e sílica, entre outros particulados, outros 16 milhões de metros cúbicos continuaram escoando lentamente, impactando negativamente toda a extensão da Bacia Hidrográfica do Rio Doce.

Até desaguar no Oceano Atlântico, no Distrito de Regência, Município de Linhares-ES, a onda de rejeitos afetou 41 cidades dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, gerando, nesse trajeto, danos associados à poluição hídrica, à mortandade de animais e à interrupção do abastecimento e distribuição de água.²⁰

Além dos danos econômicos e ambientais graves, o desastre tirou a vida de 19 pessoas e deixou mais de 300 famílias desabrigadas. Reservas indígenas localizadas na região (povos indígenas Krenak, Tupiniquim e Guarani) também foram impactadas.²¹

Ademais, sendo a economia da cidade de Mariana diretamente dependente da atividade minerária desempenhada pela Samarco, o número de desempregados subiu de 300 para 1.900 após a tragédia.²²

Por certo, acontecimentos com dimensões tão amplas não possuem uma causa única, “mas resultam de uma combinação de

20 BRASIL. Ministério Público Federal. O desastre. *Portal MPF*, [s. l.], [entre 2015 e 2020]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/o-desastre>. Acesso em: 15 jul. 2019.

21 BRASIL, [entre 2015 e 2020].

22 Correspondendo a cerca de 90% da arrecadação do município, conforme PEÇANHA, Catharina *et al.* O desastre de Mariana e a tipologia dos conflitos: bases para uma adequada regulação dos processos coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 278, 2018, p. 263.

fatores acumulados ao longo do tempo, cuja origem pode ser explicada por decisões técnico-organizacionais ou mesmo políticas da empresa tomadas ao longo da história”.²³

Nesse sentido, inegável que aspectos inerentes à dinâmica econômica do setor mineral, ao comportamento dos órgãos estatais, bem como à estratégia empresarial priorizada²⁴ apresentam-se como fatores de significativa relevância para a ocorrência do evento e sua dimensão.²⁵ E, caso não se disponha a uma reestruturação desses elementos, é de se esperar que tudo se repita, em novos desastres.

Como se percebe, o desastre ambiental ocorrido em novembro de 2015 acarretou uma multiplicidade de danos (ambientais, socioeconômicos e na vida de milhares de pessoas), com intensidades variadas:

De pescadores artesanais a empresários locais, de mulheres produtoras rurais a empreendedores de turismo, de indígenas, quilombolas e povos tradicionais a profissionais liberais. Da devastação de comunidades inteiras, como Bento Rodrigues e Paracatu de Baixo, a cidades privadas de abastecimento de água potável, como Governador Valadares. Da perda do rio e do mar à perda da terra, lugar de moradia, sustento e memória. A lama despejada pelo rompimento da Barragem de Fundão atingiu mais de 1,2 milhão de pessoas, em diferentes níveis. Não há um perfil único de atingido ou atingida. Há, sim, diferentes modos de vida e formas de sentir

23 FARIA, M.; BOTELHO, M. O rompimento da barragem de Fundão em Mariana, Minas Gerais. *Revista Portuguesa de Saúde Ocupacional – Online*, [s. l.], v. 5, 2018, p. 1.

24 Como falhas no sistema de monitoramento, a ausência de rigor no processo de licenciamento, a ausência de informações e transparência para com a comunidade local, a preferência pela utilização de tecnologias mais baratas e menos seguras, como forma de reduzir os custos operacionais ante a baixa dos preços dos minerais no mercado internacional (MILANEZ, B.; LOSEKANN, C. (org.). *Desastre no Vale do Rio Doce: antecedentes, impactos e ações sobre a destruição*. Rio de Janeiro: Folio Digital - Letra e Imagem, 2016).

25 Aprofundando sobre essas questões: MILANEZ; LOSEKANN, 2016; e ZONTA, Márcio; TROCATE, Charles. *Antes fosse mais leve a carga: reflexões sobre o desastre da Samarco/Vale/BHP Billiton*. Marabá: Iguana Editorial, 2016.

e vivenciar as perdas causadas pelo desastre. Uma diversidade que acarreta violações de diferentes naturezas.²⁶

Resta claro que a “coletividade” atingida no cenário exposto apresenta contornos distintos dos de uma titular do direito transindividual em decorrência de um vazamento de óleo, em quantidade relativamente pequena, no meio do oceano, por exemplo. Enquanto neste cenário a lesão não atinge diretamente qualquer pessoa, no primeiro são diretamente impactados, de múltiplos modos e intensidades, indivíduos e grupos de perspectivas variadas. Fácil perceber, assim, que um modelo fundamentado na classificação abstrata dos direitos acaba reunindo, em uma mesma categoria, situações bem diferentes.

Por envolver uma coletividade (de diversificadas características e interesses), o litígio coletivo apresenta caráter extremamente variável.

Disso resulta que um sistema baseado apenas no tipo de direito abstratamente definido não se mostra suficiente para uma adequada tutela do direito, pois ainda que um direito difuso seja de “todos”, isso não significa que sua lesão necessariamente atinja a todos, em igual medida.

A legislação processual existente já se mostrou insuficiente para responder a uma série de questões levantadas, especialmente quando analisada sob o enfoque de litígios coletivos complexos. De fato, litígios coletivos derivados de desastres diferem, e muito, dos conflitos de natureza individual, bipolar, possuindo características que lhes são peculiares, determinando uma forma de tutela processual diferenciada.

Inadiável uma alteração na mentalidade tradicional, reconstruindo o processo coletivo de maneira a apresentar aderência à realidade fática. As instituições processuais²⁷ devem ser recompos-

26 COMITIVA DE ATINGIDOS DA BACIA DO RIO DOCE. O desastre da reparação: o caso do Rio Doce. *Revista Científica Foz*, São Mateus, v. 1, n. 2, 2018, p. 9.

27 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: RT, 2019, p. 105.

tas, não podendo ser examinadas com olhos exclusivamente voltados aos sujeitos processuais envolvidos. Exigem consideração a partir dos interesses tutelados e, de modo mais amplo, a partir de todos aqueles que fazem parte da sociedade titular do direito.

3 Desastre e litígio irradiado

Confrontado com esse novo panorama, é vital que o processo coletivo, enquanto instrumento para o exercício da função jurisdicional, se ajuste às dificuldades impostas por essa nova realidade. É preciso repensar a lógica da disciplina, sendo essencial que a sua leitura esteja atenta não apenas à norma, mas ao contexto em que estão inseridas.²⁸

Por razões pragmáticas,²⁹ a construção do processo coletivo brasileiro ocorreu através de formulações que ocultaram problemas imanentes à própria natureza dos direitos transindividuais.³⁰ Na síntese de Vitorelli, “tomou-se como pressuposto a necessidade de tutela desses direitos e não a definição de sua natureza”.³¹

Por apoiar-se em uma perspectiva abstrata, do direito em situação de integridade, a definição legal prevista no Código de Defesa do Consumidor revela-se insuficiente para lidar adequadamente com a diversidade empírica dos litígios relacionados aos direitos transindividuais.

Com efeito, a afirmação da indivisibilidade dos direitos transindividuais oculta a deficiência na formulação conceitual de sua titularidade (e, pela sua conexão intrínseca, mascara a diversidade

28 ARENHART; OSNA, 2019, p. 105.

29 Eliminar qualquer interpretação que afastasse a possibilidade de proteção jurídica dos direitos coletivos.

30 Conforme será demonstrado à frente, quando da exposição das noções de titularidade, complexidade e conflituosidade.

31 VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

interna). Como não se sabe de quem é o meio ambiente, passa a ser essencial que se afirme que todas as lesões que lhes são causadas interessam a todas as pessoas na mesma medida, lesam a todas as pessoas, na mesma medida, e, ao serem reparadas, reparam todas as pessoas igualmente na mesma medida.

O conceito normativo inviabiliza a percepção de que a forma e a intensidade com que os indivíduos são atingidos são concretamente variáveis. Ao se afirmar que os direitos transindividuais são indivisíveis, não podendo ser cindidos em “cotas”, e que as lesões que lhes são causadas interessam a todas as pessoas na mesma medida, lesam a todas as pessoas, na mesma medida, e, ao serem reparadas, reparam todas as pessoas igualmente na mesma medida,³² particularidades relevantes do litígio concreto são ignoradas, resultando em graves prejuízos à condução adequada do processo coletivo.

Isso porque os litígios coletivos podem apresentar distintas configurações no caso concreto. Uma classificação abstrata dos tipos de direito acaba por reunir, em uma mesma categoria (e com a mesma forma de tutela processual), situações muito diferentes entre si.

De forma ilustrativa,³³ imaginem-se os conflitos decorrentes: a) do vazamento de óleo em quantidade relativamente pequena no oceano; e b) da instalação de uma usina hidrelétrica.

Nas duas situações, perceptível a lesão ao direito ao meio ambiente. Contudo, os dois eventos possuem características amplamente distintas e relevantes para um processo coletivo adequado.³⁴ A forma e a intensidade com que os indivíduos (“titu-

32 VITORELLI, 2016, p. 61.

33 Exemplos extraídos de VITORELLI, 2016, p. 85 e 86.

34 “Não parece difícil refutar a ideia de que a poluição do ar, causada pela queima da palha da cana-de-açúcar no município de Piracicaba/SP, interesse, na mesma medida, aos habitantes de Piracicaba e aos habitantes de Cruzeiro do Sul/AC.” (VITORELLI, 2016, p. 62).

lares” do direito ao meio ambiente) são atingidos pela lesão são variáveis. Vejamos.

No primeiro caso, o evento não atinge diretamente qualquer pessoa. Fora o interesse compartilhado por todo ser humano em relação ao ambiente planetário, ninguém é especialmente prejudicado pelo dano decorrente desse tipo de lesão.

Já em relação à construção da usina hidrelétrica, tão somente em razão da realização de uma obra, o meio ambiente e a dinâmica social se alteram de tal forma que a sociedade que existia naquele local adquire feições totalmente distintas das que existiam originalmente.³⁵

Como se percebe, a realidade demonstra que os litígios são bem mais diversificados do que supõe a classificação realizada pelo legislador brasileiro. Portanto, lançar novas luzes sobre a titularidade do direito transindividual, a partir da violação concreta, revela-se indispensável para a reconstrução de um processo coletivo devido.

Os litígios coletivos podem se apresentar de diferentes formas, a depender do caso concreto. E um devido processo legal coletivo passa pela adequação das categorias processuais às especificidades da demanda.

É necessário repensar o sistema processual coletivo, começando pela identificação da sociedade titular do direito. E, na lição de Vitorelli,³⁶ essa identificação somente pode ser feita a partir da ocorrência do evento danoso.

A titularidade dos direitos transindividuais só pode ser estabelecida quando examinada sob o prisma da lesão, ou seja, no contexto

35 Na seara ambiental, altera-se o curso ou fluxo das águas do rio, bloqueando estradas e separando comunidades antes vizinhas. Pessoas são deslocadas. No meio ambiente natural, a fauna e a flora sofrem impactos expressivos. Com o fim das obras, toda a dinâmica se altera novamente. Muitos trabalhadores que vieram se vão. Outros permanecem. As pessoas deslocadas formam novos bairros e povoações, que exigem a implementação de novos serviços públicos.

36 VITORELLI, 2016.

de um litígio coletivo.³⁷ Nesse cenário, os direitos transindividuais passam a não mais pertencer “à sociedade”, “a todos”, mas a acepções distintas de “sociedade”, dispondo, assim, de um referencial concreto para avaliação da adequação da pretensão posta em juízo.³⁸

Compreender como a sociedade se revela no caso concreto é essencial para a construção de um processo coletivo devido, pois não se pode aceitar um método único, inflexível e não aderente ao direito material de tutela processual.

Cada litígio coletivo apresenta um direito transindividual único e específico, decorrente da interação entre o direito íntegro e a violação. Nesse diapasão,

o meio ambiente como um bem universal e uniforme não existe no campo das relações sociais. Nem tampouco existe um sujeito universal preocupado com a proteção ambiental. Existem, sim, situações concretas, passíveis de se transformarem em mobilização de grupos sociais específicos, que contam com acervos definidos de recursos (simbólicos e organizacionais) e que falam a partir de percepções, valores, projetos, necessidades e interesses pertinentes ao lugar que ocupam. Isso significa que esses grupos atribuem valores próprios, apresentam demandas específicas e elaboram as suas compreensões a respeito do meio ambiente.³⁹

37 VITORELLI, 2016, p. 74.

38 Suplantar essa omissão em identificar os grupos atingidos se mostra de grande relevância, uma vez que o processo coletivo traz, em regra, o sistema de representação processual, em que um legitimado representa os interesses dos grupos substituídos. A identificação de tal grupo permite aferir se a condução do processo pelo legitimado está de acordo com os interesses da coletividade substituída. Não sabendo com exatidão sequer quem é o titular do direito, mais difícil ainda é aferir se a condução do processo está sendo realizada de maneira adequada. Entretanto, em geral as legislações ocultam essa vinculação, aplicando ao processo coletivo os institutos pensados para o processo individual. Litígios com a amplitude de interesses, gravidade e variedade de lesões como o do Desastre do Rio Doce denotam que essa postura é não só insuficiente como inadequada, na medida em que a tutela jurisdicional a ser prestada terá impacto sobre toda a coletividade.

39 FUKS. *Conflitos ambientais no Rio de Janeiro: ação e debate nas arenas públicas*. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 2001, p. 97.

A partir dessa compreensão, e apoiado em bases sociológicas, Edilson Vitorelli⁴⁰ propõe a substituição da categorização normativa (direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individual homogêneo) por uma classificação estribada em tipos de litígios, em conformidade com as características da lesão concreta e da sociedade titular do direito transindividual violado. Desse modo, diferencia os litígios coletivos: 1) de difusão global; 2) de difusão local; e 3) de difusão irradiada.

Ao lado da titularidade, Vitorelli⁴¹ destaca dois elementos, de níveis variáveis nos litígios transindividuais, cuja compreensão se mostra essencial à correta identificação do tipo de litígio e, por consequência, no processo devido. São eles: a complexidade e a conflituosidade.

A complexidade é um elemento externo à sociedade titular do direito, decorrente das múltiplas possibilidades de tutela do direito. Um litígio coletivo será complexo quando se puder conceber variadas formas de tutela jurídica da violação, as quais não são necessariamente equivalentes em termos fáticos, mas são igualmente possíveis juridicamente.⁴²

A conflituosidade, por sua vez, é um elemento endógeno, que avalia o grau de consenso, de uniformidade de perspectivas dos componentes da sociedade titular do direito litigioso. Tende a aumentar quanto mais variadas forem a forma e a intensidade com que os integrantes sejam atingidos pela lesão, uma vez que o impacto da tutela não será idêntico em relação a todos os indivíduos, gerando diversidade de posições e interesses entre os lesados.

Fixadas essas premissas, cumpre expor a tipologia dos litígios proposta por Vitorelli, destacando, desde já, que são os denominados litígios de difusão irradiada que mais de perto interessam ao presente estudo.

40 VITORELLI, 2016.

41 VITORELLI, 2016.

42 VITORELLI, 2016.

Litígios de difusão global representam situações em que a violação a um direito transindividual não atinge, de modo especial, qualquer pessoa, podendo ser ilustrado por um vazamento de pequena quantidade de óleo, no meio do oceano. Em tais litígios, o grau de conflituosidade da sociedade titular do direito é muito baixo, pois, fora o interesse compartilhado de todo ser humano em relação ao ambiente planetário, ninguém é especialmente prejudicado pelo dano decorrente desse tipo de lesão. Da mesma forma, não reflete situação de grande divergência acerca da tutela pretendida.

Os litígios transindividuais de difusão local representam hipóteses em que a violação do direito transindividual atinge, de modo especial e grave, uma comunidade integrada por indivíduos que compartilham uma mesma perspectiva social. Dessa forma, o *grau* de coesão interna constitui fator que garante, ao menos, certo *grau* de homogeneidade em relação ao resultado pretendido no processo.

Por fim, os litígios transindividuais de difusão irradiada representam situações em que o litígio decorrente da lesão afeta, de forma direta e variada, interesses de pessoas e/ou segmentos sociais, que não possuem uma mesma perspectiva social. Neste viés, como não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, suas posições acerca da tutela pretendida poderão ser divergentes, não raramente antagônicas.⁴³

De todos os tipos de litígios coletivos, os litígios de difusão irradiada são os que refletem maior grau de conflituosidade e complexidade e, certamente, são os que representam o maior desafio ao desenvolvimento de um modelo processual devido.⁴⁴ Retratam

43 Isso porque, na sociedade de massa, pluralista por natureza, não raro se conflitam interesses metaindividuais antagônicos, porém legítimos, de grupos sociais diversos. A definição sobre qual interesse conflitante deva prevalecer em determinado caso concreto é tarefa de natureza eminentemente política (COSTA, Susana Henriques da. Controle judicial de políticas públicas: relatório geral do Brasil. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57, jul./set. 2015, p. 216).

44 VITORELLI, 2016.

cenários de conflitos mutáveis,⁴⁵ multipolares, em que o grupo titular do direito se opõe não apenas ao réu, mas a si próprio, uma vez que os membros da sociedade titular do direito têm variados (e, até mesmo, antagônicos) interesses no resultado do litígio.⁴⁶

Tomemos como exemplo o Desastre do Rio Doce. A partir de um mesmo centro, o desastre, um feixe de lesões e polos de interesses, muitas vezes não convergentes (trabalhadores, fornecedores de alimentação para os funcionários da empresa, moradores da região, comunidades ribeirinhas, indígenas, pescadores, produtores rurais e comerciantes), entrelaçam-se de forma que cada um desses núcleos terá sua perspectiva própria do litígio e será diversamente impactado por qualquer medida que seja tomada.⁴⁷

O litígio não é de difusão global, pois é possível identificar pessoas que sofrerão danos mais intensos que outras que estão distantes dos seus efeitos. Também não é de difusão local, porque não é verificada uma identidade de perspectivas sociais entre os envolvidos.

Configura-se, portanto, como litígio de difusão irradiada, de intensa conflituosidade e complexidade.

A conflituosidade é elevada, pois as pessoas sofreram lesões distintas em modo e intensidade, porém significativas o bastante para desejar que seus interesses sejam atendidos. A complexidade, por sua

45 A dinâmica social se altera de forma tal que a sociedade anteriormente existente adquire novas feições e interesses, distintos dos originais.

46 Categoria da qual são exemplos os litígios ambientais e os chamados litígios estruturais (VITORELLI, 2016).

47 “Pense-se nos benefícios que a reabertura das empresas na região poderia ocasionar a determinados grupos sociais e quantos desses grupos são favoráveis a esse funcionamento. Mas, ao mesmo tempo, outros grupos sociais têm interesses diversos, como a proibição do funcionamento das empresas na região, ou com determinadas particularidades, como a imposição de condicionantes, o que acaba por criar uma rede de interesses imbricados, que devem todos, se possível, serem levados em consideração. Assim, a policentria coloca em evidência a complexidade dos litígios estruturais e a importância de um tratamento adequado a essa nova tipologia de litígios.” (COTA, S. P. *Do pedido e da participação: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 51).

vez, também é elevada, diante da variedade de opiniões e visões acerca da tutela adequada. Tal complexidade é, ainda, agravada pelo fato de que a lesão não é consequência de uma ilegalidade praticada em um momento específico, mas da reiteração de condutas, comportamento, do modo de funcionamento de uma “estrutura”.⁴⁸

A adoção irrefletida do dogma da indivisibilidade dos direitos (e, conseqüente, indeterminação dos titulares) tem implicado o tratamento de litígios coletivos que se enquadram nessa terceira categoria como se fossem litígios transindividuais globais,⁴⁹ ou seja, como se não impactassem diretamente a vida de qualquer pessoa. Isso acarreta, entre outras incorreções, que a vontade do legitimado coletivo se converta na vontade da coletividade a ser recoberta, futuramente, pelo manto da coisa julgada.

A adequada tutela dos direitos transindividuais em litígios complexos, como o de desastre, demanda mecanismos processuais adequados e capazes de lidar com a sua complexidade,⁵⁰ conflituosidade, além da necessidade de racionalização de comportamentos, decisões humanas, de alterar o funcionamento de uma estrutura. Revela-se fundamental superar o dualismo que impregna a mentalidade tradicional do processo para um processo diferenciado, “normalmente tratado sob o nome de processo estrutural”.⁵¹

48 Característica a ser desenvolvida pelo caráter de prospectividade do processo coletivo estrutural.

49 Aqui, de se recordar a comparação já realizada entre a construção de uma usina hidrelétrica e do vazamento de óleo no meio do oceano.

50 “O discurso agrega outro patamar à sua função de resolução de disputas: se antes o objeto de pacificação se centrava em conflitos entre ‘A’ e ‘B’, agora também entram em cena debates com complexidade claramente mais elevada; em ambos os lados, pode se situar uma multiplicidade de interesses e de sujeitos, colocando ao magistrado um novo prisma de investigação” (OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 181-182).

51 ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: JusPodivm, 2017b, p. 475-492.

Como se verá no próximo tópico, em cenários como o do Desastre do Rio Doce, de complexidade acentuada e que envolvem questões constitucionais socialmente relevantes, como meio ambiente, de grande utilidade são as técnicas desenvolvidas no âmbito dos processos estruturais.⁵²

4 Processo coletivo e desastre

Constatada a inadequação da perspectiva processual tradicional para a adequada tutela do direito transindividual, surge o desafio de reconstruir as categorias do processo coletivo, agora com os olhos voltados ao litígio concretamente verificado, de modo que sejam balizadas a partir das necessidades particulares da realidade do conflito existente.⁵³

Em particular, interessa encontrar um modelo processual hábil a lidar com a multipolaridade, a complexidade, a mutabilidade, entre outras características do litígio estabelecido após um desastre. Para tanto, não deve a tutela jurisdicional voltar-se, exclusivamente, à obrigação de reparação do dano após a sua ocorrência,

52 “A decisão estrutural (structural injunction) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (structural reform) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parte-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas.” (DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, [s. l.], v. 8, n. 1, jan./abr. 2017, p. 48-49. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/blog/editions/notas-sobre-as-decisoes-estruturantes>. Acesso em: 5 dez. 2020).

53 “É chegada a hora da doutrina brasileira deixar de se deter sobre o exercício, tão interessante quanto inútil, de tentar classificar as pretensões coletivas em três categorias abstratas que não são capazes de explicar a realidade. Em uma ampla guinada metodológica, é preciso partir do litígio, analisar suas características e a elas dar consequências jurídicas.” (VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: VITORELLI, Edilson (org.). *Manual de direitos difusos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 1603).

mas também à implementação de medidas que eliminem ou mitiguem os riscos da ocorrência de novos desastres.⁵⁴

Os litígios estruturais (exemplos típicos de litígios irradiados)⁵⁵ são marcados pela policentria, com uma clara imbricação de interesses, todos relacionados e dependentes entre si e muitas vezes antagônicos. Esses litígios são marcados pela existência de violações estruturais de direitos, causadas pelo conjunto de práticas e dinâmicas institucionalizadas, dentro de uma causalidade complexa.⁵⁶

Para tais cenários, ganha espaço uma nova tipologia processual: o processo estrutural. Marcado pelo caráter prospectivo,⁵⁷ o processo estrutural anuncia-se como o instrumento mais hábil para dar conta de litígios jurídicos complexos e multipolares.

De fato, se a pretensão é propiciar um processo coletivo devido, adequado a esse tipo de litígio, resta evidente a necessidade de superar o tradicional tratamento processual, marcado pela bipolaridade (autor-réu) e pelo caráter retrospectivo das soluções, construídas a partir do binômio lícito-ilícito.

54 A reconstrução “deve preocupar-se com o retorno ao status anterior, mas também com a possibilidade de um próximo desastre, o que envolve esforços de mitigação e de aplicação das lições de aprendizado” (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 33).

55 “Ainda que nem todo litígio coletivo irradiado seja estrutural, todo litígio estrutural é um litígio coletivo irradiado.” (VITORELLI, 2019, p. 1582).

56 Grande exemplo de intervenção estrutural em estrutura privada para tutela do meio ambiente é o conhecido “caso Mendoza”, apresentado por Francisco Verbic (VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, año 10, n. 43, p. 267-286, 2013. Disponível em: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33771/Documento_completo.pdf?sequence=1. Acesso em: 12 jul. 2019).

57 Mediante a reforma na estrutura de entes e organizações, públicos ou privados, com a alteração de seus processos internos, de sua estrutura burocrática e da mentalidade de seus agentes visando concretizar direitos e valores públicos fundamentais ou resolver litígios complexos.

Impõe-se um tratamento diferenciado, por meio de um método processual ancorado em pressupostos e fundamentos próprios, alinhado à mutabilidade fática, à complexidade, à multipolaridade processual e à necessária postura prospectiva ante o litígio tratado.

A complexidade e a mutabilidade inerentes ao cenário de um desastre⁵⁸ tornam incompatível o tratamento processual arraigado em leituras tradicionalmente estáticas e rígidas de elementos como “pedido”, “estabilização da demanda”, “adstrição ao pedido” e “coisa julgada”.⁵⁹

Com efeito, totalmente compreensível que nesse tipo de litígio o legitimado coletivo não consiga, já no momento da propositura da ação, apontar com exatidão a tutela jurisdicional apropriada,⁶⁰ ou todas as medidas que serão necessárias ao litígio existente, nem mesmo quais as providências finais adequadas à tutela do direito.⁶¹

Essa questão é ainda agravada pela constatação de que o panorama do litígio estrutural não se manifesta como uma fotografia, mas sim como um filme em permanente transformação.⁶²

58 Um sistema em colapso consiste em algo profundamente diverso do sistema em modo operacional normal, apresentando profunda complexidade ao planejamento, ao preparo e, acima de tudo, às respostas emergenciais, em virtude de sua constante capacidade de apresentar cenários imprevisíveis (CARVALHO, 2015, p. 54).

59 ARENHART, 2017b.

60 Tendo em vista que as características não uniformes da lesão implicam elevadas dificuldades para apreender o modo como a sua reparação pode ser realizada. A análise, no caso dos litígios complexos, afasta-se significativamente do binômio lícito-ilícito e se aproxima, inevitavelmente, de considerações que dependem de *inputs* políticos, econômicos e de outras áreas do conhecimento.

61 NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; MARX NETO, Edgar Audomar [orgs.]. *Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Jr.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 365-383.

62 Os fatos do litígio estrutural não são fatos históricos, mas sim fatos sociais, em constante construção e reconstrução (VITORELLI, 2016).

Esse dinamismo deve refletir na determinação das questões litigiosas, sob pena de que a decisão incida em um contexto não mais existente.

Desse modo, o trabalho de avaliação das lesões, dos impactos e dos interesses da sociedade envolvida não pode ser temporalmente limitado, devendo ser continuamente reexaminado ao longo do processo e da implementação das medidas estruturais, o que impede que sua condução seja atrelada às formalidades da delimitação de questões na petição inicial e na defesa do réu.⁶³

Pelas mesmas razões, essa maleabilidade do processo na fase de conhecimento deve ser estendida à fase de execução. A complexidade e a mutabilidade do litígio recomendam que as medidas sejam implementadas em fases, até mesmo de forma provisória, permitindo que elas sejam constantemente reavaliadas. Sobre a questão, Vitorelli assinala:⁶⁴

Na medida em que a realidade se altera, pela passagem do tempo e também pela efetivação das providências anteriormente determinadas, cabe ao juiz reestruturar a ordem inicial e modificar os planos, de acordo com o novo contexto. Não existe decisão aderente à realidade do direito material se não se levar em consideração que a realidade não é estática.

A impossibilidade de resolução total do litígio, pela via da coisa julgada, faz com que seja inviável imaginar, em litígios irradiados, rígidas diferenças entre fase de conhecimento e fase de execução. Exigir que um litígio seja integralmente julgado para depois ser implementado significa exigir que a decisão seja aplicada em um mundo que não mais existe. Por essa razão, ela se tornará injusta ou, no mínimo, ineficaz.

63 A mitigação dos princípios da demanda e da adstrição pode ser inferida do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, bem como da primazia da solução de mérito (art. 4º, CPC). O adequado funcionamento da jurisdição apoia-se na apropriada identificação das necessidades substanciais do que deve ser tutelado em juízo e na prioridade deste direito material em relação às formalidades do processo.

64 VITORELLI, 2016, p. 619.

Nesses litígios, a decisão, em vez de ser uma declaração precisa e acobertada pela imutabilidade da coisa julgada, deve ser adaptável às dificuldades que surgirem durante o processo de implementação. Em outros termos, a decisão deve ser vista apenas como o ponto de partida. Iniciado o seu cumprimento, as atividades executivas provocarão novas alterações na realidade, não necessariamente no sentido inicialmente almejado pela decisão, e, potencialmente, impactando segmentos sociais não imaginados durante o processo.⁶⁵ Assim, ao longo do processo de implementação das medidas, cumpre examinar os efeitos que elas produzem na realidade social, fazendo as necessárias modificações ou ajustes à medida que problemas apareçam.

Nesse ponto, destaque ainda para as medidas atípicas de execução, trazidas de forma mais ampla pela nova legislação processual (arts. 139, IV, e 536, § 1º, do CPC) enquanto mecanismos viabilizadores da essencial adequação da decisão à constante mutação do litígio, possibilitando o encontro da forma mais efetiva para a reparação do dano e a realização da modificação estrutural que se deseja.

Em outro prisma, o processo estrutural enseja um fortalecimento de normas fundamentais como o contraditório e a cooperação processual para que tenha êxito.

A existência de vários núcleos de interesse, com perspectivas variadas e que devem ser ponderadas para a construção da decisão judicial, demanda uma resignificação do contraditório no processo, não sendo satisfatório que fique restrito ao âmbito do substituto processual.

Como sabido, o legitimado coletivo não demanda direito próprio, mas sim direito alheio.⁶⁶ Logo, fundamental a adoção de meca-

65 Como adverte Puga, deve-se atentar para a potencialidade da decisão de acarretar impactos para além dos atores processuais, visto que incide em um sistema interconectado de múltiplas relações, particularidade essa que deverá ser devidamente considerada em questões como a participação, a representação processual e a publicidade (PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, año I, n. 2, p. 41-82, 2014).

66 Constata-se, mais uma vez, a imperiosa necessidade de identificação dos titulares do direito transindividual como forma de possibilitar o exame da adequação da tutela

nismos de diálogo com os titulares do direito material violado. Com maior razão, ao lidar com litígios multipolares e complexos, nos quais se encontram vinculados múltiplos centros de interesses, cada um com pontos de convergência e divergência dos demais.

Tal circunstância exige a pluralização do diálogo processual para que a solução dê conta de todos os elementos do problema. Para tanto, fundamental a adoção de mecanismos que permitam a participação direta e informal dos diversos interessados, como a realização de reuniões, audiências públicas, pesquisas quantitativas e qualitativas com os integrantes da sociedade, ou, ainda, a contratação de assessorias técnicas, comprometidas com a defesa dos direitos dos grupos atingidos. Isso ajuda a contornar o problema do grande número de interessados que serão impactados pelo processo e da diversidade de situações fáticas nas quais eles se encontram.

O direcionamento da ação coletiva para a adoção de mecanismos de diálogos⁶⁷ com a sociedade impactada e com a comunidade científica pode revelar-se importante ferramenta para a efetividade da decisão, pois aumenta a aceitação das determinações judiciais e, com isso, facilita sua realização, contribuindo para a obtenção de soluções que sejam tecnicamente eficientes e factíveis, evitando as chamadas “vitórias de papel”.⁶⁸

ao direito material e, até mesmo, uma prestação de contas – *accountability* – por parte do legitimado coletivo.

67 Stephen Yeazell denomina de *town meeting* o que seria esse modelo participativo no âmbito de litígios estruturais, salientando o caráter dialógico do processo para garantir a participação da sociedade, de modo geral, e contornar problemas relativos à legitimidade das decisões, à impossibilidade de participação direta dos interessados no conflito e à representação adequada desses interesses (YEAZELL, Stephen C. *Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 25, p. 244-260, 1977). Para tanto, conforme Susan Sturm, o juiz pode-se valer da realização de audiências e de eventos públicos para possibilitar a apreensão desses interesses e contornar esses problemas (STURM, Susan. *A normative theory of public law remedies. Georgetown Law Journal*, Washington, D.C., v. 79, n. 5, 1991, p. 1370).

68 Ordens judiciais arrebatadoras em seu texto, das quais não resulta benefício concreto para os destinatários (LOTTMAN, Michael S. *Paper victories and hard realities. In: BRADLEY, Valerie; CLARKE, Gary. Paper victories and hard realities: the implemen-*

Os mecanismos participativos e as estratégias de comunicação,⁶⁹ implementados antes, durante e após o processo coletivo, devem, na medida do possível, ser estruturados para fomentar a mobilização e o empoderamento da sociedade atingida. Assim, os interessados tornam-se parte da construção da decisão,⁷⁰ em vez de simplesmente entregarem sua sorte a um representante. Outrossim, no aspecto do Direito dos Desastres, a mobilização social, a troca de informações e a inclusão de novos conhecimentos favorecem a construção de resiliências bem como a mitigação de vulnerabilidades.

Nessa linha, reforçando a construção de um modelo processual dialógico, aberto e participativo, o princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento dispõe:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.

Por fim, de singular importância no contexto do Direito dos Desastres, o processo estrutural, para além da reparação do dano já ocorrido, tem forte caráter prospectivo.

tation of the legal and constitutional rights of the mentally disabled. Washington, D.C.: The Health Policy Center of Georgetown University, 1976, p. 93-105).

69 SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013, cap. 16.

70 O risco de que a representação – pelo legitimado coletivo – dos interesses metaindividuais de massa possa se revelar fictícia, na medida em que a vontade do autor coletivo esteja desalinhada daquela manifestada pela sociedade ou pelo grupo em favor de quem se atua. Diz que se essa questão é problemática nos processos coletivos em geral, é ainda mais grave quando se trata de processos estruturais, em que convergem vários interesses distintos, de forma que é imprescindível que todas as posições possam participar do processo (VITORELLI, 2016).

Notadamente, o litígio abordado (Desastre do Rio Doce) reflete que a violação não é fruto de condutas específicas, mas sim do próprio contexto (*background*)⁷¹ em que se insere o litígio, e essa constatação demanda o encontro de soluções igualmente complexas, orientadas para trabalhar com probabilidades de fatos futuros.

Na lição de Mariela Puga:⁷²

Em litígios que designamos como estruturais, os juízes geralmente reconhecem como causa de origem para a violação de direitos, por exemplo, uma regra legal, uma política institucional composta de múltiplas práticas e/ou uma condição ou situação social. De acordo com os termos da teoria tradicional, onexo causal nesses casos é às vezes mediato, remoto, difuso, multifacetado e até múltiplo. Além disso, o pano de fundo causal nem sempre é subjetivamente atribuível a um produtor/causador, e pode acontecer que quem sofre as consequências causais também tenha contribuído para sua produção. Aqui está o caráter predominantemente complexo da causalidade estrutural.⁷³

Como se observa, a complexidade do problema e o contexto de violações sistêmicas de direitos exigem que a dinâmica social em que ele ocorre seja alterada. Se não for, o problema não será resolvido pontualmente, sem resultados concretos significativos, voltando a se repetir no futuro. Em outros termos, “precisamos ver o contexto humano, bem como os eventos físicos que causam

71 Ferraro sublinha que, de modo geral, existe uma relação que se prolonga no tempo entre as vítimas e as instituições (frequentemente caracterizada por dependência ou compulsoriedade) [FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 14–15].

72 PUGA, 2014, p. 58.

73 Tradução livre. No original: “*En los litigios que distinguimos como estructurales, los jueces suelen reconocer como causa fuente de la violación de derechos a, por ejemplo, una regla jurídica, una política institucional compuesta de múltiples prácticas, y/o a una condición o situación social. De acuerdo a los términos de la teoría tradicional, el vínculo causal en estos casos se presenta a veces de manera mediata y hasta remota, difusa, multifacética e incluso múltiple. Es más, no siempre los antecedentes causales son subjetivamente atribuibles a un productor/causante, y puede ocurrir que quien sufre las consecuencias causales haya también contribuido en su producción. He aquí el carácter predominantemente complejo de la causalidad estructural*”.

danos. Só então podemos começar a determinar a resposta apropriada frente ao risco”.⁷⁴

Ainda ressaltando a pertinência do tópico com o adequado tratamento de litígio proveniente do desastre, Carvalho e Damacena⁷⁵ afirmam que

desastres retratam vulnerabilidades. Por esta razão, seu impacto e magnitude não são determinados apenas por seu tipo de evento – climatológico, industrial ou híbrido –, mas pela situação e grau de vulnerabilidade da localidade sobre a qual ela impacta.

Nessa perspectiva, ressaltando a necessidade de implementação de mudanças jurídicas e gerenciais significativas, sob pena de consentir com a perpetuação de um contexto de risco ambiental e humano, o Ministério Público Federal, em ação civil pública⁷⁶ promovida em face da União, expôs a necessidade de desenvolvimento de um processo estrutural, objetivando “planejar, implementar e fiscalizar medidas capazes de criar, no futuro, uma estrutura pública de fiscalização de barragens que possa desempenhar suas tarefas de maneira confiável e eficiente”.

Igualmente,

às empresas cabe adotar as melhores práticas para garantir uma remediação efetiva, em um processo que contemple todos os passos de uma reparação adequada, previstos pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos: mitigação, restituição, compensação, reabilitação, satisfação e não-repetição.⁷⁷

74 FARBER, Daniel. Navegando a intersecção entre o direito ambiental e o direito dos desastres. In: FARBER, Daniel A.; CARVALHO, Délton Winter (org.). *Estudos aprofundados em direito dos desastres: interfaces comparadas*. Curitiba: Prismas, 2017, p. 33.

75 CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 17.

76 Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp_anm_uniao-1. Acesso em: 15 jul. 2019.

77 COMITIVA DE ATINGIDOS DA BACIA DO RIO DOCE, 2018, p. 9.

Sem olvidar a importância da reparação do dano, da indenização das vítimas, o processo estrutural relativo ao desastre⁷⁸ deve buscar a implementação de medidas para cessar o comportamento que origina a lesão ou alterar o contexto que a viabiliza. Assim, na lição de Carvalho,⁷⁹ o Direito (e, ampliando, o processo) tem “a função de reduzir as vulnerabilidades, quer físicas ou sociais, e estimular a resiliência das comunidades atingidas por desastres”.

5 Conclusão

Nos últimos anos, acompanhamos o desenvolvimento de um novo ramo jurídico, de índole eminentemente preventivo, cujo objetivo é a gestão de riscos, denominado “Direito dos Desastres”.

Tendo como paradigma o desastre da Bacia do Rio Doce, apontamos que as características do litígio que emerge de um desastre em muito se afastam daquelas de um litígio tradicional, de estrutura bipolarizada e preocupação retrospectiva da tutela.

Por consequência, a usual forma de gestão do processo coletivo, pensada a partir do direito em situação de integridade, revela-se insuficiente e inadequada para uma devida tutela do direito transindividual violado.

Ciente desse descompasso, fundamental reconstruir o modelo processual de adjudicação apto a lidar com litígios de elevada complexidade e conflitualidade, como o decorrente do Desastre da

78 O acento enfocado na intervenção judicial sobre estruturas sociais permite maior abrangência conceitual aos processos estruturais sem, contudo, excluir ou reduzir a relevância das hipóteses “típicas” dos litígios de interesse público, estados de coisas inconstitucionais, etc. A ampliação do alcance conceitual nos parece especialmente relevante para intensificar o emprego e a utilidade do remédio, evitando que a restrição conceitual se torne entrave à tutela do direito [PICOLI, Bruno de Lima. *Processo estrutural*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018, p. 60].

79 CARVALHO, 2015, p. 23.

Bacia do Rio Doce. Nesta perspectiva, apresenta-se o processo coletivo estrutural como instrumento qualificado para tal mister.

Como apresentado, o processo estrutural, a partir de uma visão preponderantemente prospectiva do conflito, impõe uma flexibilização do princípio da demanda, da separação entre as fases de conhecimento e execução, bem como preconiza a abertura do diálogo com os titulares do direito material violado, dando-lhes voz e garantindo-lhes uma representação adequada. O diálogo ampliado, inclusive, por meio da participação de entidades e profissionais técnicos, garante legitimidade e proporciona maior viabilidade fática da decisão proferida.

No que toca especificamente aos desastres (como o caso paradigma), pontuou-se que a atuação jurisdicional por meio do processo estrutural, para além das ações de reparação, indenização dos danos já experimentados, deve ser instrumento para alterações estruturais, de produção de resultados sociais efetivos. Em outros termos, demanda a implementação de medidas para reduzir as vulnerabilidades (físicas ou sociais) constatadas e estimular condições de resiliência das comunidades atingidas.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, [s. l.], v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017a. p. 423-448.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da

(coord.). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Juspodivm, 2017b. p. 475-492.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: RT, 2019.

ARROYO, Luis Nelson. Desastre natural: un concepto cambiante. *Revista Geográfica de América Central*, Heredia, v. 2, n. 28, p. 11-14, 2000.

BERGALLO, P. La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, R. (org.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2014. p. 245-291.

BRASIL. Ministério Público Federal. O desastre. *Portal MPF*, [s. l.], [entre 2015 e 2020]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/o-desastre>. Acesso em: 15 jul. 2019.

CAPUTO, M. G.; HARDOY, J. E.; HERZER, H. M. *Desastres y sociedad en America Latina*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1985.

CARVALHO, Délton Winter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CIANCIO, Adrián Marcelo. *La protección de las personas en casos de desastre*. Hacia un marco jurídico universal y vinculante. 2017. Tesis

(Doctorado en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales)
– Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid,
Madrid, 2017.

COMITIVA DE ATINGIDOS DA BACIA DO RIO DOCE. O desastre da
reparação: o caso do Rio Doce (Minas Gerais e Espírito Santo,
Brasil). *Revista Científica Foz*, São Mateus, v. 1, n. 2, p. 7-27, 2018.

COSTA, Susana Henriques da. Controle judicial de políticas públi-
cas: relatório geral do Brasil. *Revista do Ministério Público do Rio de
Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 57, p. 207-243, jul./set. 2015.

COTA, S. P. *Do pedido e da participação*: proposições para o desen-
volvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais. Belo
Horizonte: D'Plácido, 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA,
Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil
Procedure Review*, [s. l.], v. 8, n. 1, p. 46-64, jan./abr. 2017. Disponível
em: [https://civilprocedurereview.com/blog/editions/notas-sobre-
as-decisoes-estruturantes](https://civilprocedurereview.com/blog/editions/notas-sobre-as-decisoes-estruturantes). Acesso em: 5 dez. 2020

FARBER, Daniel. Disaster law and emerging issues in Brazil. *Revista
de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*,
São Leopoldo, v. 4, n. 1, p. 2-15, jan.-jun. 2012.

FARBER, Daniel. Disaster law and inequality. *Law and Inequality*,
Minneapolis, v. 25, n. 2, p. 297-321, 2007.

FARBER, Daniel. Navegando a intersecção entre o direito ambiental
e o direito dos desastres. *In*: FARBER, Daniel A.; CARVALHO, Délton

Winter (org.). *Estudos aprofundados em direito dos desastres: interfaces comparadas*. Curitiba: Prismas, 2017. p. 23-58.

FARBER, Daniel. Response and recovery after María: lessons for disaster law and policy. *UC Berkeley*, Berkeley, 2018. Disponível em: escholarship.org/uc/item/936195d5. Acesso em: 6 fev. 2020.

FARIA, M.; BOTELHO, M. O rompimento da barragem de Fundão em Mariana, Minas Gerais. *Revista Portuguesa de Saúde Ocupacional – Online*, [s. l.], v. 5, p. 1-9, 2018.

FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FISS, Owen. The forms of justice. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, v. 93, n. 1, p. 1-58, Nov. 1979.

FUKS, Mario. *Conflitos ambientais no Rio de Janeiro: ação e debate nas arenas públicas*. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 2001.

LOSEKANN, C.; MAYORGA, C. (org.). *Desastre na bacia do Rio Doce: desafios para a universidade e para instituições estatais*. Rio de Janeiro: Folio Digital, 2018.

LOTTMAN, Michael S. Paper victories and hard realities. In: BRADLEY, Valerie; CLARKE, Gary. *Paper victories and hard realities: the implementation of the legal and constitutional rights of the mentally disabled*. Washington, D.C.: The Health Policy Center of Georgetown University, 1976. p. 93-105.

MILANEZ, B.; LOSEKANN, C. (org.). *Desastre no Vale do Rio Doce: antecedentes, impactos e ações sobre a destruição*. Rio de Janeiro: Folio Digital, 2016.

NUNES, Leonardo Silva; COTA, Samuel Paiva; FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Dos litígios aos processos estruturais: pressupostos e fundamentos. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; MARX NETO, Edgar Audomar [orgs.]. *Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Jr.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 365-383.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 177-202.

PEÇANHA, Catharina *et al.* O desastre de Mariana e a tipologia dos conflitos: bases para uma adequada regulação dos processos coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 278, p. 263-297, 2018.

PICOLI, Bruno de Lima. *Processo estrutural*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

PUGA, Mariela. El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, año I, n. 2, p. 41-82, 2014.

PUGA, Mariela. La cuestión terminológica: litigio estratégico, de impacto, complejo, de interés público, estructural. *Academia.edu*, [s. l.], 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/304772>

59/Litigios_Complejos_y_la_Cuesti%C3%B3n_Terminol%C3%B3gica.pdf. Acesso em: 2 jul. 2019.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. 2. ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013.

STURM, Susan. A normative theory of public law remedies. *Georgetown Law Journal*, Washington, D.C., v. 79, n. 5, p. 1355-1446, 1991.

SUSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper* – University of Chicago Law School, Chicago, n. 28, 2002.

VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, año 10, n. 43, p. 267-286, 2013. Disponível em: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33771/Documento_completo.pdf?sequence=1. Acesso em: 12 jul. 2019.

VITORELLI. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 369-422.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: VITORELLI, Edilson (org.). *Manual de direitos difusos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 1599-1646.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

VITORELLI, Edilson. Processo estrutural e processo de interesse público: esclarecimentos conceituais. *In: VITORELLI, Edilson (org.). Manual de direitos difusos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 1576-1598.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *In: ZANETI JR., Hermes (coord.). Processo coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 49-107.

WEICHSELGARTNER, J. Disaster mitigation: the concept of vulnerability revisited. *Disaster Prevention and Management*, Bingley, v. 10, n. 2, p. 85-95, 2001.

YEAZELL, Stephen C. Intervention and the idea of litigation: a commentary on the Los Angeles school case. *UCLA Law Review*, Los Angeles, v. 25, p. 244-260, 1977.

ZANETI JUNIOR, Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 53, p. 13-32, 2011.

ZONTA, Márcio; TROCATE, Charles. *Antes fosse mais leve a carga: reflexões sobre o desastre da Samarco/Vale/BHP Billiton*. Marabá: Iguana Editorial, 2016.

A inclusão da pessoa com deficiência no mercado do trabalho no Brasil: em busca da efetividade das agências do Sistema Nacional de Emprego¹

Emerson Albuquerque Resende

Procurador do Trabalho em Aracaju. Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva

Professora Associada da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Membro do Instituto Latino-Americano de Direito do Trabalho e Seguridad Social. Vice-Presidente da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pós-Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e pela Università degli Studi G. d'Annunzio Chieti-Pescara (UDA). Doutora em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito do Trabalho, especialista em Direito do Trabalho e em Direito Processual Civil, ambos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Sofia Vilela de Moraes e Silva

Procuradora do Trabalho em São Bernardo do Campo. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

1 Artigo resultante de pesquisa científica da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), com base em microdados sobre acesso ao trabalho para pessoas com deficiência da Base de Gestão de Intermediação de Mão de Obra da rede do Sistema Nacional de Emprego.

Resumo: O presente artigo, fruto de projeto de investigação da Escola Superior do Ministério Público da União, tem como objetivo analisar o funcionamento das agências do Sistema Nacional de Emprego (SINE) em relação à inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. A questão que se coloca é a persistência do número reduzido de pessoas com deficiência no mercado de trabalho – ainda que o Brasil possua uma das legislações mais avançadas do mundo em termos de inclusão desse grupo, tendo até recepcionado a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência com *status* de norma constitucional – e qual o papel, para a eficácia social das normas de proteção, desempenhado pelas agências do SINE, responsáveis pelo encaminhamento da maior quantidade de pessoas do grupo vulnerável às empresas. Os métodos utilizados são o teórico-bibliográfico e o empírico-indutivo, com base tanto na pesquisa documental e bibliográfica quanto na análise de microdados da Base de Gestão de Intermediação de Mão de Obra do SINE, dos anos de 2012 a 2017. Propostas são apresentadas na perspectiva do aprimoramento e da maior efetividade dessa importante rede de intermediação de emprego de pessoas com deficiência.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência. Igualdade. Ação afirmativa. Deficiência. Sistema Nacional de Emprego (SINE).

Abstract: This article, result of a research project of the Higher School of the Public Prosecution Service, aims to analyze the functioning of agencies of the National Employment System (SINE) in relation to the inclusion of people with disabilities in the labor market. The issue is the persistence of the reduced number of people with disabilities in the labor market, even Brazil having one of the most advanced legislation in the world in terms of inclusion of this group, including the reception of the International Convention on the Rights of Persons with Disability received with status of constitutional norm, and what is the role, for the social effectiveness of protection standards, played by SINE agencies, responsible for the referral of the largest number of people in the vulnerable group to the companies. The methods used are theoretical-bibliographic and empirical-inductive, based on both documental and bibliographic research, as well as the micro-data analysis of the SINE Manpower Intermediation Management Base from the years 2012 to 2017. Proposals are presented in the perspective of improvement and greater effectiveness of this important network of employment intermediation of people with disabilities.

Keywords: Disabled person. Equality. Discrimination. Affirmative action. Disability. National Employment System (SINE).

Sumário: 1 Introdução. 2 Análise comparada da inclusão social das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. 3 A intermediação de mão de obra de pessoas com deficiência por meio das agências do Sistema Nacional de Emprego. 3.1 A exclusão de pessoas com deficiência dos registros do SINE. 3.2 A busca da efetividade da rede SINE na inclusão de pessoas com deficiência. 4 Conclusão.

1 Introdução

A Constituição de 1988 consagrou diversos direitos que vão ao encontro da inclusão social da pessoa com deficiência. Em seu preâmbulo, a Constituição dá ênfase para a necessidade de construção de uma sociedade plural, igual e fraterna, buscando “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.²

Entre os fundamentos da República, relacionou a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º, II, III e IV). O art. 3º, incisos I, III e IV, estabelece que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a promoção do bem de todos, sem

2 O STF já se manifestou sobre a função orientadora do preâmbulo da Constituição “para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais” e, mais ainda, assentou que tanto o Estado quanto a sociedade deverão se organizar segundo os valores do preâmbulo, “a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Nesse sentido, a decisão a seguir: “Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 [...]. Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]” (ADI n. 2.649, voto da rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 8.5.2008, Plenário, DJE de 17 out. 2008. Grifos nossos).

qualquer preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por sua vez, o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal prevê o direito à igualdade no sentido substancial, e o art. 6º elenca o trabalho entre os direitos sociais. Acrescenta a Carta Magna que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, sendo assegurada a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros, os princípios da função social da propriedade e da busca do pleno emprego (art. 170), e que a ordem social tem como base o primado do trabalho e objetiva o bem-estar e a justiça sociais (art. 193).

Além disso, há vários dispositivos que tratam especificamente da pessoa com deficiência, a exemplo do art. 7º, inciso XXXI, em que há previsão de “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”, e do art. 37, VIII, que estabelece ação afirmativa no sentido da obrigatoriedade de fixação de cotas na administração direta e indireta, ao dispor que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de admissão”.

Embora a redação original da Constituição Federal já garanta relevantes direitos fundamentais às pessoas com deficiência, o grande avanço ocorreu após a ratificação com *status* de norma constitucional da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Assembleia da Organização das Nações Unidas, realizada em Nova York, em 30 de março de 2007, tendo entrado em vigor por meio do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

A convenção possui mais de cinquenta artigos de normas de natureza constitucional que tratam somente da pessoa com deficiência, propondo mudanças importantes, como o conceito de pessoas com deficiência (art. 1):

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 par-

ticipação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

É de se ressaltar que a convenção internacional consagrou princípios importantes em relação às questões que envolvem pessoas com deficiência³ e uma série de direitos, como direito à vida, à proibição de discriminação, à promoção da igualdade, ao acesso à justiça, à liberdade, à segurança, à acessibilidade, à educação, à saúde, ao trabalho, à conscientização da sociedade, a agir com independência, a participar na vida política, pública e cultural, entre muitos outros. Além disso, prevê um leque amplo de direitos relacionados ao trabalho da pessoa com deficiência, incluindo ações afirmativas, liberdade de escolha, formação profissional, acessibilidade, meio ambiente de trabalho sadio, seguro e equilibrado, entre muitos outros.

Do ponto de vista constitucional, portanto, os direitos das pessoas com deficiência estão plenamente garantidos. Como enfatiza Flávia Piovesan,

[...] se no passado a pessoa com deficiência era alijada da vida social com naturalidade, as transformações sociais e o desenvolvimento de novas tecnologias propiciaram a crescente participação deste grupo e, com ela, suas demandas, anseios e reivindicações.⁴

Da mesma forma, no plano infraconstitucional, temos importantes legislações que preveem ações afirmativas em defesa da pessoa com deficiência. É o caso da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que assegurou às pessoas com deficiência a reserva de até 20%

3 São princípios consagrados na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: “a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; 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; h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade” (art. 3).

4 PIOVESAN, Flávia; SILVA, Beatriz Pereira da; CAMPOLI, Heloisa Borges Pedrosa. A proteção dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 471.

das vagas oferecidas em concurso público dos órgãos da União, das autarquias e das fundações públicas federais (art. 5º, § 2º), e da Lei n. 8.213, 24 de julho de 1991, que estabeleceu a reserva de vagas para pessoas com deficiência no âmbito da iniciativa privada, obrigando as empresas com mais de cem empregados a manterem em seus quadros um percentual variável entre 2% e 5% de pessoas com deficiência ou beneficiários reabilitados da Previdência Social, de acordo com o porte dessas empresas, além de garantir o emprego ao disciplinar que a dispensa imotivada de pessoa com deficiência, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante e desde que cumprida a cota. Ademais, a Lei Brasileira de Inclusão inseriu no art. 3º, § 2º, V, da Lei n. 8.666/1993 um quinto critério de desempate nas licitações: a preferência aos bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Diante dessa estrutura normativa de proteção das pessoas com deficiência, questiona-se se há inserção no trabalho desse grupo minoritário e qual o papel desempenhado pelas agências do Sistema Nacional de Emprego para a eficácia social das normas de proteção.

Sendo esse o foco do presente artigo científico, fruto do projeto de investigação desenvolvido pelos autores com apoio da Escola Superior do Ministério Público da União, utilizar-se-ão os métodos teórico-bibliográfico e o empírico-indutivo, baseando-se tanto na pesquisa documental e bibliográfica quanto na análise de microdados da Base de Gestão de Intermediação de Mão de Obra do SINE, dos anos de 2012 a 2017, a fim de demonstrar a imprescindibilidade de adoção de mecanismos de inclusão social das pessoas com deficiência.

2 Análise comparada da inclusão social das pessoas com deficiência no mercado de trabalho

Apesar de toda essa estrutura normativa tanto de natureza constitucional quanto infraconstitucional, o número de pessoas

com deficiência no mercado de trabalho é reduzido no Brasil. De acordo com os dados da RAIS⁵/CAGED⁶ divulgados pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social, a situação é a seguinte:

Tabela 1. Evolução do quantitativo de pessoas com deficiência no mercado de trabalho

Ano	Total de Vínculos	Total PCD	Percentual de PCD
2007	37,6 milhões	348,8 mil	0,93%
2008	39,4 milhões	323,2 mil	0,82%
2009	41,2 milhões	288,6 mil	0,70%
2010	44,0 milhões	306,0 mil	0,69%
2011	46,3 milhões	325,3 mil	0,70%
2012	47,5 milhões	330,3 mil	0,69%
2013	48,9 milhões	357,8 mil	0,73%
2014	49,6 milhões	381,3 mil	0,77%
2015	48,0 milhões	403,2 mil	0,84%
2016	46,0 milhões	418,5 mil	0,91%
2017	46,3 milhões	441,3 mil	0,95%

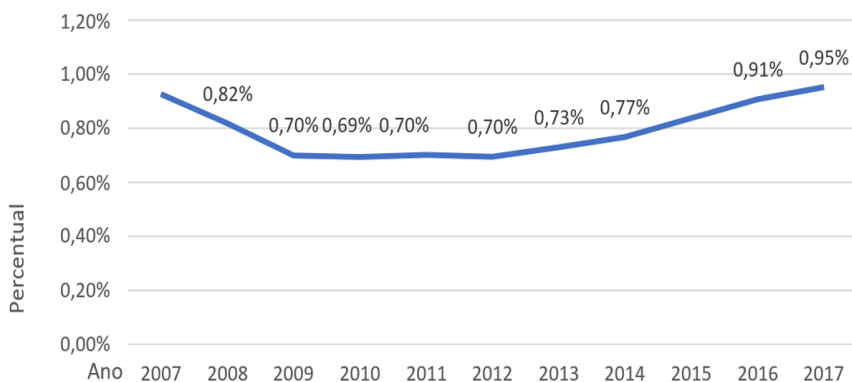
Fonte: Relação Anual de Informações Sociais (RAIS).

A evolução histórica pode ser mais bem visualizada no gráfico a seguir:

5 RAIS: Relação Anual de Informações Sociais

6 CAGED: Cadastro Geral de Empregados e Desempregados

Gráfico – Evolução da participação de trabalhadores com deficiência no mercado de trabalho no Brasil



Os dados demonstram que a taxa de inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, depois de um período de longa estagnação, voltou a ter um leve crescimento, sendo ainda muito baixa em 2017, apresentando o percentual de 0,95%. Isso indica uma proporção de 9,5 pessoas com deficiência para cada mil empregos celetistas no País, proporção essa muito inferior à existente na população economicamente ativa.

Essa proporção ainda é muito baixa em relação a outros países. Por exemplo, nos Estados Unidos da América (EUA), no ano de 2013, o percentual de pessoas com deficiência no mercado de trabalho foi de 4,82%, equivalendo a 6.551.987 empregos dos cerca de 135.826.926⁷ existentes nos EUA, ocupados por trabalhadores com idades entre 16 e 64 anos.⁸

7 Conforme o *Annual Disability Statistics Compendium*. Disponível em: <https://disabilitycompendium.org/>. Acesso em: 5 maio 2020.

8 No Brasil, o percentual de pessoas com deficiência no mercado de trabalho é de apenas 0,69% (Governo Federal – Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/indicadores/rais-2011>. Acesso em: 26 jan. 2015.

O Canadá, por sua vez, possuía em 2006 um total de 16.021.175⁹ trabalhadores empregados, sendo 874.700¹⁰ pessoas com deficiência, equivalendo a um grupo de 50 empregados por cada grupo de mil.

Na Alemanha, no ano de 2013, a taxa de emprego para pessoas com deficiência foi de 4,7%, correspondendo a 47 pessoas com deficiência por cada grupo de mil trabalhadores.¹¹ Se considerarmos apenas a iniciativa privada, o percentual de empregabilidade é de 4,1%, enquanto que no serviço público é de 6,6%.

A França apresenta um índice de empregabilidade de pessoas com deficiência de 3,1% dos empregos,¹² aproximadamente 31 pessoas com deficiência em cada grupo de mil trabalhadores, com o cumprimento da cota para esse grupo por cerca de 77% dos estabelecimentos.

Em síntese, o Brasil destoa muito desses países quando o assunto é inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho. Apesar disso, é certo que nas últimas décadas houve avanço na legislação que garante ações afirmativas em defesa da pessoa com deficiência.

A Comissão Europeia tem definido a ação afirmativa, também denominada ação positiva, como

9 Disponível em: <http://www.statcan.gc.ca/>. Acesso em: 10 dez. 2015.

10 Disponível em: http://www.labour.gc.ca/eng/standards_equity/eq/pubs_eq/eedr/2006/profiles/page16.shtml. Acesso em: 10 dez. 2015.

11 Conforme Relatório *Schwerbehinderte Menschen in Beschäftigung (Anzeigeverfahren SGB IX)*. Deutschland, Bundesagentur für Arbeit, 2013. Disponível em: <https://statistik.arbeitsagentur.de/Navigation/Statistik/Statistik-nach-Themen/Beschaeftigung/Beschaeftigung-schwerbehinderter-Menschen/Beschaeftigung-schwerbehinderter-Menschen-Nav.html>. Acesso em: 14 dez. 2015.

12 Estatística disponível em: <http://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2014-083.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

*medidas dirigidas a un grupo determinado, con las que se pretende suprimir y prevenir una discriminación o compensar las desventajas resultantes de actitudes, comportamientos y estructuras existentes (denominadas a veces “discriminación positiva”).*¹³

É relevante atentar que não somente aos poderes públicos cabe adotar essas ações afirmativas, mas devem também as pessoas físicas e jurídicas privadas possibilitar a inclusão social de pessoas com deficiência.

Entre as normatizações de proteção aos direitos da pessoa com deficiência, como já destacamos acima, estão a Constituição Federal, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (que tem *status* de norma constitucional) e a Lei n. 13.146 (Lei Brasileira de Inclusão), de 6 de julho de 2015.

Entrementes, mesmo com esses avanços, o panorama da situação da pessoa com deficiência no Brasil necessita de melhorias. Muitas empresas ainda não cumprem a cota e sempre alegam realização de esforços e dificuldades para encontrar pessoas com deficiência para contratação.

Há diversas causas para explicar essa baixa participação da pessoa com deficiência. No presente artigo, discutiremos uma delas: a intermediação de mão de obra por meio da rede do Sistema Nacional de Emprego.

3 A intermediação de mão de obra de pessoas com deficiência por meio das agências do Sistema Nacional de Emprego

No Brasil, o encaminhamento de trabalhadores com deficiência para o mercado de trabalho é feito em grande parte pelas mais de 1.500 agências estatais de emprego da rede do Sistema Nacional

13 “[...] medidas dirigidas a um grupo determinado, com as quais se pretende suprimir e prevenir uma discriminação ou compensar as desvantagens resultantes de atitudes, comportamentos e estruturas existentes (denominadas às vezes ‘discriminação positiva’).” (Tradução livre).

de Emprego (SINE), presentes em pelo menos 1.200 municípios de todos os estados brasileiros, sendo os dados armazenados no Ministério do Trabalho.

O Sistema Nacional de Emprego foi instituído pelo Decreto n. 76.403, de 8 de outubro de 1975, com a finalidade, entre outras, de organizar um sistema de informações e pesquisas sobre o mercado de trabalho, capaz de subsidiar a operacionalização da política de emprego, em nível local, regional e nacional, e implantar serviços e agências de colocação em todo o País, necessários à organização do mercado de trabalho, conforme previsto no art. 5º do aludido Decreto.¹⁴ O SINE, pois, funciona como uma agência estatal de empregos e conta com um cadastro de trabalhadores em geral, com campo específico para dados de pessoas com deficiência.

O cadastro dos trabalhadores é feito no sistema da Base de Gestão de Intermediação de Mão de Obra (BGIMO), que conta atualmente com mais de 72 milhões de encaminhamentos de trabalhadores para o mercado de trabalho, sendo cerca de 550 mil com dados relativos à inclusão de pessoas com deficiência e outros 10 milhões referentes à exclusão, como será visto a seguir.

¹⁴ O SINE surgiu para atender a Convenção n. 88 da OIT, que prevê: “Art. 6 – O serviço de emprego deve ser organizado de maneira a assegurar a eficácia do recrutamento e da colocação dos trabalhadores; para essa finalidade, deve: a) ajudar os trabalhadores a encontrar emprego apropriado e os empregadores a recrutar trabalhadores que convenham às necessidades das empresas; mais particularmente, deve, conforme as regras formuladas sobre o plano nacional: I) registrar os pretendentes a empregos, anotar suas qualidades profissionais, sua experiência e seus gostos, interrogá-los para fins de emprego, examinar, se necessário, suas aptidões físicas e profissionais e ajudá-los a obter, se preciso, uma orientação, uma formação ou readaptação profissional; II) obter dos empregadores informações precisas sobre os empregos vagos notificados por eles ao serviço, e sobre as condições que devem preencher os trabalhadores que procuram; III) encaminhar para os empregos vagos os candidatos que possuam as aptidões profissionais e físicas exigidas; IV) organizar a compensação da oferta e da procura de emprego de um escritório a outro, quando o escritório consultado em primeiro lugar não está em condições de colocar convenientemente os empregos vagos, ou quando outras circunstâncias o justificarem; [...]”. Texto da Convenção n. 88 da OIT. Disponível em: https://www.ilo.org/brazilia/convencoes/WCMS_235132/lang--pt/index.htm. Acesso em: 6 maio 2020.

3.1 A exclusão de pessoas com deficiência dos registros do SINE

É relevante chamar atenção para a exclusão de vagas quando se trata de pessoas com deficiência. Explica-se. Quando uma pessoa com deficiência em busca de emprego comparece a uma agência estatal de intermediação de mão de obra que opera com a Base de Gestão de Intermediação de Mão de Obra (BGIMO), é feito um cadastro em que o pretendente à vaga terá que responder qual o tipo e o subtipo de deficiência¹⁵ que ele possui.

O fato de o pretendente à vaga registrar que é pessoa com deficiência pode impedi-lo de ser contratado pelas empresas nas vagas gerais. É que, no cadastramento de vagas oferecidas pelas empresas, há uma possibilidade de o agente público responsável pelo atendimento excluir as pessoas com deficiência do acesso ao trabalho ao marcar a opção de que há impedimentos para encaminhamento de pessoas com deficiência para o mercado de trabalho. Automaticamente, no cruzamento de informações, a pessoa com deficiência à procura de emprego está eliminada das vagas cadastradas.¹⁶

A análise dos microdados BGIMO revelou que, no período de 2012 a 2017, foram cadastradas 10.188.402¹⁷ vagas com exclusão de pessoas com deficiência.

15 São os seguintes tipos e subtipos de deficiência previstos no BGIMO: física (amputação, cadeirante, membros inferiores, membros superiores, nanismo, ostomia, paralisia cerebral, parcial, um membro inferior, um membro superior); auditiva (surdez bilateral parcial, surdez bilateral total); visual (baixa visão, cegueira); e(ou) mental/intelectual. Quando a classificação se enquadra em mais de um tipo, o sistema registra como deficiência múltipla.

16 No cadastramento das vagas oferecidas pelas empresas, há a seguinte pergunta: “Há impedimentos para encaminhamento de pessoas com deficiência?” Caso o agente público responsável pelo cadastramento marque a opção *sim*, automaticamente a pessoa com deficiência cadastrada estará excluída da vaga.

17 Entre as funções que mais excluem trabalhadores com deficiência estão: açougueiro, ajudante de motorista, alimentador de linha de produção, almoxarife, armazenista,

A tabela a seguir demonstra que o total de vagas cadastradas com exclusão de pessoas com deficiência vem caindo a cada ano, mas a exclusão ainda é significativa:

Tabela 2. Vagas cadastradas no BGIMO com exclusão das pessoas com deficiência – 2012 a 2017

Ano	Total de cadastro com exclusão de pessoas com deficiência	Total de vagas com exclusão de pessoas com deficiência
2012	670.999	2.553.739
2013	689.971	3.051.339
2014	548.596	2.136.162
2015	328.858	1.193.934
2016	221.478	688.841
2017	195.314	564.387
TOTAL	2.655.216	10.188.402

Fonte: Microdados do BGIMO.

assistente administrativo, assistente de vendas, atendente de lanchonete, atendente de lojas e mercados, auxiliar de contabilidade, auxiliar de escritório, auxiliar de manutenção predial, auxiliar nos serviços de alimentação, camareiro de hotel, carpinteiro, confeitiro, contínuo, copeiro, costureiro em confecção, cozinheiro geral, cuidador de idosos, eletricista de instalações, eletricista de manutenção eletroeletrônica, embalador, empregado doméstico, faxineiro, encanador, fiscal de loja, frentista, garçom, jardineiro, lavador de veículos, marceneiro, mecânico de manutenção de automóveis, mecânico de manutenção de máquinas, motociclista no transporte de documentos, motorista, operador de caixa, operador de *telemarketing*, padeiro, pedreiro, pintor de obras, porteiro de edifícios, promotor de vendas, recepcionista de hotel, repositor de mercadorias, serralheiro, servente de obras, soldador, supervisor, técnico de enfermagem, técnico em segurança no trabalho, trabalhador da manutenção de edificações, trabalhador da pecuária, vendedor de comércio varejista, vendedor em domicílio, vendedor praticista, vigilante e zelador de edifício.

Mesmo no cadastro do BGIMO das vagas exclusivas para pessoas com deficiência, também está havendo a exclusão de determinados tipos de deficiência. É que a exclusividade é para os tipos de deficiência marcados pelo agente do estado responsável pelo atendimento, e não para todos.¹⁸

A análise dos microdados do BGIMO do período de 2012 a 2017 revela que, do total de 547.779 vagas oferecidas exclusivamente para pessoas com deficiência, alguns subgrupos foram excluídos, como se pode observar dos dados da tabela abaixo:

Tabela 3. Vagas cadastradas no BGIMO exclusivas para pessoas com deficiência, mas que excluem determinados subgrupos de pessoas – 2012 a 2017

Subgrupo cadastrado no BGIMO	Total de vagas exclusivas para pessoas com deficiência que aceitam o subgrupo especificado	Total de vagas exclusivas para pessoas com deficiência que excluem o subgrupo especificado	Percentual de exclusão do subgrupo das vagas exclusivas para pessoas com deficiência
Amputação	292.337	255.442	46,6%
Baixa visão	364.335	183.444	33,5%
Cadeirante	109.222	438.557	80,1%
Cegueira	77.125	470.654	85,9%
Membros inferiores	286.061	261.718	47,8%
Membros superiores	227.620	320.159	58,4%

¹⁸ No cadastramento das vagas oferecidas pela empresa, há a seguinte pergunta: “A vaga é exclusiva para trabalhadores com deficiência?”. Quando o responsável pelo cadastro marca a opção “sim”, terá que responder para quais tipos de deficiência a vaga é exclusiva, com marcação entre física (amputação, cadeirante, membros inferiores, membros superiores, nanismo, ostomia, paralisia cerebral, parcial, um membro inferior, um membro superior), auditiva (surdez bilateral parcial, surdez bilateral total), visual (baixa visão, cegueira) e(ou) mental/intelectual.

Subgrupo cadastrado no BGIMO	Total de vagas exclusivas para pessoas com deficiência que aceitam o subgrupo especificado	Total de vagas exclusivas para pessoas com deficiência que excluem o subgrupo especificado	Percentual de exclusão do subgrupo das vagas exclusivas para pessoas com deficiência
Nanismo	332.502	215.277	39,3%
Ostomia	178.562	369.912	67,5%
Paralisia cerebral	161.604	416.175	76,0%
Parcial	341.157	206.622	37,7%
Surdez bilateral parcial	399.220	148.559	27,1%
Surdez bilateral total	156.374	391.405	71,5%
Membro inferior	391.048	156.731	28,6%
Membro superior	359.284	188.495	34,4%

Fonte: Microdados do BGIMO.

Extraí-se dos dados que os cadeirantes e as pessoas com deficiência visual são excluídos de mais de 80% das vagas cadastradas exclusivamente para pessoas com deficiência. E as pessoas com deficiência auditiva total, paralisia cerebral e ostomia são excluídas de 70% das vagas. Talvez esse tenha sido um dos motivos de tão baixo número.

Em síntese, está havendo exclusão de pessoas com deficiência pelo próprio sistema oficial de encaminhamento. Isso deve ser combatido pelo Ministério Público do Trabalho.

Cabe recordar as lições da espanhola Laura Montserrat Llaó¹⁹ quando diz que, se há uma constatação de que a proclamação legal

¹⁹ MONTSERRAT LLAÓ, Laura *et al.* In: GONZÁLEZ MARTÍN, Adrián (coord.). *El plan de igualdad y la responsabilidad social de la empresa*. Madrid: Lex Nova, 2010. p. 26.

não resulta suficiente para eliminar a discriminação, é preciso que os efeitos coletivos desta sejam extirpados mediante medidas de efeitos também coletivos e antidiscriminatórios.

Importa atentar que a exclusão de pessoas com deficiência das vagas cadastradas no sistema BGIMO é inconstitucional. A presunção de que determinada função é incompatível com o trabalho da pessoa com deficiência é conflitante com o ordenamento jurídico brasileiro, marcadamente assecuratório de direitos fundamentais voltados à concretização da dignidade da pessoa humana. Os casos de impossibilidade devem ser analisados quando da efetiva inclusão da pessoa com deficiência, e não genericamente nas agências de empregos.

Além disso, o art. 93 da Lei n. 8.213/1991 não excepciona qualquer função ou atividade. Por sua vez, o art. 34, § 4º, da Lei Brasileira de Inclusão proíbe a exigência de aptidão plena. Ademais, é possível o desmembramento das atividades em razão do direito fundamental à adaptação razoável (art. 4º, § 1º, da LBI).

Como recorda Pablo Oscar Rosales,²⁰ citando a Convenção Internacional sobre o Direitos da Pessoa com Deficiência, a denegação de ajustes razoáveis é uma forma de discriminação, havendo uma obrigação de interpretar a normativa vigente em função de ditos ajustes razoáveis para a efetiva proteção desse grupo social amplamente vulnerável.

A jurisprudência vem rebatendo todas as tentativas de exclusão de postos com deficiência nas mais diversas áreas, como de transporte, construção civil, plataformas, saúde, setor de serviços, indústria farmacêutica, mineração e produção de gás, entre tantas outras.

Diante disso, torna-se imprescindível o aperfeiçoamento da rede SINE para impedir a exclusão de pessoas com deficiência das vagas destinadas à intermediação por meio desse sistema.

20 ROSALES, Pablo Oscar. *Discapacidad, Justicia y Estado: acceso a la justicia de personas con discapacidad*. Buenos Aires: Infojus, 2012. v. 1. p. 14.

3.2 A busca da efetividade da rede SINE na inclusão de pessoas com deficiência

Há também outra questão relevante: a baixa efetividade da rede SINE em termos de contratação de pessoas com deficiência. Por meio da análise dos microdados da Base de Gestão de Intermediação de Mão de Obra do período de 2012 a 2017, observou-se que foram oferecidas cerca de 547.779 vagas cadastradas exclusivamente para pessoas com deficiência, tendo os órgãos públicos promovido o encaminhamento de 548.031 pessoas para ocuparem essas vagas. No entanto, apenas 67.642 das pessoas com deficiência encaminhadas foram efetivamente contratadas, o que equivale a 12,3% do total dos encaminhados.

A tabela seguinte demonstra a intermediação de pessoas com deficiência por ano, de 2012 a 2017, nas vagas exclusivas para esse grupo.

Tabela 4. Intermediação de pessoas com deficiência nas vagas exclusivas para o grupo (quantitativo de vagas oferecidas, de encaminhamentos e de contratações) – 2012 a 2017

Ano	Quantitativo de vagas oferecidas para pessoas com deficiência	Quantitativo de pessoas com deficiência encaminhadas para as empresas	Total de contratações de pessoas com deficiência	Percentual de admissão em relação ao número de encaminhados
2012	58.434	57.172	6.814	11,9%
2013	78.095	60.457	7.511	12,4%
2014	97.834	53.108	7.925	14,9%
2015	115.048	78.025	13.541	17,4%
2016	105.601	134.831	15.572	11,5%
2017	92.767	164.438	16.279	9,9%
Total geral	547.779	548.031	67.642	12,3%

Fonte: Base de Gestão de Intermediação de Mão de Obra.

Quando se trata de intermediação por tipo de deficiência e por vagas totais no período de 2012 a 2017, o resultado é o seguinte:

Tabela 5. Intermediação de pessoas com deficiência – vagas exclusivas para o grupo e vagas gerais por tipo de deficiência – 2012 a 2017

Tipo	Quantitativo de pessoas com deficiência encaminhadas para as empresas	Total de contratações de pessoas com deficiência	Total de não contratados*	Percentual de admissão em relação ao número de encaminhados
Auditiva	128.971	14.902	114.069	11,5%
Física	343.881	38.310	305.571	12,5%
Mental/ Intelectual	42.973	3.986	38.987	9,3%
Múltipla	36.612	3.079	33.533	8,4%
Visual	87.734	10.142	77.592	11,6%
Total	640.171	70.419	569.752	11,0%

* Inclui as seguintes hipóteses: reprovado no teste de seleção, recusa das condições de trabalho, resultado da seleção não divulgado, não comparecimento na empresa, vaga cancelada, vaga preenchida por outro trabalhador, não atendeu as expectativas, entre outras.

Fonte: Microdados do BGIMO.

A partir dos dados acima destacados, infere-se que o número de pessoas com deficiência contratadas é muito baixo quando comparado ao número de pessoas encaminhadas. Aproximadamente, de cada dez pessoas com deficiência encaminhadas ao mercado de trabalho, apenas uma é contratada nas empresas.

E o que acontece com os outros 90% que não foram contratados? É preciso o acompanhamento dos encaminhamentos realizados pelo SINE, considerando que esse baixo índice de admissão provavelmente é decorrente de diversas práticas discriminatórias veladas e barreiras

atitudinais. É frequente as agências do SINE encaminharem trabalhadores com deficiência para fins de contratação às empresas e estas não contratarem nem informarem os motivos da não contratação.

Nas investigações do Ministério Público do Trabalho, há constatações de diversas práticas discriminatórias e barreiras atitudinais no processo de seleção de candidatos com deficiência, a exemplo de exigência, em testes práticos para pessoas com mobilidade reduzida, da mesma produção de trabalhadores sem deficiência e com anos de experiência; utilização de testes de atenção concentrada, sem qualquer pertinência com a função, para pessoas com deficiência; reprovação em avaliação psicológica subjetiva; justificativa de não contratação da pessoa com deficiência por seu não enquadramento no “perfil da empresa”, sem dizer que perfil seria esse; contratação de outras pessoas, sem deficiência, enquanto se deixa a pessoa com deficiência aguardando por meses o surgimento de vagas ou o resultado do processo seletivo; exigência de metas incompatíveis; não fornecimento de adaptações razoáveis, como redução da jornada de trabalho e resistência em protocolar ou por recebido em escritórios de entidades encaminhando pessoas com deficiência para participar de seleção, de modo a não ficar registrado que há interessados com deficiência nas vagas.

Por outro lado, muitas empresas utilizam o cadastro de vagas no SINE apenas para comprovar a realização de esforços perante a Justiça do Trabalho, o Ministério do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho. Em mais de 90% das discussões judiciais, as empresas tentaram comprovar a realização de esforços apenas com a divulgação de vagas em meios de comunicação e expedição de comunicações às agências do SINE, ao INSS e às entidades de defesa de pessoas com deficiência, sem nunca apresentar o resultado dessa divulgação de vagas: se houve interessados, se foram ou não contratados e os motivos da não contratação. Os dados analisados na presente pesquisa revelam um número significativo de pessoas que não foram contratadas.

Por tudo isso, é imprescindível o monitoramento do Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho dos encaminhamentos realizados pelas agências do SINE, com intuito de acompanhar

a intermediação de mão de obra de pessoas com deficiência, o que acontece com o trabalhador com deficiência que foi encaminhado ao mercado, se houve contratação pela empresa, se houve recusa, qual o motivo da recusa, se há ausência de qualificação para o cargo, se houve barreiras atitudinais e discriminação, entre outros. É indispensável o acompanhamento dessa primeira interação entre a pessoa com deficiência e as empresas através da intermediação das agências estatais.

Em outros países, essa interação é acompanhada de forma eficaz. É o que ocorre nos EUA, em que a Office of Federal Contract Compliance Programs (OFCCP) acompanha a interação empresa-candidato, inclusive divulgando lista de organizações que mantêm cadastro de candidatos a emprego,²¹ com maiores possibilidades de eliminação das barreiras atitudinais.

Também na Alemanha, a Agência Federal de Emprego (Bundesagentur für Arbeit)²² atua na orientação profissional, educação e qualificação profissionais, encaminhamento para o mercado e acompanhamento. Antes do ingresso no trabalho, as pessoas com deficiência passam por preparação profissional pré-emprego, gerenciada pela Agência Federal de Emprego.

O acompanhamento dos encaminhamentos dos trabalhadores com deficiência cadastrados no SINE para as empresas é de fundamental importância para o sucesso do processo inclusivo, para a eliminação de barreiras atitudinais e para o fortalecimento da rede do Sistema Nacional de Emprego.

4 Conclusão

A Constituição Federal é uma das mais avançadas do mundo em termos de legislação para inclusão social da pessoa com defi-

21 Office of Federal Contract Compliance Programs (OFCCP). Disability and Veterans Community Resources Directory. Disponível em: <http://www.dol-esa.gov/errd/Resources.503VEVRAA.html> e <http://hrprofessionalsmagazine.com/affirmative-action-plans-good-faith-outreach-efforts/>. Acesso em: 10 maio 2015.

22 Disponível em: <https://www.arbeitsagentur.de/>. Acesso em: 14 dez. 2015.

ciência. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, recepcionada com *status* de norma constitucional, trouxe ainda mais outras dezenas de direitos fundamentais em benefício de trabalhadores desse grupo, como o direito fundamental ao trabalho, à acessibilidade, à adaptação razoável, à educação e qualificação profissional, e à autonomia e independência.

No plano da legislação infraconstitucional, também existem importantes legislações para se garantir o acesso ao trabalho, a exemplo da Lei n. 8.213/1991, que em seu art. 93 estabelece reserva de vagas na iniciativa privada em uma proporção de 2% a 5% para empresas que possuem cem ou mais empregados.

A realidade brasileira, no entanto, não acompanhou a contento a evolução legislativa. Os dados da RAIS indicam apenas 9,5 trabalhadores com deficiência em cada mil trabalhadores.

Através do presente artigo, buscou-se dar uma contribuição para mudar essa realidade. Foram analisados os microdados da Base de Gestão de Intermediação de Mão de Obra do período de 2012 a 2017, chegando-se à conclusão de que o número de pessoas com deficiência contratadas é muito reduzido quando comparado aos encaminhados pelas agências da rede do Sistema Nacional de Emprego (um pouco mais de 10%), bem como de que está havendo exclusão de trabalhadores desse grupo em uma quantidade significativa de vagas destinadas a intermediação.

Foi destacada a importância de o Ministério Público do Trabalho atuar no monitoramento dos encaminhamentos realizados pelas agências do SINE e no impedimento da exclusão de pessoas com deficiência, com o intuito de fortalecer a rede SINE e subsidiar as investigações, as ações judiciais e a atuação promocional.

Acreditamos que a adoção dessas medidas traga bons frutos para a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho e para a construção de uma sociedade mais fraterna e igualitária, além do fortalecimento do papel do Ministério Público do Trabalho e das agências de intermediação de mão de obra da rede do Sistema Nacional de Emprego.

Referências

ALEMANHA. *Schwerbehinderte Menschen in Beschäftigung* (Anzeigeverfahren SGB IX). Deutschland, Bundesagentur für Arbeit, 2013. Disponível em: <https://statistik.arbeitsagentur.de/Navigation/Statistik/Statistik-nach-Themen/Beschaeftigung/Beschaeftigung-schwerbehinderter-Menschen/Beschaeftigung-schwerbehinderter-Menschen-Nav.html>. Acesso em: 8 nov. 2018.

BRASIL. Programa de disseminação das estatísticas do trabalho (PDET). *Características do emprego formal segundo a Relação Anual de Informações Sociais – RAIS 2007: principais resultados*. Brasília: MTE, 2008. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/rais/rais-2007>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Programa de disseminação das estatísticas do trabalho (PDET). *Características do emprego formal segundo a Relação Anual de Informações Sociais – RAIS 2008: principais resultados*. Brasília: MTE, 2009. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/rais/rais-2008>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Programa de disseminação das estatísticas do trabalho (PDET). *Características do emprego formal segundo a Relação Anual de Informações Sociais – RAIS 2009: principais resultados*. Brasília: MTE, 2010. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/rais/rais-2009>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Programa de disseminação das estatísticas do trabalho (PDET). *Características do emprego formal segundo a Relação Anual de Informações Sociais – RAIS 2010: principais resultados*. Brasília: MTE, 2011. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/rais/rais-2010>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL Programa de disseminação das estatísticas do trabalho (PDET). *Características do emprego formal segundo a Relação Anual de Informações Sociais – RAIS 2011: Principais Resultados*. Brasília: MTE, 2012. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/rais/rais-2011>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Programa de disseminação das estatísticas do trabalho (PDET). *Características do emprego formal segundo a Relação Anual de Informações Sociais – RAIS 2012: principais resultados*. Brasília: MTE, 2013. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/rais/rais-2012>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Programa de disseminação das estatísticas do trabalho (PDET). *Características do emprego formal segundo a Relação Anual de Informações Sociais – RAIS 2013: principais resultados*. Brasília: MTE, 2014. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/rais/rais-2013>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Programa de disseminação das estatísticas do trabalho (PDET). *Características do emprego formal segundo a Relação Anual de Informações Sociais – RAIS 2014: principais resultados*. Brasília: MTE, 2015. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/rais/rais-2014>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Programa de disseminação das estatísticas do trabalho (PDET). *Características do emprego formal segundo a Relação Anual de Informações Sociais – RAIS 2015: principais resultados*. Brasília: MTE, 2015. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/rais/rais-2015>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Programa de disseminação das estatísticas do trabalho (PDET). *Características do emprego formal segundo a Relação Anual*

de Informações Sociais – RAIS 2016: principais resultados. Brasília: MTE, 2016. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/rais/rais-2016>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Programa de disseminação das estatísticas do trabalho (PDET). *Características do emprego formal segundo a Relação Anual de Informações Sociais – RAIS 2017: principais resultados*. Brasília: MTE, 2017. Disponível em: <http://pdet.mte.gov.br/rais?view=default>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. *Resultados Preliminares da Amostra – Censo IBGE 2010: indicadores sobre pessoas com deficiência*. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

CANADÁ. Government of Canada. *Reports and publications: federal labour standards*. Disponível em: http://www.labour.gc.ca/eng/standards_equity/eq/pubs_eq/eedr/2006/profiles/page16.shtml. Acesso em: 8 nov. 2018.

CANADÁ. Government of Canada. *Statistics Canada*. Disponível em <https://www12.statcan.gc.ca>. Acesso em: 8 nov. 2018.

EUA. *Annual Disability Statistics Compendium*. Disponível em: <https://disabilitycompendium.org/>. Acesso em: 5 maio 2020.

MONTSERRAT LLAÓ, Laura *et al.* In: GONZÁLEZ MARTÍN, Adrián (coord.). *El plan de igualdad y la responsabilidad social de la empresa*. Madrid: Lex Nova, 2010.

ONU. *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=424-cartilha-c&category_slug=documentos-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 25 fev. 2021.

PIOVESAN, Flávia; SILVA, Beatriz Pereira da; CAMPOLI, Heloisa Borges Pedrosa. A proteção dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROSALES, Pablo Oscar. *Discapacidad, Justicia y Estado: acceso a la justicia de personas con discapacidad*. Buenos Aires: Infojus, 2012. v. 1.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da; CUÉLLAR, Martha Elisa Monsalve; PIERDONÁ, Zélia Luiza. *Impacto das normas internacionais da OIT no direito do trabalho e da seguridade social: homenagem ao Prof. Dr. Cassio de Mesquita Barros Júnior*. São Paulo: LTr, 2018.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. La discriminación de género en las relaciones laborales y medidas para la implementación del empleo digno. In: BERMÚDEZ, Gabriela Mendizábal (org.). *Equidad de género y protección social*. Cidade do México: Porrúa México, 2015, v. 1. p. 1-19.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. *Termo de ajuste de conduta*. São Paulo: Ltr, 2004.

O crime de desobediência do depositário do bem penhorado

Gabriel Fernandes Ferreira Tavares

Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região.

Guilherme Fernandes Ferreira Tavares

Procurador da República. Ex-Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Professor pesquisador do Instituto de Ciências Sociais da Universidade Federal de Mato Grosso.

Resumo: A execução civil da obrigação de pagar estampada em título executivo comumente desencadeia processo de expropriação patrimonial. A satisfatividade do credor, nesse tocante, passa pelo instituto da penhora, consubstanciado no registro de bloqueio patrimonial para fins de afetação à dívida executada, e também pelo depósito, instituto capaz de assegurar a higidez do patrimônio até a sua completa expropriação, seja com a adjudicação ou com a arrematação em leilão. Este ensaio busca estudar as consequências sancionatórias incidentes sobre aquele que, a despeito de decisão judicial ordenando o depósito, descumpra suas razões, promovendo a dilapidação do bem e frustrando as expectativas do exequente. Para além das consequências processuais e civis, o ponto central da discussão é o enquadramento criminal da conduta no art. 330 do Código Penal como forma de proteção do bem jurídico e da integridade do Poder Jurisdicional, além da possibilidade jurídica da operacionalização da prisão em flagrante do infrator.

Palavras-chave: Processo de execução. Penhora. Descumprimento. Crime de desobediência.

Abstract: The civil enforcement of the obligation to pay stamped in an executive order commonly triggers a process of

equity expropriation. The satisfaction of the creditor, in this regard, passes through the pledge institute, embodied in the register of equity block for purposes of allocation to the executed debt, and also through the deposit, an institute capable of ensuring the health of the patrimony until its complete expropriation, either with the award or the auction. This essay seeks to study the sanctioning consequences for those who, despite a judicial decision ordering the deposit, fail to comply with their reasons, promoting the dilapidation of the property and frustrating the expectations of the applicant. In addition to the procedural and civil consequences, the central point of the discussion is the criminal framing of conduct in art. 330 of the Penal Code as a way of protecting the legal good and the integrity of the Jurisdictional Power, in addition to the legal possibility of operationalizing the arrest in the act of committing the offender.

Keywords: Execution process. Garnishment. Non-compliance. Crime of disobedience.

Sumário: 1 Introdução. 2 Da penhora e do depósito. 3 Dos efeitos do descumprimento da ordem de depósito: a infidelidade do depositário. 4 Do crime de desobediência. 5 Prisão em flagrante do depositário. 6 Conclusão.

1 Introdução

O presente artigo é fruto da experiência de seus autores que, além de irmãos, exercem ou exerceram a função de oficial de Justiça, experimentando no plano pragmático as dificuldades de implementação de decisões judiciais. Do mesmo modo, a abrangência criminal dada à temática é decorrência da análise feita pelo Ministério Público acerca da realidade fática produzida, função ocupada por um dos autores deste artigo.

A satisfatividade do direito material por meio do processo é instrumentalizada através de regras que disciplinam atos executivos por parte do Poder Jurisdicional do Estado. Nesse sentido, a obrigação de pagar quantia certa, quando não cumprida voluntariamente pelo executado, implementa-se empiricamente por meio

de constrição patrimonial do devedor pela penhora (art. 523, § 3º, do Código de Processo Civil).¹

Desde a lavratura do auto de penhora até a liquidez do patrimônio com a alienação ou adjudicação, depois do julgamento de todos os incidentes processuais, incide sobre o bem a cláusula da inalienabilidade, devendo o objeto da constrição ficar depositado judicialmente, pois interessa somente à satisfatividade da obrigação de pagar em execução.

O ato de depósito do bem é fruto de cominação judicial ao depositário, auxiliar da justiça nomeado para exercício desse mister. Essa função pode ser exercida oficialmente por uma estrutura de Estado ou por convênios com instituições parceiras, ou, como ocorre na maioria dos casos, o juízo, por intermédio do oficial de Justiça, nomeia o próprio executado como depositário do bem penhorado.

Nessa última hipótese, a obrigação judicial assumida pelo executado é semelhante àquelas dispostas pelo art. 647 do Código Civil, que disciplinam o contrato de depósito necessário. O depositário é obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e a diligência que costuma ter com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acréscidos, quando o exigir o juízo (art. 629 do Código Civil).

A questão a ser enfrentada neste artigo é delimitar quais são as consequências punitivas ao depositário do bem penhorado quando exigida a restituição patrimonial para o fim de alienação e satisfação da execução e tal obrigação judicial não se demonstrar satisfeita, seja porque o executado extraviou o bem ou porque não cumpriu com o dever de cuidado e diligência.

Em complemento, almeja-se demonstrar se a desídia do depositário, além de ter consequências processuais, pode também ser

¹ Trata-se de nítida avocação ao Estado do poder de ingerência legítima com a finalidade de se evitar odiosa autotutela privada.

subjacente ao enquadramento típico penal no crime de desobediência e, em caso positivo, se tal entendimento faculta a realização de prisão em flagrante do devedor.

Tais questões, sem a pretensão de esgotar o relevante tema, serão enfrentadas em três tópicos estruturais: a delimitação conceitual da penhora e do depósito; a definição dos reflexos processuais e civis do descumprimento; e, ao fim, o estudo do tema do crime de desobediência na espécie e da viabilidade jurídica do cerceamento legítimo da liberdade do infrator pelo Estado.

2 Da penhora e do depósito

Não só a penhora pode dar azo à necessidade de depósito de coisas em um processo judicial. Citem-se, como outros exemplos, o arresto, o sequestro, a busca e apreensão, a consignação em pagamento, a arrecadação, entre outras medidas que podem ser determinadas pelo Juízo da causa, a teor do que disciplina o art. 139, IV, do Código de Processo Civil vigente.²

Contudo, para os fins propostos pelo presente artigo, interessa o depósito decorrente da penhora de bens do executado, em processo de execução ou cumprimento de sentença, quando o bem custodiado permanece em poder do devedor.

A legislação processual civil conceitua a penhora como o ato judicial por meio do qual o Estado apreende o bem do devedor e o deposita nas mãos do depositário (art. 839).³ Na realidade, é requisito formal do auto de penhora a nomeação do depositário dos bens, *ex vi* do art. 838, IV, do Código de Processo Civil, que

2 O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: “[...] IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

3 Considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia.

disciplina: “a penhora será realizada mediante auto ou termo, que conterà: [...] IV – a nomeação do depositário dos bens”.

A doutrina, por sua vez, define o ato processual como a individualização do patrimônio do executado, que passa, a partir desse ato de constrição, a se sujeitar diretamente à execução. É nesse sentido que se posiciona a doutrina clássica, capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco:

Com a penhora, a execução deixa uma condição abstrata que é a responsabilidade patrimonial – a totalidade do patrimônio responde pela satisfação do crédito – e passa a uma condição concreta, com a determinação exata de qual bem será futuramente apropriado para a satisfação do direito do exequente.⁴

Sendo assim, pode-se afirmar que o ato de constrição patrimonial em comento possui natureza jurídica dúplice: executiva e cautelar. Executiva porque é ato de força, por meio do qual o Estado-Juiz substitui a vontade do particular – o executado – consubstanciada no *non facere*, ao não pagar a dívida na forma e no prazo estabelecido na norma processual; cautelar porque também carrega consigo a função de garantir o juízo, após a individualização e o destacamento patrimonial já mencionados linhas acima.

A doutrina esclarece que a penhora produz efeitos tanto na seara processual quanto na material. Os efeitos processuais são: I) garantia do juízo; II) individualização dos bens que suportarão os atos executivos; e III) direito de preferência. No campo material, os efeitos são: I) ineficácia de eventual ato de alienação ou oneração da *res* penhorada; e II) retirada da posse direta do executado, em regra.

Como se vê, a penhora não retira o domínio do bem do executado, mas somente sua posse direta, mantendo ele a posse indireta. Mas a retirada do bem de seu poder nem sempre acontece.

4 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. IV. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

Afirmou-se que, em regra, há a retirada da posse direta do executado, mas, na prática, nem sempre ocorre a remoção do bem penhorado, situação na qual o executado permanece com a posse direta da coisa constrita, o que se justifica por várias circunstâncias, como, *verbi gratia*, o desinteresse da parte credora em assumir o encargo de depositário do bem, a inviabilidade de sua remoção,⁵ a ausência de depositário profissional cadastrado no Juízo, a falta de estrutura organizacional da unidade judiciária respectiva, as hipóteses do art. 840, III, do CPC,⁶ e, consoante entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, quando a remoção do bem possa causar evidentes prejuízos ao executado.⁷

Permanecendo o executado na posse da coisa penhorada, assumindo o encargo de depositário, haverá somente uma singela alteração no título que legitima a posse, consoante se extrai da lição de Daniel Amorim Assumpção Neves:

Questão interessante surge quando o próprio devedor fica como depositário do bem, ou seja, apesar de ostentar outra qualidade (antes proprietário, agora depositário), mantém contato físico com a coisa penhorada. Para a doutrina dominante, nesse caso estar-se-á diante da mera alteração no título da posse, não perdendo o executado a posse direta da coisa, mas agora respondendo pela sua integridade como depositário.⁸

Portanto, em muitas ocasiões, por fatores diversos, o bem penhorado fica na posse do executado, fato que eventualmente

5 Art. 840, § 2º, do CPC: “os bens poderão ser depositados em poder do executado nos casos de difícil remoção ou quando anuir o exequente”.

6 “Os imóveis rurais, os direitos aquisitivos sobre imóveis rurais, as máquinas, os utensílios e os instrumentos necessários ou úteis à atividade agrícola, mediante caução idônea, em poder do executado”.

7 3ª Turma, AgRg no AREsp 788.760/MG, rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 5.2.2016; 4ª Turma, AgRg no AREsp 167.209/MT, rel. Marco Buzzi, j. 7.4.2015; 3ª Turma, REsp 1.304.196/SP, rel. Nancy Andriighi, j. 10.6.2014.

8 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

enseja alguns transtornos no trâmite do processo, a depender de sua fidelidade ou infidelidade no cumprimento do encargo. As consequências jurídicas serão analisadas nos itens subsequentes.

No que concerne ao depósito judicial, já se adiantou que, para a legislação processual, esse ato complementa a apreensão e, conjuntamente com ela, perfaz a penhora. É correto afirmar, pois, que, sem o correspondente depósito, a penhora é deficiente. O Código Civil de 2002 traça as diretrizes básicas do instituto ao disciplinar, em seus arts. 627 e seguintes, o contrato de depósito.

Interpretando-se os dispositivos, extrai-se que, pelo contrato de depósito regido pela legislação civil, o depositário recebe um bem com a finalidade de guardá-lo, em regra gratuitamente, obrigando-se a ter na guarda e conservação da coisa o cuidado e a diligência que costuma ter com o que lhe pertence, bem como a restituí-la com todos os frutos e acrescidos, quando o exigir o depositante.

Não pode o depositário contratual servir-se da coisa sem anuência do depositante. É justamente nesse ponto que se distingue do contrato de comodato, conforme as lições de Flávio Tartuce:

Apesar da similaridade, o contrato não se confunde com o comodato. No depósito o depositário apenas guarda a coisa, tendo uma obrigação de custódia, sem poder usá-la. No comodato, a coisa é utilizada pelo comodatário. Apesar de serem institutos diferentes, ambos os negócios têm características próximas (contratos unilaterais e gratuitos, em regra, reais, temporários, informais ou não solenes).⁹

Além disso, o depositário não responde por caso fortuito ou força maior, mas lhe incumbe a prova da ocorrência de tais fatos. O delineamento traçado pela legislação civil material quanto ao contrato de depósito pode e deve ser trazido ao campo processual para se definir o depósito judicial de coisas penhoradas, arrestadas, sequestradas, consignadas etc.

⁹ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 9. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Método, 2019.

Isso porque a legislação processual, disciplinando o depositário em seus arts. 159 a 161, não consigna o instituto do depósito com o mesmo nível de detalhes da Lei Civil, se limitando a dispor, no seu art. 159, que “a guarda e a conservação de bens penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados serão confiadas a depositário ou a administrador, não dispondo a lei de outro modo”.

Por essa razão, há que se buscar a complementação da noção do instituto no Código Civil, por meio do *diálogo das fontes*, para se concluir que o depositário judicial é aquele que, exercendo a posse direta da coisa custodiada, deve guardá-la, conservá-la e reavê-la, como se sua fosse, não podendo dela dispor, nem aliená-la, nem usá-la sem autorização do magistrado, sob pena de incorrer nos efeitos civis e penais que adiante serão examinados.

Nesse ponto, necessário fazer uma distinção. O depositário/administrador de que tratam os arts. 159 a 161 do Código de Processo Civil é o depositário profissional, devidamente cadastrado no Juízo por convênio com o respectivo tribunal, não se confundindo com a parte processual, seja credora ou devedora no feito. Com isso, quer-se dizer que somente o depositário profissional é considerado auxiliar da Justiça para os fins do art. 149 do CPC, e somente ele está apto a receber remuneração pela atividade profissional de depositário que exerce, nos termos dos arts. 160 do CPC e 789-A, VIII, da CLT.

Nesta senda, o exequente ou executado que assume o encargo de depositário o faz gratuitamente e não tem alterada a sua condição de parte no processo, não fazendo jus a remuneração, mas respondendo por todas as consequências da gestão infiel do múnus assumido.

Na prática forense executiva, como já mencionado, os tribunais carecem de estrutura e de convênios com depositários profissionais, o que enseja, muitas vezes, o desaconselhável depósito da coisa apreendida com o próprio devedor. Devidamente realizada a explanação sobre os institutos da penhora e do depósito, assim como sua conceituação legal e doutrinária, passa-se à análise do descumprimento da ordem de depósito. Assim, serão examinadas, de forma pormenori-

zada, as consequências civis e penais, processuais e extraprocessuais, da infidelidade na gestão do encargo público assumido.

3 Dos efeitos do descumprimento da ordem de depósito: a infidelidade do depositário

Conforme explanado no item anterior, o encargo de depositário traz consigo algumas obrigações intrínsecas, tais como zelar pelo bem custodiado e não dispor dele sem autorização da autoridade judiciária competente. Agindo fora de tais premissas, o depositário é considerado infiel pela legislação regente.

Na praxe forense, naturalmente se o encargo é assumido pelo credor da dívida, é lícito supor que ele tem interesse na conservação e que, de fato, não disporá da coisa, já que a futura expropriação depende do fiel cumprimento do múnus. Assim, eventualmente arrematada a *res* em leilão judicial ou leilão por iniciativa particular, é de se esperar que o credor/depositário não apresente nenhuma objeção à entrega da coisa, pois o sucesso da execução exige a sua colaboração como depositário.

O depositário judicial profissional, auxiliar da Justiça, também tem interesse na boa gestão e na colaboração quando do cumprimento de eventual adjudicação ou ordem de entrega de bens, primeiro porque não é parte no processo, sendo, pois, imparcial; segundo porque sua remuneração, fixada pelo juiz, só lhe será liberada no caso de regularidade no cumprimento da ordem; terceiro porque, havendo resistência injustificada, o magistrado lhe excluirá do convênio, impedindo futuras designações.

Os problemas começam a surgir quando, em razão dos vários motivos já explicitados no item anterior, o executado fica encarregado do depósito da coisa penhorada. Não é incomum que devedores mal-intencionados, designados ao depósito de seus bens penhorados, ajam de má-fé e, contrariando a ordem contida no depósito, disponham da coisa, alienando-a, gravando-a, ou simplesmente escondendo-a quando da realização dos atos de expropriação, como adjudicação e ordem de entrega decorrente de arrematação.

Assim, a seguir serão analisados os efeitos processuais inerentes ao depósito infiel de coisas. Inicialmente, cumpre registrar que a Constituição da República, em seu art. 5º, LXVII, dispõe que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

O ordenamento jurídico inaugurado com a CR/1988, então, disciplina que só em duas hipóteses poderia haver a prisão civil por dívidas: I) no caso de dívida de pensão alimentícia, hipótese atualmente regulamentada nos arts. 528 e seguintes e 911 e seguintes do CPC/2015 (cumprimento de sentença e ação autônoma de execução, respectivamente); e II) no caso de depositário infiel, que é justamente a matéria *sub examine*.

Desta feita, o efeito principal do exercício infiel do encargo de depositário seria a decretação de sua prisão civil, como disciplinado pela legislação então em vigor (art. 666, § 3º, do CPC/1973), *verbis*: “a prisão de depositário judicial infiel será decretada no próprio processo, independentemente de ação de depósito”. E o art. 652 do Código Civil brasileiro, que não foi revogado expressamente: “seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos”.

Sucede, porém, que, com a assinatura, pela República Federativa do Brasil, em 1992, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), houve revogação tácita (ou a não recepção) das normas legais que disciplinavam a prisão civil por infidelidade no cumprimento do depósito, porquanto tem a norma internacional *status* supralegal, conforme entendimento há muito pacificado pelo Pretório Excelso.¹⁰

10 A respeito, o esclarecedor voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE 466.343: STF. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992,

Cumpra registrar que, conquanto versem sobre direitos humanos, mencionadas normas internacionais não têm *status* de Emenda Constitucional, já que foram incorporadas no ordenamento pátrio antes da inclusão do § 3º ao art. 5º da CR/1988, o que somente veio a ocorrer com a Emenda 45/2004.

Após o histórico julgamento do RE 466343, o Supremo fez editar a Súmula Vinculante n. 25, que assim dispõe: “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. Desde 2009, portanto, não é possível se falar em prisão civil do depositário infiel no Brasil, perdendo a aplicabilidade os multicitados arts. 652 do CC/2002 e 666, § 3º, do CPC/1973. Este, aliás, foi revogado pelo CPC/2015, não tendo a nova codificação processual disposto sobre o tema, confluindo-se, assim, com os precedentes firmados.

Se por um lado tornou-se inviável a prisão civil, por outro é certo dizer que a legislação processual disponibiliza ao magistrado algumas ferramentas processuais que buscam restabelecer a legalidade no curso do processo. Quanto à alienação do bem em depósito, é cediço que se impõe a ineficácia em face do processo de execução no qual foi penhorado, pois configura fraude à execução (art. 792, § 1º, do CPC/15, conduta também tipificada como crime no art. 179 do Código Penal). Mas para os fins propostos pelo presente artigo, interessam os efeitos processuais que o executado/depositário terá de suportar pessoalmente.

O novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, trouxe consigo o espírito de colaboração

não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o DL 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC (Lei 10.406/2002). (Tribunal Pleno. RE 466343 (repercussão geral), rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008).

entre as partes para que se obtenha provimento jurisdicional adequado em tempo razoável, impondo-se aos litigantes o dever de atuar com a boa-fé objetiva e promovendo-se a solução consensual dos conflitos (arts. 5º e 6º).¹¹

Além disso, o art. 77 do mesmo *codex* consagra um catálogo de deveres das partes, procuradores e todos que eventualmente participem do processo, sem excluir outras obrigações espalhadas pela mencionada lei. Entre o rol de deveres do art. 77, verificam-se dois que são de suma importância para a presente análise, além dos §§ 1º e 2º do citado dispositivo.¹²

Conforme se vê, o executado que assume o encargo de depositário, permanecendo, pois na posse direta de seu bem, e o aliena, o esconde ou o onera, sendo considerado, pois, como *depositário infiel*, está incurso tanto no inciso IV quanto no inciso VI do art. 77 do CPC, visto que a sua conduta, a um só tempo, cria embaraço à efetivação da decisão que determinou a penhora e o depósito, bem como, certamente, constitui inovação no estado de fato de bem litigioso, pois com a individualização inerente ao ato de constrição, torna-se litigiosa a coisa depositada.

Os §§ 1º e 2º do comando legal citado são claros ao disciplinar que esse *modus operandi* constitui ato atentatório à dignidade da Justiça, o que é confirmado pelo parágrafo único do art. 161, que rege expressamente a situação do depositário infiel: “o depositário

11 Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”; “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

12 Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: [...] IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; [...] VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. § 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no *caput* de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça. § 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

infiel responde civilmente pelos prejuízos causados, sem prejuízo de sua responsabilidade penal e da imposição de sanção por ato atentatório à dignidade da justiça”.

Dessa forma, não restam dúvidas de que o depositário infiel responde processualmente por ato atentatório à dignidade da Justiça, seja ele parte ou o já abordado depositário profissional. A consequência jurídica do cometimento do chamado ato atentatório é a aplicação, pelo magistrado, de uma multa de até 20% do valor da causa, a variar conforme a gravidade da conduta, em favor da União ou do Estado, a depender de onde tramite o feito. Se o valor for inestimável ou irrisório, a multa aplicada poderá ser de até dez vezes o salário mínimo vigente.¹³

Também é possível enquadrar o ato praticado pelo executado-depositário infiel na previsão do art. 80, que elenca os atos reputados pela lei como de litigância de má-fé, especialmente o disposto no inciso V, que dispõe: “considera-se litigante de má-fé aquele que: [...] V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo”.

Isso porque o termo empregado pelo legislador é consideravelmente genérico e, consoante lição de Daniel Amorim Assumpção Neves, seria temerário “qualquer comportamento açodado e anormal com a consciência da falta de razão em assim proceder”.¹⁴

Incurso o litigante no mencionado dispositivo, o magistrado o condenará: I) ao pagamento de uma multa entre 1% e 10% do valor atualizado da causa; II) a indenizar a parte contrária dos prejuízos experimentados; III) aos honorários advocatícios e às demais despesas comprovadamente efetuadas pela parte inocente. Da mesma forma quanto à penalidade do ato atentatório à dignidade da Justiça, se o valor da causa for irrisório ou inestimável, o juiz fixará a multa em até dez vezes o salário mínimo vigente.

13 Art. 77, §§ 3º e 5º, do CPC.

14 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

Registre-se que a multa por litigância de má-fé é perfeitamente acumulável com a multa por ato atentatório à dignidade da Justiça, pois os credores são diversos: no primeiro caso, a multa é devida à parte contrária; no segundo, ao Estado. Não obstante, ambas são punitivas e indenizatórias.

Por fim, a infidelidade na gestão do depósito judicial pode ensejar outro efeito, este de natureza extraprocessual. É que, consoante se extrai do já citado parágrafo único do art. 161 do CPC, combinado com o art. 640 do CCB, o depositário infiel responde civilmente pelas perdas e danos que seu ato ocasionar, na forma da legislação civil.¹⁵

Como é sabido, prevalece o entendimento de que a responsabilidade civil exige o preenchimento de quatro pressupostos, consoante lição de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto:

Podemos conceituar a responsabilidade civil como a reparação de danos injustos resultantes da violação de um dever geral de cuidado. Optamos por uma classificação tetrapartida dos pressupostos da responsabilidade civil, cujos elementos são: (a) ato ilícito; (b) culpa; (c) dano; (d) nexos causal. Aliás, não é o utro o resultado que se alcança ao compulsarmos o art. 927, *caput*, do Código Civil.¹⁶

Confrontando-se a conduta do depositário infiel com a definição supra e com os comandos legais correspondentes (arts. 186 e 927 do Código Civil vigente),¹⁷ não restam dúvidas de que o ato é ilícito,

15 “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

16 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Manual de direito civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

17 “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

uma vez que viola os deveres de cuidar do bem custodiado e de não dispor dele sem autorização judicial, obrigação constante do auto de depósito assinado, que é intrínseca, aliás, ao próprio encargo.

A culpa civil (*lato sensu*) compreende as condutas dolosas e culposas *stricto sensu* (imprudência, imperícia ou negligência). No caso do depositário infiel, normalmente o ato é praticado dolosamente, com o fim de frustrar a execução, retirando o bem da garantia do Juízo e impossibilitando a sua expropriação.

Com relação aos pressupostos remanescentes da configuração da responsabilidade civil (dano e nexo de causalidade), a praxe executiva aponta um exemplo, que ocorre quando o arrematante, residente em cidade diversa daquela onde está localizada a coisa arrematada, se desloca para o recebimento do bem e não o encontra, pois este teria sido indevidamente alienado ou escondido pelo depositário, o que gera prejuízos de ordem material, relacionados ao deslocamento, e, eventualmente, danos extrapatrimoniais, a depender do caso concreto.

Nesse caso estão presentes os quatro pressupostos da responsabilidade civil, razão pela qual fica o depositário infiel obrigado a reparar os prejuízos experimentados por outrem, na via da ação própria, perante o Juízo competente. Trata-se de ação indenizatória, que poderá ser proposta cumulativamente ao pagamento das multas processuais já analisadas, uma vez que estas possuem caráter sancionatório, enquanto a indenização tem cunho reparatório.

Atualmente, ademais, a doutrina civilista já fala em *assédio processual*, decorrente especialmente de condutas abusivas do litigante, pois quem exerce um direito (o de litigar, *in casu*), mas o excede quanto aos limites impostos pelo fim econômico/social, pela boa fé ou pelos bons costumes, igualmente pratica ato ilícito.

São as palavras de Maria Helena Diniz:

O abuso no processo, a lide temerária e o assédio judicial: [...] se se apresentarem todas as situações de má-fé arroladas no Código de Processo Civil, art. 17, estará agindo abusivamente e deverá respon-

der por perdas e danos, indenizando a parte contrária dos prejuízos advindos do processo e de sua conduta dolosa. [...] o caso, sem dúvidas, é de abuso de direito processual, devendo ser resolvido pela responsabilidade civil, com a imputação do dever de indenizar.¹⁸

Dessume-se, pois, que, existindo danos a outrem, decorrentes da conduta do depositário infiel, impõe-se a necessidade de reparação civil, sem prejuízo das demais sanções de natureza processual já examinadas, além de ser declarada a ineficácia de eventual alienação ou oneração realizada pelo executado-depositário em face da execução em trâmite.

4 Do crime de desobediência

O descumprimento da decisão judicial materializada na ordem de depósito executada pelo oficial de Justiça como ato complementar da penhora deve possuir conotações criminais. Como cediço, o Direito Penal tem como função precípua a proteção de bens jurídicos eleitos democraticamente e estampados na Constituição Federal.¹⁹ A higidez da ordem constitucional por meio da inafastabilidade de heterogenia do Poder Judiciário traduz-se em bem jurídico que merece o acautelamento do Direito Penal sancionador, por força da própria norma constitucional, que eleva o poder jurisdicional como Poder constituído.

Entender diferente é o mesmo que questionar a higidez do próprio Estado Democrático de Direito e desafiar a validade e cogência das determinações proferidas pelo poder jurisdicional. A opção de descumprir decisões judiciais não pode vir desacompa-

18 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

19 “É nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. E o penalista assim deve orientar-se, uma vez que nas constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista, em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de tipologia criminal.” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 372).

nhada do devido sancionamento, isso porque a jurisdição como poder do Estado capaz de decidir com características de definitividade é responsável pela pacificação das controvérsias submetidas a conflito. O não cumprimento da decisão pela parte sucumbente na demanda põe em xeque a própria natureza intrínseca da jurisdição. Então, o bem jurídico que se almeja proteger, ao fim, é a existência do Estado de Direito fundado pela Constituição de 1988.

Não só por essa razão que, sem embargo do texto anacrônico do Código Penal de 1941, o qual fora redigido sobre o auspício da Constituição autoritária de 1937, faz-se possível o enquadramento da situação fática no modelo típico do crime de desobediência, catalogado no artigo 330 da legislação penal.

Dispõe o texto normativo que comete o crime de desobediência aquele que desobedecer a ordem legal de funcionário público, podendo o agente do delito ser apenado com detenção de quinze dias a seis meses e multa. Não obstante a clareza do entendimento aqui expendido, o enquadramento típico como crime de desobediência é deveras tormentoso na jurisprudência dos tribunais superiores, bem como nos órgãos funcionalmente competentes para a uniformização de entendimentos no âmbito do Ministério Público Federal, no caso, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão.

O mote da problematização cinge-se a dois pontos precípuos: o primeiro tem razão na indevida confusão do enquadramento proposto com odiosa prisão civil por dívida; o segundo, por sua vez, é demonstrado pela indevida aplicação do princípio da subsidiariedade do Direito Penal, que, com a ideia de levar o direito sancionador a *ultima ratio*, cria requisitos não estampados na lei para fazer aplicar o direito criminal.

Em relação à prisão civil por dívida do depositário infiel, dispõe a súmula vinculante n. 25 do Supremo Tribunal Federal ser “*ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito*”. Igualmente, o verbete da súmula 304 do Superior Tribunal de Justiça afirma ser “*ilegal a decretação da prisão civil daquele que não assume expressamente o encargo de depositário judicial*”.

A tese ora levantada, nesse primeiro escopo, seria de que a decretação da prisão daquele que descumpra decisão judicial, por exemplo, que constitui dívida em título executivo ou mesmo não faz entregar o bem penhorado, depositado e arrematado, seria odiosa prisão civil por dívida, pois aquele que sofre a grave inge- rência do direito sancionador se confunde com a figura do execu- tado ou devedor no polo cível de uma cobrança judicial.

Ainda que sedutora, essa tese não merece guarida. A ilegal prisão civil por dívida do depositário infiel, afastada pela recepção suprale- gal do Pacto de San José da Costa Rica no direito brasileiro, como acima explicado, não se confunde com a situação ora apresentada.

No caso afastado pela Corte Suprema, a prisão era decor- rente do mero descumprimento do depósito, em situação análoga ao exercício do *contempt court* norte-americano, ou seja, o tão só descumprimento do depósito já seria suficiente para a decretação da ordem de acautelamento, independentemente da instauração de procedimento investigativo na órbita criminal ou mesmo da dedu- ção de pretensão acusatória, uma vez que tal prisão não possuía natureza criminal.²⁰

O caso que está sob análise – o descumprimento do encargo de depósito do bem penhorado pelo executado e depositário – possui conotações criminais e não só civis. O sancionamento é, portanto, penal. A conduta de arruinar o patrimônio constrito por ordem judicial revela nítido descumprimento de ordem pro- ferida por funcionário público, no caso, decisão judicial proferida pelo Poder Jurisdicional e instrumentalizada pelo oficial de Justiça

20 É neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “não há se falar igualmente em violação da Súmula Vinculante n. 25 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe ser ‘ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a moda- lidade do depósito’, nem do verbete n. 304 da Súmula desta Corte, que afirma ser ‘ilegal a decretação da prisão civil daquele que não assume expressamente o encargo de depositário judicial’. Com efeito, os autos não cuidam de prisão civil, mas sim de processo criminal, dessarte, não se aplicam os referidos enunciados” (RHC 98.627/SP, Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4.4.2019, *DJe* 30 abr. 2019).

quando da operacionalização da ordem de penhora, avaliação, depósito e intimação.

Essa conduta, analisada no plano concreto e sob a égide do Direito Penal, pode ser enquadrada no art. 330, do Código Penal e, portanto, fazer incidir todas as cominações deste espectro do direito, inclusive a prisão em flagrante, questão que será analisada mais adiante.

O segundo ponto de problematização da incidência do art. 330 do Código Penal no caso em análise é o tratamento dado pela jurisprudência ao crime de desobediência. Invariavelmente, fundado em doutrina sobre o tema, o crime de desobediência é interpretado como crime subsidiário e somente pode haver tipificação criminal caso estejam presentes os seguintes requisitos de ordem formal e material:

- De ordem formal – é imprescindível que o funcionário público emita uma ordem direta e expressamente ao destinatário, que a ordem seja individualizada, substancial e formalmente legal e executada por funcionário competente. Nessa ordem de ideias, não há a configuração do crime se o destinatário não teve ciência²¹ direta e expressamente que a conduta de descumprimento poderia configurar tipo penal específico.²²

21 É nesse sentido o enunciado n. 61 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, órgão que, nos moldes do art. 28 do Código de Processo Penal em redação dada pela Lei Anticrime, dá a última palavra sobre a tipificação criminal em juízo de arquivamento pelo membro do MPF: “para a configuração do crime de desobediência, além do descumprimento de ordem legal de funcionário público, é necessário que não haja previsão de sanção de natureza civil, processual civil e administrativa, e que o destinatário da ordem seja advertido de que o seu não cumprimento caracteriza crime. O cumprimento da ordem, ainda que tardio, também afasta a tipificação e a inexistência de prova quanto à ciência pessoal e inequívoca por quem tinha o dever de atendê-la caracteriza falta de justa causa”.

22 É importante, portanto, que conste no auto de penhora a ciência expressa do depositário de que o descumprimento da ordem judicial de depósito pode configurar o crime de desobediência. Embora não se faça possível a alegação do descumprimento da lei sob o fundamento de desconhecê-la, sob a ótica da sistemática do direito penal em que se deve demonstrar a vontade livre e consciente da prática do crime

Igualmente, não há crime se a decisão a que se descumpriu tiver sido anulada ou proferida por juízo incompetente.

- De ordem material – para a tipificação do crime de desobediência, além do descumprimento de ordem legal de funcionário público, é necessário que não haja previsão de sanção de natureza civil, processual civil e administrativa, ou que, além da previsão de tais sanções, haja a previsão cumulativa de sanção penal pelo descumprimento da decisão judicial. É nesse sentido a lição doutrinária²³ e jurisprudencial.

Ainda em relação aos requisitos de ordem material, importante que a decisão não tenha sido cumprida intempestivamente. No caso em análise, se o depositário do bem penhorado, mesmo intimado a promover a apresentação do bem para o arrematante, não o faz imediatamente, mas sim alguns dias depois, a jurisprudência criou uma espécie de arrependimento eficaz com características de atipicidade delitiva. Nada disso, porém, consta do texto normativo, conquanto seja aplicado pragmaticamente.

Com fundamento nesse arcabouço teórico, há que se analisar a problemática objeto deste ensaio: há enquadramento típico criminal, no art. 330 do Código Penal, do depositário do bem penhorado que se furta de apresentar o bem quando vindicado pelo juízo cível após a arrematação ou adjudicação em leilão? Em outras palavras, aquele que descumpra a decisão judicial de não inalienar o bem depositado é passível de sancionamento criminal? A resposta é positiva.

Não há dúvida que a conduta do executado pode ser caracterizada como ato atentatório ao exercício da jurisdição, passível de sancionamento pecuniário de até vinte por cento do valor da causa. Essa é inteligência dos arts. 77, §§ 1º e 2º; e 774, IV, do CPC

(conduta dolosa) e que a prova de tal elemento é quase diabólica (como entrar na psique do agente?), é recomendável ciência expressa para cabalmente revelar o elemento subjetivo da conduta.

23 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1.321.

de 2015.²⁴ Porém, tal aplicação invariavelmente se mostra ineficaz para a satisfatividade do processo executivo, isso porque se o executado teve bem de seu patrimônio penhorado e depositado, significa que não houve liquidez em medidas prioritárias na execução, tais como a constrição em pecúnia, a qual não fica depositada com o executado, mas sim com instituição financeira oficial.

Se não há liquidez para o pagamento da dívida exequenda, quicá da multa processual aplicada. A premissa, portanto, é aquela que a sanção processual não tem o condão de prevenir o ilícito processual e evitar a deslegitimação do Poder Jurisdicional que, mesmo tendo promovido a constrição patrimonial, se vê obstado de realizar a entrega ao arrematante ou adjudicante, diante da conduta de dilapidação promovida pelo depositário.

Assim, a ingerência do Direito Penal se vê adequada e necessária para tutelar não só o patrimônio objeto da constrição em executivo individual, mas também para proteger a integridade do sistema de justiça, característica essencial de qualquer Estado Democrático de Direito. Com essa premissa, a conduta do depositário do bem penhorado preenche os requisitos formais e materiais de enquadramento típico do art. 330 do Código Penal.

De ordem formal, há ordem direta e expressa ao executado e depositário proferida pelo Juízo da Execução Cível, operacionalizada pelo oficial de Justiça, cuja ciência do destinatário está

24 “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: [...] IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; [...] § 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no *caput* de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça. § 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta. [...]”

Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: [...] IV – resiste injustificadamente às ordens judiciais.”

estampada no auto de penhora, avaliação e depósito quando este é intimado de todo o procedimento de lavratura.

De ordem material, a tipificação do crime de desobediência se vê possível, pois o § 2º do art. 77 do Código de Processo Civil dispõe que a violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta. Assim, o sancionamento processual se dá sem prejuízo das sanções criminais, o que afasta a tese de fragmentariedade do direito penal.

Com a mesma *mens legis* do citado dispositivo, o parágrafo único do art. 161 do CPC dispõe que “o depositário infiel responde civilmente pelos prejuízos causados, sem prejuízo de sua responsabilidade penal e da imposição de sanção por ato atentatório à dignidade da justiça”.

O legislador optou expressamente pela incidência do Direito Penal em casos como o aqui estudado e não compete ao intérprete, sob a justificativa da fragmentariedade, criar exceções à tipificação delitiva. Esse entendimento foi chancelado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que rejeitou a alegação de que a conduta seria atípica, assentando não haver prejuízo da responsabilidade penal, sendo possível a aplicação de sanções civis, criminais e processuais.²⁵

O Superior Tribunal de Justiça, de outro modo, possui entendimento no sentido de que, para a configuração do crime de desobediência, não basta apenas o não cumprimento de uma ordem judicial, sendo indispensável que inexista a previsão de sanção específica em caso de descumprimento. Com efeito, o crime de desobediência é delito subsidiário e somente se caracteriza nos casos em que o descumprimento da ordem emitida pela autoridade não seja objeto de sanção administrativa, civil ou processual.

²⁵ HC 169417/SP, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 28.4.2020. (HC-169417)

Nesse entendimento, prossegue o Superior Tribunal de Justiça:

O Código de Processo Civil, no art. 774, inciso IV, considera ato atentatório à dignidade da Justiça a conduta do executado que resiste injustificadamente às ordens judiciais, conforme se verifica ser a hipótese dos autos. Ademais, o parágrafo único do referido dispositivo apresenta sanção específica para a hipótese, consistente na fixação de multa em montante não superior a 20% do valor do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material. Dessa forma, existindo sanção específica no Código de Processo Civil, a qual não faz ressalva expressa no sentido da aplicação cumulativa do art. 330 do Código Penal, tem-se que a conduta imputada ao recorrente não configura o tipo penal de desobediência.²⁶

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento anterior à recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que, afastando a incidência do princípio da subsidiariedade do tipo penal no caso *sub examine*, assentou que a previsão específica de multa para o ato atentatório à justiça não afasta a tipicidade do crime de desobediência. Não obstante, considerando a superveniência do entendimento preconizado pela Corte Suprema, deve o Superior Tribunal de Justiça revisar a sua jurisprudência para admitir a tipificação da conduta como crime de desobediência.

Conforme exposto alhures, trata-se de necessário e adequado acautelamento da integridade do Poder Jurisdicional, característica essencial ao Estado Democrático de Direito.

5 Prisão em flagrante do depositário

Superada a premissa do enquadramento típico da conduta de dilapidação do bem penhorado e em depósito, deve-se enfrentar se é cabível a prisão em flagrante do executado.

A prisão em flagrante é regulamentada pelo art. 302 do Código de Processo Penal, o qual preconiza estar em flagrante aquele que

²⁶ RHC 98.627/SP, Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4.4.2019, *DJe* 30 abr. 2019.

está cometendo a infração penal, que acaba de cometê-la, que é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração, que é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

A prisão em flagrante, quando presentes os requisitos, é dividida em três fases: a primeira, denominada captura, quando o agente imobiliza o agente que está cometendo o delito; a segunda, chamada de condução, é posterior à primeira e se materializa na transferência do agente para a presença da autoridade policial; a terceira consiste na verificação, pela autoridade policial, se estão presentes os requisitos do flagrante, lavrando-se, em caso afirmativo, o auto de prisão em flagrante delito.

O crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal, na maioria dos casos possui característica de permanência, pois a ordem proferida pelo funcionário público está sendo constantemente descumprida pelo autor do crime. A cessação da permanência somente se dá com o cumprimento da ordem proferida. Sendo o crime de natureza permanente, faz-se cabível a prisão em flagrante, por aplicação do art. 302, I, do Código de Processo Penal, pois o agente está cometendo a infração penal.

É como decidiu o Tribunal de Justiça mineiro:

O descumprimento de ordem legal caracteriza crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal. – O crime de desobediência tem caráter permanente, ou seja, se prolonga no tempo. Enquanto durar a conduta do agente considera-se ocorrendo a prática delituosa, assim, o estado de flagrância só cessa quando se interrompe a permanência da conduta. – O art. 301 do Código de Processo Penal preceitua que qualquer do povo poderá e as autoridades policiais deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. – O juiz cuja ordem judicial foi descumprida poderá requisitar a prisão do agente, em razão do estado de flagrância, não havendo que se falar em falta de competência.²⁷

²⁷ TJMG. MSCrim 1.0000.08.476586-6/000. Relator: Des. Edival Jose de Moraes, 4ª Câmara Criminal, julgamento em 15.10.2008, publicação da súmula em 28.10.2008.

A conduta incriminada consiste em desobedecer (descumprir, desatender) a ordem legal de funcionário público. A desobediência denota uma forma passiva de resistência criminosa, distinguindo-se desta pela ausência do emprego da violência ou ameaça. O delito em exame pode ser perpetrado mediante omissão, quando a ordem desobedecida impõe uma ação, e também por ação, quando a ordem emanada dita uma abstenção de agir.

É desnecessária, contudo, a presença do funcionário para a configuração delitiva. Ademais, deve a ordem revestir-se de legalidade formal e substancial, e o expedidor ou executor da ordem há de ser funcionário público. Além da exigência da competência do agente público para expedir ou executar a ordem e de que esteja ele no exercício de suas funções, há necessidade também de que o destinatário desta tenha o dever jurídico de obedecê-la.

Pela característica de permanência do delito, faz-se possível, de um lado, a realização da prisão em flagrante do autor. Todavia, não se pode olvidar que o crime de desobediência é categorizado como crime de menor potencial ofensivo, regulado pela Lei n. 9.099/1995. Nesse caso, presentes os requisitos da prisão em flagrante, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado Especial, providenciando as requisições dos exames periciais necessários (art. 69). Somente se admitirá o cerceamento da liberdade pela flagrância se o autor do fato, após a lavratura do termo, não for imediatamente encaminhado ao juizado ou não assumir o compromisso de a ele comparecer (parágrafo único do art. 69).

De ordem prática, caso o oficial de Justiça se depare com a conduta de descumprimento de depósito por parte de executado, pode apresentar *notitia criminis* às forças de segurança pública, polícia preventiva ou judiciária, para que se dê ensejo às primeiras fases da prisão em flagrante, representadas pela captura e condução à autoridade policial, a qual lavrará o Termo Circunstanciado de Ocorrência com reflexos criminais junto ao Juizado Especial.

Essa mesma conduta poder ser determinada pelo juízo responsável pela ordem de depósito que, mediante ofício, pode comuni-

car o fato às forças de segurança pública com o fim de se promover a captura do executado para a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência. Idêntica *ratio decidendi* foi adotada pelo Juízo da Vara do Trabalho de Corumbá/MS, em decisão da lavra do magistrado Alexandre Marques Borba.²⁸

Em casos tais, extrai-se que a mera aplicação de multa processual se mostra insuficiente para tutelar a efetividade do provimento jurisdicional executivo, especialmente em se tratando de devedor já insolvente que, de má-fé, se furta em restituir o bem custodiado, podendo o magistrado adotar a mencionada medida, consistente na intimação para cumprimento, com a cominação de prisão em flagrante por crime de desobediência, caso desatendida a ordem.

6 Conclusão

O descumprimento da ordem contida no auto de depósito é questão atinente às regras processuais que vindicam higidez ao

²⁸ “O crime de desobediência é infração permanente, aquele em que a consumação não ocorre em um momento certo, definido, mas, diversamente, o momento consumativo é uma situação duradoura, cujo início não coincide com o de sua cessação (Rogério Greco, in Curso de Direito Penal, vol. 1, Parte Geral, p. 228, *apud* Assis Toledo). Em sendo delito permanente, enquanto não cumprida a ordem judicial, estará o sujeito exposto à prisão em flagrante delito, consoante entendimento há muito pacificado pelo STF (HC 71613) e STJ (RHC 1.060/SP). Isto porque, se qualquer do povo pode realizar a prisão em flagrante delito, conforme se extrai do art. 301 do CPP, pelo mesmo fundamento o pode o magistrado que teve sua ordem descumprida. Em razão disto, em não havendo comprovação nos autos da entrega do veículo ao arrematante, no prazo de 10 dias acima conferido, a Secretaria do Juízo deverá certificar nos autos e, ato contínuo, comunicar à Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, por telefone e com urgência, da situação de flagrância em que se encontrará a depositária/executada, informando-lhe ao órgão de segurança pública os endereços constantes do processo para a prisão em flagrante decorrente de crime permanente. Esclareço que este Juízo não está decretando (e nem poderia) a prisão de quem quer que seja. Trata-se apenas de comunicação formal da ocorrência de delito em situação de flagrância. Muito menos se trata de prisão civil por dívida, proibida no país desde a assinatura do Pacto de San Jose da Costa Rica (SV 25, STF).” (TRT da 24ª Região. Vara do Trabalho de Corumbá. Ação trabalhista n. 0024728-95.2017.5.24.0041, j. 27.5.2020, *DEJT* 29 maio 2020. Juiz do Trabalho Alexandre Marques Borba).

processo de execução civil. O depósito que se estudou no presente ensaio é aquele decorrente da imposição legal que assegura o bem constrito até a efetiva expropriação, consistente na entrega ao arrematante ou ao adjudicante. Sendo tal imposição instrumentalizada pelo oficial de Justiça em cumprimento de decisão judicial, vê-se premente a criminalização da conduta daquele que se furta à entrega do bem depositado.

Conforme explicado alhures, o crime de desobediência capitulado no art. 330 do Código Penal é lido pela doutrina criminalista e pela jurisprudência dos tribunais superiores como tipo penal subsidiário, ou seja, que demanda o preenchimento de requisitos formais e materiais para o enquadramento penal, mesmo a literalidade do tipo tendo sido resumida a desobedecer ordem legal de funcionário público.

Faz-se necessária a ocorrência de ordem legal, expressa e direta, proferida por funcionário público competente, a qual é emanada de dispositivo legal que prevê expressamente que, sendo tal ordem desobedecida, estará incurso o agente nas sanções correspondentes.

Presentes os requisitos formais e materiais para o enquadramento típico, fica autorizada a comunicação por parte do juízo cível às forças de persecução penal para o fim de promoverem a captura e condução do executado para a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência. Não se está a defender a determinação de prisão em flagrante por juízo cível, tese afastada pela jurisprudência pátria, mas sim a mera comunicação a agentes públicos responsáveis pela persecução penal, esfera na qual tramitará a tipificação do crime de desobediência.

Referências

BRASIL. Ministério Público Federal: Segunda Câmara de Coordenação e Revisão. *Enunciado n. 61*. Brasília, 27 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em: 5 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. AgRg no AREsp 167.209/MT, Relator: Min. Marco Buzzi. Brasília, 7 de abril de 2015. *Dje* 17 abr. 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200784575&dt_publicacao=17/04/2015. Acesso em: 5 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. RHC 98.627/SP, Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 4 de abril de 2019. *Dje* 30 abr. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=98627&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 5 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. AgRg no AREsp 788.760/MG, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 15 de dezembro de 2015. *Dje* 5 fev. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502450977&dt_publicacao=05/02/2016. Acesso em: 5 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1.304.196/SP, Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 10 de junho de 2014. *Dje* 18 jun. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200165104&dt_publicacao=18/06/2014. Acesso em: 5 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 169.417/SP. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 28 de abril de 2020. *Dje* 12 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5660209>. Acesso em: 5 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 25. Brasília, *Dje* 23 dez. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1268>. Acesso em: 5 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 466343 (repercussão geral), Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 3 de março de 2008. *Dje* 4 jun. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2343529&numeroProcesso=466343&classeProcesso=RE&numeroTema=60>. Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região: Vara do Trabalho de Corumbá. Ação trabalhista n. 0024728-95.2017.5.24.0041. Juiz do Trabalho: Alexandre Marques Borba. Corumbá, 27 de maio de 2020. *Dje* 28 maio 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. v. IV.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Manual de direito civil*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Quarta Câmara Criminal. MS 1.0000.08.476586-6/000. Relator: Des. Edival José de Moraes. Belo Horizonte, 15 de outubro de 2008. *Dje* 28 out. 2008. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementa-SemFormatacao.do?procAno=8&procCodigo=1&procCodigoOrigem=0&procNumero=476586&procSequencial=0&procSeqAcordao=0>. Acesso em: 5 ago. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 9. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Método, 2019.

Saúde mental no trabalho: um direito fundamental – a pandemia de Covid-19 e as medidas de proteção dos trabalhadores

José Pedro dos Reis

Procurador do Trabalho. Pós-Graduando em Direito Constitucional Aplicado: empresas, Estado e indivíduos diante da interpretação constitucional/UNICAMP. Pós-Graduado em Direito Sanitário pela ESMPU/FIOCRUZ. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental/ENAP.

Resumo: Neste artigo será apresentado um estudo sobre a saúde mental no meio ambiente laboral como direito fundamental assegurado constitucionalmente. Será demonstrado também que, neste momento em que o mundo e o Brasil atravessam uma crise diante da pandemia do novo coronavírus, é de suma importância que o Estado e os empregadores assumam uma postura voltada à prevenção e proteção da saúde mental dos trabalhadores, adotando para isso um gestão humanizada e um programa de gestão e controle de riscos ambientais mais realista, com a participação dos trabalhadores em todas as fases do processo, inclusive na sua implementação no dia a dia da empresa.

Palavras-chave: Saúde mental. Meio ambiente de trabalho. Gestão e controle de riscos. Gestão humanizada. Direito sanitário do trabalho.

Abstract: In this article, a study on mental health in the labor environment as a fundamental constitutionally guaranteed right will be presented. It will also be demonstrated that, at a time when the world and Brazil are going through a crisis in the face of the new coronavirus pandemic, it is of paramount importance that the State and employers assume a posture aimed at the prevention and protection of workers' mental health, adopting for this means a humanized management and a more realistic environmental risk management and control program, with the participation of workers in all phases of the process, including its implementation in the company's day-to-day activities.

Keywords: Mental health. Working environment. Risk management and control. Humanized management. Occupational health law.

Sumário: 1 Introdução. 2 Direito Sanitário do Trabalho como direito fundamental. 3 Saúde mental no trabalho. 4 Riscos e doenças psicossociais no trabalho. 5 Ambiente de trabalho saudável e seguro. 5.1 Medidas para proteção da saúde mental no ambiente de trabalho. 6 Medidas comportamentais para combate à infecção pela Covid-19 – a importância de uma gestão humanizada. 7 Considerações finais.

1 Introdução

O mundo se encontra em um momento de dificuldades extremas, em meio a uma pandemia, no intenso combate ao novo coronavírus.

De forma sorrateira, furtiva e inesperada para toda a humanidade, a pandemia de Covid-19 invadiu todos os países e deixou suas marcas de sofrimentos, doenças e mortes em todos os lugares, mudando radicalmente comportamentos individuais e sociais.

De acordo com documento das Nações Unidas lançado pelo seu secretário-geral, a pandemia de Covid-19 está destacando a necessidade de aumentar urgentemente o investimento em serviços de saúde mental ou arriscar um aumento maciço de doenças psicossociais nos próximos meses.

Relatórios elaborados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) já indicam um aumento nos sintomas de depressão e ansiedade em vários países. Um estudo realizado na Etiópia, em abril de 2020, relatou um aumento de três vezes na prevalência de sintomas de depressão, em comparação com as estimativas anteriores à epidemia.

As muitas mudanças ocorridas no mundo do trabalho em todo o planeta em razão da inesperada e mortal pandemia de Covid-19, caracterizadas pela repentina e necessária reestruturação dos modos de produção de bens e serviços, das relações entre as empresas e seus clientes, das relações de trabalho e da própria economia do

trabalho, tornaram sensivelmente mais complexas as relações entre a saúde psíquica e o trabalho em si.

Ressalte-se também que, além dos sintomas relatados mais maciçamente pela mídia, tais como tosse, problemas respiratórios, perda de olfato e paladar, entre outros, existem sintomas que não são visíveis em um primeiro plano, relacionados com a saúde mental das pessoas, tais como estresse pós-traumático, depressão e ansiedade.

Pesquisadores do Instituto Oswaldo Cruz (IOC/Fiocruz) e da Universidade Federal Fluminense (UFF), em estudos recentes realizados, apontaram alterações neurais, imunes e endócrinas relacionadas à infecção e ao isolamento social, que podem contribuir para os distúrbios psicológicos.¹

Nesse estudo, os pesquisadores formularam hipóteses e linhas de pesquisas para entender os mecanismos da doença e as medidas para mitigar o seu impacto na saúde mental.

Fazendo um paralelo com estudos relacionados à Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS) e à Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS), os pesquisadores chamam atenção para os impactos psiquiátricos causados por infecções do Coronavírus.

As pesquisas indicaram acometimento de doenças mentais nos infectados e possíveis danos a longo prazo, tais como perda de memória; alterações do sono e aumento nos níveis de estresse pós-traumático; e depressão e ansiedade por meses ou mesmo anos após a ocorrência do quadro viral.

Em entrevista realizada com o imunologista Wilson Savino, pesquisador do Laboratório de Pesquisa sobre o Timo do IOC e coordenador do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia em Neuroimunomodulação (INCT-NIM) e da Rede Faperj de Pesquisa em Neuroinflamação, sediados no IOC, este afirma que:

1 Disponível nos links: <https://portal.fiocruz.br/noticia/artigo-analisa-os-impactos-da-covid-19-na-saude-mental> e <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fimmu.2020.01170/full>. Acesso em: 2 mar. 2021.

É urgente realizar esforços para compreender a fisiopatologia da Covid-19, incluindo a infecção do sistema nervoso central e o risco de comprometimento da saúde mental, assim como os efeitos da pandemia em indivíduos saudáveis impactados pela situação de distanciamento social. Se nada for feito, provavelmente enfrentaremos uma nova “pandemia” no futuro, relacionada à saúde mental.

O pesquisador também lembra da necessidade de estratégias para reduzir os efeitos nocivos desse distanciamento social na saúde mental das pessoas, incluindo a melhoria na intervenção psicológica e a redução de desigualdades socioeconômicas.

O diretor-geral da Organização Mundial da Saúde, Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus, afirmou: “*O impacto da pandemia na saúde mental das pessoas já é extremamente preocupante [...]. O isolamento social, o medo de contágio e a perda de membros da família são agravados pelo sofrimento causado pela perda de renda e, muitas vezes, de emprego.*”²

O cenário atual crítico causado pela pandemia, com o número de pessoas infectadas aumentando em razão exponencial, traz relevantes e sérias preocupações para o mundo do trabalho.

Outros desafios que se apresentam, em especial para a saúde do trabalhador, seja física ou mentalmente, estão relacionados diretamente com as novas formas de trabalho, inclusive *home office*.

As necessidades sociais e individuais vivenciadas normalmente pelos trabalhadores nas últimas décadas sofreram profundas alterações. Acostumados com a separação entre o ambiente de trabalho e o ambiente da vida privada, com o direito à desconexão, com a necessidade de agregação rotineira com os colegas no trabalho, com o lazer e o esporte coletivo em finais de semana e feriados, tudo isso sofreu profunda alteração.

² Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/85787-oms-o-impacto-da-pandemia-na-saude-mental-das-pessoas-ja-e-extremamente-preocupante>. Acesso em: 2 mar. 2021.

A nova dinâmica da vida das pessoas exigiu novas maneiras de tratar as questões cotidianas e mudanças radicais ocorreram no seu dia a dia, mudanças impostas para o bem-estar das pessoas no comportamento pessoal, familiar e social enquanto durar a pandemia e até mesmo depois.

Diante desse novo fenômeno, surge a necessidade de se idealizar um estudo aprofundado e multidisciplinar do conhecimento humano em sua atual realidade laboral, em especial nas áreas relacionadas à qualidade de vida e à saúde do trabalhador, sempre na busca de promover a valorização e a proteção do meio ambiente laboral. Para isso, é muito importante a colaboração de todos, trabalhadores, famílias e empresas.

Assim, nesse novo e inesperado contexto, faz-se necessário que as empresas se voltem para a adequação do meio ambiente de trabalho, com uma nova visão mais preventiva de doenças físicas e psíquicas, a fim de proteger seus trabalhadores desses transtornos, e cumpram de fato o seu papel social.

A saúde das pessoas é um direito fundamental garantido constitucionalmente nas declarações e nos tratados internacionais. Não podia ser diferente, já que, sem saúde, o direito fundamental à vida é também seriamente comprometido. É um direito essencial e necessário para que possa usufruir de todos os outros direitos de forma plena. O direito fundamental à saúde envolve o ser em sua integralidade, saúde física e psíquica.

A Organização Mundial da Saúde dispõe, no artigo primeiro de sua Constituição, que sua finalidade “*é possibilitar a todos os povos o melhor nível de saúde possível*”. A OMS entrou em funcionamento no dia 7 de abril de 1948. Nesse mesmo dia, os 26 Estados-Membros depositaram sua adesão junto ao secretário-geral da ONU.

No Preâmbulo da Constituição da OMS, os Estados-Partes declaram que, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, *os seguintes princípios são básicos para a felicidade, a relação harmoniosa e a segurança de todos os povos:*

a) *saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou enfermidades;*

b) *o gozo do maior padrão de saúde desejado é um direito fundamental de todos os seres humanos, sem distinção de raça, religião, opção política e condição econômica e social;*

c) *a saúde de todos os povos é fundamental para a consecução da paz e da segurança e depende da cooperação dos indivíduos e dos Estados;*

d) o sucesso de um país na promoção e na proteção da saúde é bom para todos os países;

e) o desenvolvimento iníquo em diferentes países para a promoção da saúde e o controle de doenças, especialmente as contagiosas, é um perigo comum;

f) o desenvolvimento da saúde da criança é de importância básica;

g) a extensão para todos os povos dos benefícios advindos dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir a saúde;

h) opinião informada e cooperação ativa do público são de importância crucial na melhoria da saúde da população;

i) *governos têm a responsabilidade pela saúde de seus povos, que pode ser garantida apenas por meio da adoção de medidas sociais e de saúde adequadas. Esses princípios são os grandes pilares que regem o direito internacional no que se refere à área da saúde, ou, em outras palavras, o direito sanitário internacional. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946, Preâmbulo. Grifos nossos.)*

O direito à saúde é reconhecido como direito humano fundamental por diversos instrumentos internacionais, e na Constituição Brasileira está inserido entre os direitos sociais em seu art. 6º.

Assim, o objetivo deste estudo é demonstrar que a saúde mental é um direito fundamental e como tal deve ser respeitado e garantido aos trabalhadores, bem como propor sugestões para a proteção e promoção da saúde mental do trabalhador durante e após a pandemia causada pela infecção de Covid-19.

2 Direito Sanitário do Trabalho como direito fundamental

O conjunto de leis, normas regulamentadoras e demais instrumentos normativos federal, estaduais e municipais que compõem o arcabouço jurídico referente à proteção à saúde integral, física e mental dos trabalhadores, de formas preventiva, protetiva, de recuperação e reabilitação é denominado Direito Sanitário do Trabalho.

De acordo com o art. 196 da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde é “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a 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”.

No plano internacional, merece destaque o artigo XXIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que preceitua que todo homem tem direito a condições justas e favoráveis de trabalho.

Por sua vez, a Organização Mundial de Saúde define saúde como “um estado de completo bem-estar físico, *mental* e social e não somente ausência de afecções e enfermidades” (grifo nosso).

Com esse mesmo espírito, no contexto das relações trabalhistas, a vida e a incolumidade física e psíquica dos trabalhadores constituem o bem maior a ser tutelado pelo empregador. Em razão disso, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em sua Convenção n. 155, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores no Meio Ambiente de Trabalho, dispõe que o termo “saúde” abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho.

Portanto, a saúde do trabalhador engloba não só a condição física e geral do corpo, em relação aos seus membros e órgãos internos, mas também sua condição mental, sua capacidade de interagir com outras pessoas e no meio social em que vive, sem transtornos causados por doenças psicossociais.

Sendo o direito à segurança e saúde no trabalho um direito fundamental, pode-se exigir do Estado brasileiro ações concretas e efetivas para *promoção, prevenção, proteção e recuperação da saúde*, inclusive a mental, dos trabalhadores no meio ambiente laboral, tema que não vem sendo tratado com a importância que merece.

O meio ambiente de trabalho sadio e equilibrado foi alçado a direito fundamental pela Constituição Federal em seus arts. 6º; 196; 200, VI; e 225.

Por sua vez, a Lei n. 8080/1990, em seu art. 6º, § 3º, determina que:

Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:

I - Assistência ao trabalhador vítima de acidentes de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho;

II - Participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), em estudos, pesquisas, avaliação e controle dos riscos e agravos potenciais à saúde existentes no processo de trabalho;

III - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), da normatização, fiscalização e controle das condições de produção, extração, armazenamento, transporte, distribuição e manuseio de substâncias, de produtos, de máquinas e de equipamentos que apresentam riscos à saúde do trabalhador;

IV - Avaliação do impacto que as tecnologias provocam à saúde;

V - Informação ao trabalhador e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidentes de trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como os resultados de fiscalizações, avaliações ambientais e exames de saúde, de admissão, periódicos e de demissão, respeitados os preceitos da ética profissional;

VI - Participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas;

VII - revisão periódica da listagem oficial de doenças originadas no processo de trabalho, tendo na sua elaboração a colaboração das entidades sindicais; e

VIII - A garantia ao sindicato dos trabalhadores de requerer ao órgão competente a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo ambiente de trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou saúde dos trabalhadores. (Grifos nossos).

Toda essa legislação constitucional e infraconstitucional é exigível não somente em face do Estado, mas sobretudo nas relações assimétricas de poder (eficácia diagonal dos direitos fundamentais), na direção das decisões proferidas pelo STF (RE- 161.243/DF e 158.125/RS) e da Corte IDH (OC 18/03).

Diante disso, cabe ao empregador cumprir os princípios próprios do direito ambiental para a proteção biopsicológica dos trabalhadores, como estabelecem os princípios da precaução e da prevenção, os quais incorporam as externalidades negativas de sua atividade, na linha da doutrina do poluidor-pagador (arts. 7º, XXII, e 225, § 3º, da CF; art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981; e art. 19, § 1º, da Lei n. 8.213/1991), de maneira objetiva, sob pena de compartilhamento dos riscos da atividade e, conseqüentemente, socialização dos prejuízos com seus empregados.

Na atuação com objetivo de promoção e proteção no meio ambiente de trabalho se privilegiam as ações preventivas.

3 Saúde mental no trabalho

De acordo com a Organização Mundial da Saúde, “saúde mental é um estado de bem-estar no qual o indivíduo é capaz de usar suas próprias habilidades, recuperar-se do estresse rotineiro, ser produtivo e contribuir com a sua comunidade”.

Entre as medidas recomendadas pela OMS para as empresas estão as implementações de estratégias integradas de saúde e bem-estar que incluam prevenção, identificação precoce, apoio e reabilitação.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Declaração 01/2020, assentou que:

O direito à saúde deve ser garantido respeitando-se a dignidade humana e observando-se os princípios da bioética, em conformidade com os padrões interamericanos quanto à sua disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade, adequados com às circunstâncias geradas por esta pandemia.

Portanto, todas as trabalhadoras e os trabalhadores devem receber suprimentos, equipamentos, materiais e instrumentos que protejam sua integridade, vida, saúde e que lhes permitam desempenhar seu trabalho em condições de segurança e qualidade, em um meio ambiente laboral sadio e equilibrado.

Diante disso, é importante verificar que, em harmonia com a CF e os critérios estabelecidos pela OMS e pela OIT, existe uma política nacional de atenção à saúde mental, e os empregadores não podem desconhecer da sua importância para um meio ambiente de trabalho saudável e seguro.

Entretanto, o que se observa é que essa política pública se preocupa mais com a pessoa que já está acometida da doença mental, tratando muito pouco das medidas preventivas para a manutenção da saúde mental.

A legislação brasileira garante a proteção à saúde do trabalhador, sendo esta consagrada como direito fundamental, bem como a redução de riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, nos termos do art. 7º, inciso XXII, da Constituição Federal brasileira.

A proteção constitucional à saúde envolve também a saúde mental do trabalhador, que, dependendo da doença adquirida, poderá vir a ficar incapacitado para o trabalho de forma temporá-

ria ou definitiva, podendo mesmo perder a vida em razão de uma doença incapacitante.

Em sede de legislação infraconstitucional, a saúde dos trabalhadores recebe proteção em diversas normas, sendo as principais a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e as normas regulamentadoras.

Embora as normas não sejam tão explícitas com relação à saúde mental dos trabalhadores, dando mais atenção à saúde física, há algumas normas que, visando essa proteção, acabam por também atingir a saúde mental, tais como: limitação de jornadas, concessão de intervalos para descanso, carga de trabalho equilibrada, condições salubres do meio ambiente de trabalho, treinamento e orientação aos trabalhadores, metas de produção dentro de uma normalidade, entre outras.

A Norma Regulamentadora n. 20 (NR20), sobre Segurança e Saúde no Trabalho com Inflamáveis e Combustíveis, apresenta a seguinte definição: “Riscos psicossociais - Influência na saúde mental dos trabalhadores, provocada pelas tensões da vida diária, pressão do trabalho e outros fatores adversos”.

Vale destacar que, apesar de não haver uma NR específica para tratar da saúde mental, diversas delas podem ser utilizadas como base no combate às doenças psicossociais, entre elas a NR02, a NR 07 e a NR 09.

O trabalhador só tem condições de realizar a contento suas atividades se estiver bem de saúde física e mentalmente.

A Saúde Mental no Trabalho é uma relevante e fundamental área do conhecimento e de preocupação social, e deve ser considerada de grande importância por todas as instituições laborais, pelos trabalhadores e, em especial, pelas empresas.

O estudo da Saúde Mental no Trabalho tem como objetivo a análise da dinâmica, da organização, dos métodos e dos processos do trabalho com a finalidade de promover a saúde mental do trabalhador através de ações diagnósticas, preventivas e terapêuticas eficientes, eficazes e efetivas.

O tema tem causado muita preocupação em todo o mundo; doenças como a depressão estão sendo abordadas em programas e filmes de televisão, como é o caso de “Os treze porquês”, na Netflix e em jogos infantis; como o da Baleia Azul, que induz jovens ao suicídio; ou da figura de uma pessoa fantasiada de Pateta, personagem de Walt Disney, que manda mensagens para crianças incentivando-as também ao suicídio. Tudo isso tem chamado a atenção da sociedade para o grande problema e a necessidade de dialogar e debater sobre o tema “saúde mental”.

Dados da Organização Mundial da Saúde indicam que o Brasil é o País que tem mais doentes com depressão na América Latina. De acordo com a OMS, 75 milhões de trabalhadores em todo o mundo se afastaram de seus postos de trabalho em 2016 em razão da depressão.

É diante dessa realidade, agora em crescimento exponencial devido à pandemia, que as empresas precisam repensar sua gestão e controle de riscos ambientais e, principalmente, a forma com que estão lidando com a doença.

De acordo com dados oficiais da Previdência Social, os transtornos mentais e comportamentais são a terceira causa de afastamento de trabalhadores por doença. Em primeiro lugar estão as lesões por esforços repetitivos (LER) e os distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho (Dort) e, em segundo, os problemas de coluna.³

Entre os transtornos mentais e comportamentais que causam o afastamento dos trabalhadores estão episódios depressivos, transtornos ansiosos e reação ao estresse grave e transtornos de adaptação. Certamente, com a pandemia de Covid-19, esses transtornos tendem se agravar.

As principais causas dessas doenças estão relacionadas ao grau de estresse da atividade exercida. Toda atividade laboral tem um

³ Disponível em: <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/noticias/previdencia/institucional/transtornos-mentais-trabalho-em-escala-condicoes-insalubres-e-recompensa-insatisfatoria-podem-ser-causas>.

grau de estresse, maior ou menor, dependendo de sua natureza e da satisfação do trabalhador em exercer tal atividade. Tudo isso gera um alto custo para a sociedade e para as empresas.

As condições do meio ambiente de trabalho são fundamentais para a preservação da saúde mental do trabalhador.

As muitas mudanças ocorridas no mundo do trabalho em todo o planeta em razão da inesperada e mortal pandemia pela Covid-19, caracterizadas pela repentina e necessária reestruturação dos modos de produção de bens e serviços, das relações entre as empresas e seus clientes, das relações de trabalho e da própria economia do trabalho, tornaram sensivelmente mais complexas as relações entre a saúde psíquica e o trabalho em si.

O cenário atual crítico com a pandemia, apesar da esperança de que em breve se encontrará uma vacina para combater a infecção por Covid-19, traz relevantes e sérias preocupações para o mundo do trabalho, especialmente referentes à saúde mental no meio ambiente de trabalho

Ressalte-se, também, que a saúde mental não é simplesmente a ausência de transtornos mentais; ela é mais abrangente, é parte essencial e integrante da saúde como um todo.

4 Riscos e doenças psicossociais no trabalho

Os fatores de riscos psicossociais no trabalho (FRPT) são decorrentes de diversas deficiências na concepção, na organização, no controle e na gestão dos ambientes de trabalho. Um meio ambiente de trabalho problemático tem como consequência efeitos negativos na saúde dos trabalhadores, tanto física quanto mentalmente, e são inevitáveis os reflexos no meio social que vivem.

O aumento de produtividade associado à diminuição do número de trabalhadores, à pressão do tempo, à alteração da complexidade das atividades, a expectativas de difícil realização e relações de trabalho tensas e precárias, enfim, situações negativas e

objetivas relacionadas à gestão da produção no ambiente de trabalho e a outras situações subjetivas do próprio trabalhador geram tensões, fadigas e esgotamento pessoal e profissional, constituindo-se em fatores psicossociais responsáveis pela criação ou aumento do estresse no ambiente laboral.

Outros importantes fatores de riscos psicossociais no trabalho que atingem diretamente a saúde mental do trabalhador estão relacionados à violência moral, ao assédio sexual, ao assédio moral, à intimidação para aumento da produtividade, ao *bullying*, ao excesso de carga de trabalho, às jornadas de trabalho inflexíveis, à ameaça de desemprego, às metas inatingíveis, às determinações contraditórias por parte das chefias, à falta de clareza nas definições das atividades a serem desenvolvidas pelo trabalhador, ao desconhecimento dos serviços que irá executar, à insegurança, às mudanças mal elaboradas pela gestão, à comunicação ineficaz, à falta de apoio da chefia e dos colegas e à violência de terceiros. Esses FRPT provocam danos psicológicos muitas vezes irreversíveis nos indivíduos.

Como consequências dos FRPTs, os trabalhadores são acometidos de doenças psicossociais, entre elas: estresse, transtorno do estresse pós-traumático (TEPT), ansiedade generalizada, depressão, transtornos de adaptação, *burnout*, síndrome do pânico etc.

Jornadas extenuantes ou excessivas de trabalho podem levar até mesmo às extremas ocorrências denominadas *karojisatsu*⁴ e *karoshi*.⁵

Além das doenças mencionadas, outras vêm sendo reconhecidas como relacionadas ao trabalho, que também afetam gravemente a saúde mental dos trabalhadores; é o caso daquelas que têm como fator de risco questões ergonômicas como a postura no trabalho, os movimentos repetitivos ou pressões por produção, a fim de atingir metas surrealistas estabelecidas, que acabam por gerar adoecimento mental agravado ou desencadeado pelo trabalho.

4 Suicídio de trabalhadores causado por excesso de trabalho.

5 Mortes causadas por jornadas de trabalho extenuantes.

Dentro dessa linha, pode-se também prever um maior adoecimento mental por questões ergonômicas em razão do trabalho *home office*, que virou regra neste momento pandêmico. Nesse caso, certamente se observará diminuição nos acidentes *in itinere* devido à diminuição de idas e vindas ao local de trabalho, bem como a diminuição daqueles relacionados com o próprio meio ambiente de execução das atividades, tais como perda de membros, amputações, lesões, quedas, entre outros.

De acordo com a Fundación Europea para la Mejora de Condiciones de Vida y de Trabajo,⁶ o estresse é o segundo problema de saúde laboral mais frequente em toda a Europa, depois de dores nas costas.

O “estresse ocupacional” é uma resposta do organismo provocada por eventos externos, relacionada a condições psicológicas, fisiológicas ou comportamentais, que os indivíduos emitem quando não têm capacidade pessoal capaz de lidar com uma situação de risco no meio ambiente de trabalho.

Os trabalhadores afetados pelo estresse prolongado podem desenvolver doenças físicas como as cardiovasculares e as lesões musculares e esqueléticas, além de apresentarem um fraco desempenho geral na empresa, do aumento do absenteísmo e do *presenteísmo*, ou seja, trabalhadores doentes que comparecem para trabalhar mas apresentam baixo rendimento e contribuem para o aumento do número de acidentes e lesões. Estão presentes fisicamente, mas a mente não está.

Normalmente os trabalhadores afastados por estresse permanecem mais tempo afastados das atividades do que por lesões físicas.

A rotina diária na vida do trabalhador tem sido outro fator causador das doenças mentais. O estresse ocorre não só em função do ambiente de trabalho, mas no trajeto (transportes públicos lotados, engarrafamentos, acidentes), devido ao pouco tempo para

⁶ Disponível em: <https://www.iberley.es/temas/fundacion-europea-mejora-condiciones-vida-trabajo-eurofound-63933>. Acesso em: 3 mar. 2021.

descanso em casa (sai muito cedo, chega muito tarde), à má alimentação, aos problemas pessoais do dia a dia, entre outros fatores externos e internos emocionais.

Com relação à depressão, há alguns sintomas que podem identificar se o trabalhador está acometido dessa terrível doença. São eles: *desmotivação; falta de energia física e mental; isolamento social dos demais colegas de trabalho; alterações no sono; alterações no apetite; falta de iniciativa; desânimo; mau humor; e baixa produtividade.*

Não se pode encarar como “preguiça” o comportamento de uma pessoa com depressão. *Depressão é doença grave* e precisa ser tratada por médicos psiquiatras, psicanalistas e psicólogos. Quando for identificado algum trabalhador com esses sintomas, a empresa precisa imediatamente tomar providências para o seu tratamento.

Em razão do histórico do aumento das doenças ocupacionais relacionadas a transtornos psicossociais, é de suma importância a preocupação e a eliminação dos fatores de riscos no meio ambiente de trabalho causadores dessas doenças.

5 Ambiente de trabalho saudável e seguro

Assim, diante do quadro exposto, nesse momento crítico por que passa a humanidade, é de extrema relevância a manutenção de um meio ambiente de trabalho seguro, tanto no aspecto físico quanto no mental, visando a prevenção de doenças e a proteção dos trabalhadores, com novos e criativos métodos e técnicas de prevenção e proteção.

Um ambiente de trabalho saudável e seguro, um ambiente psicossocial positivo, no qual os trabalhadores são bem preparados para exercer suas funções e motivados para dar o seu melhor, promove uma melhor produtividade, qualidade e desempenho, além de proporcionar o bem-estar físico e mental dos trabalhadores.

A pandemia do coronavírus acelerou o processo de degradação mental, em razão principalmente da necessidade urgente e imediata de enfrentar a ameaça mortal, e exigiu uma ruptura da

rotina diária e uma rápida adaptação, na busca por novos padrões de soluções aos problemas surgidos.

Com o retorno gradativo ao trabalho e com bastante cautela, em razão da ameaça de infecção pelo vírus, outros fatores negativos surgiram e podem aumentar ainda mais a carga de estresse, depressão e ansiedade no meio ambiente laboral.

Diante disso, surge a necessidade premente da incorporação de medidas de promoção e proteção da saúde, capazes de aliviar o estresse e a ansiedade vividos pelo trabalhador nestes novos tempos.

5.1 Medidas para proteção da saúde mental no ambiente de trabalho

A existência de um meio ambiente laboral saudável e agradável, que possa trazer tranquilidade e preserve a saúde mental e física de todos, depende muito de atitudes empresariais positivas e dos trabalhadores. Na verdade, depende muito de uma gestão humanizada por parte da empresa.

Existem alguns fatores pessoais que ajudam a identificar a saúde mental do trabalhador no meio ambiente de trabalho. São eles:

- a) comportamento positivo do trabalhador em relação a si mesmo;
- b) empatia;
- c) busca constante por crescimento, desenvolvimento e autor-realização pessoal e profissional;
- d) integração e resposta emocional positiva em relação às demais pessoas;
- e) atitude de autonomia e autodeterminação em suas ações no dia a dia;
- f) percepção correta da realidade em que vive;
- g) domínio do meio ambiente e competência para conviver socialmente.

Através de medidas muitas vezes simples e fáceis, pode-se otimizar o meio ambiente de trabalho. Essas medidas criam um núcleo positivo para um ambiente saudável e que pode diminuir sensivelmente os problemas psicossociais.

A empresa pode e deve promover as seguintes medidas:

- a) inspirar confiança nos trabalhadores;
- b) ser honesta nas avaliações de desempenho;
- c) tratar com respeito, cortesia e urbanidade os trabalhadores;
- d) abrir um canal de comunicação com os trabalhadores;
- e) elogiar quando o trabalho for bem feito, sem discriminar os demais;
- f) promover reuniões para ouvir os trabalhadores;
- g) promover atividades de lazer coletivas.

O trabalhador, por sua vez, pode contribuir da seguinte forma:

- a) ser participativo;
- b) saber ouvir e reconhecer erros que realmente cometeu;
- c) ouvir e assimilar as boas sugestões dos colegas e dos dirigentes;
- d) não se envolver em fofocas ou brincadeiras que possam ofender os demais colegas.

Entretanto, para que seja feito um trabalho sério e contínuo, é de extrema importância a elaboração de um programa de gestão e controle de riscos real, que leve em consideração de fato o meio ambiente de trabalho existente, com análise detalhada e criteriosa de cada possível risco, não só os físicos, mas os riscos que possam prejudicar a saúde mental dos trabalhadores, portanto, um programa multidisciplinar, com profissionais de diversas áreas de formação, como psicologia, medicina do trabalho, assistência social, engenharia do trabalho, entre outras.

Após a elaboração, é de fundamental importância a implantação do programa, sob pena de se tornar letra morta, com participação de todos os gestores e trabalhadores. Durante a implantação, se necessário, poderão ser feitas alterações para aperfeiçoar, sempre com vistas a minorar ou eliminar os riscos ambientais.

Nunca é demais lembrar que um bom programa de gestão de riscos ambientais deve incluir a avaliação de controle dos fatores psicossociais, como já é feito com os demais riscos físicos, químicos e biológicos.

É fundamental que a empresa tenha um programa de gerenciamento de riscos (PGR) dinâmico, com controles internos, com realização de pesquisas, acompanhamento efetivo da gestão dos riscos no chão da fábrica, no dia a dia, verificando se o programa de riscos ambientais e o de controle de saúde ocupacional estão sendo obedecidos, se o que foi planejado está acontecendo; caso contrário, é necessária uma correção de rumos.

Para a realização de uma boa gestão de riscos, é importante que a empresa e seus gerentes tenham uma visão holística, com o objetivo de verificar todos os ambientes da empresa, internos e externos, além de outros de empresas terceirizadas, vizinhas ou conexas que possam trazer riscos desconhecidos ao seu meio ambiente de trabalho.

Deve-se sempre considerar que este é um momento diferente para toda humanidade e, em razão disso, o ambiente de trabalho deve ser tratado com toda precaução e cautela possível para diminuir os riscos de infecção pelo coronavírus, além, claro, dos outros riscos já conhecidos.

Da mesma maneira que, hoje, as empresas se equipam com brigadas de incêndios, CIPAS, técnicos, engenheiros e médicos do trabalho e trabalhadores treinados para manter um ambiente de trabalho saudável e seguro, deve-se agora, mais que nunca, ter a preocupação de *aperfeiçoar e adequar os postos de trabalho e as instalações da empresa para evitar o aumento do estresse no meio ambiente de trabalho e*

os demais transtornos mentais que, em razão da Covid-19, está aumentando e aumentará muito ainda.

Os membros da CIPAS deverão ser treinados para supervisionar o meio ambiente de trabalho com o objetivo de verificar a *utilização de equipamentos de proteção individual (EPIs) por todas as pessoas que estão no ambiente*, não só trabalhadores, como máscaras; álcool gel, distribuído para todos e em pontos estratégicos; uso dos banheiros de forma individual; enfim, todas as medidas determinadas para proteção da saúde dos trabalhadores.

Nesse plano de gestão e controle de riscos, é de extrema relevância a elaboração de protocolos de atendimento à saúde mental com o objetivo de nortear o diagnóstico e as formas de condução das situações de adoecimento e transtornos mentais no âmbito da empresa.

6 Medidas comportamentais para combate à infecção pela Covid-19 – a importância de uma gestão humanizada

Para construir e manter um ambiente saudável e seguro, que venha a promover a saúde mental, inicialmente, é necessária, e o momento exige, *uma mudança de postura dos gestores, pois a forma de comunicação desses gerentes com suas equipes pode agravar muito o quadro de ansiedade e depressão dos trabalhadores e trabalhadoras.*

Deve-se ressaltar que *uma comunicação agressiva, despropositada, além de ser caracterizada como assédio moral, também pode causar um impacto negativo no trabalhador ou trabalhadora, sensações psíquicas e emoções prejudiciais que, certamente, acabarão impactando a sua saúde mental.*

Para isso, a empresa deve-se preocupar em escolher bem seus prepostos e gerentes. É importante ressaltar que, para ser um bom gerente, se faz necessário um *treinamento rigoroso, de competências comportamentais, que estão ligadas a comportamentos, atitudes e sentimentos do líder em relação a seus liderados.*

Existem muitas empresas que pagam fortunas na Justiça do Trabalho pelo mal comportamento, pelas atitudes negativas e exa-

geradas dos seus gerentes. Por isso, importante, não só para os trabalhadores mas também para a empresa, *manter um corpo gerencial preparado para respeitar os seres humanos que lideram.*

Um bom treinamento dos gerentes evita o agravamento da crise e dos problemas de saúde dos trabalhadores.

Outra atitude que a empresa deve tomar para diminuir os riscos psíquicos do meio ambiente de trabalho é a *criação de protocolos para lidar com os transtornos mentais.* É importante que as pessoas envolvidas com o trabalho, sejam gerentes ou trabalhadores em geral, estejam preparadas para lidar com quem precisa de ajuda em razão de transtornos mentais, forma de tratamento, questões burocráticas etc.

Importante, também, que a empresa deixe claro para os trabalhadores que, *caso sintam algum sintoma de doença física ou psicológica, não devem ter medo ou vergonha de dizer ao seu gerente, que não serão punidos por isso.*

Quando a empresa tem um protocolo de atendimento já definido, as pessoas saberão tratar o problema com agilidade, com *respeito ao trabalhador doente, usando termos não ofensivos, preparando o processo de afastamento com agilidade. Tudo isso já ajuda a diminuir o estresse do trabalhador.*

Outra providência importante é que a empresa deixe no atendimento aos primeiros socorros *profissionais preparados para atender aos trabalhadores com transtornos mentais, por exemplo, com dificuldade para respirar em razão de uma crise de ansiedade, e que já deixe também preparadas pessoas para ajudar outras em caso de infarto ou algum mal súbito.*

Os transtornos mentais são e ficarão ainda mais comuns, por isso importante alguém para ajudar o trabalhador até que chegue um médico especialista no assunto.

A empresa deve também procurar *ensinar os trabalhadores e os gerentes a não zombarem de situações que possam ocorrer no meio ambiente de trabalho em razão de transtornos mentais, tais como crises de choro, crises de ansiedade ou resultados fora do esperado motivados por uma depressão. Nunca, nunca trate as pessoas nessas circunstâncias*

como alguém exótico ou diferente, pois essa pessoa vai se sentir humilhada e seus transtornos só aumentarão.

No ambiente de trabalho, também não se deve minimizar os *transtornos mentais* como se nada fossem; *devem ser tratados com seriedade e respeito por todos os demais.*

A jornada de trabalho excessiva também é outro fator fundamental para piorar os transtornos mentais. *Os trabalhadores devem aproveitar seus intervalos para almoço ou outras pausas para repousarem.* O excesso de jornada é um dos maiores fatores causadores de doenças ocupacionais.

Os programas de incentivo e valorização também auxiliam no bem-estar do meio ambiente de trabalho. *Os trabalhadores se sentem melhor quando valorizados.*

Outro fator negativo é a instituição de metas inatingíveis ou atingíveis por pouquíssimos trabalhadores. As frustrações em não atingir essas metas podem levar o trabalhador a ficar doente, com transtornos mentais, ansiedade, depressão, estresse, além de outras doenças que podem advir daí. *Deve-se evitar a competitividade destrutiva.*

A *boa alimentação* é um fator preponderante. Um dos problemas comuns nos dias atuais é a hipertensão e a diabetes; por isso, é *importante que a empresa inclua no cardápio dos trabalhadores refeições saudáveis*, acompanhadas por nutricionistas. Além disso, é necessário que se atente para os casos de perda de apetite, um dos principais sintomas da depressão.

A empresa pode também *incentivar práticas esportivas*, torneios, ginásticas laborais, alongamentos aos trabalhadores, atividades saudáveis e que diminuam o estresse.

Como se pode ver, as proteções contra os transtornos mentais no ambiente de trabalho estão relacionadas a mudança comportamental, respeito mútuo, treinamento, saúde física, alimentação, tolerância, gratidão, entre outros comportamentos e sentimentos positivos.

7 Considerações finais

Diante da gravíssima ameaça da Covid-19, as empresas deverão integrar com mais interesse, intensidade e importância a promoção de saúde mental nas políticas de segurança e saúde, o que virá a beneficiar tanto os trabalhadores individualmente, no grupo de trabalho e na família, quanto a própria empresa, ao evitar o absenteísmo, o afastamento por doenças ocupacionais, e proporcionará, também, o aumento do rendimento e da produtividade no local de trabalho.

Essas medidas irão contribuir não só para o bem-estar do trabalhador, mas também de suas famílias, pois, com saúde, ele poderá se dedicar mais aos seus entes queridos e estes, com certeza, irão se sentir melhor e mais felizes.

As novas situações criadas pela pandemia são desafiadoras, porque não existem só novos fatores no ambiente de trabalho, há também os fatores econômicos externos, o isolamento social, a obrigatoriedade de mudar comportamentos, o excesso de bebidas alcoólicas durante a pandemia, tudo isso pode contribuir ainda mais para o aumento das doenças psicossociais.

Em razão disso, é de extrema relevância para preservação de vidas humanas que as empresas elaborem e implementem medidas preventivas e protetivas no ambiente de trabalho.

Enfim, nunca é demais lembrar da importância de um trabalho conjunto entre empresas e trabalhadores, neste momento fatídico que o mundo todo vive, para promoção e manutenção da saúde mental no meio ambiente de trabalho, com reflexos importantes e benéficos para as famílias desses trabalhadores e para o meio social em que vivem.

Temos de resistir, promover e prevenir a saúde mental! Para que reexista um mundo mais humano, mais feliz e mais igual para todas as pessoas!

Referências

BRASIL. Ministério da Economia. *Anuário estatístico de acidente de trabalho*. Brasília: 2010. Disponível em: <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/saude-e-seguranca-do-trabalhador/dados-de-acidentes-do-trabalho/aeat-2010>. Acesso em: 5 de mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. *Transtornos mentais do trabalho em condições insalubres e recompensa insatisfatória podem ser causas*. Brasília: 2012. Disponível em: <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/noticias/previdencia/institucional/transtornos-mentais-trabalho-em-escala-condicoes-insalubres-e-recompensa-insatisfatoria-podem-ser-causas>. Acesso em: 5 mar. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Doenças relacionadas ao trabalho: manual de procedimentos para os serviços de saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/partes/doencas_trabalho1.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Portaria n. 6.734, de 9 de março de 2020. Aprova a nova redação da Norma Regulamentadora nº 07 – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, edição 50, 13 mar. 2020. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-6.734-de-9-de-marco-de-2020-247886194#_blank. Acesso em: 9 de ago. 2020.

CAMELO, S. H. H.; ANGERAMI, E. L. S. Riscos psicossociais no trabalho que podem levar ao estresse: uma análise da literatura. *Ciência, Cuidado e Saúde*, v. 7, n. 2, p. 234-240, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.4025/ciencucuidaude.v7i2.5010>. Acesso em: 9 ago. 2020.

DIEESE. *Pesquisa de emprego e desemprego: resultados mensais de 2016*. São Paulo: Sistema PED, 2016.

FUNDACENTRO. *Prevenção à Covid-19: orientação para prevenção e controle da Covid-19 nos locais de trabalho*. Cartilha. São Paulo: Fundacentro, 2020. 32 p. Disponível em: <https://www.gov.br/fundacentro/pt-br/assuntos/noticias/noticias/2020/7/cartilha-da-fundacentro-traz-medidas-de-prevencao-e-controle-da-covid-19>. Acesso em: 11 ago. 2020.

LACAZ, F. A. de C. O campo Saúde do Trabalhador: resgatando conhecimentos e práticas sobre as relações trabalho-saúde. *Caderno Saúde Pública*, v. 23, n. 4, p. 757-766, 2007. Disponível em: <https://cyberleninka.org/article/n/785028>. Acesso em: 12 ago. 2020.

LIMA, T.S. *Estresse ocupacional no ambiente de trabalho*. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Engenharia de Segurança do Trabalho) – Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: http://repositorio.roca.utfpr.edu.br/jspui/bitstream/1/11318/1/LD_CEEEST_VI_2018_21.pdf. Acesso em: 23 ago. 2020.

MENEZES, M. *Impactos da Covid-19 na saúde mental*. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/ioc/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=3476&sid=32>. Acesso em: 23 ago. 2020.

NAÇÕES UNIDAS, BRASIL. OMS. *Empresas devem promover saúde mental de seus funcionários no ambiente de trabalho*. Nações Unidas Brasil: Rio de Janeiro, 10 out 2017. Disponível em: <https://www.douradosagora.com.br/noticias/ciencia-saude/empresas-devem-promover-saude-mental-de-funcionarios-no-ambiente-trabalho>.

NAÇÕES UNIDAS, BRASIL. OMS. *O impacto da pandemia na saúde mental já e bastante preocupante*. Nações Unidas Brasil: Rio de Janeiro, 14 maio 2020. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/85787-oms-o-impacto-da-pandemia-na-saude-mental-das-pessoas-ja-e-extremamente-preocupante>. Acesso em: 23 ago. 2020.

NAÇÕES UNIDAS, BRASIL. OMS. *Saúde mental depende de bem-estar físico e social, diz OMS em dia mundial*. Nações Unidas Brasil: Rio de Janeiro, 10 out 2016. Disponível em: <http://www.institutohumanita.com.br/saiba-mais.php?news=175>.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *SOLVE: Integração da Promoção da Saúde nas Políticas de Segurança e Saúde no Trabalho (SST)*. OIT: Genebra, 2012. 388 p. Disponível em: https://www.ilo.org/lisbon/publica%C3%A7%C3%B5es/WCMS_729758/lang--pt/index.htm. Acesso em: 5 ago.2020.

PENIDO, Laís de O. *Saúde mental no trabalho*. Brasília, ano 48, n. 191, p. 209 a 229, jul./set. 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242916/000926868.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 ago. 2020.

PENIDO, Laís de O.; FERREIRA, J. J. (coords.). *Saúde mental no trabalho: coletânea do Fórum de Saúde e Segurança no Trabalho do Estado de Goiás*. Goiânia: Cir Gráfica, 2013.

SELIGMANN SILVA, E. A inter-relação trabalho-saúde mental: um estudo de caso. São Paulo: *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 32, n. 4, set./out. 1992.

SELIGMANN SILVA, E. *Trabalho e desgaste mental: o direito de ser dono de si mesmo*. São Paulo: Cortez, 2011. 624 p.

A importância do manejo de dados pessoais em regiões de fronteira

Julia Rossi de Carvalho Sponchiado

Procuradora da República. Especialista em Direito Internacional e Econômico pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).

Paulo Rubens Carvalho Marques

Procurador da República. Secretário-adjunto da Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise (SPPEA/PGR). Especialista em Direito Processual pela Universidade Anhanguera. Especialista em Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Resumo: O presente artigo analisa os riscos oferecidos pelo anteprojeto da “LGPD Penal” ao enfrentamento do crime organizado nas áreas de fronteira. O anteprojeto foi elaborado por uma Comissão de Juristas instituída pelo presidente da Câmara dos Deputados, com o fim de regular o tratamento de dados pessoais realizado para fins de segurança pública e de persecução penal. Entretanto, o texto apresentado pela referida comissão no dia 5 de novembro de 2020 omite-se em relação à prevenção e à detecção de ilícitos, aspectos essenciais para a garantia da segurança pública, não apenas nas regiões fronteiriças mas também em todo o território nacional.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais. Fronteiras. Investigação criminal. Segurança Pública.

Abstract: This paper analyzes the risks that the draft of the data protection law for criminal matters represents to the fight against organized crime in frontier zones. The draft was made by a Commission of Jurists to regulate the processing of personal data in questions related to public security and criminal prosecution. However, the text presented by the aforementioned commission on november 5th, 2020 does not mention the purposes of the prevention and detection of criminal offences, which are

indispensable to ensure public security, not only in border areas but also in all the national territory.

Keywords: Personal data protection. Border areas. Criminal investigation. Public security.

Sumário: 1 Introdução. 2 Criminalidade nas fronteiras brasileiras. 3 A importância do manejo de dados pessoais para o enfrentamento à criminalidade nas fronteiras. 4 O anteprojeto da LGPD penal e seus impactos na prevenção e detecção de ilícitos no compartilhamento de dados. 5 Conclusão.

1 Introdução

A fronteira terrestre brasileira é de aproximadamente 17 mil quilômetros e, em diversas regiões, a linha divisória entre os territórios é atravessada por extensos rios internacionais ou encoberta por vegetação densa. A porosidade dessas áreas é agravada pela pobreza e falta de infraestrutura de muitos municípios fronteiriços, valendo-se o crime organizado das condições sociais adversas para o recrutamento de novos agentes.

Outro fator relevante é a ausência de homogeneidade na faixa de fronteira brasileira, marcada por profundas discrepâncias econômicas, sociais, culturais e geográficas. Como é evidente, as características regionais impactam diretamente nas políticas públicas, e por isso devem analisadas em todas as etapas do planejamento das atividades de segurança, sob pena de não serem eficazes ou, até mesmo, agravarem os problemas.

Devido a essas circunstâncias, que se somam às dificuldades operacionais e orçamentárias (alto custo), os paradigmas convencionais de policiamento – dependentes da presença física de agentes e não orientados pela utilização inteligente de dados – tornaram-se anacrônicos e, conseqüentemente, ineficazes para a garantia de segurança pública e o combate à criminalidade organizada.

Diante da escalada de violência e do rápido fortalecimento das organizações criminosas nas regiões de fronteira ao longo dos

últimos anos, é exigido dos órgãos estatais o constante aperfeiçoamento dos métodos de prevenção, detecção e combate aos delitos praticados pelo crime organizado transnacional, o que necessariamente perpassa por um ágil intercâmbio de dados pessoais.

Isso para que, entre outras medidas, seja possível a identificação e monitoramento de rotas e a detecção e vigilância das movimentações dos produtos de crimes e dos métodos de transferência, dissimulação ou disfarce destes produtos, para utilizar a linguagem da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (*Cf.* Convenção de Palermo, artigo 29).

Diante desse quadro, o presente artigo pretende tratar da importância do manejo de dados pessoais nas regiões de fronteira e chamar a atenção para o necessário equilíbrio entre a proteção de dados pessoais e a viabilização da atividade estatal de prevenção, detecção e repressão a crimes.

2 Criminalidade nas fronteiras brasileiras

Como mencionado, a fronteira terrestre brasileira possui cerca de 17 mil quilômetros e faz divisa com 10 Países. Além disso, o Brasil conta com 11 Estados fronteiriços e com ao menos 33 “cidades gêmeas”,¹ o que permite o livre fluxo de bens e pessoas, para fins lícitos e ilícitos.

Nos municípios fronteiriços, é usual que os nacionais de um país trabalhem ou desenvolvam outras atividades rotineiras no território do país vizinho. Entretanto, esse livre fluxo favorece a prática de crimes graves, estimula a atuação transnacional de organizações criminosas e, conseqüentemente, conduz ao aumento dos índices locais de violência.

A proximidade geográfica também facilita a evasão de divisas e a lavagem dos ativos ilícitos, por permitir que os criminosos escolham o local mais favorável para tal fim, e por possibilitar o rápido transporte de recursos em espécie entre os países.

1 Exemplos: Tabatinga (AM) e Letícia (Colômbia); ou ainda Santana do Livramento (RS) e Rivera (Uruguai). Veja-se a definição contida na Portaria n. 125/2014, do Ministério da Integração Nacional.

Acrescenta-se ainda o fato de que alguns desses países fronteiriços – como Paraguai, Colômbia, Peru e Bolívia – são grandes produtores e fornecedores de parcela substancial das drogas ilícitas que abastecem o mercado global, inclusive o do Brasil, país com o maior número de consumidores de cocaína da América do Sul, conforme o *Relatório Mundial sobre Drogas 2019*, do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC).²

No Relatório de 2020, por sua vez, após analisar possíveis variações nas rotas de tráfico entre a América do Sul e os países da Europa e África Ocidental, o UNODC assevera que Brasil ainda é um dos principais pontos de partida da cocaína sul-americana, que chega aos demais continentes mediante a atuação de criminosos brasileiros, cruzando as estradas, rios, portos e aeroportos nacionais.³

A conjugação desses fatores resulta em um cenário ideal para o fortalecimento e a capitalização de organizações e facções criminosas como o Primeiro Comando da Capital, o Comando Vermelho e a Família do Norte, que disputam de forma brutal o domínio dessas regiões e das principais rotas brasileiras para o escoamento das drogas produzidas nos países vizinhos.

Nesse sentido, destaca-se o famoso caso do narcotraficante Jorge Rafaat – conhecido como o “Rei da Fronteira” –, executado por membros do PCC com metralhadoras de calibre .50 (arma de guerra), no município paraguaio de Pedro Juan Caballero, na divisa com Ponta Porã.⁴ O homicídio ocorreu em 2016 e está relacionado ao projeto “expansionista e monopolista do PCC”, que desde o

2 UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Relatório Mundial sobre Drogas 2019*. Disponível em: <https://bitlybr.com/5iiUH7>. Acesso em: 22 dez. 2020. p. 27.

3 UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Relatório Mundial sobre Drogas 2020*. Disponível em: <https://bitlybr.com/rGmM>. Acesso em: 22 dez. 2020. p. 32.

4 BENITES, Afonso. Assassinato do “rei do tráfico” na fronteira deixa em alerta autoridades brasileiras. *El País*, Brasília, 22 jun. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/17/politica/1466198112_870703.html. Acesso em: 19 dez. 2020.

ano de 2010 buscava a ampliação de sua presença no Paraguai, com a pretensão de assegurar o domínio de todas as etapas do ciclo de produção e comércio de drogas ilícitas.⁵

Embora sejam menos discutidos, são igualmente relevantes os ilícitos ambientais praticados nas zonas de fronteira, nas quais se observa uma alta incidência de condutas criminosas relacionadas à exploração ilegal de madeira, recursos minerais (como ouro e manganês) e animais silvestres.

Altamente lucrativos, esses crimes são particularmente graves em razão dos danos ambientais irreversíveis que deles decorrem, e dos impactos causados sobre as comunidades locais. E mais: não são raros os casos de associação entre crimes ambientais e outros ilícitos graves, como a produção e o tráfico de drogas ilícitas. É o que se vê, por exemplo, no caso de organizações criminosas que produzem cocaína na Amazônia colombiana para fornecer a criminosos brasileiros, que realizam o pagamento com ouro extraído ilegalmente de áreas da Amazônia brasileira.

3 Importância do manejo de dados pessoais para o enfrentamento à criminalidade organizada nas fronteiras

Para assegurar a longevidade das variadas empreitadas delituosas, o crime organizado dispõe e se utiliza de meios e tecnologias avançadas,⁶ não podendo ser descartada a hipótese, mesmo que episódica, nesse contexto, de ações cooperadas entre facções rivais.⁷

5 DIAS, Camila Nunes; MANSO, Bruno Paes. *A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil*. São Paulo: Todavía, 2018. p. 39.

6 *Vide* proposta de aperfeiçoamento da cooperação internacional e policial em regiões de fronteira (MERCOSUR/XXII REMPM/P.REC.01/17. Disponível em: <https://bitlybr.com/gnFOLQMr>).

7 KONIG, Mauro. Facções fazem ações cooperadas de tráfico para dividir lucros e perdas. *Folha de São Paulo*, 7 jul. 2016. Disponível em: <https://bitlybr.com/w091BIQk>. Acesso em: 15 dez. 2020.

Casos recentes demonstram o aperfeiçoamento do *modus operandi* e a sofisticação das organizações e facções criminosas, que passaram a utilizar técnicas mais complexas para a lavagem de ativos, e mecanismos mais elaborados para a prática de outros crimes, como o uso de submersíveis para o transporte intercontinental de drogas ilícitas, conhecidos como narcossubmarinos.

A utilização desses narcossubmarinos por traficantes de cocaína foi analisada pelo Relatório Mundial sobre Drogas 2020 do UNODC, que destacou a interceptação de uma embarcação desse gênero no ano de 2019, no Oceano Atlântico, em área próxima à costa da Espanha. Tratava-se de um semisubmersível oriundo da América do Sul e que viajara por cerca de vinte e seis dias transportando três toneladas de cocaína.⁸

O relatório esclarece que essas embarcações já eram utilizadas entre a América do Norte e a América do Sul, na costa do Pacífico, mas a aplicação desse *modus operandi* para atravessar o Oceano Atlântico é uma prática recente, que impõe desafios adicionais para as autoridades.

Diante desse contexto, parece claro que um enfrentamento da criminalidade organizada transnacional que se pretenda minimamente eficaz perpassa por um ágil intercâmbio de dados, como o proporcionado pelo Sistema de Intercâmbio de Informação de Segurança do Mercosul (SISME), criado pela Decisão CMC n. 36/04,⁹ no longínquo ano de 2004.

Ainda no plano regional americano, é válido mencionar a atuação da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD), um foro específico no qual os Estados Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) dis-

8 UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Relatório Mundial sobre Drogas 2020*. Disponível em: <https://bitlybr.com/rGmM>. Acesso em: 22 dez. 2020. p. 33.

9 O alcance do SISME compreende o intercâmbio amplo de dados pessoais, como os que demonstram a propriedade de veículos e até mesmo ocorrências policiais.

cutem e buscam soluções para o problema das drogas em uma perspectiva multidisciplinar.

No ano de 2020, foram aprovados na CICAD o Plano de Ação Hemisférico sobre Drogas 2021–2025 e a nova Estratégia Hemisférica sobre Drogas dos Estados Americanos, documentos nos quais são delineados os objetivos e compromissos assumidos pelos Estados Membros e estabelecidas as ações prioritárias para a formulação e a implementação das políticas nacionais na temática das drogas.

Sobre o tema deste estudo, a nova Estratégia Hemisférica sobre Drogas trata de medidas de redução da oferta de drogas pautadas em diretrizes como estas:¹⁰

13. *Los Estados Miembros desarrollan herramientas específicas para recopilar y compartir información de inteligencia, incluyendo una coordinación regional fortalecida y bases de datos internacionales, a fin de detectar la explotación de rutas ilícitas terrestres, aéreas, fluviales, lacustres y marítimas, así como formas de ocultamiento de tráfico ilícito de drogas por parte de las organizaciones criminales.*

14. *Los Estados Miembros promueven, fortalecen y facilitan el intercambio operacional rutinario y en tiempo real de inteligencia entre los organismos encargados de la aplicación de la ley y otras agencias relacionadas de conformidad con las legislaciones nacionales y las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales para la detección, interdicción, investigación y enjuiciamiento del tráfico ilícito de drogas y delitos relacionados, proporcionándose entre sí la más amplia asistencia legal mutua y respondiendo rápidamente a las solicitudes.*

No plano interno, vale notar que nos idos de 2016 o Governo brasileiro instituiu o Programa de Proteção Integrada de Fronteiras (PPIF), com o objetivo de fortalecer a prevenção, o controle, a fiscalização e a repressão aos delitos transfronteiriços (cf. Decreto n. 8.903/2016).

10 CICAD. Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas. *Estratégia Hemisférica sobre Drogas da Organização dos Estados Americanos*. 2020. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/cicaddocs/Document.aspx?Id=6028>. Acesso em: 12 jan. 2021. p. 9.

Não por acaso, o Planejamento Estratégico do PPIF, aprovado em 12 de abril de 2018,¹¹ fixou plano de ação voltado à utilização integrada de sistemas estruturantes para a atuação na faixa de fronteira, como é o caso do Alerta Brasil, sistema de monitoramento de fluxo de veículos por meio de câmeras com leitor de placas, gerido pela Polícia Rodoviária Federal.

Outra iniciativa nacional relevante que tem apresentado resultados expressivos é o chamado Programa V.I.G.I.A. (Vigilância, Integração, Governança, Interoperabilidade e Autonomia), um projeto do Ministério da Justiça e Segurança Pública desenvolvido para o combate ao crime organizado e aos crimes transfronteiriços a partir de ações integradas e de inteligência.¹²

Certo é que os dados e as informações colhidos na faixa de fronteira não esgotam sua utilidade no emprego em atividades da chamada “Inteligência de Estado”, sendo também indispensáveis para a formulação e implementação de políticas e programas de segurança pública para todo o território nacional e em todos os níveis federativos, bem como para orientar a atuação estatal nos planos da detecção, investigação e repressão a infrações penais.

Não se ignora que os órgãos estatais também passaram a dispor de ferramentas e mecanismos tecnológicos capazes de otimizar sua atuação, estando voltados não apenas à investigação e repressão mas também à prevenção e detecção de ilícitos, compreendendo a vigilância das movimentações dos produtos de crime e a identificação de métodos de transferência, dissimulação ou disfarce destes produtos. Todavia, sem o compartilhamento de dados pessoais entre autoridades públicas, torna-se inviável a implementação de iniciativas voltadas ao desenvolvimento de todas essas linhas de atuação.

11 Veja-se a Portaria n. 38/2018, do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, que deu publicidade ao Planejamento Estratégico do PPIF aprovado pelo Comitê Executivo do Programa de Proteção Integrada de Fronteiras (CEPPIF) na Reunião Ordinária realizada no dia 12 de abril de 2018. Acessível em: <https://bitlybr.com/COQg>.

12 Para mais informações, acesse: <https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca-1/operacoes-integradas/vigia>.

Não por acaso, em exposição realizada no seminário internacional promovido pela Câmara dos Deputados no mês de julho de 2020, o vice-chefe da Unidade de Fluxos de Dados Internacionais e Proteção na Comissão Europeia, Ralf Sauer, chamou a atenção para a necessidade de compatibilizar o direito à proteção de dados pessoais com os demais interesses jurídicos envolvidos.¹³

Tal observação está em linha com o disposto no Considerando n. 4 da Diretiva n. 2016/680, do Parlamento Europeu e do Conselho, segundo o qual:¹⁴

a livre circulação de dados pessoais entre as autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública a nível da União, e a sua transferência para países terceiros e organizações internacionais *deverão ser facilitadas*, assegurando simultaneamente um elevado nível de proteção dos dados pessoais. (Grifo nosso).

É importante ressaltar que, tanto no plano interno quanto no plano da cooperação internacional, muito mais do que mera boa prática, o intercâmbio de dados e informações é dever estatal que emana da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo).

Nos termos do artigo 7º, 1, da referida convenção, cada Estado Parte deverá garantir que as autoridades responsáveis pela detecção e repressão à lavagem de dinheiro “tenham a capacidade de cooperar e trocar informações em âmbito nacional e internacional”, inclusive mediante o emprego de “medidas viáveis para detectar e vigiar o movimento transfronteiriço de numerário e de títulos negociáveis”.

13 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Seminário Internacional da Comissão de Juristas. Brasília, 8 jul. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=f9VVRtIbIaY&t=5144s>. Acesso em: 18 dez. 2020.

14 UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva n. 2016/680, do Parlamento Europeu e do Conselho*. 27 abr. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2016/680/oj>. Acesso em: 15 dez. 2020.

Ainda tendo em mira a necessidade de prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional, a Convenção de Palermo preconiza que¹⁵

os Estados Partes procurarão reduzir, através de medidas legislativas, administrativas ou outras que sejam adequadas, as possibilidades atuais ou futuras de participação de grupos criminosos organizados em negócios lícitos utilizando o produto do crime.

Como se verá no próximo tópico, o Brasil não está isento do risco de trilhar caminho legislativo oposto ao preconizado pela Convenção de Palermo.

4 O anteprojeto da LGPD penal e seus impactos na prevenção e detecção de ilícitos no compartilhamento de dados

Em 5 de novembro de 2020, Comissão de Juristas instituída por ato do presidente da Câmara dos Deputados apresentou anteprojeto que pretende regular o tratamento de dados pessoais realizado para fins de segurança pública e de persecução penal (“Anteprojeto da LGPD Penal”).¹⁶

Primeiramente, é indispensável compreender a amplitude da expressão “tratamento de dados pessoais”. Sobre o tema, Vladimir Aras¹⁷ esclarece que a proteção de dados pessoais

15 CONVENÇÃO DE PALERMO. Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional. 15 nov. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 27 dez. 2020.

16 Para contextualizar, lembre-se que a Lei n. 13.709/2018 (LGPD) não se aplica ao tratamento de dados realizado para fins exclusivos de: a) segurança pública; b) defesa nacional; c) segurança do Estado; ou d) atividades de investigação e repressão de infrações penais, o que será regido por legislação específica (art. 4º, III, e §1º). Nessa linha, o anteprojeto da LGPD Penal pretende regular o tratamento de dados pessoais apenas no âmbito da segurança pública e da persecução penal; seu texto final poderá ser acessado no seguinte link: <https://bitlybr.com/hUKB7o>.

17 ARAS, Vladimir. A título de introdução: segurança pública e investigações criminais na era da proteção de dados. In: *Proteção de dados pessoais e investigação criminal*. Brasília:

abrange o tratamento de dados cadastrais (como a identificação do titular de um serviço), metadados (geolocalização, dias e horários de conexão, duração, provedores, equipamentos utilizados etc.) e dados de conteúdo (informações financeiras, tributárias, afiliações, diálogos em serviços de comunicação etc.), além de dados sensíveis, relativos à saúde e à orientação sexual, e dados biométricos, como imagens obtidas por câmeras de vigilância, imagens corporais colhidas por escâneres, impressões digitais, registros de íris e amostras de voz registradas por variados meios.

Pela leitura do trecho transcrito, compreende-se a importância do debate sobre o tratamento de dados pessoais no âmbito da investigação criminal e da segurança pública, bem como a necessidade de que eventual lei sobre o tema tutele o direito fundamental à privacidade, mas sem deixar de salvaguardar outros interesses jurídicos igualmente relevantes.

Todavia, o anteprojeto da Comissão de Juristas não possui essa perspectiva integral e balanceada. Muito embora referida Comissão tenha se inspirado na Diretiva n. 2016/680, do Parlamento Europeu e do Conselho, o anteprojeto contemplou apenas as lógicas da investigação e repressão de infrações penais (fatos conhecidos e individualizados), esquecendo-se de importar os importantíssimos pilares da prevenção e da detecção de ilícitos ainda não conhecidos (como aqueles compreendidos nas chamadas “cifras douradas”, para utilizar a expressão consagrada pelo jurista belga Carlos Versele Séverin).¹⁸

Para melhor ilustrar o efetivo impacto do texto do anteprojeto nas atividades protetivas da sociedade, pensemos nos exemplos seguintes, supondo hipoteticamente que se está na fase de detecção de ilícitos ainda não conhecidos pelo Estado, não havendo ainda investigações instauradas para os casos narrados:

ANPR, 2020. Disponível em: http://www.anpr.org.br/images/2020/Livros/protecao_dados_pessoais_versao_eletronica.pdf. Acesso em: 22 dez. 2020. p. 16.

18 Séverin ensina que “existe uma cifra dourada de criminosos que têm o poder político e o exercem impunemente, abandonando aos cidadãos e a coletividade à exploração da oligarquia, ou que dispõem de um poder econômico que se desenvolve em detrimento do conjunto da sociedade” (SÉVERIN, 1980, p. 10).

1. Nessa primeira situação hipotética, a análise de dados revela que determinado indivíduo figurou como o maior visitante de diferentes detentos do PCC em presídios federais no ano de 2020. Outras bases de dados cadastrais, também submetidas a regras de Governança, indicam o intenso tráfego de veículos pertencentes a empresas titularizadas por essa pessoa em faixas de fronteira, em direção a locais potencialmente vinculados à mercancia de drogas ilícitas ou de armas de fogo.

Embora nem a visita a detentos integrantes de organizações criminosas nem o intenso tráfego de veículos em faixas de fronteira consistam em crime, é inegável que tais comportamentos, em conjunto, indicam a existência de *algum* risco, a ser aferido por diligências preliminares, podendo, se for o caso, resultar na instauração de procedimentos investigativos – estes sim voltados à produção de provas.

No exemplo narrado, seria impossível detectar comportamentos suspeitos sem o manejo de dados pessoais. Ocorre que isto estaria proibido pelos arts. 43 e 45, §1º, II, do “Anteprojeto da LGPD Penal”, que desconsideram a possibilidade de intercâmbio de dados para fins de detecção de ilícitos – quando, por questões de lógica, ainda não há investigação.

Ora, como ocorre em outros países civilizados, o cruzamento de dados pessoais pelos órgãos de persecução penal pressupõe o recebimento, de modo direto e contínuo, de bancos de dados oriundos das mais diversas atividades (entre as quais as de segurança pública). E isto não apenas para aproveitamento em investigações ou processos específicos, mas também para calibrar os mecanismos de detecção de ilícitos.

2. Diante da redação do art. 43 do referido anteprojeto, também estaria proibido o monitoramento do fluxo de veículos na faixa de fronteira associado ao uso de bases de dados que permitissem identificar os proprietários dos veículos e apurar a existência de mandados de prisão em aberto contra eles. Uma medida desta natureza, que tornaria mais assertiva a realização de *blitzes* policiais, não estaria conectada com uma

persecução penal individualizada e nem amparada por decisão judicial, como quer o anteprojeto.

3. Na mesma linha da hipótese anterior, também restaria prejudicado o cruzamento de dados pessoais para a identificação de embarcações suspeitas nas rotas do tráfico, visando à detecção de crimes e apreensão de drogas ilícitas e armamentos pesados. Nesta hipótese, para além da indispensabilidade do cruzamento de dados pessoais detidos pelos órgãos estatais brasileiros, observa-se ainda a importância do compartilhamento de dados com autoridades de outros países – o que, aliás, já vem ocorrendo regularmente, inclusive com amparo na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional –, para que a vigilância possa ser realizada com efetividade em toda a rota.
4. Na seara dos crimes ambientais, por sua vez, a identificação de possíveis exportadores de madeira ilegal e de recursos minerais poderia ser facilitada por meio do cruzamento de dados pessoais decorrentes do monitoramento de veículos em rodovias com as bases de dados de portos fluviais e marítimos, do Cadastro Ambiental Rural (CAR) e do sistema Documento de Origem Florestal (DOF). Ocorre que esse trabalho, de detecção de potenciais ilícitos, também estaria interdito pelo texto do anteprojeto.

Não há a menor dúvida de que a sociedade espera do Estado brasileiro que realize a prospecção de novas investigações e a otimização das atividades de segurança pública mediante a utilização inteligente de dados, o que propicia atuações mais assertivas e precisas.

Este reclamo não é de hoje. No distante ano de 2006, a própria CPI do Tráfico de Armas, relatada pelo deputado federal Paulo Pimenta, já enunciava, com acerto:¹⁹

19 CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar as organizações criminosas do tráfico de armas*. Relator: Deputado Paulo Pimenta. 21 nov. 2006. Disponível em: <https://bitlybr.com/6SZC>. Acesso em: 15 dez. 2020. p. 212.

Atuação organizada, sistemática e inteligente implica o compartilhamento de informações criteriosamente cadastradas, atualizadas e constantemente disponíveis aos órgãos interessados e habilitados a esse conhecimento, o que se tornou tecnicamente exequível, nos anos mais recentes, mediante o emprego intensivo dos recursos da informática.

Fora disso, e para fazer referência aos exemplos mencionados acima, o Estado estaria refém dos mecanismos tradicionais de abordagem de suspeitos, que atraem todos os riscos inerentes à “criminalidade conforme ao estereótipo” de que falam Alagia, Batista, Zaffaroni e Slokar.²⁰ Isso além de amplificar desnecessariamente os riscos dos policiais e fiscais nas abordagens.

Com efeito, em vez de proporcionar a detecção de padrões ilícitos e orientar a instauração de investigações viáveis e com potencialidade para desarticular organizações criminosas transnacionais, a eventual aprovação de texto similar ao do anteprojeto da LGPD Penal instituiria sérios obstáculos à repressão aos criminosos poderosos e (ou) violentos.

Em verdade, uma lei dessas contribuiria sobremaneira para o resgate da feição tradicional do Direito Penal: a de encarcerar agentes subalternos. Retornaria aos *trending topics* a máxima, largamente entoada na prática brasileira, de que “*la ley es como la serpiente, sólo pica a los descalzos*”.

20 Lecionam os professores que “O poder punitivo criminaliza selecionando: a) as pessoas que, em regra, se enquadram nos estereótipos criminais e que, por isso, se tornam vulneráveis, por serem somente capazes de obras ilícitas toscas e por assumi-las desempenhando papéis induzidos pelos valores negativos associados ao estereótipo (criminalidade conforme ao estereótipo); b) com muito menos frequência, as pessoas que, sem se enquadrarem no estereótipo, tenham atuado com brutalidade tão singular que se tornaram vulneráveis (autores de homicídios intrafamiliares, de roubos neuróticos etc.) (criminalização por comportamento grotesco ou trágico); c) alguém que, de modo muito excepcional, ao encontrar-se em uma posição que o tornara praticamente invulnerável ao poder punitivo, levou a pior parte em uma luta de poder hegemônico e sofreu por isso uma ruptura na vulnerabilidade (criminalização devida à falta de cobertura)”. (ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. p. 49).

A aprovação de lei nesses termos também resultaria em graves prejuízos econômicos ao Estado brasileiro, porquanto a utilização inteligente de dados torna desnecessária a realização de uma série de medidas operacionais de alto custo, como fiscalizações e abordagens por amostragem em rios e rodovias. Devido à extensão da fronteira brasileira e à dificuldade de acesso a determinadas áreas (como aquelas situadas no interior da floresta amazônica), essas medidas tornam-se ainda mais custosas, ou até mesmo inviáveis.

Por fim, cumpre analisar o tema sob a ótica da cooperação internacional. Como já mencionado, as organizações criminosas estão passando por um notório processo de sofisticação, e as novas formas de atuação refletem diretamente na atividade dos órgãos de investigação, persecução penal e segurança pública.

É comum afirmar que “o crime não tem fronteiras”, em razão de modificações do cenário internacional decorrentes do processo globalizatório, bem como de avanços tecnológicos recentes que tornaram possível a atuação de criminosos em qualquer lugar do planeta, relativizando os conceitos tradicionais de fronteira, território e soberania.

Por tais motivos, a utilização de mecanismos de cooperação internacional tornou-se indispensável para assegurar a efetividade de investigações criminais, ações penais e medidas para recuperação de ativos. Ademais, é necessário que esses mecanismos sejam desburocratizados e permitam o compartilhamento de informações de maneira célere, preferencialmente mediante o contato direto entre as autoridades.

É nesse cenário que se inserem instrumentos como as redes de cooperação internacional, formadas para aproximar autoridades estrangeiras, incrementar a confiança entre estas e agilizar a comunicação sobre ilícitos transfronteiriços. Outra importante ferramenta nesta seara é a formação de equipes conjuntas de investigação (ECIs), que viabilizam a atuação coordenada entre seus membros, agilizam o fluxo de informações e, conseqüentemente, otimizam a produção de provas em crimes transnacionais complexos.

Nas regiões de fronteira, os mecanismos de cooperação internacional são ainda mais relevantes em virtude das peculiaridades que as caracterizam, como a facilidade para se transitar entre diferentes jurisdições, praticando-se crimes em mais de um país e esquivando-se das respectivas autoridades.

Logicamente, o manejo e o compartilhamento de dados pessoais entre autoridades de países fronteiriços também são essenciais para fins de prevenção e detecção de ilícitos transnacionais, pois permitem a definição de políticas compartilhadas de segurança pública e o estabelecimento de estratégias coordenadas de combate à criminalidade organizada.

Portanto, além dos prejuízos já examinados, eventual lei nos moldes atuais também acarretará danos à cooperação internacional entre os países que fazem fronteira com o Brasil.

5 Conclusão

Conforme se buscou demonstrar, o “Anteprojeto da LGPD Penal” pode levar o Brasil a trilhar caminho diametralmente oposto ao preconizado pelos principais marcos normativos internacionais, como a Convenção de Palermo, comprometendo a utilização inteligente de dados pessoais e toda a lógica de prevenção e detecção de ilícitos não apenas nas regiões de fronteira mas em todo o território nacional.

Nessa quadra, é indispensável a modificação desse anteprojeto para que, assim como a Diretiva n. 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho, norma que inspirou a elaboração do documento da mencionada comissão de juristas, a lei brasileira também contemple os pilares da prevenção e da detecção de ilícitos ainda não conhecidos.

Não é por acaso que a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), na XVIII Reunião Plenária nos dias 1º a 4 de dezembro de 2020, aprovou ação que

consubstancia a preocupação de inúmeros atores estatais com a tramitação do anteprojeto de LGPD Penal.²¹

A despeito de sua inquestionável importância, o direito individual à proteção de dados pessoais não é absoluto, devendo ser sopesado com o direito de toda a sociedade à segurança pública e a uma persecução penal eficiente. Não se trata de direitos contrapostos, mas complementares, e o equilíbrio entre eles é indispensável para o adequado enfrentamento da criminalidade organizada nas fronteiras e demais regiões do país.

Referências

ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

ARAS, Vladimir. A título de introdução: segurança pública e investigações criminais na era da proteção de dados. In: *Proteção de dados pessoais e investigação criminal*. Brasília: ANPR, 2020. Disponível em: http://www.anpr.org.br/images/2020/Livros/protecao_dados_pessoais_versao_eletronica.pdf. Acesso em: 22 dez. 2020.

BENITES, Afonso. Assassinato do “rei do tráfico” na fronteira deixa em alerta autoridades brasileiras. *El País*, Brasília, 22 jun. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/17/politica/1466198112_870703.html. Acesso em: 19 dez. 2020.

21 Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – Ação 04/2021: Avaliação e acompanhamento da proposta da Câmara dos Deputados decorrente do Ato do Presidente de 8.9.2020, que institui Comissão de Juristas responsável por elaboração de anteprojeto de reforma da Lei n. 9.613/1998 e do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e persecução penal – LGPD-Penal. Proponente: MPF.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar as organizações criminosas do tráfico de armas*. Relator: Deputado Paulo Pimenta. 21 nov. 2006. Disponível em: <https://bitlybr.com/6SZC>. Acesso em: 15 dez. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Seminário Internacional da Comissão de Juristas. Brasília, 8 jul. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=f9VRt1BlaY&t=5144s>. Acesso em: 18 dez. 2020.

CICAD. Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas. *Estratégia Hemisférica sobre Drogas da Organização dos Estados Americanos 2020*. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/cicadocs/Document.aspx?Id=6028>. Acesso em: 12 jan. 2021.

CONVENÇÃO DE PALERMO. Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional. 15 nov. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 27 dez. 2020.

DIAS, Camila Nunes; MANSO, Bruno Paes. *A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil*. São Paulo: Todavia, 2018.

KONIG, Mauro. Facções fazem ações cooperadas de tráfico para dividir lucros e perdas. *Folha de São Paulo*, 7 jul. 2016. Disponível em: <https://bitlybr.com/w091BIQk>. Acesso em: 15 dez. 2020.

SÉVERIN, Carlos Versele. A cifra dourada da delinquência, *Revista de Direito Penal*, n. 27, Rio de Janeiro: Forense, 1980. Disponível em <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/RDP27.pdf>. Acesso em: dez. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva n. 2016/680, do Parlamento Europeu e do Conselho*. 27 abr. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2016/680/oj>. Acesso em: 15 dez. 2020.

UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Relatório Mundial sobre Drogas 2019*. Disponível em: <https://bitlybr.com/5iiUH7>. Acesso em: 22 dez. 2020.

UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Relatório Mundial sobre Drogas 2020*. Disponível em: <https://bitlybr.com/rGmM>. Acesso em: 22 dez. 2020.

O direito constitucional ao meio ambiente de trabalho sadio *versus* adoecimento mental dos profissionais da área da saúde e professores durante a pandemia de Covid-19

Juliana Bortoncello Ferreira

Procuradora do Trabalho. Especialista em Mercado de Trabalho, em Direito e Processo do Trabalho e em Formação de Professores para a Educação Superior Jurídica. Graduada em Direito.

Resumo: O presente artigo enfoca o direito constitucional dos trabalhadores a um meio ambiente de trabalho saudável, além das garantias já previstas na legislação interna e em normas internacionais de que o Brasil é signatário, fazendo um paralelo com o adoecimento mental dos professores e profissionais da área da saúde durante a pandemia de Covid-19. Isso porque houve um crescimento exponencial de adoecimento mental de tais profissionais, conforme pesquisas realizadas, que comprovam os danos suportados. Em complemento, o estudo aborda a importância da prestação de auxílio e apoio concreto aos profissionais da área da saúde e aos professores, inclusive pelo Poder Público. A partir das ponderações, busca-se uma reflexão sobre o assunto e sobre a necessidade de providências a serem tomadas em prol de todos os trabalhadores, aí incluídos aqueles abrangidos nas categorias citadas, a partir da prevenção e do acolhimento dos profissionais, além de políticas públicas eficazes.

Palavras-chave: Meio ambiente do trabalho. Profissionais. Professores. Saúde. Covid-19.

Abstract: This article focuses on the constitutional right of workers to a healthy work environment, in addition to the guarantees already provided in domestic legislation and international policies to which Brazil is a signatory, making a parallel with the process

of mental illness of teachers and health professionals during the Covid-19 pandemic. This is due to an exponential growth of mental illness regarding such professionals, according to research proving the damage caused. In addition, the study addresses the importance of providing help and concrete support to health professionals and teachers, including by the State. Taking these considerations into account, we aim to reflect on the subject and on the need for arrangements in favor of all workers, including those covered in the categories above mentioned, based on the prevention and care of professionals, in addition to effective public policies.

Keywords: Work environment. Professionals. Teachers. Health. Covid-19.

Sumário: 1 Introdução. 2 O direito constitucional ao meio ambiente de trabalho sadio. 3 As repercussões da pandemia de Covid-19 na saúde mental dos profissionais da área da saúde e professores. 4 A prestação de auxílio e apoio concreto aos profissionais da área da saúde e aos professores. 5 Considerações finais.

1 Introdução

O escopo do presente artigo constitui-se em tratar sobre o direito de todos os trabalhadores a um meio ambiente de trabalho saudável, especialmente profissionais da área da saúde e professores, extremamente atingidos em sua saúde mental durante a pandemia de Covid-19.

Em um primeiro momento é dado enfoque ao direito constitucional dos trabalhadores ao referido meio ambiente sadio, não somente pela condição de seres humanos, mas em vista das garantias constitucionais e legais previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo tópico são abordadas as repercussões da pandemia de Covid-19 na saúde mental dos profissionais da área da saúde e professores, trazendo à tona alguns dos fatores de risco que estariam relacionados ao sofrimento psíquico, bem como pesquisas realizadas em que foram apurados distúrbios sentidos por tais trabalhadores.

Após, trata-se da prestação de auxílio e apoio concreto aos profissionais da área da saúde e aos professores, visando à melhoria do meio ambiente laboral, a partir de investimento em sua saúde, o que deve se dar a partir dos próprios empregadores, mas, também, por meio de outros responsáveis, como o Poder Público.

Assim, a partir de tal abordagem, busca-se uma reflexão sobre o assunto e sobre a necessidade de providências a serem tomadas em prol de todos os trabalhadores, entre estes, professores, médicos, fisioterapeutas, enfermeiros e técnicos de enfermagem, por meio da prevenção e do acolhimento, além de políticas públicas eficazes.

2 O direito constitucional ao meio ambiente de trabalho sadio

A Constituição Federal de 1988 contemplou uma gama de dispositivos que garantem o direito à defesa e à preservação do meio ambiente em sentido amplo.

Isso porque, quando tratamos do tema, o enfoque deve ser realizado tanto no aspecto da natureza em si quanto no âmbito social e, inclusive, do trabalho.

Alguns dispositivos constitucionais, a exemplo dos arts. 170, 200 e 225, tratam do assunto. Vejamos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

[...]

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, *nele compreendido o do trabalho*.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. [Grifo nosso].

Ao Ministério Público incumbe, inclusive, entre outras atribuições, promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do meio ambiente, de acordo com o art. 129 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...].

No âmbito laboral, pode-se definir o meio ambiente do trabalho, nas palavras de Nascimento¹ como:

1 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A defesa processual do meio ambiente do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 63, n. 5, p. 583-587, 1999. p. 584.

[...] o complexo máquina-trabalho; as edificações, do estabelecimento, equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou não, meios de prevenção à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho.

Da leitura de tal definição, aliás bastante elucidativa, se verifica que a abordagem vai além dos aspectos físicos, pois também abrange a saúde psíquica dos trabalhadores.

Veja-se que, a par dos dispositivos constitucionais já citados, o próprio art. 7º, XXII, da Carta Magna assegura ser direito dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho. Por sua vez, o art. 170, já mencionado, fundamenta a ordem econômica na “valorização do trabalho humano”.

Entretanto, mesmo com as previsões constitucionais citadas, além de dispositivos legais, o que se viu durante a pandemia de Covid-19, e continua sendo visto, são profissionais das mais variadas áreas exaustos, não somente pela necessidade de trabalhar submetidos a risco de se contrair a doença, mas também por estarem acometidos pelo medo, pela incerteza, e alguns, ainda, pela ausência de um meio ambiente de trabalho que proporcione condições, ou ao menos que reduza tais efeitos.

Os profissionais da área da saúde – entre eles enfermeiros, técnicos de enfermagem, fisioterapeutas e médicos –, além dos professores, estão entre os mais atingidos em sua saúde laboral durante a pandemia, como se verá a seguir.

3 As repercussões da pandemia de Covid-19 na saúde mental dos profissionais da área da saúde e professores

Como frisado, desde o início da pandemia causada pelo coronavírus no país, profissionais têm sentido os impactos da Covid-19 no desempenho de suas funções. Destes, tem-se constatado que profis-

sionais da área da saúde – aí incluídos enfermeiros, técnicos de enfermagem, fisioterapeutas, médicos, psicólogos –, além dos professores, foram severamente atingidos no tocante à saúde mental.

Ao mesmo tempo em que os profissionais da saúde precisaram se dedicar ainda mais aos pacientes atendidos no dia a dia laboral – no intuito de salvar vidas ante a gravidade da nova doença, que matou milhões de pessoas em todo o mundo e para a qual ainda não há um tratamento definido, tampouco vacina desenvolvida, para se prevenir o contágio –, necessitaram se adaptar a fazer longas jornadas de trabalho, a usar continuamente EPIs – muitas vezes sem poder retirá-los (para sua própria segurança) até para idas ao banheiro, passando a usar fraldas continuamente –, a ver com frequência pacientes e familiares desesperados com as possibilidades de complicações advindas da doença, a se afastar da família, com vistas a proteger as suas próprias famílias de eventual contágio, a despir-se de vaidades, ao ponto de raspar os cabelos (também pela prevenção), além de diversas outras providências.

Como ressaltado pela médica psiquiatra Fernanda Benquerer Costa,² alguns dos fatores de risco que estariam relacionados ao sofrimento psíquico dos profissionais de saúde são os seguintes:

- Estigmatização por trabalhar com pacientes com Covid-19, com medidas de biossegurança estritas – alguns profissionais podem sofrer hostilidade ou ser evitados por familiares ou pessoas da comunidade.
- Restrição física de movimentação pelo equipamento.
- Isolamento físico, dificultando oferecer conforto a alguém que esteja doente.
- Estado de alerta e hipervigilância constante.

² COSTA, Fernanda Benquerer. A saúde mental dos profissionais de saúde em meio a pandemia Covid-19. 2020. Disponível em: <http://www.saude.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/03/Nota-Informativa-A-Sa%C3%BAde-Mental-e-a-Pandemia-de-COVID-19-impactos-e-orienta%C3%A7%C3%B5es-para-profissionais-de-sa%C3%BAde.pdf>. Acesso em: 6 out. 2020.

- Perda de autonomia e espontaneidade.
- Necessidade de adaptação a novas formas de trabalho.
- Frustração por não conseguir atender e resolver todos os problemas dos pacientes e do próprio sistema de saúde.
- Aumento de demanda de trabalho, com maior número de pacientes e de horas em serviço, e necessidade de atualização constante quanto às melhores práticas no tratamento da doença.
- Redução da capacidade de obter suporte social, pela carga de trabalho pesada.
- Dificuldade ou falta de energia para manter o autocuidado.
- Informação insuficiente sobre exposição por longo prazo a indivíduos com Covid-19.
- Necessidade de orientar amigos e familiares e desmentir boatos e notícias falsas frequentemente.
- Luto pela perda de colegas de trabalho e pessoas conhecidas.
- Medo de transmitir a doença a familiares em consequência do trabalho executado.

Além dos riscos de desenvolvimento de reações e transtornos da população geral, já citados anteriormente, existe ainda a possibilidade de Síndrome de Burnout, que engloba a sensação de esgotamento, distanciamento emocional e perda de sentido de realização profissional.

É certo que o dia a dia de tais profissionais, normalmente, já é atribulado e demanda um controle emocional próprio decorrente das funções que exercem, uma vez que tratam com a vida e a saúde das pessoas. Entretanto, analisando-se os diversos fatores acima, se verifica que os trabalhadores da área da saúde, de uma hora para outra, foram submetidos a uma carga emocional ainda maior que a enfrentada diuturnamente, extrapolando o tradicional, além de enfrentarem uma situação não vivenciada anteriormente. Dessa maneira, não

puderam se preparar, corretamente e a tempo, para o desempenho de suas funções sob condições físicas e psicológicas tão árduas.

Como citado por Cassimiro,³ pesquisa da Associação Paulista de Medicina (APM) mostra que praticamente oito em cada dez médicos e enfermeiros (79,3%) estão mais apreensivos, pessimistas, deprimidos, insatisfeitos ou revoltados com o atual momento – somente 20,7% dos entrevistados se mostraram otimistas. Um dos principais problemas é a situação de impotência: apenas 22,3% se consideram plenamente aptos para atender seus pacientes em qualquer estágio da doença.

Ainda, segundo pesquisa realizada por pesquisadores da área de psiquiatria da Faculdade de Medicina (FM) da Universidade de Brasília (UnB) e do Hospital Universitário de Brasília (HUB), divulgada no *site* da Casa Civil, do Governo Federal, apurou-se que, entre os distúrbios analisados – ansiedade, depressão e insônia –, a ansiedade é a que mais afeta os trabalhadores da saúde. Segundo as informações, 25% dos médicos residentes que responderam à pesquisa afirmaram já ter cogitado trocar de especialidade devido à pandemia, e 91,7% confessaram não ter esperança de que a situação melhore no próximo mês. Ainda, entre os sintomas de ansiedade, os mais detectados foram incapacidade de relaxar, medo de que aconteça o pior e nervosismo, constatados de forma moderada em 41,7%. Os principais sintomas de depressão identificados foram cansaço, dificuldade para se concentrar, pouco interesse e sentimento de estar mal consigo mesmo. Além disso, 83,3% afirmaram que a qualidade geral do sono está prejudicada e 75% apresentam sonolência diurna.

Os números impressionam e preocupam. Não bastassem as adversidades diárias, o trato com a angústia dos pacientes, a escassez de materiais, a intensa pressão no desempenho das ativida-

3 CASSIMIRO, Giseli Catherine Miranda. *A importância da saúde mental para profissionais de saúde durante e após a pandemia*. 11 ago. 2020. Disponível em: <https://portalhospitaisbrasil.com.br/artigo-a-importancia-da-saude-mental-para-profissionais-de-saude-durante-e-apos-a-pandemia/>. Acesso em: 6 out. 2020.

des, visando a melhor e mais rápida assistência aos pacientes ainda durante a pandemia, os trabalhadores citados passaram a enfrentar outra gama de aflições, como visto.

A situação não tem sido diferente para os professores.

Tal classe trabalhadora passou a ser cobrada incessantemente, de uma hora para outra, em uma proporção jamais vista. Teve que aprender a trabalhar com a tecnologia voltada ao ensino; a dar aulas *online*, sem contato físico, tendo que adaptar materiais e a forma de repassar o conhecimento; e, ainda, acompanhar os alunos que, na maioria, também foram extremamente prejudicados no âmbito do aprendizado, com a pandemia de Covid-19.

Se o trabalho docente já era marcado por ritmos intensos de trabalho (vários profissionais, inclusive, laborando em mais de uma escola, para fins de complementar o salário, visto que histórica a má remuneração dos trabalhadores da educação), pela fragilização dos vínculos de emprego, ante a flexibilização trabalhista, entre outros fatores que contribuíam no adoecimento mental dos professores, a pandemia de Covid-19 veio a aumentar, significativamente, as patologias relacionadas à saúde psíquica dos referidos profissionais, com aumento no número de casos, por exemplo, de depressão, de síndrome de Burnout e de ansiedade.

Como frisado por Pereira, Santos e Manenti:⁴

A pandemia causada pelo Covid-19 traz consigo para o sistema educacional, além de vários outros elementos corrosivos, a custosa demanda da constante “reinvenção docente”, transmutada esteticamente quanto uma necessária manutenção de uma educação remota que se faça ativa, presente e minimamente acessível, sem considerar entretanto, as lacunas das condições trabalhistas, estruturais e até mesmo formativas, destes profissionais da educação.

4 PEREIRA, H. P., SANTOS, F. V., MANENTI, M. A. Saúde mental de docentes em tempos de pandemia: os impactos das atividades remotas. *Boletim de Conjuntura (BOCA)*, v. 3, n. 9, p. 29, 2020. Disponível em: <https://revista.ufr.br/boca/article/view/Pereiraetal/3074>. Acesso em: 6 out. 2020.

Para aferir de forma mais concreta os efeitos mencionados, o Instituto Península, organização social com atuação nas áreas de Educação e Esporte, elaborou uma pesquisa intitulada: “Sentimento e percepção dos professores brasileiros nos diferentes estágios de coronavírus”.⁵ Até o presente momento da pesquisa, que conta com várias etapas, foram ouvidos milhares de professores em todo o Brasil, compreendidas as redes municipais, estaduais e particulares, do Ensino Infantil ao Ensino Médio.

A primeira etapa da pesquisa ouviu 2,4 mil docentes da Educação Básica. Destes, mais de 90% demonstraram estar muito ou totalmente preocupados com a situação atual, sendo possível notar os efeitos na saúde mental dos docentes, que afirmaram ser fundamental o suporte e apoio psicológico. Segundo os dados, 7 em cada 10 professores mudaram muito ou toda a rotina com a crise.

Os resultados da segunda etapa, por sua vez, realizada com 7.734 mil professores de todo o país, revelaram que, após seis semanas de isolamento social, 83,4% dos professores não se sentiam preparados para o ensino remoto e mesmo os professores com experiência e robusta formação em tecnologias e ensino a distância foram pegos de surpresa. Os dados revelam que 55% dos professores declararam que gostariam de suporte emocional e psicológico.

A terceira etapa da pesquisa contou com a participação de mais de 3.800 professores do Brasil, entre 20 de julho e 14 de agosto de 2020, e revelou que os docentes continuavam ansiosos (64% dos respondentes) e sobrecarregados (53%).

Nesse contexto geral, retratadas as angústias dos profissionais da saúde e dos professores em tempos de pandemia, desencadeadoras de problemas que afetam diretamente a saúde mental, verifica-se que a prevenção (se ainda possível) e o acolhimento (se, infelizmente, já

5 INSTITUTO PENÍNSULA. Sentimento e percepção dos professores brasileiros nos diferentes estágios de coronavírus. 31 mar. 2020. Disponível em: <https://institutopeninsula.org.br/pesquisa-sentimento-e-percepcao-dos-professores-nos-diferentes-estagios-do-coronavirus-no-brasil/>. Acesso em: 7 out. 2020.

desencadeados os problemas emocionais) são o caminho para a resolução/minimização da questão, com o acompanhamento de psicólogos e psiquiatras, voltados especificamente a tais categorias, e com a disponibilização de atendimento pelos centros hospitalares, clínicas, empregadores em geral da área da saúde, bem como pelas redes escolares. E, para assistência adequada, importante a formação e especialização de tais psicólogos e psiquiatras para tratar dessa demanda específica, a fim de, efetivamente, ajudar e tratar os pacientes. Sobre esse assunto, tratar-se-á, ainda, no próximo tópico.

Cabe ressaltar, outrossim, que a Covid-19 pegou a todos de surpresa; entretanto, esse fato tem servido para demonstrar a importância da valorização das políticas públicas de saúde e do investimento em saúde mental destinado a todos os trabalhadores, aí incluídos os profissionais da área da saúde e os professores. Se em sua maioria essas ações já existissem e estivessem sendo aplicadas, certamente, os trabalhadores não teriam sofrido efeitos tão nefastos.

4 A prestação de auxílio e apoio concreto aos profissionais da área da saúde e aos professores

Como visto, os trabalhadores aqui tratados, de forma especial, destacaram-se durante a pandemia de Covid-19 não somente pelos valiosos esforços dispendidos à população brasileira como, também, pelos danos psicológicos por eles sofridos.

Tal fato é inconcebível, independentemente da surpresa que acometeu todos com a chegada do coronavírus.

Isso porque, conforme frisado no primeiro tópico, a Constituição Federal possui uma gama de dispositivos que preveem a necessidade de tutela do meio ambiente de trabalho, e por consequência, da saúde dos trabalhadores em geral. A legislação infraconstitucional segue na mesma toada, a exemplo do art. 157 da Consolidação das Leis do Trabalho, que determina ser obrigação das empresas o cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho.

Aliado à normativa interna, há normas internacionais, entre elas convenções que tratam do meio ambiente laboral, várias provenientes da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Nesse sentido, destaca-se a Convenção n. 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, que estabelece em seu art. 3º, item *e*, que o termo saúde, “com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os *elementos físicos e mentais* que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho” (grifo nosso).

O art. 4º do mesmo diploma internacional estabelece que os signatários da Convenção façam políticas nacionais em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho, tendo como

objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo [...] as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.

Portanto, a par da responsabilidade direta dos empregadores, se faz necessária uma atuação focada no meio ambiente laboral, também, por outros responsáveis, como o Poder Público, com vistas a, ao menos, minimizar fortemente as péssimas condições ambientais de trabalho da massa trabalhadora brasileira, a exemplo dos profissionais especialmente tratados neste artigo.

Souza, Barros e Filgueiras⁶ enfocam a atual situação, vivida por muitos no Brasil:

As condições de segurança e saúde do trabalho no Brasil são predominantemente predatórias. Mesmo com a intensa ocultação dos agravos, há imensa quantidade e incidência de adoecimentos e mortes no mercado de trabalho, acidentes engendrados por situações não apenas previsíveis, mas comumente relacionadas a condições reiteradas, envolvendo os mesmos empregadores.

6 SOUZA, I. F.; BARROS, L. A.; FILGUEIRAS, V. A. (org.). *Saúde e segurança do trabalho: curso prático*. Brasília: ESMPU, 2017. p. 11-14.

[...]

Sob qualquer perspectiva e princípio civilizatório, seja econômico, social ou jurídico, situações que expõem trabalhadores a graves e iminentes riscos devem ser imediatamente paralisadas. [...] Não fosse suficiente a exposição da vida de seres humanos, bem que deve pesar sobre todos os demais, também no âmbito dos interesses empresariais e econômicos, essas situações têm que ser extirpadas no mundo do trabalho brasileiro; a concorrência empresarial é completamente desfigurada quando um empregador tem permissão para operar sem preservar a integridade física dos trabalhadores. Condições de saúde e segurança gravosas também criam um rebaixamento espúrio dos custos do trabalho, reduzindo os incentivos ao investimento em tecnologia, colaborando para distanciar nosso país do patamar de desenvolvimento das nações com economias mais dinâmicas.

[Reitere-se] a primazia das medidas de ordem coletiva, em comparação as ações que focam os indivíduos, como instrumentos de preservação da integridade física de quem trabalha. A individualização da saúde e segurança do trabalho ainda é uma marca forte na gestão do trabalho no Brasil, contaminando também parte das instituições públicas e contribuindo para reproduzir um cenário de elevadas acidentalidade e mortalidade.

[...]

Precisamos diminuir a situação decrépita de acidentalidade que impera no Brasil. Para isso, urge alterar a cultura de condescendência com as ilegalidades praticadas no mundo do trabalho.

Portanto, a responsabilização mais ampla para um meio ambiente de trabalho sadio se faz importantíssima, a fim de que se possa não somente dar efetividade às normas internas e internacionais, mas ainda e principalmente, conferir aos trabalhadores o direito fundamental à preservação de sua saúde física e mental.

Em linhas anteriores, abordaram-se a prevenção e o acolhimento como caminhos para o enfrentamento de problemas mentais advindos do trabalho e da pandemia de coronavírus, com o acompanhamento de psicólogos e psiquiatras, voltados especificamente a cada categoria, com disponibilidade de tratamento pelos centros

hospitalares, clínicas, empregadores em geral da área da saúde, bem como pelas redes escolares. Acrescem-se, aqui, também, políticas públicas eficazes e um olhar mais atento.

Em meio à pandemia surgiram algumas providências adotadas em âmbito interno e, também, internacional.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), por exemplo, divulgou um guia com cuidados para saúde mental durante pandemia destinado, inclusive, a agentes de saúde, líderes de equipe e supervisores em postos de saúde.⁷

No plano interno, a Universidade de São Paulo (USP) elaborou uma Cartilha de apoio à saúde mental do(a) professor(a) durante a pandemia de Covid-19, acessível pela internet.⁸

Tais atos são importantes, mas, por si só, insuficientes para a minimização dos problemas de saúde vividos por professores e por profissionais da área da saúde durante a pandemia. É certo que outras medidas foram adotadas, mas, se levarmos em conta apenas os relatos deste ensaio, se verifica que os olhos dos empregadores e do Poder Público não foram voltados suficientemente para os referidos profissionais, a ponto de livrá-los de tantos adoecimentos mentais, a exemplo de ansiedade, depressão e síndrome do pânico.

Espera-se que, especialmente com o encerramento da pandemia atual, os novos modos de viver e trabalhar da sociedade contemporânea, que atuam em permanente e dinâmica interconexão, façam com que haja uma ampliação da imputação de responsabi-

7 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Covid-19: OMS divulga guia com cuidados para saúde mental durante pandemia. 18 mar. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1707792>. Acesso em: 7 out. 2020.

8 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Cartilha de apoio à saúde mental do(a) professor(a) durante a pandemia de covid-19. Jul. 2020. Disponível em: https://www.sinesp.org.br/images/2020/Julho-2020/Cartilha_sa%C3%BAde_mental_professores_1.pdf. Acesso em: 7 out. 2020.

lidade a todos aqueles que tenham influência e possam interferir na forma como se estrutura a organização do trabalho, e assim nas questões afetas a saúde e segurança do trabalho.⁹

Nas palavras de Ornell, Halpern, Kessler e Narvaez:¹⁰ “[...] *it is imperative that resources are invested in order to significantly promote the mental health of these frontline professionals, both in terms of research, prevention and treatment*”.¹¹

Assim, na esteira de tudo o quanto dito, se faz importante e necessário o investimento na saúde das categorias dos profissionais ligados à área da saúde, bem como à área da educação, pois, além de serem tutelados pelo ordenamento jurídico vigente (com os demais trabalhadores em geral), possuem direito a um meio ambiente de trabalho sadio, apto a lhes proporcionar crescimento pessoal e profissional, e não o surgimento de doenças.

Ainda, atenção especial merecem tais profissionais neste momento singular que vive o povo brasileiro, em meio à pandemia de Covid-19, com o apoio de todos a fim de evitar/minimizar os problemas de saúde mental advindos da intensa carga de trabalho sofrida nos últimos meses.

9 GEMIGNANI, D.; GEMIGNANI, T. A. A. Tutela judicial do meio ambiente do trabalho: A responsabilidade de todos aqueles que possuem poder de influência no ambiente de trabalho e a importância da atuação com foco nos programas de gestão em saúde e segurança do trabalho. In: SILVA, C. F. N.; OITAVEN, J. C. C.; MENDONÇA, L. O.; MERISIO, P. M.; BORGES, V. V. S. S. (org.). *Meio ambiente do trabalho em foco: estudos em homenagem aos 15 anos da CODEMAT*. Brasília: ESMPU, 2019. p. 178.

10 ORNEL, F., HALPERN, S. C., KESSLER, F. H. P., NARVAEZ, J. C. M. O impacto da pandemia de Covid-19 na saúde mental dos profissionais de saúde. Rio de Janeiro, abr. 2020. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1037/o-impacto-da-pandemia-de-covid-19-na-saude-mental-dos-profissionais-de-saude>. Acesso em: 7 out. 2020.

11 “[...] é imperativo que recursos sejam investidos para promover significativamente a saúde mental desses profissionais da linha de frente, tanto em termos de pesquisa quanto de prevenção e tratamento” (tradução própria).

5 Considerações finais

No decorrer deste artigo foi dado enfoque ao direito de todos os trabalhadores a um meio ambiente de trabalho sadio, com destaque para os profissionais da área da saúde (enfermeiros, técnicos de enfermagem, fisioterapeutas, médicos, psicólogos, entre outros) e professores, considerando-se o adoecimento mental dessas categorias com a chegada da Covid-19.

Nesse sentido, verificou-se que todos os trabalhadores, aí incluídos os profissionais aqui especialmente retratados, possuem direito constitucional e legal ao meio ambiente laboral saudável, independentemente da existência, ou não, da pandemia.

A Covid-19 não pode servir como desculpa pelos empregadores para o desencadeamento de problemas mentais a serem suportados pelos trabalhadores. Isso porque as normas existentes que preveem dispositivos protetivos, inclusive de prevenção, são anteriores. E, não bastassem as normas internas, o Brasil é signatário de diversas normas internacionais sobre o assunto, a exemplo de convenções emanadas pela Organização Internacional do Trabalho.

Como visto, inequivocamente, o trabalho em condições inadequadas e sem a prevenção, proteção e acolhimento devidos trouxe distúrbios psicológicos a milhares de professores e profissionais da área da saúde, uma vez que, de uma hora para outra e sem treinamento e apoio para tanto, passaram a trabalhar em circunstâncias desumanas, sob infundáveis jornadas, tendo que se superar sem ter, necessariamente, condições para tanto. Com isso, os corpos sentiram, as mentes sentiram.

Portanto, a conclusão a que se chega é que já passou da hora de os empregadores e o Poder Público, este responsável por políticas públicas a serem instituídas, se conscientizarem da necessidade de investimento maciço em estruturas que garantam saúde aos trabalhadores, pois é o mínimo que se espera. Tais profissionais saem de suas casas para prestar a sua força de trabalho em troca de um salário. Esse é o contexto de uma relação de trabalho. Não há espaço para preju-

ízos a serem suportados pela parte hipossuficiente nessa relação; que dirá prejuízos psicológicos, muitas vezes com sequelas irreversíveis.

Referências

CASA CIVIL. *Saúde mental: pesquisa analisa impacto psicológico do enfrentamento à Covid-19 em profissionais da saúde*. 22 jul. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/julho/saude-mental-pesquisa-analisa-impacto-psicologico-do-enfrentamento-a-covid-19-em-profissionais-da-saude>. Acesso em: 8 out. 2020.

CASSIMIRO, Giseli Caterine Miranda. *A importância da saúde mental para profissionais de saúde durante e após a pandemia*. 11 ago. 2020. Disponível em: <https://portalhospitaisbrasil.com.br/artigo-a-importancia-da-saude-mental-para-profissionais-de-saude-durante-e-apos-a-pandemia/>. Acesso em: 6 out. 2020.

COSTA, Fernanda Benquerer. *A saúde mental dos profissionais de saúde em meio a pandemia Covid-19*. 2020. Disponível em: <http://www.saude.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/03/Nota-Informativa-A-Sa%C3%BAde-Mental-e-a-Pandemia-de-COVID-19-impactos-e-orienta%C3%A7%C3%B5es-para-profissionais-de-sa%C3%BAde.pdf>. Acesso em: 6 out. 2020.

GEMIGNANI, D.; GEMIGNANI, T. A. A. Tutela judicial do meio ambiente do trabalho: A responsabilidade de todos aqueles que possuem poder de influência no ambiente de trabalho e a importância da atuação com foco nos programas de gestão em saúde e segurança do trabalho. In: SILVA, C. F. N.; OITAVEN, J. C. C.; MENDONÇA, L. O.; MERISIO, P. M.; BORGES, V. V. S. S. (org.) *Meio*

ambiente do trabalho em foco: estudos em homenagem aos 15 anos da CODEMAT. Brasília: ESMPU, 2019.

INSTITUTO PENÍNSULA. *Sentimento e percepção dos professores brasileiros nos diferentes estágios de coronavírus*. 31 mar. 2020. Disponível em: <https://institutopeninsula.org.br/pesquisa-sentimento-e-percepcao-dos-professores-nos-diferentes-estagios-do-coronavirus-no-brasil/>. Acesso em: 7 out. 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A defesa processual do meio ambiente do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 63, n. 5, p. 583-587, 1999.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Covid-19: OMS divulga guia com cuidados para saúde mental durante pandemia. 18 mar. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1707792>. Acesso em: 7 out. 2020.

ORNEL, F., HALPERN, S. C., KESSLER, F. H. P., NARVAEZ, J. C. M. *O impacto da pandemia de Covid-19 na saúde mental dos profissionais de saúde*. Rio de Janeiro, abr. 2020. Disponível em: <http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1037/o-impacto-da-pandemia-de-covid-19-na-saude-mental-dos-profissionais-de-saude>. Acesso em: 7 out. 2020.

PEREIRA, H. P., SANTOS, F. V., MANENTI, M. A. Saúde mental de docentes em tempos de pandemia: os impactos das atividades remotas. *Boletim de Conjuntura (BOCA)*, v. 3, n. 9, p. 26-32, 2020. Disponível em: <https://revista.ufr.br/boca/article/view/Pereiraetal/3074>. Acesso em: 6 out. 2020.

SOUZA, I. F.; BARROS, L. A.; FILGUEIRAS, V. A. (org.). *Saúde e segurança do trabalho: curso prático*. Brasília: ESMPU, 2017.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Cartilha de apoio à saúde mental do(a) professor(a) durante a pandemia de covid-19*. Jul. 2020. Disponível em: https://www.sinesp.org.br/images/2020/Julho-2020/Cartilha_sa%C3%BAde_mental_professores_1.pdf. Acesso em: 7 out. 2020.

Réquiem para velhos problemas de contratação em consórcio público de direito público? (In)segurança jurídica e controle externo da atividade finalística pelo MP

Leonardo Gonçalves Juzinkas

Procurador da República. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo.

Marcelo Sant'anna

Assessor de Gabinete na Procuradoria da República em São João de Meriti.

Resumo: O presente artigo visa analisar a possibilidade de os consórcios públicos recrutarem empregados celetistas para o seu quadro efetivo de pessoal e o controle externo que se pode exercer a partir de situações jurídicas complexas que, sem solução simples, podem comprometer a qualidade do serviço público, afetado a referida organização. Tal questionamento surge a partir da análise do art. 6º, § 2º, da Lei n. 11.107/2005, o qual prevê que, no caso de o consórcio público revestir-se de personalidade jurídica de direito privado, observar-se-ão as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mas é omissivo no que tange ao regime de pessoal a ser adotado nos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público. Além do mais, será analisado no presente artigo se a decisão liminar proferida no bojo da ADI 2.135-4, que restabeleceu a redação original do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, atinge também os consórcios públicos, uma vez que estes fazem parte da administração indireta mas estão regulamentados no art. 241 da Carta Magna. Este artigo

será pautado em pesquisa bibliográfica, com base em consultas a obras de autores do Direito Administrativo, bem como a pareceres exarados por órgãos da Administração Pública e decisões acerca do tema, buscando verificar qual posicionamento vem sendo adotado apesar das divergências.

Palavras-chave: Consórcio público. Regime de pessoal. ADI 2.135.

Abstract: This article aims to analyze the possibility for public consortia to recruit employees for their effective staff and the external control that can be exercised from complex legal situations that, without a simple solution, can compromise the quality of the public service, affected said organization. Such questioning arises from the analysis of art. 6, § 2, of Law 11.107/2005, which provides that, in case the public consortium has a legal personality under private law, the rules of public law will be observed with regard to bidding, contracting, accountability and admission of personnel, which will be governed by the Consolidation of Labor Laws (CLT), but is silent on the personnel regime to be adopted in public consortia with legal personality under public law. In addition, it will be analyzed in this article if the preliminary decision handed down within the scope of ADI 2.135-4, which restored the original wording of art. 39, *caput*, of the Federal Constitution, also affects public consortia, since they are part of the indirect administration but are regulated in art. 241 of the Magna Carta. This article will be based on bibliographic research, based on consultations with works by authors of Administrative Law, as well as opinions issued by Public Administration bodies and decisions on the theme, seeking to verify what position has been adopted despite the divergences.

Keywords: Public consortium. Personnel arrangements. ADI 2.135.

Sumário: 1 Introdução. 2 Consórcios públicos: finalidade e evolução histórica no direito brasileiro. 3 Regime de pessoal dos consórcios públicos de direito público: omissão da Lei n. 11.107/2005 e a liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.135. 4 Consequências jurídicas da transposição do regime jurídico estatutário para o celetista nos consórcios públicos de direito público – réquiem. 5 Casos concretos. 6 Considerações finais.

1 Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar a possibilidade de contratação de pessoal pelo regime celetista, no âmbito dos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público, tendo em vista os impactos na atividade-fim que um ou outro direcionamento geram. Como se sabe, segundo o art. 6º, § 2º, da Lei n. 11.107/2005, os consórcios públicos revestidos de personalidade jurídica de direito privado observarão as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

No entanto, tal lei é omissa no tocante aos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público, gerando aqui um problema de insegurança ao administrador-constituente.

A omissão contida na Lei n. 11.107/2005 abre margem para discussão acerca de qual regime de pessoal deve ser adotado nos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público, de modo que alguns doutrinadores entendem que o regime deve ser o estatutário, e outros, o celetista.

Os consórcios públicos integram a administração indireta, conforme art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.107/2005. Sendo assim, surge outra dúvida a ser abordada neste artigo, que diz respeito ao fato de os consórcios públicos integrarem a administração indireta e estarem sujeitos ao regime único previsto no texto originário do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, levando em consideração a decisão liminar deferida na ADI n. 2.135.

O estado de dúvidas inibe o administrador de investir, planejar, programar seus gastos, verter dotação orçamentária da pessoa política em projetos futuros paraestatais, desestimulando o fortalecimento dos consórcios e, ao fim, prejudicando a qualidade do serviço a que se destina. É que, se o órgão de controle externo, tempos após, considerar irregular a contratação de todo quadro de

contratados, gerar-se-á insegurança jurídica quanto aos atos que o consórcio praticou, bem como se imputará responsabilidade financeira em detrimento do administrador desautorizado.

A metodologia de pesquisa aplicada no presente artigo é a bibliográfica, com consulta a obras de Direito Administrativo, bem como a jurisprudência e pareceres exarados pela Administração Pública acerca do tema.

2 Consórcios públicos: finalidade e evolução histórica no direito brasileiro

Os consórcios públicos são pessoas jurídicas que podem adquirir personalidade jurídica de direito público ou privado, sendo formados por entes federativos, de maneira voluntária, para a gestão associada de serviços públicos de interesse comum. Ao longo do tempo, o consórcio se mostrou uma ferramenta importante na consecução dos serviços públicos, tendo em vista que permite a conjugação de esforços dos entes federados para alcançar determinado fim, conferindo, assim, maior eficiência na prestação dos serviços públicos.

Os consórcios públicos, conforme dito, são um instrumento pelo qual os entes federados podem conjugar esforços para conseguir executar um objetivo comum quando, pelo vulto da tarefa, não se mostrar possível ou eficiente a realização atomizada.

Calha lembrar que a repartição de competências político-administrativas no Brasil obedece a uma ordem constitucional-legal, não havendo espaço, salvo em casos de exceção, para que um ou outro ente subnacional delegue ao ente de maior grandeza a tarefa.

Assim, por exemplo, coleta de lixo é tipicamente um serviço de natureza municipal, não havendo espaço para que se afete ao ente estadual o serviço.

Os consórcios dão guarida ao primado da eficiência sob a métrica de concentração de serviços em ente abrangente, numa espécie de delegação centrípeta, para execução com menor custo e mais qualidade.

No Brasil, a criação dos consórcios públicos é possível desde a Constituição de 1891, chamada de Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a primeira a instituir o regime republicano e descentralizar o poder, conferindo autonomia aos estados e municípios.

Na Constituição de 1891, no entanto, os consórcios públicos eram vistos como meros contratos celebrados pelos municípios ou pelos estados para a execução do determinado fim comum. Embora não constasse a nomenclatura “consórcios públicos” expressa no texto constitucional, a estrutura federativa da Carta Política permitia a celebração desse tipo de contrato.

Já na Constituição de 1937, os consórcios públicos ganharam personalidade jurídica por expressa previsão constitucional, tendo em vista que o art. 29 da referida Carta Política estabelecia que “[o]s Municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins”. Contudo, conforme previsão inserta no parágrafo único do referido dispositivo legal, cabia aos estados regular as condições em que tais agrupamentos poderiam constituir-se, bem como a forma de sua administração.

A personalidade jurídica era reconhecida somente sob o aspecto formal. Nesse sentido, vale transcrever trecho da obra *Cooperação Federativa e a Lei de Consórcios Públicos*, que explica sobre o ponto:

A Constituição de 1937 trouxe mudanças, reconhecendo personalidade jurídica de direito público para as associações de municípios. Mas esse reconhecimento era meramente formal, porque a Constituição de 1937 vigeu durante o Estado Novo, período ditatorial e centralizador, em que a autonomia dos entes federativos não era respeitada.¹

1 RIBEIRO, Wladimir Antônio. *Cooperação federativa e a Lei de Consórcios Públicos*. Brasília: CNM, 2007. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cach e:5dtVeBjLDWj:https://www.cnm.org.br/biblioteca/download/526+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 28 jun. 2020.

A Constituição de 1946, por sua vez, restabeleceu a forma federativa do Estado, buscando conferir aos entes autonomia. A conjuntura constitucional buscava implantar no país a ideia de cooperação federativa, para que o estado pudesse promover o desenvolvimento regional e nacional. Nesse sentido:

Com o advento da Constituição de 1946, consolidou-se o processo de redemocratização iniciado em 1945, inclusive, com o restabelecimento da forma federativa de Estado. Inicia-se, então, o debate sobre a cooperação federativa, que se associou ao papel do Estado na promoção do desenvolvimento regional e nacional.²

No entanto, essa ideia de cooperação federativa foi interrompida em 1964, com a implantação do regime militar, quando havia o predominante controle da União, comprometendo sobremaneira a ideia de federalismo e, conseqüente, a autonomia dos entes federativos.

Assim, na Constituição de 1967, os consórcios públicos eram vistos como meros pactos de colaboração, não sendo seu cumprimento obrigatório. Além disso, não tinham personalidade jurídica.

Por fim, veio a Constituição Federal de 1988, que reconheceu os municípios e o Distrito Federal como entes federativos. No entanto, inicialmente os consórcios públicos continuaram a ser entendidos como meros pactos de colaboração entre os entes federativos, bem como em seu texto original a Constituição Federal de 1988 não trazia qualquer previsão expressa acerca dos consórcios públicos.

Contudo, os consórcios públicos, justamente por permitir a conjugação de esforços entre os entes federativos para a execução de objetivos comuns, foram ganhando cada vez mais espaço no direito brasileiro, de modo que diplomas infraconstitucionais passaram a prever expressamente esse instrumento. Nesse sentido, cita-se a Lei n. 8080/1990, que prevê de forma explícita, em seu art. 10, a criação de consórcios públicos:

² RIBEIRO, 2007.

Art. 10. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

§ 1º Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos dispõem sobre sua observância.

No mesmo sentido, a Lei n. 8.142/1990 previu expressamente, no § 3º do art. 3º, a criação dos consórcios, *in verbis*:

Art. 3º Os recursos referidos no inciso IV do art. 2º desta lei serão repassados de forma regular e automática para os Municípios, Estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios previstos no art. 35 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

[...]

§ 3º Os Municípios poderão estabelecer consórcio para execução de ações e serviços de saúde, remanejando, entre si, parcelas de recursos previstos no inciso IV do art. 2º desta lei.

Assim, em 1998, por meio da Emenda Constitucional 19, foi alterado o art. 241 da Constituição Federal, para trazer expressamente a previsão sobre os consórcios públicos. Com a alteração, o art. 241 passou a ter a seguinte redação:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

O dispositivo constitucional mencionado no parágrafo supra foi disciplinado pela Lei n. 11.107, de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Tal norma, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto n. 6017/2007.

Aqui, é importante consignar que os consórcios públicos só passaram a ter personalidade jurídica depois de serem disciplinados pela Lei n. 11.107, de 2005. Antes, conforme ensina Maria Sylvania

Zanella Di Pietro, “havia certo consenso no entendimento de que o consórcio administrativo, do mesmo modo que o consórcio de empresas previsto no art. 278, § 1º, da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15-12-76), não adquire personalidade jurídica”.³

Os consórcios públicos, quando formalizados com personalidade jurídica de direito público, integram a administração indireta, sendo pessoa jurídica de direito público interno, tendo qualificação de autarquia, conforme inteligência do art. 41, inciso IV, do Código Civil, que elenca as autarquias, inclusive as associações públicas, como pessoa jurídica de direito público interno.

Acerca dos consórcios públicos constituídos sob a forma de associação pública, Matheus Carvalho explica que:

[...] é importante entender que a estrutura federativa do estado brasileiro não admitiria a criação de uma nova pessoa da Administração Indireta, diversa das entidades apontadas no art. 37, XIX, da Constituição Federal e, por esse motivo, a associação pública terá natureza jurídica de entidade autárquica.

[...]

Desse modo, todas as regras aplicáveis às autarquias, que serão analisadas em tópico específico, se espelham para as associações públicas que, da mesma forma, gozam de privilégios processuais e tributários e se submetem a todas as restrições impostas à Administração, em virtude da indisponibilidade do interesse público.⁴

Assim, é possível dizer que os consórcios públicos gozam de privilégios processuais e tributários, bem como devem observar em suas relações os princípios inerentes à Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella conceitua os consórcios públicos como “associações formadas por pessoas jurídicas políticas (União,

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 507.

4 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 172.

Estados, Distrito Federal ou Municípios), com personalidade de direito público ou de direito privado, criadas mediante autorização legislativa, para a gestão associada de serviços públicos”.⁵

3 Regime de pessoal dos consórcios públicos de direito público: omissão da Lei n. 11.107/2005 e a liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.135

Segundo disposição do art. 6º, § 2º, da Lei n. 11.107/2005, no caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho. No entanto, como já ressaltado no tópico introdutório, o referido diploma legal é lacunoso no que se refere ao regime de pessoal a ser adotado nas associações públicas, uma vez que a redação do dispositivo mencionado só abarca os consórcios públicos formalizados com personalidade jurídica de direito privado.

Devido à lacuna na Lei n. 11.107/2005, acendeu-se ruptura doutrinária acerca do regime de contratação a ser adotado pelas associações públicas, se é o celetista ou o estatutário. Veja-se a explicação de Rafael Carvalho Rezende:

O regime de pessoal das associações públicas apresenta controvérsias. Parcela da doutrina sustenta que o regime de pessoal é o celetista, tendo em vista que o art. 4º, IX, da Lei 11.107/2005, ao tratar do protocolo de intenções dos consórcios públicos, faz menção tão somente aos “empregados públicos”, expressão que remete ao vínculo celetista (emprego público).⁶

Ainda, nas palavras do autor: “Entendemos que o regime de pessoal da associação pública é o estatutário, em razão do retorno

5 DI PIETRO, 2017, p. 511.

6 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 277.

da exigência do regime jurídico único para as pessoas de direito público por meio da decisão do STF proferida após o advento da Lei dos Consórcios Públicos.”⁷

No mesmo sentido entende Alexandre Mazza, que em sua obra, *Manual de direito administrativo*, afirma:

Nota-se, portanto, que os consórcios públicos com personalidade de direito privado somente podem contratar pessoal no regime de emprego público. Nas associações públicas, ao contrário, deve predominar a contratação no *regime estatutário*, regime de cargo público.⁸ (Grifo no original).

No entanto, de modo diverso, parcela da doutrina entende que o regime de contratação de pessoal que deve ser adotado nos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público é o celetista. Tal posicionamento se origina da leitura do art. 4º, inciso IX, da Lei n. 11.107/2005, bem como do art. 22 do Decreto Federal n. 6017/2007, que regulamentou a Lei n. 11.107/2005, transcritos, respectivamente, a seguir:

Art. 4º. São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:

[...]

IX- o número, as formas de provimento e remuneração dos *empregados públicos*, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. (Grifo nosso).

Art. 22. A criação de *empregos públicos* depende de previsão do contrato de consórcio público que lhe fixe a forma e os requisitos de provimento e a sua respectiva remuneração, inclusive quanto aos adicionais, gratificações, e quaisquer outras parcelas remuneratórias ou de caráter indenizatório. (Grifo nosso).

7 OLIVEIRA, 2017, p. 277.

8 MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*.

Assim, considerando que os dispositivos acima transcritos se referem a “*empregados públicos*” e “*empregos públicos*”, parcela da doutrina entende que o regime de contratação a ser adotado tanto nos consórcios públicos com personalidade de direito público quanto com personalidade jurídica de direito privado é o celetista. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho “regime de emprego público, que nada mais é do que a aplicação do regime trabalhista comum à relação entre a Administração e o respectivo servidor.”⁹

Ainda, segundo José dos Santos Carvalho Filho, que teve sua obra *Consórcios Públicos* citada no parecer Parecer PGFN/CJU/COJLC/N.111/2011, oriundo da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, “[o] regime trabalhista, portanto, será o regime funcional dos consórcios, incidindo tanto sobre os dotados de personalidade de direito público, quanto os consórcios de direito privado.”¹⁰

No mesmo sentido ensina Marcelo Hager, que teve sua obra *Consórcios públicos na Lei n. 11.107/05* citada no parecer do TCE/MG, Processo n. 838654, conforme segue:

Os consórcios com personalidade jurídica de direito público, no entanto, apresentam questões mais complexas. A complexidade tornou-se ainda maior diante da recente decisão cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.135, que suspendeu a vigência do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, conforme a redação dada pela emenda constitucional n. 19/98. Devido a essa decisão, passou a vigorar o art. 39 conforme sua redação originária que previa um regime jurídico único para a Administração direta, autárquica e fundacional de cada um dos entes federados.

Obviamente, não é possível que os consórcios com personalidade jurídica de direito público obedeçam a esse comando constitucional. A norma em questão tem campo de incidência diverso. Destina-se

9 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 644.

10 Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/revista-pgfn/ano-ii-numero-iv/Lvitor4.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

a regular as relações entre a Administração direta, autárquica e fundacional de um ente federado e seus agentes. A associação entre entes federados não é regida por esse dispositivo constitucional, mas sim pelo art. 241. Isso significa dizer que a volta da vigência da redação original do art. 39 da Constituição Federal não influencia a discussão que até então vinha sendo travada acerca do regime jurídico dos agentes dos consórcios públicos.¹¹

Questão importante a ser debatida quando se fala em regime de pessoal a ser adotado nos consórcios públicos de direito público é se a decisão liminar concedida no julgamento da ADI 2.135 afeta o regime de pessoal destes, visto que a liminar deferida na ADI mencionada fez com que a redação original do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, que trata do regime jurídico único, voltasse a ter eficácia.

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTEVE A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA Apreciação, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO *CAPUT* DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO

11 Disponível em: <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/Nota/BuscarArquivo/257736>. Acesso em: 8 fev. 2019.

TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE. 1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente *caput* do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o *caput* desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quórum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. 3. *Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao caput do art. 39 da Constituição Federal, ressaltando-se, em decorrência dos efeitos ex nunc da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso.* 4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo esaurimento do prazo estipulado para sua vigência. 5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior. 6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido.

(ADI 2135 MC, Relator: Min. Néri da Silveira, Relatora p/ Acórdão: Min. Ellen Gracie (art. 38, IV, b, do RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 2.8.2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 7 mar. 2008. EMENT VOL-02310-01 PP-00081 RTJ VOL-00204-03 PP-01029).¹² (Grifo nosso).

¹² Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur90617/false>. Acesso em: 15 mar. 2021.

Segundo o julgado da decisão liminar na ADI 2.135, acima colacionado, o art. 39, *caput*, da Constituição Federal, com redação dada pela EC n. 19/1998, que em sua redação previa “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes”, está com sua eficácia suspensa, motivo pelo qual prevalece a redação original do art. 39, *caput*, da CF/1988, que prevê a instituição de regime jurídico único para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, no âmbito de sua competência.

No entanto, segundo parcela da doutrina, incluindo Marcelo Harger, citado anteriormente, não é possível que os consórcios públicos obedeçam ao comando constitucional do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, que instituiu o regime único, tendo em vista que o referido dispositivo legal visa regular relações entre Administração direta, autárquica e fundacional de um ente federado e seus agentes, de modo que a associação entre entes federados não é abarcada por esse artigo, mas, sim, pelo previsto no art. 241 da Carta Magna.

Nesse sentido, vale transcrever trecho do Parecer PGFN/CJU/COJLC/N.111/2011, exarado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, conforme segue:

[...] em relação aos consórcios públicos de direito público constituídos ou que serão constituídos após julgamento da Medida Cautelar na ADI n. 2.135, também entendemos, s.m.j., que esses entes devem seguir o regime previsto na Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), apesar do vigente *caput* do artigo 39 da Constituição da República Federativa do Brasil determinar regime jurídico único para toda a Administração Direta, autárquica e fundacional, pelas seguintes razões.

[...] o regime jurídico único é obrigatório para as autarquias que sejam da competência da União ou de um Estado ou do Distrito Federal ou de um Município, não atingindo autarquias interfederativas formadas por diversos entes políticos, pois, caso contrário, o referido dispositivo não utilizaria da expressão “no âmbito de sua competência”. Logo, a decisão do STF na ADI nº 2.135 não

atinge as autarquias interfederativas (consórcios públicos de direito público) que são da competência de diversos entes políticos. Não se trata de autarquia de competência de um ente federativo (sua competência), *mas de autarquia de competência compartilhada entre várias pessoas políticas*.¹³ (Grifo do original).

Além do mais, ainda que se considerasse que a decisão liminar proferida na ADI 2.135 surtisse efeitos sobre os consórcios públicos, deve-se levar em conta a modulação dos efeitos da referida decisão, que teve efeito *ex nunc*, de modo que ela não subsiste diante de legislação editada sob o império do dispositivo suspenso. Assim, salvo melhor juízo, significa dizer que, ainda que se considere que os consórcios públicos se enquadram no art. 39, *caput*, da Constituição Federal, a decisão liminar proferida na ADI n. 2.135 não os atingiria, uma vez que a Lei n. 11.107/2005 e o Decreto n. 6017/2007, que a regulamentou, foram editados antes da decisão liminar. Sobre a decisão liminar proferida na ADI 2.135, discorre Carvalho Filho:

Sucedee, entretanto, que o STF deferiu medida cautelar para o fim de suspender a eficácia do art. 39, *caput*, da CF, com a redação dada pela EC nº 19/1998, o que rendeu ensejo ao retorno da redação anterior, pela qual havia sido instituído o regime jurídico único. Considerou a Corte a existência de aparentes indícios de inconstitucionalidade formal, tendo em vista erro de procedimento na tramitação daquela Emenda. A decisão, porém, teve eficácia *ex nunc*, subsistindo a legislação editada sob o império do dispositivo suspenso.¹⁴

Diante de tudo até aqui, bem como ponderando as divergências circuncindantes ao tema ora delineado, é possível dizer que, não obstante a omissão contida na Lei n. 11.107/2005, parte da doutrina e alguns órgãos como a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional defendem que tanto os consórcios com personalidade jurídica de direito público quanto os com personalidade jurídica de direito privado devem submeter-se ao regime de contratação de pessoal celetista.

13 Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/revista-pgfn/ano-ii-numero-iv/Lvitor4.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

14 CARVALHO FILHO, 2018, p. 651.

No início do ano de 2019, colocando um ponto final na discussão acerca do regime de recrutamento de pessoal para os consórcios públicos, foi promulgada a Lei n. 13.822, de 2019, que alterou o art. 6º, § 2º, da Lei n. 11.107/2005 para estabelecer que consórcio público, seja o de personalidade jurídica de direito público ou privado, observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, à celebração de contratos, à prestação de contas e à *admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)*.

Do ponto de vista do controle dos atos administrativos, convém ser a decisão mais acertada, sobretudo considerando que o regime estatutário é incompatível com a natureza dos consórcios públicos, uma vez que estes são criados com prazo de duração determinado no protocolo de intenções, conforme art. 4º, inc. I, da Lei n. 11.107/2005, o que inviabiliza a garantia de estabilidade, prevista no art. 41 da Constituição da República.

Nesse sentido, vale trazer a lume trecho do manual do Ministério da Saúde, intitulado *Consórcios públicos intermunicipais, no âmbito do SUS – aspectos básicos*, que ensina:

Ora, na associação pública, regida integralmente pelo direito público, o natural seria que o regime jurídico aplicável ao seu quadro de pessoal fosse o estatutário, previsto no art. 39, caput, da Constituição Federal. É preciso considerar, entretanto, que a natureza das relações servidor-Estado que se estabelecem nesse modelo de regime torna inviável a sua adoção em entidades de natureza interfederativa e que podem, inclusive, ter prazo de vigência pré-definido.

Dentre outras singularidades em relação ao regime geral dos trabalhadores brasileiros, regidos pela CLT, no regime estatutário, a relação empregatícia do servidor é com o Estado e não apenas com o Poder Executivo. É o Parlamento que lhes define os benefícios e os vencimentos. Além disso, a relação é perene, salvo na eventualidade de improbidade administrativa e outros desvios de conduta previstos na lei, por parte do servidor público. Esse goza de estabilidade e de um regime previdenciário diferenciado, no qual seus benefícios, como a aposentadoria e a pensão, são pagos com recursos diretos do

Orçamento Público do ente federado. Sendo a associação pública uma entidade cujo direito de propriedade é compartilhado pelos consorciados, a constituição de um quadro próprio com servidores públicos regidos pelo regime estatutário seria de complexa engenharia.

Muito embora a Lei nº 11.107, de 2005, nada tenha disposto a respeito, *fica claro que o regime jurídico único da associação de Direito Público é o celetista, uma vez que ela não pode contratar estatutários, com estabilidade, porque eles não se vincularão a nenhum ente específico.*

É importante registrar que a adoção do regime celetista pelo consórcio público *não é incompatível com o caput do art. 39 da Constituição Federal, ainda que o regime jurídico dos entes consorciados seja o estatutário.* A Constituição estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração direta, das autarquias e das fundações públicas. No entanto, a entidade consorcial não pertence integralmente a nenhum dos seus entes instituidores – pertence a todos eles. É um instituto interfederativo que não se rege pelas leis que estabelecem o regime de pessoal de seus entes instituidores e sim pelo regime jurídico que o seu contrato de consórcio estabelecer. (Grifos do original).¹⁵

Além da incompatibilidade do regime estatutário para os consórcios públicos em razão da impossibilidade de conferir estabilidade aos integrantes do seu quadro de pessoal, conforme pontuado no artigo mencionado, há também que se ponderar a dificuldade de estabelecer o regime próprio de previdência social desses servidores.

Conforme art. 40 da Constituição da República,

[o] regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, se servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

15 MINISTÉRIO DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DE SAÚDE. *Consórcios Públicos Intermunicipais, no âmbito do SUS: aspectos básicos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. p. 17-18.

Isto é, se o consórcio público é um ente interfederativo, ou seja, formado por mais de um ente público, seria difícil estabelecer um regime de previdência para esses servidores, pois eles não ficariam vinculados a nenhum ente componente do consórcio, mas, sim, ao consórcio.

Assim, conforme exposto, a alteração legislativa impondo o regime celetista tanto para o consórcio público com personalidade jurídica de direito público como para o consórcio com personalidade jurídica de direito privado foi a decisão mais acertada.

No entanto, não obstante a alteração legislativa estabelecendo o regime celetista para o consórcio público, tenha ele personalidade de direito público ou privado, surgem outras problemáticas que reclamam uma solução. Isso porque antes da alteração promovida pela Lei n. 13.822, de 2019, em virtude da discussão já exposta, alguns consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público recrutaram pessoal pelo regime estatutário, de modo que surge a necessidade de avaliar as consequências judiciais da transição do regime antigo para o legal.

A questão reclama ponderação à luz dos institutos do ato jurídico perfeito e direito adquirido, e vem abordada no tópico seguinte.

4 Consequências jurídicas da transposição do regime jurídico estatutário para o celetista nos consórcios públicos de direito público – réquiem

Muitos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público recrutaram pessoal pelo regime estatutário que, como se sabe, tem como uma de suas garantias a estabilidade após três anos de efetivo exercício, conforme art. 41, *caput*, da Constituição Federal. Com a promulgação da Lei n. 13.822, de 2019, ficou estabelecido que o regime será apenas o celetista.

A alteração de regime de contratação de pessoal, bem como qualquer outro ato advindo do Estado, deve observar o interesse da

Administração Pública. Nos consórcios públicos, a determinação de regime celetista pôs a termo a insegurança jurídica que pairava sobre o regime de contratação dos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público.

Como já dito, quando havia a omissão legislativa, muitos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público recrutaram pessoal pelo regime estatutário. A contratação, para ser válida, deveria ser feita por meio de concurso público, bem como respeitar os demais trâmites constitucionais e legais previstos.

Não obstante isso, se por um lado a alteração do regime jurídico de contratação deve atender aos interesses da Administração Pública, por outro lado deve respeitar os direitos dos servidores dos consórcios públicos, de modo que se faz necessário observar alguns aspectos na transposição do regime jurídico antigo para o atual, qual seja, o celetista.

Nesse sentido, insta avaliar se há direito adquirido ao regime estatutário por parte do servidor público. O instituto do direito adquirido tem expressa previsão na Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, inc. XXXVI, prevê “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

As decisões dos administradores e dos órgãos de controle, dentre os quais desponta o MP, vêm sendo tomadas de forma casuística e pontual.

5 Casos concretos – soluções possíveis e regime de transição

A divergência apontada no presente estudo se reflete de forma nítida nos consórcios intermunicipais de saúde constituídos no País.

O Consórcio Intermunicipal de Saúde do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (CISA), por meio da Resolução n. 010/2013, subscrita exclusivamente por seu Presidente, instituiu o Regime

Jurídico dos Servidores Públicos do Consórcio, após aprovação pelo Conselho de Prefeitos e ratificação da Assembleia Geral.¹⁶

De acordo com o art. 2º da Resolução n. 010/2013, *servidor público é pessoa legalmente investida em cargo público*. O referido normativo deixa claro em seus dispositivos a adoção pelo regime estatutário dos servidores, inclusive espelhando vários dispositivos e conceitos estampados na Lei n. 8.112/1990, que versa sobre o regime jurídico dos servidores públicos federais.

O assunto é de tal modo controvertido que o Consórcio Intermunicipal de Saúde do Vale do Ribeira (CONSAÚDE) adotou o regime celetista entre seus empregados e, após debates jurídicos junto ao sindicato da categoria, alterou seu entendimento e instituiu o modelo estatutário, mediante ratificação por lei do novo Estatuto do Servidor do CONSAÚDE.¹⁷

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, na Consulta n. 896.648 formulada pelo então prefeito de Monte Sião, de relatório do Conselheiro Wanderley Ávila, embora não tenha adentrado no mérito do regime dos servidores, registrou a imprescindibilidade de contratação de profissionais médicos por meio de concurso público, na forma do art. 37, inciso II, da Constituição Federal.¹⁸

Para ilustrar a dificuldade de uniformização do tema, colaciona-se o acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, no bojo do Recurso de Revista n. 206-61.2015.5.23.0086. *In casu*, o Ministério Público do Trabalho ajuizou ação civil pública em face do Consórcio Intermunicipal de Saúde do Médio Araguaia.

Em primeira instância, a Justiça do Trabalho entendeu que aquela especializada não era competente para julgar o feito, em face do enten-

16 Disponível em: http://www.cisajui.com.br/file/arquivos/e35713b5236a3cca9fdaeea73b3445654d61e68b97ff0c59945f5336e4e4a9f7_i7l6m.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

17 Disponível em: <http://www.consaude.org.br/wp-content/uploads/2018/03/Decreto-001-2018-PRES-CONSAUDE.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

18 Disponível em: <https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2827.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2020.

dimento dominante do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as ações envolvendo entes com personalidade jurídica de direito público e seus servidores competem à Justiça Estadual comum. A sentença foi confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região.

Ocorre que o Tribunal Superior do Trabalho, no supracitado recurso de revista, reformou o acórdão recorrido e determinou o retorno dos autos à origem para o julgamento do mérito da demanda. Os ministros da 2ª Turma do TST entenderam que o consórcio adotou o regime celetista para reger a contratação de seu pessoal, nos moldes de seu estatuto, inexistindo, por ora, discussão sobre relação de natureza administrativa, seja por meio de contrato administrativo ou vínculo estatutário, o que atrai a competência daquela justiça especializada:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL DE SAÚDE. ASSOCIAÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PELA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. O Ministério Público do Trabalho ajuizou ação civil pública contra o Consórcio Intermunicipal de Saúde (Administração indireta dos Municípios) para que o réu efetuassem a contratação de pessoal por meio de concurso público (artigo 37, inciso II, da Constituição Federal). O Tribunal *a quo* manteve a decisão de origem, pois concluiu “ser a Justiça do Trabalho, incompetente para julgar as ações envolvendo os entes com personalidade jurídica de direito público e seus servidores, a exemplo da relação jurídica entre consórcio intermunicipal organizado como associação pública e seus servidores, ainda que essa relação tenha se desenrolado sob a égide da CLT”. Contudo, ao contrário do decidido pelo Regional, esta Justiça Federal do Trabalho é competente para apreciar esta controvérsia, à luz do que estabelece o *caput* do artigo 114 da Constituição Federal, tendo em vista que o Consórcio optou pelo regime celetista para reger a contratação de seu pessoal, conforme estabelece o “Estatuto do Consórcio, em seu art. 14, § 3º, que ‘os empregados do Consórcio poderão reger-se, pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho ou demais normas pertinentes’ (ID 15bd3d0 – Pág. 5) e, à exceção dos contratos de prestação de trabalhos médicos, os demais empregados são todos regidos pelo regime celetista (ID d91687b – Pág. 3)”.

Frisa-se que *in casu* não há discussão acerca da relação de natureza administrativa, seja por vínculo estatutário, seja por meio de contrato de direito administrativo. Nesse contexto, é competente a Justiça do Trabalho para apreciar e julgar o feito. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RR – 206–61.2015.5.23.0086, Relator Min.: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 15.8.2018, 2ª Turma, Data de Publicação: *DEJT* 17 ago. 2018).

Consultando os regimes escolhidos por alguns consórcios intermunicipais de direito privado no País, para a admissão aos seus quadros de profissionais, verifica-se que CISDESTE adotou o regime celetista (Edital n. 08/2017), bem como CISRUN (Estatuto assinado em 4.7.2018), CISMISSÕES (Edital n. 01/2015), CISMARPA (Edital n. 01/2015), CISAMREC (Protocolo de Intenções redigido em 18.11.2010), CISAT (Protocolo de Intenções assinado em 15.6.2007), CISAMOSC (Edital n. 001/2018), CISNORPI (Edital n. 01/2017), CISMIV (Edital n. 01/2015), CONIMS (Edital n. 001/2016) e CISEMPAR (Edital n. 001/2016).

Em que pese haver dinheiro de constituição, investimentos e custeio, sobretudo na área da saúde e educação, oriundos da União Federal, o que sói atrair a competência federal, há alguns precedentes administrativos atribuindo aos órgãos estaduais do MP a função de fiscalizar esses consórcios e os servidores submetidos a tal regime celetista.

Tramitaram no MPF os procedimentos n. 1.23.001.000134/2017-17, 1.22.005.000090/2017-22 e 1.33.004.000108/2010-46, reconhecendo-se, em suma, competência estadual por falta de nexo com repasse de verbal federal. No entanto, o autor é titular de procedimento em que há custeio federal, pois as dotações advêm imediatamente do fundo municipal de saúde, o qual tem aporte federal obrigatório.

6 Considerações finais

Nota-se que a possibilidade de consórcio público com personalidade jurídica de direito contratar pessoal sob o regime celetista fora um tema controvertido na doutrina, não havendo posicionamento pací-

fico acerca do assunto. No entanto, alguns órgãos de consultoria jurídica, como por exemplo a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, adotaram posicionamento no sentido de que o regime de contratação de pessoal deveria ser o celetista, tanto nos consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público quanto de direito privado.

Importa registrar, ainda, a problemática alusiva à criação de cargos efetivos no âmbito do consórcio exclusivamente por resolução de seus presidentes. Ainda que a criação desses cargos públicos tenha sido objeto de deliberação na assembleia geral realizada com os demais prefeitos, representantes dos municípios que integram os consórcios, é discutível a legalidade dessa medida.

Do ponto de vista formal, não havendo manifestação das casas legislativas dos municípios membros do consórcio, a criação dos cargos efetivos poderia ser judicialmente questionada, uma vez que altera o quantitativo de pessoal sob responsabilidade indireta dos municípios, onerando por via oblíqua a folha de pagamento desses entes, com possível repercussão na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não se pode desprezar o fato de que, ainda que o consórcio possua orçamento próprio, com custeio definido mediante rateio dos consorciados, os recursos para sua manutenção são oriundos dos cofres municipais.

A adoção do regime jurídico estatutário pelos consórcios poderia, sem direção segura e à falta de regulamentação, suscitar problemas de validade dos atos tomados, em caso de saída de algum ente consorciado ou mesmo dissolução da pessoa jurídica de direito público. Isto porque, na condição de estatutários, a aquisição da estabilidade por alguns servidores levaria os municípios a uma absorção forçada dessa mão de obra na hipótese de extinção do consórcio, o que esbarraria ainda na vedação de ingresso de servidor sem concurso público respectivo e por aproveitamento de órgão alheio à sua estrutura.

Tal circunstância, como referido, pode ser interpretada como uma burla ao poder legislativo das Câmaras Municipais, considerando que haveria a inserção de servidores estatutários no quadro de pessoal dos municípios, sem lei criadora desses cargos e sem pre-

visão dessas despesas no orçamento municipal, o qual é aprovado pelas casas legislativas no exercício financeiro anterior.

No âmbito do Ministério Público Federal, foram encontrados declínios de atribuição, quando a verba de custeio não fosse a federal, embora se identifique, sim, atuação e necessidade de controle da legalidade e previsibilidade dos atos dos consórcios e seu quadro de pessoal quando seus aportes advieram de conta recebedora de recursos federais.

No tocante à ADI 2.135, parte da doutrina entende que não se aplica aos consórcios públicos, uma vez que estes são autarquias interfederativas, com regulamentação própria no art. 241 da Constituição Federal, não estando, portanto, abarcados pelo art. 39, *caput*, da Constituição Federal, com sua redação originária. Com tal respaldo, há algum grau de salvo-conduto para os administradores e espaço para negociação com órgãos de controle.

Sendo assim, verifica-se que a promulgação da Lei n. 13.822, de 2019, que alterou o art. 6º, § 2º, da Lei n. 11.107/2005 para estabelecer aos consórcios públicos, tanto com personalidade jurídica de direito público quanto privado, a admissão de pessoal pelo regime celetista é acertada, tendo em vista que tal posicionamento era defendido por parte da doutrina, bem como por alguns órgãos da Administração Pública.

Isso resolve boa parte dos problemas causados pela inserção de regime de contratação tipicamente público em favor de entidades exóticas à Administração. A transição de regime vem sendo acolhida sem grandes percalços, inexistindo direito adquirido à manutenção de regime jurídico mais benéfico, conforme caudalosa e consolidada jurisprudência nacional.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Consórcios públicos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

HARGER, Marcelo. *Consórcios públicos na Lei n. 11.107/05*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*.

MINISTÉRIO DA SAÚDE; ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DE SAÚDE. *Consórcios públicos intermunicipais, no âmbito do SUS: aspectos básicos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

RIBEIRO, Wladimir Antônio. *Cooperação federativa e a Lei de Consórcios Públicos*. Brasília: CNM, 2007. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5dtVeBjLDwJ:https://www.cnm.org.br/biblioteca/download/526+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 28 jun. 2020.

A competência territorial nas fraudes bancárias praticadas pela internet

Leonardo Otreira

Promotor de Justiça Adjunto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Coordenador do Núcleo Especial de Combate aos Crimes Cibernéticos do MPDFT. Pós-graduado em Direito Aplicado ao Ministério Público do Distrito Federal e Território pela Escola Superior do Ministério Público da União.

Resumo: A prática de crimes no ambiente cibernético tem suas cifras aumentadas a cada ano. Parte expressiva desses delitos se refere a fraudes bancárias. O presente artigo busca identificar, em investigações de fraudes bancárias praticadas pela internet, dificuldades que decorrem do entendimento jurisprudencial que vincula a competência para processo e julgamento de tais delitos ao local geográfico da agência bancária vinculada aos envolvidos. Propõe-se, ao final, releitura acerca da definição da competência, para que seja estabelecida para o local de domicílio ou residência da vítima.

Palavras-chave: Ministério Público. Investigação criminal. Competência jurisdicional. Processo penal. Crimes cibernéticos. Fraudes bancárias. Internet. *Fintechs*.

Abstract: The practice of cybercrimes has its numbers increased every year. A significant part of these crimes refers to bank fraud. This article intends to identify, in investigations of bank fraud practiced on the internet, difficulties that arise from the jurisprudential understanding that links the competence to process and judge such crimes to the geographic location of the bank branch linked to those involved. At the end, it is proposed to re-read about the definition of competence, so that it is established for the victim's place of residence.

Keywords: Prosecution Service. Criminal investigation. Jurisdiction. Criminal proceedings. Cybercrimes. Bank fraud. Internet. *Fintechs*.

Sumário: 1 Introdução. 2 Dificuldades na investigação em razão da adoção de entendimento estritamente vinculado às agências bancárias. 3 Proposta legislativa. 4 Conclusão.

1 Introdução

O advento e a popularização da internet tornaram as comunicações mais dinâmicas. No âmbito dos negócios, tal dinamismo refletiu drasticamente na forma de as empresas realizarem suas atividades e de se comunicarem com o público, desde a forma de oferecer seus produtos ou prestar seus serviços até o modo de fazer publicidade e de interagir pelos canais de atendimento. As relações entre fornecedores e consumidores que, em sua grande maioria, eram presenciais e pessoalizadas ou, quando menos, intermediadas por um interlocutor humano no outro lado da linha telefônica deram espaço para atendimentos remotos e robotizados cada vez mais abrangentes. Conjugados com a internet, os aplicativos de mensageria, como WhatsApp e Telegram, estimulados pela oferta de pacotes de dados de internet ilimitados, tornaram-se opção comum nos canais de serviço de atendimento ao consumidor. Vendas, agendamentos e solicitação de serviços são diretamente realizados por esses aplicativos. Essa nova dinâmica de comunicação tornou natural para o consumidor a ideia de que o relacionamento com fornecedores pode ser inteiramente realizado por plataformas online, percepção que tem sido explorada pelos criminosos que operam nos meios virtuais.

Tal modelo de interação empresarial contou com forte adesão do setor bancário. A internet contribuiu para o nascimento das chamadas *fintechs*, empresas baseadas no uso da tecnologia e no alcance da internet para oferecer serviços bancários até então explorados pelas grandes instituições financeiras.¹ Com a intenção de baratear os custos, as *fintechs* abandonaram a ideia tradicional de agências

¹ O QUE É FINTECH e por que esse termo ficou tão popular? *BLOG.NUBANK*, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://blog.nubank.com.br/fintech-o-que-e/>. Acesso em: 10 out. 2020.

físicas espalhadas por todo o Brasil para manter, exclusivamente, serviços pela internet, da abertura da conta até a contratação de empréstimos e a realização de investimentos. Muitas vezes, sequer há a possibilidade de o consumidor comparecer a um “endereço físico” da empresa para a adesão ao contrato ou a realização de operações bancárias. Na maioria das vezes, o único “endereço físico” é a sede da empresa e se destina somente a abrigar a parte corporativa da instituição, sem a oferta de serviços aos correntistas.

Essa forma de relacionamento, rápido e com menor custo, tem atraído enorme quantidade de clientes. Correntistas a milhares de quilômetros de distância da “agência física” abrem as contas bancárias remotamente.

Contudo, os avanços originados da internet não trouxeram apenas benefícios. Parte da criminalidade migrou para o mundo conectado. Dados do Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil (CERT.br), braço operacional do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), indicam que, só no primeiro semestre de 2020, foi reportado um total de 875.327 incidentes² relacionados a condutas ilícitas cometidas nos meios virtuais. Delitos que tradicionalmente eram praticados mediante a abordagem da vítima, exigindo a sua presença física perante o criminoso, atualmente são cometidos à distância, com o ofensor e o ofendido, muitas vezes, no conforto de suas residências. Os melhores exemplos são justamente as fraudes bancárias praticadas no ambiente cibernético. Os criminosos, organizados e com conhecimentos em informática, operam à distância softwares maliciosos que capturam dados das vítimas e, para burlar as novas tecnologias de segurança dos bancos, valendo-se da naturalidade com que os consumidores hodiernos tratam os contatos remotos pelas empresas, utilizam-se de técnicas de engenharia social para obter do correntista a credencial de segurança (*e.g.*, QR Code) necessária para a operação bancária. Em relação a tais técnicas, ilustre-se a conduta de se passar por

2 CENTRO DE ESTUDOS, RESPOSTA E TRATAMENTO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO BRASIL – CERT.BR. *Estatísticas dos Incidentes Reportados ao CERT.br*. [S. l.]: CERT.br, jan.-jun. 2020. Disponível em: <https://cert.br/stats/incidentes/>. Acesso em: 13 jan. 2021.

funcionário da instituição bancária e solicitar da vítima ações que supostamente reforçariam a segurança da sua conta, mas que, na verdade, pretendem fazer com que o criminoso obtenha a credencial de segurança almejada. Com essas informações, o agente acessa a conta da vítima e realiza a subtração. Como a operação virtual não permite o saque das quantias em espécie, os criminosos se utilizam de titulares de contas bancárias, previamente recrutados, para as quais os valores subtraídos serão destinados (e, a partir de tais contas, para tantas outras que se fizerem necessárias para ocultar o proveito ilícito do crime). No dia a dia das investigações de crimes cibernéticos, é comum encontrar exemplos em que criminoso, vítima e “agência bancária” se situam em unidades da Federação distintas entre si.

Esse cenário se mostra relevante pois desafia a leitura tradicional da jurisprudência dos tribunais superiores sobre a competência para processar e julgar os crimes patrimoniais praticados na internet, baseada, sobretudo, no critério da localização física da agência bancária da vítima ou do criminoso.

Tal questão é patente nas hipóteses de furto mediante fraude e estelionato praticados contra correntistas de instituições financeiras, que acarretam, ao cabo, a saída indevida de valores da conta bancária da vítima. No primeiro caso, o criminoso, de posse dos dados necessários para ingressar virtualmente na conta bancária da vítima, faz o acesso e realiza, ele próprio, a operação destinada a obter a vantagem ilícita. No estelionato, a própria vítima, induzida em erro pela ação do criminoso, acessa a sua conta e realiza a operação bancária em favor do agente.

É importante destacar que a competência territorial, definida pelo art. 70 do Código de Processo Penal, segundo o qual “a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução”, tem íntima relação com os efeitos da resposta penal esperada como sanção às condutas ilícitas cometidas. Esclarece Lima que:

A justificativa para a tramitação do processo no local onde se consumou a infração penal é a de que o agente deve ser processado (e,

eventualmente, condenado) no lugar onde perturbou a ordem jurídica e se fizeram sentir os efeitos de sua infração penal, com vistas a tranquilizar o meio social alarmado. Outra importante justificativa reside na maior facilidade de se colher provas no local em que o crime se consumou.³

Percebe-se a intenção do legislador de que os efeitos de eventual reprimenda sejam percebidos no local onde a infração penal concretizou – ou ameaçou concretizar – a ofensa ao bem jurídico tutelado.

Importante ressaltar a relativa celeuma doutrinária a respeito do momento consumativo do furto, na sucessão de atos que compõem a conduta de subtrair. Masson esclarece que:

Várias são as teorias que foram classicamente desenvolvidas em relação ao momento consumativo do furto:

a) teoria da *concretatio*: os romanos, no Digesto, conceituavam a ação de furtar como *concretatio*, palavra que significa contato com a mão, e, por corolário, entendia-se que o crime se consumava no instante em que o agente tocasse a coisa;

b) teoria da *apprehensio rei*: o furto se consuma quando o agente segura a coisa;

c) teoria da *amotio*: sustentada por Francesco Carrara, para a qual o furto se consuma com o deslocamento da coisa do lugar em que estava situada;

d) teoria da *ablatio*: idealizada por Pessina, defende ser necessário, para a consumação do furto, não só a apreensão da coisa, mas também o seu transporte a outro lugar, para o qual o ladrão pretendia levá-la.

No Brasil, durante muito tempo prevaleceu a teoria da posse pacífica, pela qual a consumação do furto ocorre quando o sujeito ativo alcança a posse pacífica da coisa, ainda que por poucos segundos. Dá-se a posse pacífica no instante em que o ladrão não está mais sujeito aos atos de legítima defesa por parte da vítima ou de terceiro.

3 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 601.

Essa teoria não soluciona diversos problemas práticos. Falha, principalmente, ao não reputar consumado o furto quando o agente, durante a fuga, se desfaz do objeto material, destruindo-o. Não houve, em tal caso, posse pacífica, e nada obstante a vítima suportou lesão em seu patrimônio.

Em face da sua falibilidade, a teoria da posse pacífica cedeu espaço à teoria da inversão da posse, atualmente predominante em âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Para essa teoria, não basta ao agente apoderar-se do bem. Mas também não se exige sua posse mansa e pacífica. Há um meio-termo: o furto se consuma quando, em razão da subtração (inversão da posse), a vítima é privada, ainda que momentaneamente, da livre disponibilidade da coisa, a qual é retirada da sua esfera de vigiância. Consequentemente, o ofendido fica impedido de exercer integralmente sua condição de proprietário ou possuidor legítimo do bem, pois este ingressa na livre disponibilidade do autor, ainda que ele não alcance a sua posse tranquila.⁴

Para Nucci:

Trata-se de tema polêmico e de difícil visualização na prática. Em tese, no entanto, o furto está consumado tão logo a coisa subtraída saia da esfera de proteção e disponibilidade da vítima, ingressando na do agente. É imprescindível, por tratar-se de crime material, que o bem seja tomado do ofendido, estando, ainda que por breve tempo, na posse tranquila do agente. Se houver perseguição e, em momento algum, conseguir o autor a livre disposição da coisa, trata-se de tentativa. Não se deve desprezar essa fase (posse tranquila da coisa em mãos do ladrão), sob pena de se transformar o furto em um crime formal (onde se pune unicamente a conduta e não se demanda o resultado naturalístico). [...] A mais adequada teoria, conforme sustentamos anteriormente, é a terceira, dependente da *aprehensio*, seguida da *amotio*, para que se dê a *ablatio*. Sem apreensão, remoção de um lugar a outro – fora das vistas da pessoa ofendida – inexistente subtração, logo, consumação do crime.⁵

4 MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*: parte especial. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. v. 2. *E-book*, n.p.

5 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 992.

No mesmo sentido, Bitencourt:

Consuma-se o crime de furto com a retirada da coisa da esfera de disponibilidade da vítima, assegurando-se, em consequência, a posse tranquila, mesmo passageira, por parte do agente; em outros termos, consuma-se quando a coisa sai da posse da vítima, ingressando na do agente. A posse de quem detinha a coisa é substituída pela posse do agente, em verdadeira inversão ilícita. [...] Enfim, o apossamento ou assenhoreamento ocorre quando a coisa alheia sai da vigilância ou disponibilidade do ofendido, embora seja bastante difícil precisar, aprioristicamente, o momento em que ocorre essa verdadeira inversão da posse. Apesar de tratar-se de crime material, a fase executória, não raro, é tão exígua que ação e consumação praticamente se confundem; assim, por exemplo, quando o agente subtrai alimento e, ainda no local, o ingere.

Em relação às fraudes bancárias cometidas nos meios virtuais, infere-se dos julgados que enfrentam a temática da fixação da competência pela aplicação da regra prevista no art. 70 do Código de Processo Penal que a pedra de toque é a definição do que se entende como local em que o delito patrimonial praticado pela internet se consumou.⁶

No estelionato, a doutrina majoritária indica que a consumação do delito ocorre no local onde a vantagem ilícita é percebida pelo agente. Capez explica:

Temos, portanto, quatro momentos no crime de estelionato: 1º) o do emprego da fraude pelo agente; 2º) o do erro em que incidiu a vítima; 3º) o da vantagem ilícita obtida pelo agente; 4º) o do prejuízo sofrido pela vítima. [...] Trata-se de crime material. Consuma-se com a obtenção da vantagem ilícita indevida, em prejuízo alheio, ou seja, quando o agente auferir o proveito econômico, causando dano à vítima. Via de regra, esses resultados ocorrerem simultaneamente. Há, assim, ao mesmo tempo, a obtenção de proveito pelo estelionatário e o prejuízo da vítima.

A competência para esse crime, em razão disso, é do local em que o agente obteve a vantagem ilícita. Aliás, no tocante à falsificação

6 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 3: parte especial – dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*, n.p.

de cheques para a prática de estelionato, o STJ editou a Súmula 48: “Compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque”. Consuma-se, portanto, no momento em que o agente auferir a vantagem econômica indevida e não no momento do emprego da fraude.⁷

De toda sorte, no que concerne à definição da competência territorial pela aplicação da regra prevista no art. 70 do Código de Processo Penal, nos crimes de furto e estelionato cometidos nos meios virtuais, infere-se que a pedra de toque dos julgados que enfrentam a temática é a definição sobre o que se considera como local em que o delito patrimonial praticado pela internet é consumado.

Desse modo, para os delitos de furto mediante fraude, tem-se entendido que a competência pertence ao juízo do local onde se situa a agência bancária à qual se vincula a conta da vítima.

O Informativo n. 315 do Superior Tribunal de Justiça bem sintetiza os precedentes da Corte sobre o tema, coletáveis desde a década de 1990:

O furto mediante fraude não pode ser confundido com o estelionato. *No furto, a fraude é utilizada para burlar a vigilância da vítima, para lhe tirar a atenção. No estelionato, a fraude objetiva obter consentimento da vítima, iludi-la para que entregue voluntariamente o bem.* Na hipótese, o agente valeu-se da fraude eletrônica via internet para subtrair valores da conta-corrente de titularidade de correntista da CEF, assim há furto mediante fraude, essa usada para burlar o sistema de vigilância e proteção do banco aos valores mantidos sob sua guarda. É importante esclarecer que os valores transferidos mediante dados digitais, apesar de não tangíveis, não deixam de ser dinheiro. Esses dados não possuem existência autônoma, desvinculada do bem que representam. São passíveis de movimentação e transferência de titularidade e, também, estão sujeitos a furto por meio informático. Outrossim, *é consabido que o furto consuma-se no momento em*

7 CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos* (arts. 121 a 212). 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. *E-book*, n.p.

que o bem é subtraído da vítima, ao sair da esfera de sua disponibilidade, e o desapossamento, embora efetivado por meio digital, teve lugar na conta-corrente da agência situada em Campo Mourão-PR, o que leva à fixação da competência na vara federal daquela cidade. [...]. Precedentes citados: REsp 226.222-RJ, DJ de 17 dez. 1999; HC 8.179-GO, DJ de 17 maio 1999; e CC 19.488-RS, DJ de 8 jun. 1998. CC 67.343-GO, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado 28/3/2007. [Grifou-se]

Esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça permanece adotado, tal como se observa, ilustrativamente, no CC 94.775/SC (rel. ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 14/5/2008, DJe de 23 maio 2008), CC 121.096/PR (rel. ministra Alderita Ramos de Oliveira – desembargadora convocada do TJ/PE, Terceira Seção, julgado em 12/9/2012, DJe de 18 set. 2012), CC 145.576/MA (rel. ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 13/4/2016, DJe de 20 abr. 2016), e, mais recentemente, no CC 168.878/RJ (rel. ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 27/11/2019, DJe de 6 dez. 2019), cuja ementa assim dispõe:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO MEDIANTE FRAUDE. SAQUE FRAUDULENTO DE SEGURO DESEMPREGO SEM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. CONSUMAÇÃO NO LOCAL DA AGÊNCIA ONDE OS VALORES FORAM SACADOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. [...]

4. A jurisprudência da Terceira Seção desta Corte Superior pacificou o entendimento de que, no delito de furto mediante fraude – concretizado com a transferência fraudulenta de valores entre contas correntes –, a competência é do Juízo do local onde houve a saída de valores da conta da vítima, no qual se consumou a subtração da coisa alheia. [...]

No estelionato, o ponto comum nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça é, igualmente, a compreensão de que o local físico das agências bancárias envolvidas importa na definição da competência.

Conquanto oscilantes, os precedentes sobre o tema tendem a definir como juízo competente aquele no qual se situa a agência bancária destinatária dos valores transferidos pela vítima, normalmente vinculada a um terceiro previamente recrutado pelo crimi-

noso. Há, no entanto, arestos em que a competência é definida em favor do local da agência bancária da vítima.

O entendimento de que a competência pertence ao local da agência bancária destinatária dos valores é bem explicado na ementa do CC 167.025/RS, rel. ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 14/8/2019, *DJe* de 28 ago. 2019:

[...] 1. Nos termos do art. 70 do CPP, a competência será de regra determinada pelo lugar em que se consumou a infração e o estelionato, crime tipificado no art. 171 do CP, consuma-se no local e momento em que é auferida a vantagem ilícita. De se lembrar que o prejuízo alheio, apesar de fazer parte do tipo penal, está relacionado à consequência do crime de estelionato e não à conduta propriamente. *De fato, o núcleo do tipo penal é obter vantagem ilícita, razão pela qual a consumação se dá no momento em que os valores entram na esfera de disponibilidade do autor do crime, o que somente ocorre quando o dinheiro ingressa efetivamente em sua conta corrente.* 2. [...] *Já na situação em que a vítima, induzida em erro, se dispõe a efetuar depósitos em dinheiro e/ou transferências bancárias para a conta de terceiro (estelionatário), a obtenção da vantagem ilícita por certo ocorre quando o estelionatário efetivamente se apossa do dinheiro, seja dizer, no momento em que ele é depositado em sua conta.* [...] 3. *Tendo a vítima efetuado um depósito em dinheiro e duas transferências bancárias para duas contas correntes vinculadas a agências bancárias situadas na cidade de São Bernardo do Campo/SP, é de se reconhecer a competência do Juízo de Direito de São Bernardo do Campo/SP para conduzir o inquérito policial.* 4. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo da 5ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo/SP, o suscitado. [Grifou-se]

No sentido oposto, cite-se o CC 168.077/SP, rel. ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 23/10/2019, *DJe* de 30 out. 2019:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZOS ESTADUAIS. ESTELIONATO. INQUÉRITO POLICIAL. GOLPE REALIZADO POR EMPRESA DE COBRANÇA. TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA ENTRE

CONTAS CORRENTES. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DO LOCAL ONDE A VÍTIMA MANTÉM CONTA BANCÁRIA. [...] 2. O núcleo da controvérsia consiste em definir a competência para prestar jurisdição na hipótese de estelionato cuja obtenção da vantagem ilícita foi concretizada via transferência bancária entre contas correntes feita pela vítima em favor do agente do delito. 3. Nos termos do art. 70 do Código de Processo Penal – CPP, “a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução”. 4. No caso de transferências bancárias (TEDs), a competência para a apuração do delito é do Juízo do local da agência bancária da vítima, porque a consumação ocorre quando o numerário é retirado do banco sacado para a transferência. Precedentes da Terceira Seção: CC 158.703/DF, rel. ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, *DJe* de 27 ago. 2018, e CC 166.009/SP, de minha relatoria, *DJe* de 9 set. 2019. 5. No caso concreto, as transferências de valores (TEDs) foram realizadas a partir da conta bancária da agência 0806 pertencente à Cooperativa Sicredi, situada na Avenida Paraná – Canarana/MT, conforme informação extraída dos extratos bancários da empresa vítima e do site da aludida cooperativa. 6. “A jurisprudência tem reconhecido a possibilidade de declaração da competência de um terceiro juízo que não figure no conflito de competência em julgamento, quer na qualidade de suscitante, quer na qualidade de suscitado”. Precedentes da Terceira Seção: CC n. 161.339/MT, relator ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, *DJe* de 11 dez. 2018, e CC 148.019/RN, rel. ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, *DJe* de 16 abr. 2019. 7. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Comarca de Canarana/MT, considerando o local onde se situa a agência bancária da vítima bem como, que o estelionatário se concretizou mediante transferência bancária.

O que se percebe dos citados precedentes é a busca pela adaptação de concepções construídas para hipóteses de delitos praticados no mundo não virtual para as relações cibernéticas. Mas várias são as problemáticas na adoção dos referidos entendimentos.

2 Dificuldades na investigação em razão da adoção de entendimento estritamente vinculado às agências bancárias

Nas fraudes cibernéticas, são comuns os casos em que vítima, criminoso e estabelecimento bancário encontram-se em locais totalmente distintos, muitas vezes em unidades da federação diferentes. Some-se tal circunstância a outra relevante questão. Para atender a necessidade da realização de saques em espécie, as *fintechs* celebram parcerias com empresas que oferecem acesso a terminais automáticos para operações bancárias, oportunizando aos clientes milhares de caixas eletrônicos nas mais variadas localizações para a realização da retirada.⁸ O criminoso que se utiliza de uma conta bancária vinculada a uma *fintech* para destinar os valores a serem obtidos com a prática ilícita pode fazer de sua “agência bancária” qualquer um dos diversos caixas eletrônicos disponíveis.

Tome-se o exemplo em que vítima reside no Distrito Federal, sua conta-corrente vincula-se a uma *fintech* cujo estabelecimento tem sede em Belo Horizonte-MG e o criminoso, por sua vez, reside e tem conta bancária no Município de São Paulo, mas realiza os saques no Município de Itaquaquecetuba-SP (na região conhecida como “Grande São Paulo”).

Na hipótese de a infração penal apurada ser furto mediante fraude, tem-se que, à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, as investigações, o processo e o julgamento do crime deverão ocorrer na cidade de Belo Horizonte-MG, tendo em vista que a localização física do estabelecimento bancário está nesse município.

Ocorre que a obtenção dos dados bancários do correntista-alvo acontece mediante ciberataques dirigidos contra a própria

⁸ Oportuno trazer o exemplo do serviço prestado pela empresa TecBan, a rede de caixas eletrônicos Banco24Horas. Em seu sítio eletrônico, a empresa informa ter relações com mais de “100 bancos e *fintechs*”, disponibilizando mais de 23 mil caixas eletrônicos presentes em pelo menos 800 municípios brasileiros (TECBAN. Sobre nós. *TecBan*, 2020. Disponível em: <https://www.tecban.com.br/sobre-nos/>. Acesso em: 20 out. 2020).

vítima, seja na instalação de vulnerabilidades em seu dispositivo, seja induzindo-a a fornecer tais dados por meio de resposta a SMS ou e-mail (e-mail *spoofing*), ou mesmo direcionando-a a sites falsos que simulam a página da instituição financeira (*pharming*). Para algumas instituições, além da senha de acesso, é exigido o fornecimento de credencial de segurança enviada ao titular da conta bancária, exigindo nova etapa no *iter criminis*, consistente na atuação do criminoso para a obtenção dessa informação, que, em geral, ocorre com o emprego de técnicas de engenharia social.

É razoável inferir, desse modo, que as principais fontes de prova a serem produzidas têm vinculação com a vítima do delito apurado. O correntista vítima deverá ser ouvido tão logo ocorra o crime, bem como, eventualmente, submeter seu dispositivo eletrônico a perícia para extração dos vestígios da fraude. Tendo em vista que a rapidez na apuração é requisito essencial para o sucesso de investigações cibernéticas, ante o elevado grau de perecimento dos vestígios digitais, a realização das apurações em local totalmente distinto da localização da vítima redundará em impunidade.

Em se tratando de estelionato, tomando o mesmo caso hipotético acima narrado, e seguindo o entendimento de que o foro do local de recebimento da vantagem é o competente, restaria saber se o local da consumação do crime ocorre na localidade em que situado o estabelecimento bancário no qual o agente tem a conta bancária (São Paulo-SP) ou no lugar em que o saque é efetuado (Itaquaquecetuba-SP). Também por essa razão, mostra-se mais adequado o entendimento que vincula a consumação do delito ao local da vítima, embora os precedentes citados adotem como referência a localização física do estabelecimento bancário ao qual a conta-corrente se vincula. De toda sorte, os entraves da investigação do delito em localidade diversa de onde reside a vítima são os mesmos.

3 Proposta legislativa

Em novembro de 2020, foi aprovado pelo Senado o Projeto de Lei n. 4.554/2020, que modifica regras do Código Penal e de Processo Penal em temas afetos a fraudes praticadas pela internet.

O PL foi remetido à Câmara dos Deputados e aguarda deliberação por aquela Casa.⁹

Entre outras alterações, a proposta modifica o art. 69 do Código de Processo Penal para incluir o inciso II-B e estabelecer que a determinação da competência jurisdicional se dará também pelo “domicílio ou residência da vítima”. Em sequência, altera o art. 70 para incluir o § 4º, estabelecendo que “quando o crime for cometido pela internet ou de forma eletrônica, a competência será determinada pelo lugar de domicílio ou residência da vítima”.¹⁰

Terminado o processo legislativo e iniciada a sua vigência, as novas regras permitirão que a apuração, o processamento e o julgamento de crimes praticados no ambiente cibernético permaneçam no local de residência ou domicílio da vítima, independentemente da localização das agências bancárias envolvidas, nas hipóteses de fraudes bancárias.

4 Conclusão

Por essa razão, vislumbra-se a necessidade de superação do entendimento que vincula a consumação do delito à localização geográfica do estabelecimento bancário. A fluidez das operações bancárias realizadas via internet, que oferecem ao correntista a possibilidade de manipular seu dinheiro a partir de qualquer lugar, deve ser considerada para reconhecer que a vítima é despojada no seu patrimônio no local em que ela se encontra, onde deixa de ter a plena disponibilidade dos valores. Naturalmente, para fins de deter-

9 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 4.554/2020*. Combate a prática de fraude eletrônica, modifica o art. 155 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e apresenta hipóteses agravantes. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144667>. Acesso em: 13 jan. 2021.

10 BRASIL. Senado Federal. *Parecer n. 167/2020-PLen/SF*. De Plenário, sobre o Projeto de Lei n. 4.554, de 2020. Relator: Sen. Rodrigo Cunha. Brasília: Senado Federal 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8908741&ts=1607705027405&disposition=inline>. Acesso em: 13 jan. 2021.

minação desse “local em que a vítima se encontra”, o lugar de sua residência é o mais adequado para servir como referência para a investigação, o processamento e o julgamento dos crimes de fraude bancária praticados pela internet, permitindo o início rápido das investigações e facilitando o registro da ocorrência e a apuração dos vestígios em eventual dispositivo atacado. A proposta legislativa n. 4.554/2020 contempla referido entendimento e, uma vez aprovada e sancionada, acarretará expressivo aumento de efetividade às investigações de crimes cibernéticos e à punição dos criminosos.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 3 : parte especial : dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos - 8. ed. rev. e ampl. --*São Paulo : Saraiva, 2012. Livro eletrônico.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer n. 167/2020-PLEN/SF*. De Plenário, sobre o Projeto de Lei n. 4.554, de 2020. Relator: Sen. Rodrigo Cunha. Brasília: Senado Federal 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8908741&ts=1607705027405&disposition=inline>. Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 4.554/2020*. Combate a prática de fraude eletrônica, modifica o art. 155 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e apresenta hipóteses agravantes. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144667>. Acesso em: 13 jan. 2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra*

o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. *E-book*.

CENTRO DE ESTUDOS, RESPOSTA E TRATAMENTO DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO BRASIL – CERT.BR. *Estatísticas dos Incidentes Reportados ao CERT.br*. [S. l.]: CERT.br, jan.-jun. 2020. Disponível em: <https://cert.br/stats/incidentes/>. Acesso em: 13 jan. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*: parte especial. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. v. 2. *E-book*.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

O QUE É FINTECH e por que esse termo ficou tão popular? BLOG. NUBANK, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://blog.nubank.com.br/fintech-o-que-e/>. Acesso em: 10 out. 2020.

TECBAN. Sobre nós. *TecBan*, 2020. Disponível em: <https://www.tecban.com.br/sobre-nos/>. Acesso em: 20 out. 2020.

Eleições municipais e pandemia: limitação dos atos de propaganda eleitoral à luz da Emenda Constitucional n. 107

Lívia Maria de Sousa

Procuradora Regional Eleitoral no Ceará. Ex-promotora eleitoral nos Estados do Piauí e do Rio Grande do Norte. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito Constitucional. Especialista em Processo Civil.

Raul Lustosa Bittencourt de Araújo

Advogado. Ex-assessor da Procuradoria Regional Eleitoral no Ceará. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduando em Direito Eleitoral e em Processo Civil.

Resumo: A Emenda Constitucional n. 107 buscou diminuir o risco de disseminação intensa da Covid-19 durante as eleições municipais brasileiras de 2020, o que impôs o adiamento do processo eleitoral e a busca pela conciliação deste com as normas de direito sanitário em vigor. Com esse fim, à Justiça Eleitoral foi concedido o poder de limitar atos de propaganda eleitoral em razão da pandemia, desde que amparada em parecer técnico sanitário estadual ou federal, poder esse interpretado açodadamente por muitos como parte da sua função jurisdicional. O presente artigo procura analisar o adequado sentido da norma constitucional transitória, considerando alguns preceitos jurídicos gerais e específicos eleitorais, como a dinâmica peculiar daquela Justiça especializada. Conclui-se que a EC n. 107/2020 não condicionou a aplicação jurisdicional de restrições sanitárias para a propaganda eleitoral a parecer técnico, e sim viabilizou que a Justiça Eleitoral ampliasse normativamente as proibições para a campanha eleitoral de 2020.

Palavras-chave: Emenda Constitucional n. 107. Eleições municipais. Direito sanitário. Justiça eleitoral. Propaganda eleitoral. Poder normativo.

Abstract: Brazilian Constitutional Amendment no. 107 sought to diminish the increase of Covid-19's spread during 2020's local elections, postponing the electoral process and adapting it to health law rules in act. To that end, Brazilian Electoral Justice was granted the power to limit acts of electoral propaganda due to the pandemic, as long as supported by a state or federal technical sanitary opinion, a power which was misinterpreted by many as part of the electoral jurisdiction. This article seeks to analyze the adequate intent of that transitory constitutional comand, considering some general legal and specific electoral precepts, such as the peculiar dynamics of that specialized Justice. It is concluded that Amendment no. 107/2020 did not conditioned the jurisdictional application of health restrictions for electoral propaganda to the elaboration of a technical opinion, but rather made it possible for the Electoral Justice to normatively expand the prohibitions for the 2020 election campaign.

Keywords: Constitutional Amendment no. 107. Local elections. Health law. Electoral Justice. Election propaganda. Normative power.

Sumário: 1 Introdução. 2 Justiça Eleitoral: poder-dever de realizar eleições seguras. 2.1 Da distinção entre poder de polícia eleitoral, função jurisdicional eleitoral e função normativa eleitoral. 2.2 A adequada interpretação do art. 1º, § 3º, VI, da EC n. 107. 2.3 A limitação dos atos de propaganda eleitoral por decretos. 3 Conclusão.

1 Introdução

O disruptivo abalo social encetado pela pandemia da Covid-19 tornou inevitável uma série de restrições a liberdades e garantias individuais consideradas extremamente relevantes num Estado Democrático de Direito como o Brasil, porquanto não são bens jurídicos absolutos, devendo ceder diante de ameaça concreta e grave ao direito à vida, à saúde e à dignidade humana.

A reflexão jurídica relevante para a doutrina do Direito Eleitoral objeto do presente estudo versa sobre o sentido do art. 1º, § 3º, VI, da Emenda Constitucional n. 107, de 2 de julho de 2020, promulgada num contexto de conciliação entre o direito à democracia, por meio

do processo eleitoral (eleições municipais de 2020), e a necessidade de máxima observância das normas de direito sanitário que visam a resguardar o direito à vida e à saúde neste momento de crise.

Além de autorizar, excepcionalmente, o adiamento das eleições, estabelecendo novas datas e regras de contagem de prazos, o dispositivo constitucional disciplinou regramento específico para os atos de propaganda eleitoral em meio à grave crise de saúde pública. Leia-se a aludida disposição acrescida pelo legislador constituinte derivado:

Art. 1º As eleições municipais previstas para outubro de 2020 realizar-se-ão no dia 15 de novembro, em primeiro turno, e no dia 29 de novembro de 2020, em segundo turno, onde houver, observado o disposto no § 4º deste artigo.

[...]

§ 3º Nas eleições de que trata este artigo serão observadas as seguintes disposições:

[...]

VI- os atos de propaganda eleitoral não poderão ser limitados pela legislação municipal ou pela Justiça Eleitoral, salvo se a decisão estiver fundamentada em prévio parecer técnico emitido por autoridade sanitária estadual ou nacional; [...].

A expressão contida na parte final do dispositivo constitucional adentra na esfera jurídica do poder-dever da Justiça Eleitoral de garantir um processo eleitoral democrático e seguro. Por certo, há uma tênue linha hermenêutica a distinguir duas possibilidades: a) o legislador constituinte limitou a atuação jurisdicional da Justiça Eleitoral, impedindo-a de atuar para restringir atos de propaganda eleitoral, salvo se houver parecer técnico emitido por autoridade sanitária estadual ou nacional; b) a norma transitória ampliou a atividade normativa da Justiça Eleitoral, na medida em que possibilitou a limitação dos atos de propaganda eleitoral com base em parecer técnico emitido por autoridade sanitária estadual ou nacional.

A disposição constitucional transcrita anteriormente maneja uma garantia basilar do processo eleitoral, qual seja, o livre exercício da propaganda das candidaturas. A adequada interpretação da emenda exige a sólida compreensão das peculiares características da Justiça Eleitoral, notadamente do seu poder normativo, que originariamente não poderia inovar no ordenamento jurídico restringindo direitos.

Contudo, diante da necessidade de manter o respeito às normas sanitárias pandêmicas, que estabelecem restrições à realização de eventos capazes de promover aglomerações, houve expressa ampliação do poder normativo da Justiça Eleitoral, autorizando-a a restringir direitos, desde que com base em parecer técnico estadual ou federal, conforme será demonstrado neste artigo.

2 Justiça Eleitoral: poder-dever de realizar eleições seguras

A Justiça Eleitoral é uma instituição especializada da União, integrante do Poder Judiciário, que possui características sabidamente peculiares quando comparada com os demais ramos da Justiça brasileira.

De fato, além da clássica função jurisdicional, a atuação da Justiça Eleitoral é marcada por um incremento das suas funções atípicas, relacionadas à organização do processo eleitoral eficiente, transparente e legítimo, de forma a possibilitar a alternância no exercício dos Poderes Legislativos e Executivos por meio do sufrágio universal e livre.

Nesse sentido é que, desde o alistamento eleitoral até a diplomação dos eleitos, a Justiça Eleitoral exerce intensa atividade administrativa organizacional e normativa, ao lado da típica atividade jurisdicional. Outra função especial marcante da Justiça especializada é a consultiva, destinada a fomentar a segurança jurídica no momento político crucial para a democracia, mas não será explorada na presente análise.

2.1 A distinção entre poder de polícia eleitoral, função jurisdicional eleitoral e função normativa eleitoral

À luz do art. 2º da CF/1988, vigora no País o tradicional princípio da tripartição harmônica dos Poderes do Estado. Bem resume o corolário desse preceito estatal a doutrinadora Raquel Ramos Machado, ao dizer:¹

Em suma, enquanto por meio da função legislativa, o Estado inova o ordenamento criando direitos e obrigações, por meio da edição de textos de normas jurídicas primárias, por meio da função administrativa realiza, nos limites da lei, atividades que garantem a execução de tais textos normativos, e, para tanto, age, ainda que de ofício, por meio da prestação de serviços públicos, do fomento e do exercício do poder de polícia. Já por meio da função jurisdicional, diante de desavença quanto à correta aplicação do texto das normas jurídicas, ou mesmo de seu desprezo, o Estado garante, pelo processo, e quando solicitado para tanto por meio da ação, a observância das normas jurídicas.

Apesar desse panorama, alerta a autora para a existência das funções atípicas no âmbito de cada Poder, por meio das quais estes são habilitados a alcançar efetivo desempenho nas suas vocações principais e típicas. Em suas funções atípicas, o Judiciário normatiza os regimentos dos tribunais e as questões procedimentais da prestação dos serviços judiciais, bem como administra seu pessoal e seu orçamento financeiro.

A Justiça Eleitoral é marcada por um forte incremento das suas funções supostamente atípicas, relacionadas a atos tradicionais do Poder Executivo ou do Legislativo. Isso é uma decorrência do modelo de controle do processo eleitoral que nós adotamos desde 1932, no primeiro Código Eleitoral pátrio, quando as eleições brasileiras passaram a ter todas as suas etapas organizadas e fiscalizadas pela Justiça Eleitoral, exercendo uma função administrativa de preparo e condução do pleito.

1 MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Direito eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 74-75.

Como corolário dessa atividade administrativa e fora da função jurisdicional (típica), há a previsão do exercício do denominado “poder de polícia” sobre os atos de propaganda eleitoral pela Justiça especializada em comento. O art. 41 da Lei n. 9.504/1997 preconiza a exata finalidade e a competência para esse múnus judicial:

§ 1º O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juízes designados pelos Tribunais Regionais Eleitorais.

§ 2º O poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na internet.

Não obstante, a definição legal mais completa acerca da natureza jurídica e dos contornos concretos do termo “poder de polícia” está no art. 78 do Código Tributário Nacional, que anuncia:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Naturalmente, essa função administrativa também é exercida pela Justiça Eleitoral enquanto função atípica limitada à inibição de atos contrários ao ordenamento jurídico. Nas palavras de Edson Castro:

É fácil compreender: se um determinado candidato a prefeito veicula sua propaganda em bem público, caracteriza-se infração ao art. 37 da Lei n. 9.504/97, e todas as providências, desde a retirada da propaganda (exercício do poder de polícia) até a imposição da multa, são da competência do Juiz Eleitoral. Entretanto, se esta propaganda refere-se a um candidato a Governador, o Juiz limita-se a determinar sua retirada e isso significa exercer seu poder de polícia.²

2 CASTRO, Edson de Resende. *Curso de direito eleitoral*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2020. p. 93.

Portanto, a punição dos atos de propaganda infringentes à Lei Eleitoral não se dá no exercício do poder de polícia, mas sempre no bojo de feitos jurisdicionais com contraditório e ampla defesa. A Resolução n. 23.608/2019 do TSE é contundente em reforçar os limites do poder de polícia eleitoral, trazendo em seu art. 54 os seguintes comandos:

Art. 54. A competência para o processamento e julgamento das representações previstas no Capítulo II não exclui o poder de polícia sobre a propaganda eleitoral e as enquetes, que será exercido pelos juízes eleitorais, pelos membros dos tribunais eleitorais e pelos juízes auxiliares designados.

§ 1º O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral é restrito às providências necessárias para inibir ou fazer cessar práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas e das matérias jornalísticas ou de caráter meramente informativo a serem exibidos na televisão, na rádio, na internet e na imprensa escrita.

§ 2º No exercício do poder de polícia, é vedado ao magistrado aplicar sanções pecuniárias, instaurar de ofício a representação por propaganda irregular ou adotar medidas coercitivas tipicamente jurisdicionais, como a imposição de astreintes (Súmula nº 18/TSE).

§ 3º O mandado de segurança é a via jurisdicional cabível contra atos comissivos e omissivos praticados pelo juiz eleitoral no exercício do poder de polícia.

Observa-se do texto infralegal que atos exercentes do poder de polícia são sempre questionáveis por meio do mandado de segurança em matéria eleitoral (art. 29, I, e, do Código Eleitoral), o que é o oposto da regra geral para a impugnação de atos jurisdicionais, não podendo o referido remédio servir de sucedâneo recursal.³ A cominação de qualquer multa no âmbito do poder de polícia está vedada, o que abarca a multa coercitiva do art. 139, IV, do CPC/2015 (astreintes).

Em adição, o Tribunal Superior Eleitoral recebeu do Código Eleitoral (arts. 1º e 23) ainda vigente a alta incumbência de expedir

3 Nesse sentido: Súmula-TSE n. 22. “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial recorrível, salvo situações de teratologia ou manifestamente ilegais”.

instruções normativas para a sua fiel execução, o que foi reiterado pela Lei n. 9.504/1997 (art. 105). Explana Raquel Machado:⁴

Quanto à função normativa infralegal, de caráter administrativo, sabe-se que, em regra, o poder regulamentar é atribuído ao Poder Executivo, nos termos do art. 84, IV da Constituição Federal. Ou seja, em regra, compete aos Chefes do Executivo expedir decretos e regulamentos para fiel execução da lei. Em matéria eleitoral, porém, tal função foi atribuída à Justiça Eleitoral, mais precisamente ao Tribunal Superior Eleitoral, que elabora as Resoluções para fiel execução da lei, nos termos do art. 1º, parágrafo único do Código Eleitoral e do art. 105 da Lei nº 9.504/1997.

Essas normas regulamentares exaradas pelo Tribunal Superior Eleitoral, naturalmente, não devem inovar no teor do ordenamento jurídico, de modo a “restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas” legalmente, como assinala o art. 105 da Lei n. 9.504/1997.

De outro lado, o exercício da jurisdição eleitoral, ou seja, a resolução das lides eleitorais instauradas por iniciativa das partes com legitimidade ativa para tanto (Ministério Público, partidos, coligações e candidatos), se consuma quando “diante de desavença quanto à correta aplicação do texto das normas jurídicas, ou mesmo de seu desprezo, o Estado garante, pelo processo, e quando solicitado para tanto por meio da ação, a observância das normas jurídicas”.⁵ A jurisdição eleitoral visa, portanto, à concretização da força normativa da legislação eleitoral, de maneira a garantir a lisura do pleito quando constatado possível ilícito de competência daquela Justiça, que poderá aplicar sanções e astreintes.

Nessa senda, urge observar que o julgamento de alguma lide eleitoral com a conclusão pela procedência da demanda – determinado-se à parte ré que desfaça determinado ato ou deixe de fazê-lo – jamais se cofunde com a tal “limitação” da propaganda eleitoral

4 MACHADO, 2016, p. 77.

5 MACHADO, 2016, p. 75.

abordada na EC n. 107/2020. É uma intolerável atecnia jurídica a afirmação de que a jurisdição eleitoral pode ser responsável pela limitação da liberdade de campanha. A Justiça Eleitoral, no exercício da função jurisdicional, não restringe o processo eleitoral, e sim intervém para garantir o respeito ao ordenamento jurídico, declarando seu sentido e seu alcance no caso.

2.2 A adequada interpretação do art. 1º, § 3º, VI, da EC n. 107

A propaganda eleitoral é ferramenta indispensável ao efetivo desenvolvimento do processo eleitoral, estando diretamente conectada ao direito à liberdade de expressão na esfera política. Porém, a *“liberdade de expressão, como qualquer outro direito fundamental, submete-se a restrições que decorrem da necessidade de harmonizá-la com outros valores e direitos constitucionalmente tutelados”*, bem aponta Aline Osório.⁶

Como visto, afirma o art. 1º, § 3º, VI, da EC n. 107/2020 que *“os atos de propaganda eleitoral não poderão ser limitados pela legislação municipal ou pela Justiça Eleitoral, salvo se a decisão estiver fundamentada em prévio parecer técnico emitido por autoridade sanitária estadual ou nacional”*.⁷ Esse texto tem ensejado muitas leituras em crassa dissintonia com a lógica jurídica básica da seara eleitoral, à luz do revisitado sobre suas diferentes funções no tópico anterior, propiciando grave risco institucional e sociopolítico, conforme explanado a seguir.

Uma interpretação açodada do dispositivo reproduzido pode levar o operador do Direito a entender que, para a norma constitucional, só será possível a limitação de atos de propaganda eleitoral se existir um parecer técnico (emitido por autoridade sanitária estadual ou federal) que sirva de fundamento direto para a Justiça Eleitoral inibir a conduta. Quer dizer, caso não haja tal parecer, não

6 OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 116.

7 Recurso Ordinário n. 378375, Acórdão de 3.5.2016, Relator(a) Min. Herman Benjamin, Publicação: *DJE - Diário de justiça eletrônico*, Tomo 107, 6 jun. 2016, p. 9-10.

poderia a Justiça Eleitoral exercer sua função jurisdicional nem seu poder de polícia (ambos baseados na efetivação do ordenamento jurídico), de modo a limitar atos de campanha.

Essa lógica de compreender o dispositivo supratranscrito como uma norma restritiva da atuação jurisdicional dessa Justiça especializada leva – em uma interpretação literal daquele art. 1º, § 3, VI – à conclusão insustentável de que, por exemplo, showmícios só poderiam ser inibidos com fundamento em parecer técnico estadual ou federal.

É verdade que o art. 12 da Resolução n. 23.614/2020 do TSE ajustou o texto normativo, de maneira a prever: “Os atos *regulares* de propaganda eleitoral não poderão ser limitados pela legislação municipal ou pela Justiça Eleitoral”, mas o que seriam atos regulares no contexto da pandemia? A propaganda violadora das regras sanitárias em vigor não seria ato irregular também? Afinal, preceitua o art. 243, VIII, do Código Eleitoral que não será tolerada propaganda lesiva à higiene pública.

Ora, não existe hierarquia entre os ramos do Direito Público. O que define a regra prevalecente quando caracterizada antinomia entre textos normativos vigentes de mesma estatura e abrangência temporal – como assinala Norberto Bobbio⁸ – é o critério da especialidade da lei, o qual “se aplica porque vem a existir uma antinomia”. Quer dizer, a norma mais específica é identificada no caso concreto, conforme a circunstância fática que permeia a dúvida jurídica. No contexto pandêmico da Covid-19, em que foi reconhecido pela Lei n. 13.979/2020 o “estado de emergência de saúde pública de importância internacional” ora vivenciado, é evidente que a legislação eleitoral redigida com esopeque em realidade totalmente diversa não pode ser reputada mais específica que as normas sanitárias.

Supor que a EC n. 107/2020 teria unguído a campanha eleitoral como uma prerrogativa superior ao direito fundamental à saúde

8 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Introdução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Universidade de Brasília, 1989. p. 91-97.

e à vida é presumir que o constituinte reformador teria elevado o direito à propaganda eleitoral a um supradireito. Verifique-se que o próprio direito de ir e vir no território nacional – a imperiosa liberdade de locomoção (art. 5º, XV, da CF/1988) – vem sofrendo inusitadas restrições nesse cenário tão vulnerável, chegando ao ponto da decretação de *lockdown* em muitas das cidades brasileiras. Embora haja grupos sociopolíticos opositores a tais medidas, tanto o Poder Legislativo como o Judiciário vêm corroborando a importância dessa postura estatal combativa amparada na ciência médica internacional.

Foi a própria Lei Federal n. 13.979/2020 que reconheceu essa crise sanitária em curso e autorizou medidas de restrição de direitos para combater o avanço da Covid-19, as quais podem ser implementadas pelo Poder Executivo (art. 3º, § 7º, da citada lei). E ao julgar a ADI 6343/DF,⁹ ação proposta contra aquele mesmo diploma, o Supremo Tribunal Federal foi cristalino ao assentar interpretação conforme a CF/1988 ao seu art. 3º, §§ 6º e 7º, II, de forma a garantir autonomia normativa e administrativa para os estados e municípios. Portanto, é descabida tese de que decreto estadual concernente a normas sanitárias de contenção da pandemia em curso não poderia prevalecer sobre legislação nacional, como a eleitoral.

Ressalte-se que a *decisão monocrática do Min. Celso de Mello que indeferiu a Medida Cautelar na Petição 8830/DF*¹⁰ se cingiu à análise da possibilidade de censura de manifestações sociais por suposto *risco à ordem pública ou à honra de pessoas alvo das críticas políticas lançadas*.

No que se refere ao poder da Justiça Eleitoral de limitar atos de propaganda, é patente que a EC n. 107/2020 aludiu à regulamentação de atos pela Justiça Eleitoral no exercício do poder normativo. Inexistem dúvidas de que o Tribunal Superior Eleitoral tem poder normativo para criar legislação infralegal regulamentar, assim como é fato conhecido a recorrente expedição de portarias ou provimentos por juízes ou tribunais regionais com a previsão

9 ADI 6343, Acórdão de 6.5.2020, Relator(a) designado Min. Alexandre de Moraes, Publicação da certidão de julgamento: *DJE - Diário de justiça eletrônico*, 3 jun. 2020.

10 Julgamento em 7.5.2020, Publicação: *DJe* de 12 maio 2020.

de vedações não especificadas em lei¹¹ – e, logo, tendentes à ilegalidade –, visando a evitar tumultos sociais ao longo do processo eleitoral e, especialmente, no dia da votação.

No presente ano, essa atuação normativa da primeira instância da Justiça Eleitoral foi até mesmo demandada por muitos diretórios partidários municipais como uma forma de preservar a segurança sanitária do pleito e a própria isonomia eleitoral, uma vez que algumas candidaturas estavam respeitando os decretos executivos e outras não.

É importante observar que a matéria resta disciplinada pelo dispositivo da EC n. 107/2020 no mesmo contexto da restrição a atos de propaganda pelos municípios (ente federado com poder normativo) na sua legislação, o que já sugere o viés normativo – e não jurisdicional – da atuação judiciária que foi modulada pela norma constitucional transitória.

Como já discorrido, falar em limitação a atos de propaganda pela Justiça Eleitoral, sob a perspectiva legislativa, foge à sua função jurisdicional. Em termos técnicos, o juiz não limita ato de propaganda no julgamento de lides, mas tão somente aplica o ordenamento jurídico. Esse sim é que pode limitar direitos, no caso a liberdade de propaganda eleitoral, dentro das balizas constitucionais.

De fato, em relação ao exercício do poder jurisdicional, violaria o princípio do Estado Democrático de Direito exigir que, para um juiz eleitoral aplicar as normas sanitárias cogentes, ele precisasse fundamentar-se em parecer técnico ao sentenciar um caso concreto, sendo absurdo que um parecer opinativo importe mais que a legislação sanitária vigente.

11 “Eleições 2014. Mandado de segurança. Ato de autoridade. Juízo eleitoral. Propaganda eleitoral em vias públicas. Cavaletes. Restrição. Poder de polícia. Ausência de ilegalidade ou abuso. I – *Ao Juízo eleitoral é franqueado normatizar a propaganda eleitoral através de objetos não fixos (cavaletes, bonecos, cartazes, mesas para distribuição de material de campanha e bandeiras ao longo das vias públicas), de modo a permitir o bom andamento do trânsito de pessoas e veículos (Lei nº 9.504/1997, art. 37, § 6º).*” (TRE-RO – Mandado de Segurança n. 143418, Acórdão n. 263/2014 de 1º.10.2014, Relator(a) Delson Fernando Barcellos Xavier, Publicação: DJE/TRE-RO – *Diário Eletrônico da Justiça Eleitoral*, Tomo 190, 9 out. 2014, p. 8-9. Grifo nosso.)

A emenda não poderia falar em decisão de juiz ou de Tribunal Eleitoral no bojo de processo jurisdicional, como o presente feito, de modo a tornar a solução da lide pela Justiça Eleitoral dependente de um parecer técnico de autoridade sanitária, o qual sequer é uma norma jurídica. Ora, em relação ao exercício do poder jurisdicional, o princípio da inafastabilidade da jurisdição é cláusula pétrea, expressa no art. 5º, XXXV, restando inconstitucional qualquer interpretação que condicione o julgamento da lide a um parecer técnico de autoridade sanitária, uma vez que cabe ao juiz aplicar as normas e, inexistindo estas, deverá julgar a lide de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, conforme art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil.

O juiz aplica o ordenamento jurídico em vigor, compatibilizando ao máximo as regras aparentemente opostas, resolvendo as antinomias e sopesando os princípios colidentes. Uma interpretação constitucional que impeça a Justiça Eleitoral de aplicar a legislação sanitária vigente, de mesma hierarquia e mais especial que a Lei n. 9.504/1997, afronta o próprio âmago do papel do Judiciário no funcionamento do Estado.

É certo que a competência privativa para legislar sobre direito eleitoral é da União, contudo a necessidade de respeito às normas sanitárias já foi prevista expressamente no próprio Código Eleitoral, ao proibir qualquer propaganda que prejudique a higiene pública,¹² vedação esta reproduzida no art. 22, IX, da Resolução n. 23.610/2019 do TSE.

Dessa forma, em nenhuma hipótese um parecer técnico (ato administrativo opinativo) pode ser considerado como norma (caracterizada por ser geral, abstrata e cogente), mas tão apenas como um fundamento para a decisão de editar uma norma jurídica restritiva, no caso municipal ou emitida pela Justiça Eleitoral, que busque modular atos de propaganda.

12 “Art. 243. Não será tolerada propaganda: [...] VIII – que prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha a posturas municipais ou a outra qualquer restrição de direito; [...]”

Tanto as legislações municipais (*a priori*) como as resoluções do TSE e – mais ainda – eventuais instruções de TREs ou juízos zonais não podem, normalmente, restringir atos de campanha. E como já dito, a jurisdição eleitoral não restringe a liberdade de campanha, mesmo quando inibe determinado ato ao interpretar a lei que determina a limitação em si.

Portanto, é nítido que o sentido da norma constitucional é de, na verdade, ampliar o campo de restrição dos atos de campanha eleitoral, e não limitá-los, porque não era necessário que a EC n. 107 impedisse a limitação de ato de propaganda pela Justiça Eleitoral ou pelas leis municipais, algo já vedado. Entretanto, a alteração na CF/1988 trouxe uma exceção a essa usual impossibilidade de restrição normativa da propaganda pelos municípios ou pela Justiça: a existência de parecer técnico emitido por autoridade sanitária estadual ou federal.

Uma vez embasada em documento dessa natureza, tanto uma lei municipal como um ato normativo da Justiça Eleitoral poderá restringir a liberdade de propaganda, nos termos da orientação científica. Essa é a única interpretação do art. 1º, § 3º, VI, da EC n. 107/2020 que preserva a hermenêutica jurídica básica: o ordenamento jurídico é uno e o juiz deve aplicar as normas vigentes sem inová-las, ainda que firme interpretação extensiva ou restritiva. Dizer que o juiz, no exercício do poder jurisdicional, necessita de um parecer técnico para poder aplicar as normas sanitárias vigentes, legais ou infralegais, é em absoluto atentatório à ideia de resolução jurisdicional dos conflitos sociopolíticos.

2.3 A limitação dos atos de propaganda eleitoral por decretos

Tendo o STF reconhecido a competência estadual concorrente e prevalecte em relação à União para normatizar restrições sociais de combate à pandemia, e estando previsto na Lei n. 13.979/2020 – uma lei federal mais nova e específica do que a própria Lei n. 9.504/1997 – o isolamento social e a quarentena enquanto “medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública”, não há motivo para se cogitar

a impossibilidade de aplicação do ordenamento sanitário no contexto das atividades eleitorais.

O Direito Eleitoral não possui hierarquia em relação ao Direito Sanitário, e, no tocante às possibilidades dos eventos de campanha, já contém expressamente previsão sobre a necessidade de que os atos de propaganda eleitoral observem normas sanitárias, notadamente no momento atual em que se vive uma emergência de saúde pública de importância internacional, com nuances sem precedentes.

Em regra, compete privativamente à União legislar sobre direito eleitoral (art. 22, I, da CF/1988), contudo, mencionado dispositivo não retira a eficácia das normas estaduais e municipais que, de forma reflexa, interfiram na extensão dos atos de campanha política.

De fato, inexistente outra interpretação minimamente plausível a ser adotada que não conduza igualmente à conclusão de que os atos de campanha eleitoral devem respeitar fielmente os limites para o contato físico estabelecidos pelos decretos estaduais publicados pelo governo do estado. Afinal, tais normativos infralegais são elaborados com a notória orientação do órgão regional máximo de controle sanitário: a secretaria de saúde do estado.

É absolutamente desarrazoado sugerir que um decreto emitido pelo chefe de Poder Executivo estadual acerca de restrições sociais no presente contexto de emergência de saúde pública de importância internacional (Lei Federal n. 13.979/2020) e de estado de calamidade pública nacional (Decreto Legislativo n. 06/2020) não teria se baseado nas orientações da secretaria de saúde do estado respectivo. E é incontroverso que os estados – na qualidade de entes federados autônomos – adotaram posturas mais cautelosas e combativas diante desta pandemia do que o próprio Governo Federal.

É natural que decretos governamentais estaduais sirvam como meio de normatização expressa e vinculante – inclusive para fins penais (art. 268 do CP)¹³ – das diligências e consequentes relató-

13 “Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.”

rios técnicos dos órgãos sanitários sob a coordenação da secretaria de saúde. Foi nesse sentido que se manifestaram os Tribunais Regionais Eleitorais dos Estados de Pernambuco e de Alagoas em sede de consulta, veja-se:

[...]

1. Considerando o teor da previsão do inciso VI, § 3º, do art. 1º da EC nº 107/20 e o disposto no § 1º, art. 7º, da Resolução TSE nº 23.623/20, os atos de propaganda eleitoral de natureza externa ou intrapartidária que gerem aglomeração de pessoas (como comícios, carreatas, passeatas, caminhadas, reuniões, confraternizações, distribuição e afixação de adesivos, entre outros); os atos do período conhecido como pré-campanha, referidos no art. 36-A da Lei das Eleições (Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997); e a realização das convenções partidárias presenciais são permitidos desde que atendam às normas vigentes fundamentadas em prévio parecer técnico emitido por autoridades sanitárias da União e do Estado de Pernambuco, em razão da pandemia decorrente do Covid-19, dentre as quais, a título de exemplo, o atual limite de 10 pessoas (art. 14 do Decreto Estadual 49.055/20) concentradas no mesmo ambiente, necessidade de verificação do distanciamento social, além do uso obrigatório de máscaras pelos participantes e a necessária advertência neste sentido, podendo a Justiça Eleitoral, no seu exercício do poder de polícia administrativo, inibir as práticas que contrariem as referidas normas sanitárias. 2. Deliberou-se, igualmente, orientar os partidos no sentido de realizar as convenções partidárias preferencialmente pelo meio virtual. 3. Consulta conhecida e respondida nos termos acima especificados.

(TRE-PE – Consulta n. 060052989, Acórdão de 28.8.2020, Relator(a) Des. Carlos Frederico Goncalves de Moraes, Publicação: DJE – *Diário de Justiça eletrônico*, 2 set. 2020).

[...]

1. Considerando o previsto no art. 1º, VI, § 3º, da EC nº 107, de 02 de julho de 2020, e no art. 7º, § 1º, da Resolução TSE nº 23.623/20, os atos de propaganda eleitoral de caráter amplo ou mesmo de alcance intrapartidário que gerem aglomeração de pessoas (como comícios, carreatas, passeatas, caminhadas, reuniões, confraternizações, distribuição e afixação de adesivos, entre

outros); os atos listados no art. 36-A da Lei das Eleições (Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997); e a realização de convenções partidárias presenciais são permitidos, mas desde que atendam rigorosamente às normas vigentes, fundamentadas em prévio parecer técnico emitido por autoridades sanitárias da União e do Estado de Alagoas, em razão da pandemia decorrente do Covid-19, como, por exemplo, a necessidade de observância do distanciamento entre as pessoas, o uso obrigatório de máscaras pelos participantes e a necessária advertência neste sentido, podendo a Justiça Eleitoral, no regular exercício do poder de polícia administrativo, coibir as práticas que contrariem as referidas normas sanitárias. 2. Consulta conhecida e respondida nos termos acima delineados.

[Voto condutor]

Em Alagoas, o Poder Executivo editou diversos atos normativos reconhecendo a gravidade e a persistência da pandemia, a partir das informações técnicas da Secretaria de Estado da Saúde. Cabe mencionar o Decreto 69.541, de 20 de março de 2020, ainda em pleno vigor, que declara “situação de emergência no âmbito do Estado de Alagoas, da emergência de saúde decorrente do COVID-19 (coronavírus)”. [...] Embora tenham permitido a abertura de diversos setores econômicos, os atos normativos estaduais mais recentes continuam a exigir a observância de rígidas medidas sanitárias, tendo em vista inclusive que a grande maioria dos municípios de Alagoas permanece nas fases amarela e laranja e está passando por delicada e importante fase no enfrentamento da pandemia, sendo o distanciamento entre as pessoas e o uso de máscaras, as principais medidas de combate à doença. O pleito eleitoral de 2020 não ficaria imune a todo esse contexto.

(TRE-AL – Consulta n. 060018613, Acórdão de 4.9.2020, Relator(a) Des. Pedro Augusto Mendonça de Araujo, Publicação: DJE - *Diário de Justiça eletrônico*, 9 set. 2020).

Tais acórdãos reconheceram a eficácia plena das normas sanitárias estabelecidas por Poder Executivo estadual via decreto no campo dos atos de campanha eleitoral, os quais não são blindados às restrições disciplinadas para o contato físico humano em prol da vida, bem jurídico mais sagrado em qualquer Estado Constitucional de Direito.

Assim, mesmo que se entenda pela necessidade de parecer técnico para a aplicação de regras restritivas de aglomerações na seara eleitoral, o que implica negação ao acórdão do STF na ADI n. 6341/DF, é incontestável que todos os decretos executivos publicados pelos estados observaram diligências e relatórios empreendidos pelas suas secretarias de saúde, geralmente disponibilizados virtualmente em sítio institucional. Foi o próprio sobredito julgado do STF que exigiu a consulta de recomendações técnicas para a elaboração dos decretos pandêmicos.

Logo, se o requisito para a inibição de atos eleitorais pela referida Justiça especializada, no desempenho da sua função jurisdicional, fosse o parecer técnico feito por autoridade sanitária estadual ou federal, caberia aos juízes eleitorais sentenciar com fundamento em decreto estadual ou federal, podendo inclusive indicar orientações oficiais da secretaria de saúde ou do Ministério da Saúde como razão de decidir.

Não obstante, a má interpretação do art. 1º, § 3º, VI, da EC n. 107/2020 levou muitos operadores do direito, inclusive juízes, a adotarem ou cogitarem a perspectiva de que a jurisdição eleitoral não poderia inibir atos de propaganda sem que houvesse um parecer técnico estadual ou federal com previsões específicas para o cerne do caso concreto, ainda que vigorasse decreto estadual dotado de determinações incompatíveis com várias atividades desenvolvidas no período de campanha eleitoral.

Foi apenas nas últimas semanas do período de campanha que alguns tribunais regionais eleitorais começaram a publicar resoluções usando esse poder normativo extraordinário,¹⁴ o que foi

14 TRE-PE: <https://www.tre-pe.jus.br/imprensa/noticias-tre-pe/2020/Outubro/tre-pe-proibe-atos-presenciais-de-campanha-que-causem-aglomeracao>.

TRE-CE: <https://www.tre-ce.jus.br/imprensa/noticias-tre-ce/2020/Novembro/tre-ce-proibe-eventos-com-aglomeracoes-na-campanha-eleitoral>.

TRE-PA: <https://www.tre-pa.jus.br/imprensa/noticias-tre-pa/2020/Novembro/tre-proibe-atos-de-campanha-eleitoral-no-para-com-aglomeracoes>.

importante para o controle do momento mais acalorado do prélio, dado que muitos decretos de governos estaduais foram dúbios ou imprecisos quanto a possibilidade de eventos eleitorais em locais abertos. O problema é que, ao promoverem eventos em locais abertos e convidarem toda a população, agremiações e candidatos ignoravam o risco patente de que não seria viável controlar o número de presentes nem a forma como se comportariam.

Fato é que nenhum candidato ou partido conclama o eleitorado para realizar evento de campanha com apenas cem ou duzentas pessoas. Especialmente nas eleições municipais, os atos de campanha são canalizados para a ostentação da suposta força política das candidaturas, e a negativa do acesso de eleitores ao local devido à sua lotação tenderia a ocasionar uma perda de votos. Portanto, as cortes eleitorais precisaram explicitar o óbvio: carreatas, passeatas, comícios e adesivações são eventos que, intrinsecamente, presumem a aglomeração de pessoas em nível de contato físico largamente violador das medidas pandêmicas, sendo ilícitos.

3 Conclusão

As reflexões tecidas ao longo da pesquisa evidenciaram que a EC n. 107/2020 não limitou a atuação jurisdicional da Justiça Eleitoral, e sim lhe concedeu uma aptidão extraordinária para normatizar restrições à liberdade de propaganda por força da pandemia da Covid-19, para além das decorrentes da legislação sanitária em vigor. Tal conclusão somente é alcançada a partir da consideração das peculiaridades daquela Justiça.

Nessa toada, afere-se que: I) o poder de polícia da Justiça Eleitoral é exercido pelos juízes ou desembargadores eleitorais e se limita à inibição administrativa de atos irregulares de propaganda, sem espaço para a punição da conduta ou para a cominação de astreinte; II) a competência normativa da Justiça Eleitoral regulamenta o exercício dos atos de campanha abstratamente, sem impor obrigações não decorrentes do texto legal ou constitucional regulamentado nem penalidades diversas; III) o exercício da jurisdição

eleitoral nunca é responsável pela restrição de atos de propaganda, pois cabe ao órgão judicial, na resolução da lide instaurada, tão somente aplicar o ordenamento jurídico já em vigor, sem ampliar as restrições previstas nas normas jurídicas incidentes, as quais são a efetiva causa da eventual necessidade de inibição da propaganda.

Diante do dever de observância das recomendações científicas de contenção da corrente pandemia, o legislador constituinte, de forma excepcional, autorizou a Justiça Eleitoral a restringir atos de propaganda eleitoral por meio do exercício do seu poder normativo, desde que fundamentada em parecer técnico de ente federal ou estadual.

A previsão expressa em norma constitucional transitória se faz necessária, uma vez que não cabe à Justiça Eleitoral ampliar restrições a direitos a partir de normas gerais e abstratas, sendo seu poder normativo pensado originariamente apenas para a prática de atos administrativos necessários à eficiente condução do processo eleitoral. Mesmo o TSE, ao produzir normas infralegais para esclarecer a legislação, não pode inovar no ordenamento jurídico de modo a limitar direitos ou estender sanções.

O mencionado dispositivo constitucional foi determinante para a segurança das eleições municipais, porque a legislação eleitoral ordinária – apesar de dispor expressamente que é intolerável qualquer propaganda eleitoral em desrespeito a normas sanitárias – não explicita a essencial prevalência do art. 243, XVIII, do Código Eleitoral sobre as normas permissivas dos diversos atos de campanha normalmente lícitos, o que propiciou divergência entre os juristas e as lideranças políticas no tocante à aplicabilidade eleitoral das normas sanitárias restritivas. Noutro giro, os decretos governamentais foram dúbios e omissos.

Dessa forma, ao exercer esse poder normativo especial, além de possibilitar tratamento isonômico entre os candidatos no prélio, uma vez que se trata de norma geral e abstrata direcionada a todos os concorrentes, a Justiça Eleitoral pode evitar aglomerações de pessoas e a multiplicação de demandas judiciais para discutir a efi-

cácia das normas sanitárias na seara eleitoral, o que gera insegurança jurídica e prolonga o risco de contágio pelo vírus em circulação.

Embora os tribunais eleitorais, em geral, tenham tardado para exarar normatizações com esteio no art. 1º, § 3º, VI da EC n. 107 durante as eleições de 2020, é certo que esse novo instrumento ainda será útil para o controle das eleições suplementares que se façam necessárias, já que a real superação da corrente crise de saúde segue longe de ocorrer.

Referências

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Introdução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de direito eleitoral*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Direito eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2016.

OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Trabalho em plataforma digital: modernidade ou precarização?

Marcos Sérgio Castelo Branco Costa

Procurador do Trabalho – MPT-PRT16/MA. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Direito Processual Civil pela Unisul. Pós-graduando em Direitos Humanos e Trabalho pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Mariana Ferrer Carvalho Rolim

Procuradora do Trabalho – MPT-PRT7/CE. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera/UNIDERP. Pós-graduanda em Direitos Humanos e Trabalho pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Viviann Brito Mattos

Procuradora do Trabalho – MPT-PRT1/RJ. Doutoranda em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (ESMP/SP). Pós-graduanda em Direitos Humanos e Trabalho pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Resumo: O presente artigo propõe-se a tratar do trabalho em plataforma digital, utilizando como exemplo a Uber. Nessa linha, partindo da premissa de que o referido aplicativo é apenas um meio para prestação de um serviço de transporte e de que, na

atividade de motorista, estão presentes os requisitos da relação de emprego, mormente quando se utilizam os conceitos de subordinação algorítmica, é possível o enquadramento desse trabalhador como empregado, reconhecendo a ele todos os direitos decorrentes do contrato de emprego.

Palavras-chave: Trabalho em plataforma digital. Direitos trabalhistas. Precarização. Relação de emprego.

Abstract: This article proposes to deal with work on a digital platform, using the Uber platform as an example. In this line, starting from the premise that the Uber's digital platform is only a means to provide a transport service and that the requirements of the employment relationship are present in the driver's activity, especially when using the concepts of algorithmic subordination, it is possible to frame this worker as an employee, recognizing him/her all the rights arising from the employment contract.

Keywords: Work on digital platform. Labor rights. Precariousness. Employment relationship.

Sumário: 1 Introdução. 2 Transformações do capitalismo, precarização e o direito fundamental do trabalho. 3 Motorista de aplicativo: trabalho autônomo ou emprego precário? 4 Considerações finais.

1 Introdução

No interior do processo de transformações promovidas pelas novas tecnologias digitais decorrentes da denominada 4ª Revolução Industrial, o trabalho por meio de aplicativos tem como centro o trabalho por demanda (*on-demand jobs*), isto é, uma nova forma de trabalho em que os trabalhadores, conectados à internet, por meio de tecnologias móveis, ofertam sua força de trabalho remotamente, na expectativa do surgimento da demanda pelo produto do seu trabalho.

O encantamento pela ideia da inovação tecnológica e da suposta liberdade e autonomia dos trabalhadores, como uma nova forma de reduzir os danos do desemprego estrutural e da miséria e diminuir os custos da produção, tem feito muitos trabalhadores

aderirem ao trabalho por aplicativo, sem qualquer tipo de garantia de direitos sociais, invertendo a lógica conquistada a duras penas pela classe operária passada de valorização do trabalho humano para a exaltação da liberdade econômica, no sentido de cada um ser responsável pelo próprio sucesso do seu trabalho. Com isso, o trabalhador deixa de ser sujeito de direitos e instrumento de transformação social para se tornar mais uma peça na grande engenharia global de acumulação de riquezas.

O presente estudo propõe-se a tratar do trabalho nas plataformas digitais, cujo maior expoente é a empresa Uber, que atua no setor de transporte de passageiros e de mercadorias, mediante intermediação entre o motorista e o cliente, sob sua gerência, controle e precificação.

O objetivo deste artigo é investigar se o trabalho por aplicativo, com sua nova organização laboral, símbolo dos novos tempos, é efetivamente incompatível com o Direito do Trabalho, de modo a se permitir a precarização dos direitos trabalhistas descritos, com violação do valor social do trabalho, princípio fundamental consagrado na Constituição Federal de 1988.

Procura-se com este exame especificamente fazer uma análise jurídico-comparativa da relação entre o motorista do aplicativo e a plataforma digital, a fim de verificar se, de fato, estamos diante de uma forma diferenciada de trabalho gestada pelas novas tecnologias, ou da velha conhecida relação de emprego travestida para ocultar sua verdadeira natureza, e, conseqüentemente, o papel do Direito do Trabalho na regulação desta relação. Para esse fim, observar-se-ão a legislação pátria e os fundamentos contidos nos pronunciamentos jurisprudenciais do Brasil e do mundo sobre o tema.

A resposta a essas indagações passa pela compreensão e pela interpretação crítica do trabalho por aplicativo, assim como de sua relação com a precarização do trabalho, que necessitam de articulações com fundamentos que esclareçam as condições objetivas e materiais de origem, formação, desenvolvimento e implicações de tais fenômenos.

Com olhos postos nesses objetivos, analisaremos os contornos fáticos da intermediação promovida pela plataforma digital, para podermos verificar se cabe ao Direito do Trabalho regular a relação entre o motorista e a empresa.

Para tanto, faz-se necessário situar o trabalho por aplicativo como forma de precarização dos direitos trabalhistas, examinando ainda o fenômeno da uberização da economia, cuja denominação homenageia a empresa que melhor representa este segmento.

Na seção seguinte, passar-se-á ao exame da real natureza da prestação do serviço daqueles que trabalham por meio de plataformas digitais, como a Uber, com o objetivo de alicerçar o exame da relação de trabalho do motorista de aplicativo: se o trabalho é autônomo ou subordinado.

O que ora se objetiva neste estudo, a partir da análise dos contornos fáticos e jurídicos do trabalho nas plataformas digitais e da regulação do trabalho sob o paradigma constitucional brasileiro e jurisprudencial mundial sobre a Uber, consiste em propor a compreensão do sistema de regulação trabalhista desta relação, por meio da leitura dos sujeitos envolvidos (motorista-aplicativo-cliente), e seu objeto dentro do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e sob o prisma da dignidade humana.

A ideia central desta pesquisa, portanto, expressa-se no sentido de não se poder relegar a centralidade do trabalho a um segundo plano pelas mudanças nos modos de produção, pois ele é uma realidade com muitas dimensões. Em verdade, o processo do trabalho é o fator determinante das relações entre o labor e a dignidade humana, sendo incompatível com esta ideia central a possibilidade de a tecnologia influenciar as formas das relações sem levar em consideração os padrões regulatórios vigentes e embasados nos princípios fundamentais.

Nesse contexto, examinar o trabalho por meio de plataformas digitais tem grande relevância em vários aspectos, sobretudo no que diz respeito às temáticas do direito fundamental do trabalho e dos direitos humanos.

2 Transformações do capitalismo, precarização e o direito fundamental do trabalho

A partir da década de 50 do século XX, tem início a chamada 3ª Revolução Industrial, com a automação por meio de eletrônicos, que culminou na modificação do modo de organização da produção industrial do rígido sistema fordista para o Toyotismo, substituindo a fábrica gigantesca e estandardizada, com administração centralizada e hierarquizada, por um modelo de produção mais flexível tanto no aparato produtivo quanto na organização do trabalho e, conseqüentemente, do próprio trabalhador.

De acordo com Sennet, o mundo do trabalho atualmente é influenciado pelo conceito de “capitalismo flexível”, que atua em ataque à rigidez da burocracia e à rotina, bem como no sentido e no significado do trabalho, pois busca trabalhadores ágeis, que estejam dispostos a sempre assumir riscos e a mudar no curto prazo.¹

O modo de acumulação flexível vem acompanhado de uma racionalidade neoliberal caracterizada principalmente pela “generalização da concorrência como norma de conduta e a empresa como modelo de subjetivação”.²

Esse novo modelo de acumulação de riquezas, expressado, dentre outros modos de produção, no Toyotismo, exige para seu funcionamento a alteração do modo de regulamentação do capital, do mercado e da força de trabalho, de um modelo de Estado baseado na regulamentação, na rigidez e no bem-estar social para um Estado baseado na desregulamentação, na flexibilidade e na privatização das necessidades coletivas.

Essa moldura trata as relações entre Estado e sociedade a partir do prisma da exploração do trabalho, pois, como esclarece Hobsbawm, causa uma dispersão dos operários em vez de concen-

1 SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 27.

2 DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 17.

tração, por tornar a classe operária, em razão da globalização, mais heterogênea. Em consequência, na segunda metade do século XX, “já não existe um só modelo de classes operárias, como parecia haver no final do século XIX, com um só modelo de organização sindical, política. Há uma variedade de casos possíveis em contextos políticos também distintos.”³

Como explica Klaus Schwab, “estamos no início de uma revolução que está mudando fundamentalmente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos um com o outro”.⁴ Trata-se da 4ª Revolução Industrial ou a chamada Indústria 4.0, que é um novo modelo de produção em que máquinas, ferramentas e processos estão conectados à internet, através de um ecossistema cibernético, e interagem entre si, com a capacidade de operar, tomar decisões e se corrigir quase que autonomamente.

Essa nova fase é impulsionada por um conjunto de tecnologias disruptivas como robótica, inteligência artificial, realidade aumentada, *big data* (análise de volumes massivos de dados), nanotecnologia, impressão 3D, biologia sintética e a chamada internet das coisas, em que cada vez mais dispositivos, equipamentos e objetos estão conectados uns aos outros por meio da internet, o que possibilita à Indústria 4.0 aumentar a produção sem precisar criar novos postos de trabalho.

As várias transformações experimentadas no trabalho humano neste século, o qual vem reestruturando a força produtiva com o intuito de enfrentar a forte concorrência internacional, levaram ao fechamento de fábricas, à terceirização, à subcontratação, à renovação tecnológica, à reorganização de processos produtivos e ao enxugamento do quadro de empregados.⁵

3 HOBBSAWM, Eric. Trajetória do movimento operário. *Revista Trabalhadores*, Campinas, n. 2, 1989, p. 14/16.

4 SCHWAB, Klaus. *The fourth industrial revolution*. Genebra: World Economic Forum, 2016, p. 1.

5 COSTA, M. S. Reestruturação produtiva, sindicatos e a flexibilização das relações de trabalho no Brasil. *RAE Eletrônica*, [s. l.], v. 2, n. 2, jul./dez. 2003, p. 1-16.

Essas transformações seccionaram desigualmente direitos das relações concretas (efetivas) de trabalho, como os contratos parciais, o salário por peças, o teletrabalho, as formas especiais de utilização da mão de obra (bolsistas, estagiários etc.), as terceirizações, o trabalho voluntário e, ainda, o empreendedorismo, que engloba a chamada “uberização”.

Em razão dessas profundas transformações sofridas no mundo do trabalho e em decorrência do pensamento ultraliberal, alguns teóricos passaram a prognosticar que o trabalho teria perdido a centralidade, restando ultrapassada e atrasada a fórmula dominante da tradicional relação de emprego, impondo a flexibilização e a desregulamentação das leis de proteção ao trabalho para adequação a esse novo modelo.

Nesse contexto, utilizando-se da massa de trabalhadores desempregados e sob o pretexto de economia colaborativa ou de compartilhamento,⁶ surgiram empresas que prestam serviços por meio de plataforma digital, conectando pessoas, visando ao lucro. É o caso da Uber, da Cabify, da Lifty e de tantas outras que atuam nesse novo nicho de mercado e que estão mudando a forma de organização do trabalho.

Essas empresas, como quaisquer outras que trabalham conectando pessoas por meio de plataformas digitais e aplicativos de *smartphones*, autointitulam-se como empresas de tecnologia, porém, como diz Carelli, um banco digital que funciona por meio de aplicativo também o é, assim como uma fábrica de auto-

6 “O consumo colaborativo é um mecanismo que coloca ênfase no acesso e não na propriedade dos recursos e personifica qualidades e práticas como ‘levar apenas o que necessitar’, a partilha, união da comunidade, altruísmo, entre outros. Assim, pode-se dizer que a economia do compartilhamento está alicerçada nos seguintes aspectos: colaboração online, compartilhamento na rede e ideário coletivo do comportamento sustentável.” (SILVA, Juliana Coelho Tavares de; CECATO, Maria Aurea. A uberização de relação individual de trabalho na era digital e o direito do trabalho brasileiro. *Cadernos de Direito Actual*, [s. l.], n. 7, 2017, p. 258. Disponível em: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/227>. Acesso em: 10 set. 2019).

móveis ou uma indústria alimentícia que utiliza tecnologia para a ativação de seus negócios.⁷

A denominação “empresas de tecnologia” tem o propósito de escamotear a sua real natureza, com o fim de se apresentar como nova organização laboral incompatível com a relação jurídica de emprego, na medida em que a utilização do aplicativo de *smartphone* tem a única função de viabilizar as viagens e funciona como meio para atingir o fim, a prestação de um serviço de transporte contratado pelo usuário final por meio de um programa de celular.

Não há, na prática, grandes novidades. Há apenas a tecnologia sendo utilizada para facilitar um serviço que já é prestado há tempos, qual seja, o transporte de pessoas, que funciona não com base na troca de bens ou utilidades, mas sim com a colocação de trabalho alheio à disposição de clientes, na forma de prestação de serviços.⁸

A utilização de um ser humano subutilizado é chamada de trabalho, e as pessoas que o realizam são obviamente trabalhadores. O intercâmbio entre dinheiro e trabalho é chamado de relação de trabalho; ou seja, está longe de se tratar de uma nova economia.

Referidas empresas prestam serviços por meio de plataforma e usam aplicativos de *smartphones*, conectando quem quer o serviço a um motorista previamente cadastrado no aplicativo, que aceita a corrida. O motorista encontra o usuário e a viagem se inicia; o condutor leva o usuário até o destino e, por fim, usuário e motorista se avaliam mutuamente. Para fazer essa suposta “intermediação”, a empresa recebe o valor da viagem e remunera-se com um percentual deste valor, ou seja, auferir lucro com o trabalho alheio.

7 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O Brasil na contramão e o complexo de vira-latas. *JOTA*, [s. l.], 20 fev. 2020a. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-brasil-na-contramao-e-o-complexo-de-vira-latas-20022020>. Acesso em: 30 abr. 2020.

8 ECKHARDT, G. M.; BARDHI, F. The sharing economy isn't about sharing at all. *Harvard Business Review*, Brighton, MA, January 28, 2015.

Por esse sistema, hipoteticamente, o motorista é um prestador terceiro independente, sem dependência econômica a um único empregador, com controle sobre as horas de trabalho e oportunidade de lucros ou perdas, e poder de escolher onde e como trabalhar de acordo com a demanda.

Esse fenômeno de prestação de serviços por meio do trabalho sob demanda, à disposição de uma plataforma eletrônica, recebendo apenas pelas viagens realizadas, sem qualquer proteção trabalhista, é denominado “economia do bico”.

A economia do bico pode ser dividida em duas principais formas de trabalho: o *crowdwork*, consistente na realização de tarefas a partir de plataformas *online*; e o trabalho *on-demand*, por meio de aplicativos utilizados para a realização de trabalhos tradicionais, como transporte, limpeza e escritório, demandados por plataformas *online*, cujo gerenciamento fica ao cargo de uma empresa. Esse fenômeno é popularmente conhecido como *uberização*⁹.

O trabalho *on-demand* por meio de aplicativos é aquele cujos serviços são executados a partir da necessidade apresentada, com a intermediação de aplicativo, que estabelece e garante um padrão de qualidade mínimo na realização do trabalho, bem como seleciona e gerencia a mão de obra, propiciando que o prestador de serviço e o consumidor identifiquem oferta e demanda, mediante pagamento realizável após a finalização do trabalho.¹⁰

A característica central da economia do bico é que as empresas não se responsabilizam nem pelo serviço e muito menos pelo trabalhador, assumindo apenas o papel de intermediárias, mas com um *marketing* bem sedutor: para o prestador de serviço, o direito de ser seu próprio chefe, e, para o consumidor, o baixo preço.

9 OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luis. *Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho parassubordinado sob aplicativos*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018, p. 14.

10 OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018, p. 16/17.

Nesse modelo, enquanto para a empresa externalizam-se os trabalhadores, os bens necessários à prestação do serviço, os avaliadores, os riscos e os custos, e internalizam-se apenas os lucros, para alguns milhões de trabalhadores resta apenas a precarização do trabalho, pois são empurrados para a economia do bico simplesmente porque não conseguiram nada melhor, tendo que se “conformar” com a assunção dos riscos do negócio da empresa e uma renda cada vez menor.

Trata-se da forma mais pura de capitalismo, confirmando a teoria marxista quanto à incessante busca do capitalismo em renovar suas práticas de extração de sobretrabalho e de mais-valia, subordinando os valores e as necessidades humanas aos ditames da acumulação do capital e da ambição pelo lucro, reafirmando o trabalhador como mercadoria e desconstruindo os direitos humanos e sociais, com vistas a atender à necessidade crescente de acumulação do capital, que se realiza de forma associada à reprodução da desigualdade.

Ocorre, porém, que a construção do Estado Democrático de Direito brasileiro se expressa realizada sobre o trabalho, como meio de produção e como valor humano, dotado de conteúdo dignificante, e reconhece, com a Constituição Federal de 1988, no valor social do trabalho a essencialidade e a centralidade normativa capazes de se contrapor à precarização e à exploração do trabalho humano pelo capital.

A Constituição Federal de 1988 é o marco jurídico da transição para a democracia e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil, mediante a expansão dos direitos sociais e a separação da disciplina da Ordem Social – assentada no bem-estar e na justiça-social – da Ordem Econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

Os diversos princípios, fundamentos e valores acoplados na Constituição apontam, à primeira vista, para uma aparente contradição no texto constitucional quanto ao sistema econômico adotado, mas, na verdade, convergem para um sistema econômico capitalista e

um modelo econômico misto, que ao mesmo tempo resguarda princípios de natureza liberal e ampara a atuação normativa e reguladora do Estado, conferindo prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado, ao mesmo tempo que limita a liberdade com fundamento na justiça social.

Com efeito, a Carta Constitucional erigiu o valor-trabalho como fundamento da República (art. 1º, IV) e o tratou sob o intento ético de assegurar dignidade e bem-estar social no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 170, *caput*, c/ art. 193), estabelecendo este valor social do trabalho como princípio conformador da ordem jurídica.

Ao dispor, já no seu primeiro artigo, sobre o valor social do trabalho e o primado do trabalho no art. 193, do Título da Lei Fundamental sobre a Ordem Social, a Lei Maior deixou claro indicativo da prioridade do trabalho como ponto de partida para interpretar a Constituição e as questões sociais e econômicas que o Brasil enfrenta.¹¹

Disso se percebe que a Constituição brasileira atribuiu uma alta centralidade do trabalho na sociedade brasileira, pois, quando afirma que a sociedade brasileira constitui-se em um Estado Democrático de Direito, com fundamento no valor social do trabalho, estabeleceu um paradigma social para o Estado brasileiro tanto na dimensão coletiva (para a sociedade) quanto na dimensão da vida do sujeito do trabalho (o cidadão), de modo que sejam afastadas quaisquer compreensões que tencionem a exploração desumana dos indivíduos.

Decorre, pois, da fundamentalidade do próprio trabalho que a ideia do valor social do trabalho não pode ser meramente figurativa na Constituição Federal de 1988, atuando de maneira decisiva sobre os sentidos do trabalho e sobre a dignidade humana, pois condiciona e orienta, de modo positivo, a construção de um ideal

11 SOARES, João Batista Berthier Leite. A reforma trabalhista, as negociações coletivas e a Constituição da República. In: HONÓRIO, Cláudia; VIEIRA, Paulo Joarês. *Em defesa da Constituição: primeiras impressões do MPT sobre a “reforma trabalhista”*. Brasília: Gráfica Movimento, 2018, p. 146.

de cidadania que possibilita obter o fim social primordial do trabalho e das relações sociais, que é a promoção da dignidade.

O valor social do trabalho detém, portanto, uma acepção orientadora da atuação das instituições público-jurídicas, estabelecendo metas com o objetivo de culminar com a imperiosidade de realização do trabalho como instrumento de emancipação e cidadania. E, em uma acepção crítica, o valor social do trabalho serve de critério para a avaliação e a valoração normativa e jurisdicional de todas as normas do ordenamento, bem como das ações dos setores públicos ou da esfera privada que tencionem ou tendam a reduzir garantias que se originam do trabalho.

Assim, as ações e os posicionamentos do Poder Público devem ser reforçados pelo valor social do trabalho, compelindo a Administração Pública a atuar no sentido de promover o trabalho em seus mais diversos sentidos, especialmente no que se refere à participação cidadã; o legislador a produzir leis que protejam o trabalhador e, em contraponto, impeçam aquele de reduzir ou limitar os direitos trabalhistas; o Judiciário a utilizá-lo como parâmetro para quando da sua atuação precípua de solver conflitos sociais que tenham o trabalho como objeto ou matriz.

Quando se fala em proteção dos direitos sociais em relação ao trabalho, busca-se evitar a absorção do trabalhador pelo capital, assegurando-se padrões mínimos de vida e de efetiva cidadania, realizados pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres.

Coube esse papel, dentre outras leis, à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que trata de direitos que compensam o hipossuficiente dentro de um sistema cuja engrenagem principal é a desigualdade social, de modo a tornar possíveis a inclusão social e a representatividade de todos os grupos.

Reconhecer a desigualdade *a priori* dos sujeitos sociais significa aplicar sistematicamente a Constituição Federal, que apresenta como objetivo da República a redução das desigualdades regionais e sociais, fator democrático e inclusivo que considera a hipossufici-

ência do trabalhador e funda-se na centralidade dos direitos sociais. É com essa ideia central em mente que passamos a analisar a relação entre o motorista e a empresa de plataforma digital.

3 Motorista de aplicativo: trabalho autônomo ou emprego precário?

O ponto fulcral desta seção será analisar como os denominados motoristas de aplicativo exercem sua atividade, se as executam com autonomia ou se são controlados pela empresa prestadora do serviço, e, em consequência, se podem ser considerados empregados. Para tanto, faz-se necessário examinar como se dá o trabalho do motorista de aplicativo e como se caracterizam o trabalho autônomo e o trabalho subordinado – relação de emprego.

De acordo com o sítio da Uber, utilizado como exemplo, o interessado em ser motorista parceiro deve observar as seguintes etapas: 1) fazer o cadastro prévio pelo aplicativo (app) de *smartphone* ou pelo site, enviar os documentos solicitados e aguardar o e-mail de confirmação sobre sua ativação na plataforma; 2) uma vez cadastrado, o motorista deve baixar o app no seu *smartphone*, abri-lo e tocar no botão INICIAR; 3) um sinal sonoro indicará uma solicitação de viagem e o motorista deve deslizar o botão para começar; o aplicativo vai indicar o caminho até o ponto de embarque do passageiro; 4) Após buscar o passageiro, o aplicativo direcionará o motorista até o destino final, quando este encerrará a viagem e cobrará o valor do passageiro indicado no aplicativo, caso o pagamento seja feito nesta modalidade; se o pagamento for feito via cartão de crédito, o passageiro já deixa salvos em seu cadastro os dados do cartão, e o motorista deve apenas finalizar a viagem; 5) por último, o motorista faz a avaliação do passageiro.¹²

O passageiro, por sua vez, baixa o aplicativo, efetua o seu cadastro, informa o destino da viagem no próprio app e, ao apertar o botão no aplicativo, solicita a viagem, que será aceita pelo moto-

12 Disponível em: <https://www.uber.com/br/pt-br/about/>. Acesso em: 1º mar. 2020.

rista. Por fim, terminada a viagem, após o pagamento em dinheiro ou com cartão previamente cadastrado, o passageiro efetua a avaliação do motorista.

A plataforma, dita intermediadora, organiza e dirige a prestação do trabalho, realiza a mediação, define os ganhos dos motoristas, recebe porcentagem sobre seu trabalho, assim como detém os meios para que esse encontro aconteça. Além disso, define os critérios de avaliação sobre o desempenho e a produtividade do trabalhador e, ainda, por gerenciar a corrida, retém o valor do serviço.

Apresentada a forma de conexão efetivada pela empresa do aplicativo, que neste exemplo é a Uber, passar-se-á ao exame da prestação do serviço do motorista de aplicativo, analisando-se se tal prestação é efetivamente um trabalho autônomo.

É muito importante ressaltar que a relação de emprego é a relação tutelada constitucionalmente, e, caso presentes todos os requisitos essenciais à sua configuração, esta deve ser reconhecida, não tendo o empregador a opção de adotar outra maneira de contratação.

Verifica-se, portanto, que o vínculo empregatício, contido na Constituição Federal e materializado na CLT, tem força cogente, e pelo princípio da primazia da realidade, o que deve ser levado em consideração é o que efetivamente acontece na atividade do motorista, e não a roupagem jurídica a ela dada.

Em razão da força cogente do contrato de trabalho subordinado é que, nos moldes do art. 9º da CLT, “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Em outras palavras, ainda que o trabalhador tenha sido contratado como autônomo, se ele efetivamente trabalha preenchendo os requisitos da relação de emprego, esta deve ser reconhecida.

Com essas premissas, passa-se ao exame da relação de trabalho do motorista de aplicativo: se é autônomo ou se executa trabalho subordinado.

Para tanto, faz-se necessária a definição de trabalho autônomo, que, segundo Martinez, caracteriza-se pela liberdade do trabalhador (prestador de serviços) na definição do tempo e do modo de execução daquilo que lhe foi contratado, funcionando como empresário de si mesmo.¹³

De acordo com Leite, autônomo é o trabalhador que auto-organiza sua atividade, desenvolvendo-a “com discricionariedade, iniciativa e organização próprias, escolhendo o lugar, o modo, o tempo e a forma de execução dos serviços”.¹⁴

Constata-se, portanto, que o trabalhador da plataforma digital, não tendo qualquer ingerência sobre a prestação do serviço, que é todo dirigido e precificado pela plataforma eletrônica, não tem como ser enquadrado como trabalhador autônomo.

O único ponto de convergência que pode caracterizar a atividade do motorista de aplicativo com o trabalho autônomo é só a suposta liberdade de trabalhar no horário e durante o tempo que desejar, bastando efetuar o *login* e o *logout* do aplicativo, respectivamente, para iniciar e para finalizar o serviço. Não obstante, tal liberdade revela-se na prática inexistente, pois a Uber pratica uma concorrência predatória, diminuindo cada vez mais o preço do serviço, fazendo com que os motoristas sejam obrigados a trabalhar mais para manter seu padrão remuneratório.

Portanto, não podendo ser considerado trabalhador autônomo, resta examinar se o motorista de aplicativo pode ser tido como empregado da empresa de transporte e, em consequência, receber toda a tutela constitucional decorrente dessa relação.

Para o possível exame do enquadramento do motorista de aplicativo como empregado, é imprescindível a definição da relação de emprego, que perpassa pelo exame dos arts. 2º e 3º

13 MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 159.

14 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraivajur, 2019, p. 270/271.

da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja conjugação indica os requisitos do vínculo empregatício, que são a prestação de trabalho por pessoa física, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.

O primeiro requisito – trabalho prestado por pessoa física – é evidente no caso da prestação de serviço por aplicativo, pois o motorista da Uber é uma pessoa natural.

O requisito da pessoalidade nada mais é do que o serviço prestado por pessoa física com efetivo caráter de infungibilidade em relação ao empregado, ou seja, o trabalhador não pode se fazer substituir, salvo em casos excepcionais, com o consentimento tácito ou expresso do empregador.¹⁵

No caso da Uber, o motorista de aplicativo é pessoa natural que trabalha com pessoalidade, pois é imprescindível a prévia aprovação de seu cadastro, e somente pode ceder o veículo a outro motorista igualmente cadastrado pelo aplicativo, e que, portanto, tenha passado pelo mesmo processo de admissão.¹⁶

Assim, resta presente o requisito da pessoalidade, pois somente pessoas previamente cadastradas e aprovadas pela Uber podem ser motoristas da mencionada plataforma digital. Em outras palavras, o requisito da pessoalidade é em relação à pessoa do trabalhador, e não em face do veículo.

Pelo requisito da onerosidade, de acordo com Leite, “[o] empregado tem que receber remuneração, seja salário fixo, comissões ou utilidades, cujo pagamento pode ser estabelecido por dia,

15 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019.

16 TEODORO, Maria Cecília Máximo; D’AFONSECA, Thaís Cláudia; FERNANDES, Maria Antonieta. Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno Uber. Publicado originalmente em: “Revista da Faculdade Mineira de Direito”, www.periodicos.pucminas.br. *Empório do Direito*, São Paulo, 12 maio 2017. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/disrupcao-economia-compartilhada-e-o-fenomeno-uber-1508245410>. Acesso em: 16 out. 2019.

hora ou mês”,¹⁷ uma vez que a relação empregatícia tem essência econômica, de modo que o trabalho realizado pelo obreiro no sistema produtivo deve acarretar uma contraprestação pecuniária.

De igual forma, a onerosidade é de fácil constatação, pois o motorista de aplicativo é remunerado mediante contraprestação pecuniária decorrente de um percentual do serviço de viagem gerenciado pela Uber.

Os requisitos que podem gerar um certo grau de dificuldade para a configuração são a não eventualidade e, principalmente, a subordinação, requisito mais relevante para a caracterização da relação de emprego.

A eventualidade, de acordo com Martinez, baseia-se na noção de “imprevisibilidade de repetição”.¹⁸ Complementa Delgado que, para fins celetistas, não se traduz em intermitência, mas em permanência ou não da atividade, de forma que se a prestação é descontínua, mas permanente, deixa de haver eventualidade.¹⁹

É o caso do motorista de aplicativo, que trabalha com caráter de permanência, pois apesar de ter liberdade, em tese, para acessar o trabalho no horário e pelo tempo que quiser, não é o que ocorre na prática, uma vez que esses trabalhadores, oprimidos pela necessidade de trabalhar, executam suas tarefas diuturnamente para a Uber ou outra empresa do setor.

Além disso, a Uber incentiva os motoristas a trabalharem cada vez mais, seja por meio da tarifa dinâmica, seja através da política de diminuição do preço do serviço e outras ferramentas que têm por fim estimular o trabalhador a laborar incessantemente. Portanto, fica mais do que demonstrado o caráter de permanência do trabalho do motorista da Uber.

17 LEITE, 2019, p. 250.

18 MARTINEZ, 2019, p. 167.

19 DELGADO, 2019, p. 344.

Por fim, quanto ao requisito da subordinação, de início, é importante frisar que este é considerado o principal elemento caracterizador da relação de emprego, pois sua ausência acarreta o reconhecimento do trabalho autônomo. E, nos casos de motoristas de aplicativo, o exame da subordinação recebe ainda mais atenção porque a organização do trabalho nestes casos é supostamente nova e pretensamente incompatível com a subordinação.

Delgado entende que a subordinação é encarada sob um prisma objetivo, pois afeta o trabalho executado pela pessoa e não subjetivamente como uma sujeição da própria pessoa,²⁰ conforme corrobora Leite, “parece-nos que o empregado não é ‘dependente’ do empregador, e sim, a sua atividade laboral (física, mental ou intelectual) é que fica num estado de sujeição ao poder (diretivo, regulamentar e disciplinar) do empregador”.²¹

A subordinação, para se adequar e se enquadrar às novas relações laborais que surgem no decorrer do tempo e da própria dinâmica laboral, foi evoluindo e apresentando dimensões diferentes mas que se complementam com o propósito de caracterizar a relação de emprego.

Nesse contexto, à subordinação clássica ou tradicional foram acrescentadas as subordinações objetiva e estrutural, sendo todas estas dimensões expressões do caráter expansionista do Direito do Trabalho.

A subordinação clássica ou tradicional é a originária e decorrente da típica relação de emprego, pela qual a atividade laboral é executada sob a direção empresarial. Por sua vez, a subordinação objetiva, segundo Delgado, manifesta-se “pela integração do trabalhador nos fins do empreendimento do tomador de serviços”, ao passo que a subordinação estrutural se caracteriza pela vinculação do trabalho à dinâmica operativa da atividade do tomador

20 DELGADO, 2019, p. 350.

21 LEITE, 2019, p. 249.

de serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”.²²

No caso das empresas de prestação de serviço de transporte por meio de aplicativo de *smartphones*, podem ser identificadas as três formas de subordinação na atividade do motorista de aplicativo.

A subordinação jurídica clássica está presente no poder de comando, organizacional e disciplinar, rigorosamente exercido por meio das ordens de uma plataforma digital.

A Uber, por exemplo, após submeter os motoristas (pessoas físicas) cadastrados à análise de antecedentes criminais e regularidade documental, além de definir os padrões de veículos aptos a serem utilizados no serviço, providencia que os motoristas assistam a vídeos nos quais lhes é apresentado um protocolo de atendimento, com a descrição do vestuário a ser utilizado, do modo de tratamento dos clientes, do oferecimento de cortesias como água e balas.

Além disso, a Uber, por meio do aplicativo, exerce poder de controle quase ilimitado. Os aplicativos baixados nos *smartphones* constituem um sistema de monitoramento altamente qualificado, que registra todas as atividades, corridas efetuadas, tempo despendido, distância percorrida, sugere o trajeto a ser utilizado e estabelece o preço, entre outras ferramentas.

Adicionado ao poder de comando e de organização, constata-se ainda o poder punitivo nas denominadas avaliações executadas pelos clientes do serviço, os quais, ao fazerem uma viagem, efetuam a avaliação dos motoristas, que, caso não alcancem nota de no mínimo 4,6 estrelas, num total de 0 a 5, podem ser punidos com a impossibilidade de acesso ao sistema, ou seja, poderão ser desconectados do sistema.²³

22 DELGADO, 2019, p. 352.

23 TEODORO; D'AFONSECA; FERNANDES, 2017, p. 21-22.

Portanto, não há dúvidas de que os motoristas de aplicativo trabalham mediante subordinação clássica, pois têm sua atividade organizada, controlada e dirigida pela plataforma eletrônica da empresa, que exerce também o poder disciplinar por meio das avaliações e das reclamações diretas à empresa, sem qualquer ingerência do motorista.

E nem se diga que não há subordinação porque não há presença física do prolator da ordem, pois, em razão do expansionismo do Direito do Trabalho, surge na doutrina nova modalidade de subordinação, que, somada às demais, visa a alargar o conceito de dependência jurídica, contido no art. 3º da CLT, para englobar os casos em que há emprego de tecnologias disruptivas no processo produtivo.

Essa nova modalidade é denominada subordinação disruptiva, por programação ou algorítmica, e nada mais é do que uma subordinação peculiar, controlada por algoritmos. É também denominada subordinação por comando e encontra campo fértil no serviço de transporte intermediado pela Uber, que se utiliza da programação ou do comando algorítmico para controlar, dirigir e até incentivar e estimular comportamentos em seus “motoristas parceiros”.

A CLT trata da subordinação por comandos ou por algoritmos, ao acrescer, por meio da Lei n. 12.551/2011, o parágrafo único ao seu art. 6º, que determina que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”.

Portanto, presente a subordinação no trabalho realizado pelo motorista de aplicativo, seja na modalidade clássica, ou em sua forma mais evoluída, qual seja, a modalidade disruptiva, pois os comandos, as ordens e os controles são executados por meios telemáticos e informatizados (aplicativo de *smartphone*), nos moldes do parágrafo único do art. 6º da CLT.

Ainda que não se considere presente a subordinação clássica, pois o comando é dado por meio de aplicativo, não há como não perceber a ocorrência da subordinação objetiva ou estrutural.

Conforme comentado na 2ª seção deste artigo, a Uber se apresenta como uma empresa de tecnologia, mas, em verdade, é uma empresa cuja atividade principal é oferecer ao seu cliente final serviços de transporte de pessoas, nos exatos termos do art. 734 do Código Civil; ou seja, o fim do empreendimento é o transporte de pessoas, sendo o desenvolvimento de plataforma eletrônica meio para viabilizar a prestação desse serviço.

Em razão disso, percebe-se que o motorista de Uber integra os fins do empreendimento da Uber, pois não há serviço de transporte sem o condutor – motorista –, evidenciando, nesse caso, a presença também da subordinação objetiva.

Pode-se também verificar a ocorrência da subordinação estrutural, pois o motorista se insere na dinâmica do tomador de seus serviços – Uber –, independentemente de receber suas ordens diretas, uma vez que acolhe sua dinâmica de organização e funcionamento.

Portanto, constata-se a presença do requisito subordinação na relação de trabalho exercida pelo motorista de aplicativo, quer seja sob a modalidade direta, quer seja sob a objetiva ou estrutural.

Por outro lado, verifica-se que as empresas de aplicativo, autointituladas empresas de tecnologia, por controlar, organizar e supervisionar o serviço, sem dar qualquer autonomia ao “motorista parceiro”, são reconhecidamente empregadoras, segundo comando do art. 2º da CLT, “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Estando presentes todos os requisitos da relação de emprego, nos termos dos arts. 2º e 3º da CLT, ainda que o contrato de trabalho esteja sob a roupagem de trabalho autônomo, deve ser reconhecido o contrato individual de trabalho correspondente à relação de emprego, conforme o art. 442 da CLT, que esclarece que “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresse, correspondente à relação de emprego”.

E, em razão do princípio da primazia da realidade, as relações de trabalho do motorista por aplicativo, apesar de receberem a forma de trabalho autônomo, devem ser reconhecidas como autênticas relações de emprego, devendo ser considerados nulos de pleno direito todos os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação, nos moldes do art. 9º da CLT.

Portanto, constata-se que há verdadeiro vínculo empregatício do motorista de aplicativo e que a suposta novel organização laboral implementada pelas empresas que trabalham por meio de aplicativo nada mais é do que um meio de se esquivarem da legislação trabalhista, cuja tutela tem natureza constitucional e cogente.

Em consequência, pode-se afirmar que o motorista de aplicativo é um empregado que trabalha de maneira precaríssima, fazendo jus à tutela constitucional trabalhista, com vistas à valorização social do trabalho e da dignificação da pessoa humana.

O reconhecimento do vínculo empregatício dos trabalhadores com as plataformas digitais tem sido objeto de intensos debates, estando bastante evoluído e caminhando para a consolidação no âmbito internacional.

O ápice desse debate ocorreu no berço da empresa Uber, no Estado da Califórnia, onde houve recente deliberação do Senado norte-americano, que aprovou em 10 de setembro de 2019 lei que prevê a obrigatoriedade de registro dos motoristas de aplicativos como empregados.²⁴

Referida norma, conhecida como Assembly Bill n. 5 ou AB-5, prevê a aplicação do *ABC test* para verificar se o trabalhador se enqua-

24 CURY, Maria Eduarda. Nova lei na Califórnia obrigará Uber a contratar como funcionários. *Exame*, São Paulo, 11 set. 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/nova-lei-na-california-obrigara-uber-a-contratar-funcionarios-regulares>. Acesso em: 13 set. 2019.

dra efetivamente como autônomo.²⁵ Contudo, em votação conhecida como Proposition 22, em que as empresas envolvidas, como a Uber, a DoorDash e a Lyft, gastaram mais de duzentos milhões de dólares na campanha, a lei que previu o teste AB-5 teve sua eficácia afastada em relação aos motoristas e entregadores de aplicativo.²⁶

De fato, anteriormente, no mesmo Estado, foi julgado o famoso caso Dynamex, que chegou até a sua Suprema Corte. A empresa Dynamex é uma empresa de entregas de encomendas que segue o mesmo modelo da Uber. Nesse julgado, foram traçados relevantes parâmetros para que os trabalhadores das plataformas sejam considerados realmente autônomos.²⁷

Recentemente, em 17 de dezembro de 2020, a Divisão de Apelação da Suprema Corte de Nova Iorque confirmou decisões anteriores reconhecendo o vínculo de emprego entre os motoristas e a Uber.²⁸

O Tribunal do Trabalho de Londres, no Processo n. 220255/2015, considerou os motoristas do aplicativo Uber como trabalhadores dependentes, ressaltando que quando o motorista está logado no aplicativo deve dirigir na área determinada pela empresa e cumprir as obrigações contratuais. Ademais, considerou

25 FERNANDES, João Renda Leal. Aplicativos de transporte: 'de repente, Califórnia'. *JOTA*, [s. l.], 29 out. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aplicativos-de-transporte-de-repente-california-29102019>. Acesso em: 15 fev. 2020.

26 Disponível em: [https://ballotpedia.org/California_Proposition_22,_App-Based_Drivers_as_Contractors_and_Labor_Policies_Initiative_\(2020\)](https://ballotpedia.org/California_Proposition_22,_App-Based_Drivers_as_Contractors_and_Labor_Policies_Initiative_(2020)). Acesso em: 17 jan. 2021.

27 CASAGRANDE, Cássio Luis. California dreamin': o caso Dynamex e a esperança contra o pesadelo uberista. *JOTA*, [s. l.], 24 jun. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/california-dreamin-o-caso-dynamex-e-a-esperanca-contra-o-pesadelo-uberista-24062019>. Acesso em: 12 set. 2019.

28 CARELLI, Rodrigo. Suprema Corte de Nova Iorque reconhece motoristas da Uber como empregados. *Trab21*, Rio de Janeiro, 18 dez. 2020b. Disponível em: <https://trab21.blog/2020/12/18/suprema-corte-de-nova-iorque-reconhece-motoristas-da-uber-como-empregados/>. Acesso em: 16 jan. 2021.

que a atividade de publicidade exercida pela Uber não objetiva promover o serviço de nenhum trabalhador individualmente considerado, mas do aplicativo. Por fim, concluiu que a Uber exerce atividade de transporte, e não apenas de tecnologia.²⁹

A Corte de Cassação da França, órgão equivalente ao Superior Tribunal de Justiça no Brasil, reconheceu a existência de vínculo empregatício entre o motorista e a Uber, considerando que existe subordinação. Ressaltou que não cabe ao trabalhador montar a própria clientela ou fixar o preço da corrida.³⁰

Na Espanha, a Inspeção do Trabalho da Catalunha considerou os motoristas da Uber como empregados, ressaltando que a liberdade de horário desses trabalhadores é apenas relativa, uma vez que afetada pela política de incentivos da empresa. Da mesma forma, a Inspeção do Trabalho de Barcelona, Valencia e Madrid posicionou-se em relação aos entregadores da Deliveroo.³¹

No mesmo caminho, tem-se a maioria das decisões individuais proferidas pela justiça espanhola, tendo, recentemente, em sede de ação coletiva, sido determinada a reclassificação de cerca de 500 trabalhadores de plataforma.³² Nesse sentido, na Itália, foram reconhecidos todos os direitos trabalhistas aos entregadores de plataforma, cujo trabalho foi considerado como organizado por outra parte (hetero-organizado).³³

29 GAIA, Fausto Siqueira. *As novas formas de trabalho no mundo dos aplicativos: o caso "UBER"*. 2018. 360 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 254-255. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/21889>. Acesso em: 20 fev. 2020.

30 ANGELO, Tiago. Há vínculo empregatício entre Uber e motorista, decide corte francesa. *Consultor Jurídico*, [S. l.], 5 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-05/corte-francesa-confirma-vinculo-entre-uber-motorista>. Acesso em: 30 abr. 2020.

31 OITAVEN; CARELLI; CASAGRANDE, 2018, p. 50-51.

32 CARELLI, 2020a.

33 ALOISI, Antonio; DE STEFANO, Valerio. Delivering employment rights to platform workers. *Il Mulino*, Bolonha, 31 jan. 2020. Disponível em: <https://www>.

Destaque-se que, de acordo com decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, a Uber foi considerada uma empresa de transporte, e não de tecnologia, como se autodefine. Dita decisão considerou que a atividade central da empresa é o serviço de transporte, sendo a tecnologia um meio para execução do serviço.³⁴

No Brasil ainda não houve definição sobre o tema, havendo decisões contraditórias e muitas vezes destoantes da realidade fática dos trabalhadores de aplicativo, isso quando a empresa não se utiliza da tática de realizar acordo quando verifica que a ação lhe será desfavorável.

Recentemente uma liminar concedida para perícia no algoritmo explorado pela Uber para fins de verificação da existência da subordinação estrutural algorítmica foi simplesmente cassada por meio de correção parcial, tombada sob o n. 1001652-15.2020.5.00.0000, na contramão de todo um movimento mundial que vem ocorrendo em torno do trabalho por meio de aplicativos.

Como o trabalho por aplicativos é um assunto recente no País, uma vez que a principal empresa do segmento, a Uber, chegou ao Brasil apenas no ano de 2014, a jurisprudência ainda se encontra em ampla construção e apresentará muitos desdobramentos em um futuro breve.

4 Considerações finais

A Constituição Federal consagra, no art. 1º, incisos III e IV, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamento da República Federativa do Brasil. Isso significa que o ser humano e o trabalho ocupam papel de centralidade.

rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:5018.
Acesso em: 30 abr. 2020.

34 UNIÃO EUROPEIA determina que Uber é empresa de transporte. *DW*, [s. l.], 20 dez. 2017. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/uni%C3%A3o-europeia-determina-que-uber-%C3%A9-empresa-de-transporte/a-41873318>. Acesso em: 20 dez. 2019.

Não é à toa que o art. 7º e seguintes elencam uma série de direitos fundamentais trabalhistas e, conseqüentemente, dão ao contrato individual de trabalho (relação de emprego) força cogente e tutela constitucional.

Portanto, a centralidade do trabalho assegurada na Constituição Federal de 1988, por sua normatividade, condiciona o comportamento social. Por conseguinte, valorizar o trabalho é ordem a ser observada na construção de qualquer interpretação que seja levada a cabo no âmbito do Direito do Trabalho.

Em posição diametralmente oposta a essa interpretação, surge o trabalho por meio de plataforma digital, que, por supostamente inaugurar uma nova organização laboral, suas relações de trabalho não seriam tuteladas por meio da relação de emprego.

Entretanto, a pretensa autonomia dos motoristas parceiros das empresas de aplicativo não subsiste a um exame aprofundado desta relação de trabalho.

Com efeito, verificou-se que o motorista de aplicativo não organiza, dirige ou supervisiona sua atividade laboral, o que faz cair por terra o seu enquadramento como motorista parceiro, trabalhador autônomo.

Ademais, constatou-se que, além de não ser autônomo, sua relação de trabalho preenche todos os requisitos da relação de emprego. Com efeito, o “motorista parceiro” é uma pessoa física que trabalha com pessoalidade (não pode, em regra, se fazer substituir), onerosidade (recebe paga pelo serviço prestado), de forma não eventual (trabalha com ânimo de permanência) e, principalmente, de maneira totalmente subordinada, quer seja pela definição clássica de subordinação, quer seja pela subordinação disruptiva.

Por isso, uma vez presentes os requisitos da relação de emprego, os motoristas parceiros devem ser reconhecidos como empregados, com todos os direitos advindos de tal declaração.

E nem se diga que as empresas que conectam pessoas por aplicativo inauguram nova organização laboral incompatível com a relação de emprego.

Restou demonstrado que as supostas empresas de aplicativo, autodenominadas empresas de tecnologia, utilizam tal nomenclatura com o fim de escamotear o verdadeiro serviço por elas prestado.

Verificou-se, portanto, que a denominação “empresa de tecnologia” nada mais é do que um subterfúgio para dificultar ainda mais o reconhecimento da relação de emprego. E tais artifícios para se esquivar do mencionado reconhecimento vêm, até certo ponto, funcionando, pois ainda há muitas decisões judiciais que não reconhecem o vínculo de emprego do motorista de aplicativo; mas, no âmbito internacional, há sinais de que o reconhecimento da relação de emprego da atividade do motorista de aplicativo irá prevalecer.

Não obstante, por ora, conclui-se que, apesar de a questão ainda ser bastante polêmica, já se pode asseverar que o trabalho por aplicativo só tem de moderno o aplicativo, mas o que prepondera é a precarização de direitos do trabalhador, que é incompatível com a Constituição Federal.

Referências

ALOISI, Antonio; DE STEFANO, Valerio. Delivering employment rights to platform workers. *Il Mulino*, Bolonha, 31 jan. 2020. Disponível em: https://www.rivistailmulino.it/news/newsitem/index/Item/News:NEWS_ITEM:5018. Acesso em: 30 abr. 2020.

ANGELO, Tiago. Há vínculo empregatício entre Uber e motorista, decide corte francesa. *Consultor Jurídico*, [S. l.], 5 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-05/corte-francesa-con-firma-vinculo-entre-uber-motorista>. Acesso em: 30 abr. 2020.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O Brasil na contramão e o complexo de vira-latas. *JOTA*, [s. l.], 20 fev. 2020a. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-brasil-na-contramao-e-o-complexo-de-vira-latas-20022020>. Acesso em: 30 abr. 2020.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O terraplanismo jurídico, a Uber e o STJ. *JOTA*, [s. l.], 6 set. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-terraplanismo-juridico-a-uber-e-o-stj-6092019>. Acesso em: 10 set. 2019.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Suprema Corte de Nova Iorque reconhece motoristas da Uber como empregados. *Trab21*, Rio de Janeiro, 18 dez. 2020b. Disponível em: <https://trab21.blog/2020/12/18/suprema-corte-de-nova-iorque-reconhece-motoristas-da-uber-como-empregados/>. Acesso em: 16 jan. 2021.

CASAGRANDE, Cássio Luis. California dreamin': o caso Dynamex e a esperança contra o pesadelo uberista. *JOTA*, [s. l.], 24 jun. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/california-dreamin-o-caso-dynamex-e-a-esperanca-contra-o-pesadelo-uberista-24062019>. Acesso em: 12 set. 2019.

COSTA, M. S. Reestruturação produtiva, sindicatos e a flexibilização das relações de trabalho no Brasil. *RAE Eletrônica*, [s. l.], v. 2, n. 2, p. 1-16, jul./dez. 2003.

CURY, Maria Eduarda. Nova lei na Califórnia obrigará Uber a contratar como funcionários. *Exame*, São Paulo, 11 set. 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/nova-lei>

-na-california-obrigara-uber-a-contratar-funcionarios-regulares.
Acesso em: 13 set. 2019.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019.

ECKHARDT, G. M.; BARDHI, F. The sharing economy isn't about sharing at all. *Harvard Business Review*, Brighton, MA, January 28, 2015.

FERNANDES, João Renda Leal. Aplicativos de transporte: 'de repente, Califórnia'. *JOTA*, [s. l.], 29 out. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aplicativos-de-transporte-de-repente-california-29102019>. Acesso em: 15 fev. 2020.

GAIA, Fausto Siqueira. *As novas formas de trabalho no mundo dos aplicativos: o caso "UBER"*. 2018. 360 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/21889>. Acesso em: 20 fev. 2020.

HOBBSAWM, Eric. Trajetória do movimento operário. *Revista Trabalhadores*, Campinas, n. 2, 1989.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraivajur, 2019.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

OITAVEN, Juliana Carreiro Corbal; CARELLI, Rodrigo Lacerda; CASAGRANDE, Cássio Luis. *Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: um estudo do trabalho parassubordinado sob aplicativos*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2018.

SCHWAB, Klaus. *The fourth industrial revolution*. Genebra: World Economic Forum, 2016.

SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

SILVA, Juliana Coelho Tavares de; CECATO, Maria Aurea. A uberrização de relação individual de trabalho na era digital e o direito do trabalho brasileiro. *Cadernos de Direito Actual*, [s. l.], n. 7, p. 257-271, 2017. Disponível em: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/227>. Acesso em: 10 set. 2019.

SOARES, João Batista Berthier Leite. A reforma trabalhista, as negociações coletivas e a Constituição da República. In: HONÓRIO, Cláudia; VIEIRA, Paulo Joarês (orgs.). *Em defesa da Constituição: primeiras impressões do MPT sobre a “reforma trabalhista”*. Brasília: Gráfica Movimento, 2018. p. 146-162.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; D’AFONSECA, Thaís Cláudia; FERNANDES, Maria Antonieta. Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno Uber. Publicado originalmente em: “Revista da Faculdade Mineira de Direito”, www.periodicos.pucminas.br.

Empório do Direito, São Paulo, 12 maio 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/disrupcao-economia-compartilhada-e-o-fenomeno-uber-1508245410>. Acesso em: 16 out. 2019.

UNIÃO EUROPEIA determina que Uber é empresa de transporte. *DW*, [s. l.], 20 dez. 2017. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/uni%C3%A3o-europeia-determina-que-uber-%C3%A9-empresa-de-transporte/a-41873318>. Acesso em: 20 dez. 2019.

Cotas raciais para inclusão no ensino superior: um estudo de caso à luz da igualdade proporcional

Mona Lisa Duarte Aziz

Procuradora da República. Mestranda em Direito e Ciências Jurídico-Políticas – Especialidade Direito Constitucional – pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Resumo: A política afirmativa com base no critério étnico-racial para ingresso no ensino público superior, antes de ser prevista em lei em 2012, foi submetida ao STF através da ADPF 186/DF. À época, a jurisprudência oscilava quanto à (in)constitucionalidade da matéria, tendo certamente a presença de um ministro negro na composição do tribunal, o ministro Joaquim Barbosa, sido decisiva para a declaração de constitucionalidade das cotas raciais. Esse acórdão constitui o objeto de estudo do presente artigo com a finalidade de perquirir se o princípio da igualdade foi ou não bem aplicado pela Suprema Corte brasileira na hipótese. A análise da igualdade será feita sob a vertente do princípio da proporcionalidade, a partir do princípio da *igualdade proporcional* desenvolvido pelo Tribunal Constitucional português. Finalmente, recorrer-se-á à analogia para definir se a diferença entre brancos de baixa renda e negros justifica a discriminação positiva específica para fins de acesso às universidades públicas.

Palavras-chave: Cotas raciais. Ensino público superior. Princípio da igualdade. Proporcionalidade. Analogia e adequação.

Abstract: The affirmative action policy to enroll in public higher education institutions based on the ethnic-racial criteria, before being provided by law in 2012, was submitted to the STF through ADPF 186/DF. At the time, jurisprudence was oscillating regarding the (in)constitucionality of the matter, and the presence of a black minister in the composition of the court, the minister Joaquim Barbosa, was certainly decisive for the declaration of constitutionality of racial quotas. This ruling is the object of the

paper with the purpose of ascertaining whether or not the principle of equality was well applied by the Brazilian Supreme Court in the case. The analysis of equality will be carried out under the principle of proportionality, based on the *principle of proportional equality* developed by the Portuguese Constitutional Court. Finally, analogy will be used to define whether the difference between low-income whites and blacks justifies specific positive discrimination when enrolling in public universities.

Keywords: Racial quotas. Public higher education. Principle of equality. Proportionality. Analogy and adequacy.

Sumário: 1 Introdução. 2 *Case study*: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186 do Supremo Tribunal Federal. 3 Do princípio da igualdade. 3.1 Constitucionalidade das ações afirmativas para inclusão no ensino superior. 4 Da igualdade proporcional. 5 Dos juízos de analogia e adequação. 5.1 Da adequação do critério racial no caso concreto. 6 Conclusão.

1 Introdução

O Brasil foi o último país da América Latina a abolir a escravidão, e, ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos, o processo de abolição não foi seguido por nenhuma política de cunho reparatório ou indenizatório. Nas duas últimas décadas, o tema entrou em pauta no Brasil em razão da polêmica sobre as chamadas cotas raciais, através das quais se reserva um percentual do número de vagas nos exames e seleções públicas para candidatos negros ou indígenas.

A primeira universidade pública a prever esse tipo de ação afirmativa no País, baseada exclusivamente no critério racial, foi a Universidade Estadual do Rio Janeiro (UERJ), no ano 2000. Desde então, várias outras instituições públicas de ensino superior, no exercício da autonomia universitária definida constitucionalmente (cf. art. 207), implementaram sistemas de cotas raciais nos seus respectivos exames de acesso (vestibulares), seja de modo associado ao critério econômico com base na renda mínima familiar do candidato, seja mediante a utilização do critério racial autonomamente – exem-

plo deste último caso é a Universidade de Brasília (UnB) – em conformidade com suas respectivas especificidades locais e regionais.

Após um período de instabilidade jurisprudencial, em que várias ações questionando as cotas raciais universitárias foram ajuizadas por todo o País e geraram decisões contraditórias, ora favoráveis às cotas, no sentido de julgá-las constitucionais, ora desfavoráveis, para declarar sua inconstitucionalidade em controle concreto, o assunto chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186/DF, julgada pelo Pleno do tribunal em 2012. A ação fora ajuizada pelo partido político Democratas (DEM) contra a UnB e outros para impugnar os atos administrativos da universidade que instituíram o sistema de reserva de vagas, com base no critério racial, no processo de seleção para ingresso em seus cursos.

A ADPF foi julgada improcedente, à unanimidade, pelo STF, que, em suma e nos termos do voto do relator da arguição, o ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que a ação afirmativa, para fins de promover a inclusão no ensino público superior, está em consonância com o princípio da igualdade material. O objetivo deste artigo é, portanto, o estudo das questões teóricas que o acórdão suscita a fim de descortinar se o princípio da igualdade fora ou não bem aplicado pela Corte Constitucional brasileira na presente hipótese.

O primeiro questionamento é perquirir se o objetivo da discriminação, qual seja, o de promover o acesso de estudantes em situação de vulnerabilidade ao ensino superior através da sistemática da reserva de vagas, possui suporte constitucional. Na sequência, em sendo positiva a resposta, consoante se pretende demonstrar, verificar-se-á se a utilização do critério racial para se efetuar a discriminação positiva no caso é, de fato, adequada, conforme decidido pelos ministros do STF; ou se o critério econômico, com base exclusivamente na renda familiar, seria suficiente para contemplar todos os estudantes em situação de desvantagem – inclusive os negros – e promover a igualdade no corpo discente universitário, como pugnou o arguente na ADPF em foco.

Para formular esse juízo sobre a adequação ou não do critério racial adotado pela universidade, a análise da igualdade será feita sob a vertente do princípio da proporcionalidade, recorrendo-se ao estudo de acórdãos do Tribunal Constitucional português sobre a matéria (igualdade proporcional).

Nesse raciocínio, a utilização do recurso à analogia será também abordada com o propósito de definir se, no caso concreto, a diferença entre brancos de baixa renda e negros justifica a discriminação positiva para fins de acesso às universidades públicas, uma vez que os juízos de adequação e analogia estão intrinsecamente relacionados.

2 Case study: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186 do Supremo Tribunal Federal

Em 2009, o partido político Democratas (DEM) ajuizou ADPF no STF, com pedido de liminar, tendo por objetivo a declaração de inconstitucionalidade da Resolução n. 38/CEPE, de 18 de junho de 2003, do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da UnB – entre outros atos administrativos da universidade –, que instituiu o sistema de cotas para ingresso nos cursos da universidade (20% do total de vagas em cada curso) com base no critério étnico-racial, no que diz respeito à reserva de vagas para estudantes negros¹ (pretos e pardos)² especificamente.

1 A resolução previu também a reserva de vagas para candidatos indígenas.

2 O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) utiliza o termo “pardo” para designar um dos cinco grupos de “cor ou raça” que compõem a população brasileira ao lado dos brancos, pretos, amarelos e indígenas. Até os anos 2000, o IBGE considerava parda a pessoa que se declarasse como mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça. Essa instrução foi retirada do manual de coleta do censo demográfico 2010, no qual consta apenas a indicação para ser incluída na categoria de cor ou raça “parda” a pessoa que assim se autoidentifique (BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Censo Demográfico 2010*. Manual do Recenseador/CD - 1.09. Rio de Janeiro: IBGE, 2010, p. 191 e 192).

Após a realização de polêmicas audiências públicas no curso do processo, o pedido deduzido na ADPF foi julgado totalmente improcedente pelo relator da arguição. Em seu voto, o ministro relator Ricardo Lewandowski julgou que o sistema de reserva de vagas para candidatos negros está em consonância com a CF/88, em cujo texto o princípio da igualdade fora consagrado em sua acepção material e autoriza o Estado a implementar ações afirmativas com o objetivo de superar desigualdades históricas que atingem determinados grupos sociais, conferindo-lhes vantagens específicas por um período temporal limitado.

Com relação aos critérios de acesso ao ensino superior, consignou que a aferição exclusivamente pelo mérito não está de acordo com os princípios e fins norteadores do direito à educação (desenvolvimento da pessoa humana, exercício para cidadania, igualdade de acesso, pluralismo de ideias e gestão democrática, entre outros), razão pela qual tal previsão deve ser abrandada e lida em conformidade com a concepção da igualdade material espalhada por todo o texto constitucional. Na sequência, reconheceu a adequação do critério racial para se fazer a discriminação positiva na presente hipótese, não como dado biológico ou científico, mas enquanto conceito construído historicamente e socialmente, na linha do decidido no caso *Ellwanger* (HC n. 82.424/RS),³ com vistas a promover a inclusão e integração social dos negros. Por fim, consignou que a política de reserva de vagas para candidatos negros adotada pela

3 Esse *habeas corpus* fora ajuizado em defesa de Siegfried Ellwanger, escritor e editor que havia sido condenado por racismo, nos termos do art. 20 da Lei n. 7.716/1989 (“Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”), em razão de publicar e distribuir obras que negavam o holocausto, sob a alegação de que os judeus não constituíam uma raça, para afastar a prática do delito de discriminação e a imprescritibilidade prevista na Constituição brasileira em relação aos crimes de racismo (art. 5º, XLII). O STF, por maioria, indeferiu o HC, adotando a premissa de que não existem subdivisões biológicas na espécie humana e que a divisão em raças resulta de um processo histórico e social, para reconhecer o racismo contra os judeus no caso concreto. A corte, ademais, entendeu que a liberdade de expressão não amparava a conduta do paciente por haver ultrapassado limites morais e jurídicos. (HC n. 82.424/RS, julgado em 17.9.2003, publicação no *DJ* de 19 mar. 2004).

UnB revela proporcionalidade e razoabilidade, porquanto adequada para atingir os fins perseguidos.

O voto do relator foi acolhido integralmente pelo plenário da corte, que, à época, contava com um integrante negro, o então ministro Joaquim Barbosa, o que, certamente, para além de simbólico, foi decisivo para reverter a tendência da jurisprudência do tribunal contrária às cotas. Como resultado, a ADPF foi julgada improcedente por unanimidade de votos para o fim de reconhecer a constitucionalidade do sistema de reserva de vagas com base no critério étnico-racial.

O ministro Marco Aurélio acrescentou em seu voto que, após mais de dez anos da prática na UERJ, não havia um único episódio de conflito racial que pudesse ser associado à adoção do sistema de cotas raciais, para refutar a alegação do arguente de que a medida poderia acirrar o conflito e a discriminação em relação aos negros. Ademais, consignou que eventuais distorções ou arbitrariedades das comissões de avaliação e identificação dos beneficiários das cotas raciais não constituem argumento contra a adoção do sistema, o que pode ocorrer em relação a outros tipos de cotistas, como hipossuficientes e pessoas com deficiência, por exemplo, sem que isso impeça a implementação de benefícios favoráveis a esses grupos.

O único voto que, apesar de não haver divergido do relator na parte dispositiva, dissentiu em sua fundamentação foi o do ministro Gilmar Mendes. Com efeito, o ministro questionou a utilização do critério exclusivamente racial, desvinculado do socioeconômico, para a implementação da ação afirmativa em causa, e, de acordo com seu entendimento, a sistemática precisaria ser aprimorada. Contudo, nos termos de sua conclusão, como se tratava de um sistema ainda experimental, com previsão de duração de dez anos e que se encontrava em seu oitavo ano à época, julgou improcedente a arguição.

Logo após o julgamento, foi editada a Lei n. 12.711, de 24 de agosto de 2012, que prevê a reserva de vagas nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio para alunos oriundos de escolas públicas e que comprovem baixa renda, dentro das

quais deverá haver um percentual mínimo de pretos, pardos e indígenas (art. 3º). Essa lei determina a cota mínima de reserva das referidas vagas, porém as universidades e os institutos federais continuam com autonomia para, por meio de políticas específicas de ações afirmativas, instituir sistemas de cotas complementares, inclusive, lastreados no critério exclusivamente racial, sem mais possibilidade de questionamento judicial pela adoção desse critério em específico, conforme a decisão do STF na mencionada ADPF.

Verificar o acerto ou não dessa decisão, com base na aplicação conjugada dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, é o que se pretende a partir do desenvolvimento dos tópicos seguintes.

3 Do princípio da igualdade

O princípio da igualdade possui natureza eminentemente formal,⁴ no sentido de que, ao contrário dos princípios materiais, não assegura nenhum direito específico de forma autônoma. A igualdade perante a lei expressa que o Estado deve conferir tratamento isonômico aos cidadãos, sem desconsiderar, todavia, as suas semelhanças e diferenças. Em outras palavras, Ronald Dworkin⁵ discorre que a XIV Emenda à Constituição dos Estados Unidos (*Equal Protection Clause*) assegura o direito de todos serem tratados com a mesma consideração e respeito, o que não implica, por outro lado, que o ordenamento jurídico deva conceder idênticos direitos e as mesmas posições de vantagem a todos os cidadãos indistintamente.

Nesse sentido, pondera Robert Alexy⁶ que o legislador não pode assumir que os cidadãos tenham idênticas características e

4 Nesse sentido, Manuel Atienza se refere ao princípio da igualdade como “regra formal de justiça” (ATIENZA, Manoel. *Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, San Vicente del Raspeig, n. 2, 1985, p. 228).

5 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 584.

6 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. (reimp.). São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 398.

se encontrem nas mesmas situações fáticas. Assim, formulou-se o clássico enunciado segundo o qual “o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente”; ou, em outras palavras, que os desiguais devem ser tratados na exata medida de suas desigualdades.⁷ Definir quais os critérios de distinção e em quais condições o tratamento desigual é legítimo é o ponto nodal do postulado da igualdade; do contrário, toda e qualquer discriminação seria possível, desde que feita em relação a pessoas e situações diferentes, qualquer que fosse o motivo da diferenciação.⁸ Discriminações baseadas em preconceitos e estereótipos, por exemplo, jamais serão justas, ainda que tragam algum tipo de benefício social.⁹ Daí falar-se em *proibição do arbítrio* como limite para a liberdade de conformação do legislador, que deverá sempre respaldar o tratamento diferenciado em fundamentos razoáveis e finalidades legítimas.¹⁰

Numa perspectiva mais filosófica, Dworkin rechaça a ideia de igualdade tendo como parâmetro o bem-estar, porquanto não se trata de um conceito suficientemente claro para permitir distinções na medida em que cada pessoa pode ter a sua concepção particular de bem-estar e avaliá-lo de forma diferente. Segundo o referido autor, a igualdade que o Estado deve assegurar é de recursos, a fim de criar um ambiente o mais equânime possível, no qual as pes-

7 Nesse sentido, citem-se, entre outros, o Acórdão n. 362/2016, de 8 de junho, proferido no Processo n. 16/16 (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 362/2016*, de 8 de junho de 2016, proferido no Processo n. 16/16); e o Acórdão n. 141/2019, de 12 de março, proferido no Processo n. 550/2018 (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 141/2019*, de 12 de março de 2019, proferido no Processo n. 550/2018), ambos do Tribunal Constitucional português.

8 ALEXY, 2015, p. 399.

9 Nesse sentido: “*Utilitarian arguments that justify a disadvantage to members of a race against whom prejudice runs will always be unfair arguments, unless it can be shown that the same disadvantage would have been justified in the absence of the prejudice. If the prejudice is widespread and pervasive, as in fact it is in the case of blacks, that can never be shown*” (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Bloomsbury, 2013. E-book, cap. 9).

10 ALEXY, 2015, p. 402-408.

soas tenham as mesmas, ou ao menos assemelhadas, oportunidades de alcançar o bem-estar. O êxito ou não de atingir a felicidade e outras realizações pessoais, profissionais etc. dependerá das escolhas e da capacidade de cada um.¹¹

Essa concepção dworkiana vai ao encontro do que a doutrina convencionou chamar de princípio da igualdade material ou, consoante Cristina Queiroz,¹² “‘nova’ fórmula ou ‘nova’ formulação do princípio da igualdade”, o qual não compreende uma postura meramente passiva do Estado, no sentido de apenas não efetuar discriminações arbitrárias, mas antes o obriga a realizar discriminações positivas. O ex-ministro do STF Joaquim Barbosa Gomes, dentro dessa mesma perspectiva, discorre que o Estado passa de uma posição até então de neutralidade para uma atuação proativa na busca da concretização da igualdade substancial e da promoção da justiça social, mediante a adoção de ações que visem erradicar ou mitigar desigualdades econômicas e sociais.¹³

Em outras palavras, porém de modo a corroborar a aceção material do princípio da igualdade, Alexy, afirma que o referido princípio, previsto no art. 3º, § 1º, da Constituição alemã, engloba um complexo de direitos subjetivos e posições jurídicas, não sendo suficiente interpretá-lo numa perspectiva apenas negativa. Abstratamente, segundo o autor alemão, do princípio da igualdade decorrem dois tipos de direito: o “direito *prima facie* à igualdade jurídica”, traduzido como um direito *prima facie* à não realização de um tratamento desigual; e o “direito *prima facie* à igualdade fática”, que pressupõe um direito *prima facie* a uma ação positiva por parte do Estado.¹⁴

11 DWORKIN, 2005, p. 76, 426 e 427.

12 QUEIROZ, Cristina. *Justiça constitucional*. Lisboa: Petrony, 2017, p. 102.

13 GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (org.). *Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 15 e ss.

14 ALEXY, 2015, p. 432.

É no princípio da igualdade material que se fundamentam as ações afirmativas, através das quais se objetiva promover determinados grupos ou minorias em reconhecida situação de vulnerabilidade social. Ao contrário do que afirmam os críticos das medidas inclusivas, não se trata de favores ou privilégios, mas de direitos viabilizados através da concessão de determinadas vantagens, a fim de mitigar desigualdades estruturais, históricas e econômicas – que podem decorrer de questões de raça, gênero, origem, entre outras –, sem o que tais diferenças tendem a se perpetuar na sociedade. Esse tipo de política pública, portanto, possibilita que esses indivíduos aliados da sociedade tenham efetivas condições de acesso e de oportunidades, sobretudo, para usufruir dos bens sociais e concorrer no mercado de trabalho.

Costuma-se falar, principalmente quando baseadas no critério racial, que as ações afirmativas possuem natureza compensatória, ou seja, têm por escopo compensar as injustiças sofridas por determinados grupos no passado em decorrência da discriminação ou do preconceito a que foram submetidos. Todavia, consoante ressalta Ronald Dworkin, ao discorrer sobre os programas de admissão de universidades americanas fundados na raça, não se trata de uma compensação num sentido retroativo, mas de um mecanismo voltado essencialmente para o futuro, porquanto visa melhorar a situação e a representação proporcional desses grupos na sociedade, com ganhos para a comunidade como um todo, a qual, ao mesmo tempo em que tenta eliminar equívocos do passado, torna-se mais equilibrada e justa.¹⁵

Nos Estados Unidos, onde as ações afirmativas são adotadas desde os anos 1960,¹⁶ a Suprema Corte americana, ao julgar o caso *Regents of Univ. of California v. Bakke*,¹⁷ entendeu que os programas de admissão nas universidades lastreados na raça são cons-

15 DWORKIN, 2005, p. 606.

16 WEDDERBURN, Carlos Moore. Do marco histórico das políticas públicas de ações afirmativas – perspectivas e considerações. In: SANTOS, Sales Augusto dos (org.). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas*. Brasília: Edições MEC/UNESCO, 2005, p. 313.

17 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Regents of Univ. of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

titucionais e não violam a XIV Emenda, desde que não prevejam cotas fixas e considerem a raça em conjunto com outros fatores.¹⁸

No Brasil, as políticas inclusivas de acesso ao ensino superior são mais abrangentes e preveem inclusive sistemas de reserva de vagas, entre outras técnicas, para determinados grupos, como estudantes de baixa renda e (ou) oriundos de escolas públicas, ou raças, tais quais pessoas negras e indígenas. Aferir a constitucionalidade do sistema de cotas para acesso a universidades é o que se propõe no tópico seguinte, à luz de princípios e regras constitucionais extraídos da carta magna brasileira.

3.1 Constitucionalidade das ações afirmativas para inclusão no ensino superior

Algumas ações afirmativas foram definidas no próprio texto constitucional brasileiro, como a proteção das mulheres no mercado de trabalho, mediante a concessão de incentivos especiais (art. 7º, XX), e das pessoas com deficiência¹⁹ em concursos públicos (art. 37, VIII), sendo, neste último caso, expresso quanto à reserva de vagas.²⁰ Isso, por outro lado, consoante o acórdão proferido na referida ADPF n. 186/DF, não impede a adoção de outras políticas de ações afirmativas não previstas expressamente na Constituição, desde que tenham o escopo de reparar desigualdades fáticas, razão pela qual não são meras concessões ou benefícios, antes devem ser

18 Decisões locais chegaram a proibir a utilização do critério racial nos programas de ingresso em universidades dos EUA, como o referendo da Califórnia e a decisão judicial no processo Hopwood no Texas (cf. DWORKIN, 2005, p. 544-545). Todavia, essa tendência restou superada pela Suprema Corte, que reafirmou o entendimento acerca da constitucionalidade do critério no caso *Grutter v. Bollinger* [ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003)], no qual se questionou a política de inclusão racial da faculdade de Direito da Universidade de Michigan.

19 Na visão de Ronald Dworkin, as pessoas com deficiência fazem jus a recursos extras porque possuem menos habilidade de alcançar o “bem-estar” do que a generalidade das pessoas com a mesma quantidade de recursos (DWORKIN, 2005, p. 70).

20 Art. 37, VIII: “VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

assumidas como deveres do Estado, em conformidade com princípios previstos constitucionalmente.²¹

Conforme se depreende das lições de Joaquim Barbosa Gomes, o sistema de cotas fixas começou a ser pensado a partir da associação das ações afirmativas à ideia mais ousada da igualdade de oportunidades, a fim de promover a efetiva representação de minorias em determinados setores do mercado de trabalho e instituições educacionais, para cujo objetivo os procedimentos tradicionais de combate à discriminação não estavam sendo suficientes. Isso não afasta, todavia, a utilização de outros mecanismos através dos quais ações afirmativas podem ser efetivadas, que vão desde a previsão de preferências e bonificações até a concessão de incentivos fiscais à iniciativa privada como estímulo à adoção de práticas inclusivas.²²

A sub-representação e a marginalização social de minorias ou de determinados grupos, que fazem com que ocupem posições e cargos normalmente considerados subalternos ou de pouca relevância, aos quais suas imagens ficaram associadas, não decorrem de circunstâncias meramente individuais; muito mais do que isso, revelam um problema social, como falta de renda e discriminação em razão do gênero, da condição social, física ou da raça, por exemplo. Em consequência disso, os membros desses grupos, quando não são impedidos, precisam percorrer um caminho bem mais árduo e tortuoso para lograr uma melhor posição social e outras conquistas pessoais e profissionais. Ações afirmativas visam, portanto, igualar as oportunidades de acesso aos bens sociais e eliminar o desequilíbrio existente entre os diversos grupos na sociedade.²³

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 186/DF, julgada em 25.4.2012, publicação no *DJE* de 20 out. 2014, p. 84-86.

22 GOMES, 2003, p. 55, 76 e 77.

23 De acordo com a ministra Cármen Lúcia, que centrou seu voto no princípio da igualdade sob uma concepção dinâmica, no sentido de igualação, promover a igualdade de oportunidades é o que justifica as chamadas “políticas compensatórias” (cf. ADPF n. 186/DF – BRASIL, 2014, p. 138-139).

A educação superior é um dos meios, senão o principal, através dos quais se pode evoluir socialmente e obter as realizações a que a maioria das pessoas almeja. Em relação ao acesso ao ensino superior, a CF/88, no art. 208, inciso V, adotou o critério de mérito ao determinar que o ingresso nos níveis mais avançados “do ensino, da pesquisa e da criação artística” será feito de acordo com a capacidade de cada estudante. Não se pode olvidar, por outro lado, que resta consignado em seu art. 205, *caput*, que a educação tem como objetivos “o pleno desenvolvimento da pessoa, o exercício para a cidadania e a sua qualificação para o trabalho”; além disso, constam como princípios da prestação do ensino, elencados no art. 206, incisos III e VI, respectivamente, o pluralismo de ideias e a gestão democrática do ensino público, entre outros.

Esses dispositivos revelam que o legislador constitucional, ao consagrar o direito fundamental à educação e assegurar a prestação do ensino em caráter universal, pretendeu muito mais que a difusão do conhecimento e o progresso da ciência. Com efeito, a preparação para a cidadania e a participação numa sociedade democrática e plural são, por exemplo, finalidades inatas da transmissão do ensino, que defluem diretamente do texto constitucional.

Nessa perspectiva ampla, Dworkin²⁴ afirma que, como a educação superior é um recurso escasso por estar disponível para poucos e ser financiado com recursos públicos, as universidades e faculdades têm a responsabilidade de eleger metas que beneficiem uma comunidade maior do que seus próprios corpos discente e docente. Para definir essas metas, que podem ter diversas motivações, desde a vocação para o serviço comunitário à origem geográfica incomum, e os respectivos critérios de admissão através dos quais entendam ser mais apropriado alcançá-las, as instituições de ensino superior gozam de liberdade acadêmica,²⁵ que, no caso do

24 DWORKIN, 2005.

25 Por óbvio, a liberdade acadêmica não é ilimitada, e os critérios de admissão devem corresponder a finalidades legítimas. Jamais se poderia admitir, por exemplo, uma meta que defendesse a estratificação racial da sociedade (DWORKIN, 2005, p. 569-575).

Brasil, resta assegurada pelo princípio da autonomia universitária previsto na Constituição, art. 207, *caput*.

Entre essas metas, a promoção da diversidade no ambiente acadêmico foi reconhecida pela Suprema Corte dos EUA como legítima e suficiente para respaldar a utilização do critério racial em programas de admissão em cursos universitários. Ao julgarem o caso *Grutter v. Bollinger*,²⁶ no qual se questionou a constitucionalidade da política de inclusão racial da faculdade de Direito da Universidade de Michigan, os juízes da Suprema Corte americana assentaram que a cláusula da proteção da igualdade não impede que a faculdade de Direito se utilize da raça como critério de admissão, desde que tenha por objetivo alcançar os benefícios educacionais decorrentes da formação de um corpo discente diversificado.²⁷

A diversidade do corpo discente numa universidade é importante porque atende, a um só tempo, a dois objetivos essenciais. Primeiro, a melhor preparação dos alunos, não só para a vida profissional como para conviverem numa sociedade democrática e plural se tiverem contato desde logo com colegas de diferentes origens, raças, religiões etc.²⁸ Segundo, a possibilidade da representação de minorias em cargos e posições de destaque na comunidade, uma vez que é no ambiente universitário em que são formados, por via de regra, os grandes líderes e políticos de uma nação.²⁹

26 ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

27 Tradução livre do original em inglês: “[...] *the Equal Protection Clause does not prohibit the Law School’s narrowly tailored use of race in admissions decisions to further a compelling interest in obtaining the educational benefits that flow from a diverse student body*” (ESTADOS UNIDOS, 2003, p. 343).

28 Dworkin acrescenta que o convívio é fundamental para acabar com estereótipos negativos, como o dos brancos em relação aos negros, o que aumenta as vantagens da diversidade racial no âmbito das universidades (DWORKIN, 2005, p. 571 e 572).

29 Nesse sentido, consulte-se o voto do ministro Ricardo Lewandowski na ADPF n. 186/DF (BRASIL, 2014, p. 75).

A adoção de políticas públicas de inclusão que tenham por escopo promover a diversidade étnico-cultural e a heterogeneidade nas universidades encontra respaldo em vários dispositivos espalhados na CF/88, através dos quais foi estabelecido o compromisso do Estado brasileiro, que se declarou uma sociedade pluralista e destituída de preconceitos, de reduzir as desigualdades (art. 3º, III), eliminar todas as formas de discriminação (art. 3º, IV) e repudiar o racismo, cuja prática restou criminalizada inclusive como delito imprescritível (arts. 4º, VIII, e 5º, XLII, respectivamente). Ademais, o Brasil é signatário da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, ratificada em 27 de março de 1968, que autoriza explicitamente a adoção de medidas positivas em relação a “grupos sociais ou étnicos ou indivíduos que necessitem de proteção”, desde que pelo período necessário para promover a sua inclusão social (artigo I-4.)

Reconhecida, destarte, a constitucionalidade das ações afirmativas tendo por finalidade promover a inclusão no ensino superior, resta analisar a adequação do critério racial como fator autônomo para realizar a discriminação positiva na hipótese, à luz do princípio da proporcionalidade.

4 Da igualdade proporcional

No âmbito da jurisdição constitucional, para o fim de proceder à análise de eventual lesão ao princípio da igualdade, não cabe aos tribunais valorar as escolhas feitas pelo legislador, decidindo se optou, por exemplo, pela solução mais justa ou conveniente numa perspectiva de justiça ideal. O papel dos juízes, segundo Robert Alexy, é examinar se a atuação legislativa observou determinados limites, os quais são traçados pelo próprio conceito de arbítrio e delimitam a sua margem de liberdade de conformação.³⁰ O Tribunal Constitucional português (TC) possui jurisprudência assente nesse sentido, segundo a qual

³⁰ ALEXY, 2015, p. 407-408.

a conduta do legislador somente poderá ser censurada se não for possível identificar um fundamento razoável para o tratamento desigual, à luz das finalidades constitucionais que, através da medida de diferenciação, visam-se alcançar.³¹

Para além da racionalidade do fundamento subjacente à discriminação, faz-se mister apurar a razoabilidade da medida concreta que estabelece a diferenciação, o que é feito à luz do princípio da proporcionalidade. Na concepção alexiana de proporcionalidade, a medida de *discrimen* deverá passar pelos crivos da adequação e da necessidade antes de ser submetida ao juízo de ponderação. A medida será adequada desde que se revele idônea para alcançar os fins almejados de acordo com o princípio ao qual a norma de tratamento desigual está associada. No tocante à necessidade, o juízo será positivo se não houver meio alternativo que implique interferência de menor gravidade no princípio contraposto. Caso a medida passe em ambos os testes, analisar-se-á se a vantagem obtida através dos direitos promovidos pela medida de discriminação supera os sacrifícios impostos aos direitos afetados do outro lado do conflito (proporcionalidade em sentido estrito).³²

Mediante o recurso à proporcionalidade, o TC estruturou o princípio o qual denominou *igualdade proporcional*, a fim de realizar o controle judicial de eventuais violações ao princípio da igualdade através de uma análise comparativa entre as situações e (ou)

31 Nesse sentido, confirmam-se o Acórdão n. 546/2011, de 16 de novembro, proferido no processo n. 17/11 (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 546/2011*, de 16 de novembro de 2011, proferido no Processo n. 17/11); e o Acórdão n. 413/2014, de 30 de maio, proferido nos processos n. 14/14, n. 47/14 e n. 137/14 (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 413/2014*, de 30 de maio de 2014, proferido nos Processos n. 14/14, n. 47/14 e n. 137/14).

32 De acordo com o autor, os subprincípios da adequação e da necessidade equivalem aos fatores empíricos da proporcionalidade, enquanto a ponderação propriamente dita corresponde a sua parte jurídico-normativa. Nesse sentido, consulte-se Alexy (2015, p. 116-120 e 588 e ss.) e, de forma mais resumida, porém não menos completa, Alexy (ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, Oxford, v. 12, n. 3, 2014, p. 511-524).

sujeitos em causa.³³ De acordo com o entendimento desenvolvido pelo tribunal, a discriminação deve ser medida em dois níveis de proporcionalidade, isto é, não poderá se mostrar excessivamente gravosa tanto ao se levar em conta as razões que a fundamentam quanto também ao se fazer uma relação de comparação entre o grupo de destinatários da norma e aqueles excluídos do seu âmbito de incidência, na medida em que nenhum deles poderá suportar um sacrifício desproporcional e demasiado.³⁴

Dentro desse contexto, a Corte Constitucional portuguesa entende haver violação à igualdade proporcional se a medida estabelecida pela diferenciação extrapolar os limites impostos pela proibição do excesso, ou seja, quando a parcela de sacrifício exigida de um dos grupos sociais atingidos pelo *discrímen* não puder se justificar em razão de haver meios alternativos disponíveis que permitam obter vantagens equiparáveis.³⁵ Isso corresponde à ideia de otimização desenvolvida por Alexy, no sentido de não impor sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais.³⁶

33 Nesse sentido, confirmam-se os Acórdãos n. 362/2016, de 8 de junho, proferido no Processo 16/16 (PORTUGAL, 2016); e n. 229/2019, de 23 de abril, proferido no Processo n. 742/18 (PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 229/2019*, de 23 de abril de 2019, proferido no Processo n. 742/18).

34 Acerca do tema, confira-se, entre outros, os Acórdãos n. 187/2013, de 5 de abril, proferido no Processo n. 2/13 (PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 187/2013*, de 5 de abril de 2013, proferido no Processo n. 2/13); e n. 413/2014, de 30 de maio, proferido nos processos n. 14/14 e outros (PORTUGAL, 2014), que declararam a inconstitucionalidade de medidas de redução salarial no setor público, nos orçamentos do Estado para 2013 e 2014, respectivamente, por implicar um sacrifício desproporcional e desequilibrado aos trabalhadores públicos em comparação à situação dos servidores da iniciativa privada.

35 Confirmam-se os Acórdãos n. 353/2012, de julho, proferido no Processo n. 40/12 (PORTUGAL, Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 353/2012*, de 5 de julho de 2012, proferido no Processo n. 40/12); e n. 187/2013, de 5 de abril, proferido no Processo n. 2/13 (PORTUGAL, 2013).

36 Essa assertiva é reforçada por Alexy através da máxima de Pareto, segundo a qual uma posição pode ser melhorada, sem que outra precise ser necessariamente sacrificada (ALEXY, 2015, p. 592).

Por outro lado, caso reste evidenciado que a atuação normativa é racional, coerente e se justifica em face da identificação de uma situação de desigualdade através de um critério relevante, conforme os fins perseguidos pela política definida pelo legislador, o Poder Judiciário não deverá interferir em sua opção, ainda que resulte em uma cota de sacrifício adicional a uma das categorias atingidas pela norma legal.³⁷

No tópico a seguir, recorrer-se-á ao juízo de analogia, a fim de definir se a raça, considerando a hipótese concreta do *case study* (ADF n. 186/DF), constitui um fator adequado e relevante para comparar e distinguir os estudantes e, assim, justifica a discriminação positiva em termos de igualdade proporcional, ou se, ao contrário, acaba por beneficiar injustificadamente os negros e impor um sacrifício desproporcional aos estudantes em geral.

5 Dos juízos de analogia e adequação

A legitimidade dos critérios de uma medida de discriminação guarda estreita correspondência com os objetivos sociais

37 Nesse sentido, cite-se o Acórdão n. 396/2011, de 21 de setembro, proferido no Processo n. 72/11 do TC, por seus fundamentos de direito; embora guardem-se reservas quanto à decisão de mérito que deixou de declarar, na ocasião, a inconstitucionalidade de medidas que reduziram parcelas da remuneração de trabalhadores públicos com base no fundamento de que esta categoria não estaria em uma posição de igualdade em relação aos demais trabalhadores, porquanto vinculada ao interesse público, pelo que o sacrifício adicional exigido dela estaria justificado. Conquanto, posteriormente, a Corte Constitucional alterou o entendimento para reconhecer a inconstitucionalidade das mesmas medidas previstas em anos subsequentes e afastou o argumento de que os trabalhadores públicos auferem valores em média superiores aos trabalhadores do setor privado, além de fazerem jus a outras vantagens como estabilidade no emprego. A Corte sopesou, ademais, o prolongamento das medidas por períodos sucessivos e direcionadas somente àquela categoria de trabalhadores, além do fato de já ser possível, naquele momento, vislumbrar soluções alternativas para alcançar a finalidade de reduzir o déficit público [Acórdãos n. 353/2012, de 5 de julho, proferido no Processo n. 40/12 (PORTUGAL, 2012); n. 187/2013, de 5 de abril, proferido no Processo n. 2/13 (PORTUGAL, 2013); e n. 413/2014, de 30 de maio, proferido nos processos n. 14/2014 e outros (PORTUGAL, 2014)].

que se buscam atingir com o tratamento desigual.³⁸ Nesse sentido, segundo Ronald Dworkin, na análise da violação à cláusula de proteção da igualdade, os tribunais devem averiguar tanto as consequências jurídicas da norma legal como suas motivações. O exame da motivação permitirá que se formule um juízo sobre a adequação ou não do critério utilizado para concretizar a medida de discriminação portanto.³⁹

Preliminarmente, consoante o exposto no *Item 2*, a igualdade – ou a desigualdade, como ressalta Alexy – em nenhuma hipótese é absoluta, na medida em que somente se verifica em relação a determinados aspectos ou fatores.⁴⁰ Com efeito, para se chegar a um juízo sobre a adequação do critério de discriminação utilizado, é preciso determinar se a diferença existente entre os sujeitos objeto da comparação na hipótese concreta é relevante e, portanto, justifica o tratamento diferenciado, ou, em caso negativo, se devem ser tratados de forma igual e submetidos à mesma regra, o que é feito através do recurso à analogia.⁴¹

De acordo com David Duarte,⁴² ainda num contexto restrito, uma comparação analógica pode ser feita sob uma pluralidade de fatores, razão pela qual diferentes resultados poderão surgir, uma vez que os termos ou objetos comparados serão equivalentes sob alguns aspectos e diferentes em relação a outros. A conclusão sobre o juízo de analogia na hipótese concreta dependerá da seleção do

38 DWORKIN, 2013, cap. 9.

39 DWORKIN, 2005, p. 584.

40 ALEXY, 2015, p. 399.

41 O uso da analogia, segundo Manuel Atienza, converte-se em um instrumento de justiça formal, na medida em que encontra suporte no princípio da igualdade ao permitir que casos distintos, porém iguais em aspectos definidos como relevantes, sejam submetidos ao mesmo tratamento (ATIENZA, 1985, p. 228).

42 DUARTE, David. Analogy and balancing: the partial reducibility thesis and its problems. *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Bologna, n. 25, 2015, p. 141-154.

fator ou fatores preponderantes e é exatamente nesta operação que reside a complexidade do processo. A escolha do “meta-fator” – na expressão utilizada pelo autor –⁴³ é feita à luz da finalidade que justificou a medida de discriminação, o que permite, desde logo, excluir os fatores considerados irrelevantes para esse efeito.

É nessa fase que os princípios devem ser introduzidos na analogia, ou seja, para orientar a escolha do “meta-fator”, sem o que essa escolha será arbitrária. Todavia, alerta o referido autor, deve-se ter cuidado para que a inserção dos princípios não se sobreponha ao raciocínio analógico, de modo a trazer uma solução direta para o caso, sem que antes sejam construídos os critérios de semelhança ou distinção entre os termos comparados.⁴⁴

Sobre o uso da analogia, Luís Duarte d’Almeida e Cláudio Michelin⁴⁵ esclarecem que a circunstância de os elementos da comparação compartilharem de algumas características comuns não necessariamente será relevante para a conclusão de que comungam de uma terceira, o que dependerá do contexto, ou seja, do objetivo da comparação. Os autores atentam, ademais, para o risco da “superinclusão”, isto é, se como resultado da analogia entre os

43 O autor utiliza a expressão “meta-fator” para se referir àquele que orientará a escolha do fator predominante (Cf. DUARTE, 2015, p. 142-145).

44 Um dos problemas elencados por David Duarte acerca da tese da redutibilidade parcial de Bartosz Brożek, que reduz parcialmente a analogia a uma questão de ponderação de princípios, é a escolha aleatória dos princípios levados à ponderação, o que pode distorcer o resultado da comparação, segundo o primeiro (DUARTE, 2015, p. 147 e ss.). Bartosz Brożek insiste que o raciocínio analógico envolve dois passos, e nenhum deles se refere a fatores de comparação. No primeiro, a semelhança *prima facie* entre os casos é estabelecida em relação ao tipo comum de problema que suscitam, o que já eliminaria, segundo o autor, o risco de princípios irrelevantes serem levados à ponderação (segundo passo). Para conferir a resposta completa à crítica de David Duarte, consulte-se Brożek (BROŻEK, Bartosz. *Analogy and balancing. A reply to David Duarte. Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Bologna, n. 25, 2015, p. 163-170).

45 D’ALMEIDA, Luís Duarte; MICHELON, Cláudio. *The structure of arguments by analogy in law. Edinburgh School of Law Research Paper n. 06/2017*, Edinburgh, 2017, p. 24-27. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2948558>. Acesso em: 8 jan. 2021.

termos comparados for formulada uma regra muito genérica, a mesma regra poderá vir a abranger um terceiro caso que não compartilhe das mesmas relevantes características que foram essenciais para se concluir pela semelhança originalmente.⁴⁶

No caso concreto de que se cuida, como já existe uma norma precedente que beneficia os estudantes em situação de vulnerabilidade econômica na concorrência para o ingresso no ensino público superior, indaga-se se essa mesma norma já contempla os estudantes negros, porquanto estariam em situação análoga à dos destinatários originais. Somente em caso negativo, será possível concluir que de fato se faz necessária uma regra específica direcionada aos estudantes negros, a fim de promover o acesso e a igualdade fática no âmbito das universidades públicas brasileiras, conforme propõe a ação afirmativa em causa.

5.1 Da adequação do critério racial no caso concreto

É possível afirmar que a crítica mais contundente dos contrários às cotas raciais é, sem dúvidas, a alegação de que a existência de uma regra fundada na renda familiar seria suficiente para abranger os candidatos negros e alcançar as finalidades da política afirmativa. À primeira vista, uma análise superficial pode sugerir que a questão não é racial, mas puramente econômica, uma vez que a maioria dos estudantes pobres, que não possui condições de se preparar adequadamente para as provas e exames de acesso ao ensino superior, é também negra. Esse argumento parece convincente, todavia a analogia entre pessoas brancas de baixa renda e negras não está propriamente correta.

De fato, conforme ressaltou o ministro Luiz Fux ao votar no julgamento da ADPF n. 186/DF, “a pobreza no Brasil tem cor”. Embora constituam a maioria da população, as pessoas negras estão

46 Para uma análise mais aprofundada sobre o processo do raciocínio analógico, confira-se Weinreb (WEINREB, Lloyd. *Legal reason: the use of analogy in legal argument*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 41-63).

sub-representadas em todas as posições de poder e categorias privilegiadas da sociedade brasileira, sendo ainda a imagem do País a de pessoas brancas e de origem europeia. Por outro lado, seguem sobrerrepresentadas entre os mais pobres e em todos os indicadores sociais que apontam para a má qualidade de vida e o baixo índice de desenvolvimento humano.⁴⁷

Seria, por outro lado, demasiado simplista afirmar que a situação dos negros no País é equiparável à das pessoas brancas em condição de pobreza. Quem afirma isso está a olvidar que os negros sofrem um estigma simplesmente em razão de sua raça e que independe da condição socioeconômica ou da classe social à qual pertençam. A marginalização dos negros na sociedade brasileira atinge todas as áreas e é fruto de um enorme preconceito racial, com origens óbvias no período escravocrata e que, mesmo após a abolição, relegou aos afrodescendentes brasileiros um papel subalterno em relação aos brancos.

Vejam-se, por exemplo, as taxas de escolaridade dos negros brasileiros, que sempre foram inferiores às dos brancos em quesitos como média de anos de estudo, ingresso na universidade e conclusão do ensino superior.⁴⁸ Para além disso, ainda que equacionada a questão da escolaridade, isto é, mesmo com igual formação acadêmica, estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) aponta que empregados negros auferem rendimentos inferiores aos

47 Os pretos e pardos correspondem a mais de 50% da população do País e estão em situação desvantajosa em relação aos brancos em todos os indicadores sociais relevantes: renda, níveis de analfabetismo, acesso a saneamento básico e serviços de saúde, taxa de mortalidade infantil, entre outros (cf. *Censo Demográfico 2010*, disponível em: http://mapasinterativos.ibge.gov.br/atlas_ge/brasil1por1.html; acesso em: 6 jan. 2021). Os censos são realizados no Brasil a cada dez anos, porém o de 2020 foi adiado em razão da pandemia do novo coronavírus.

48 Síntese de indicadores sociais de 2013 a 2020 (Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?edicao=29143&t=downloads>. Acesso em: 8 jan. 2021). A melhora gradual nos índices da população negra, apesar de ainda inferiores às médias das pessoas brancas, é um indicativo do resultado positivo de alguns anos da adoção de políticas inclusivas no País.

dos brancos e costumam ser preteridos na seleção para cargos de chefia, direção e comando.⁴⁹

Isso fica mais claro quando se analisa a realidade norte-americana, onde, diversamente do Brasil, a maioria dos estudantes pobres que concorrem ao ensino superior é branca. Mesmo assim, trata-se de uma sociedade extremamente estratificada, e os negros estão sub-representados em todos os níveis mais altos quando se analisam renda, riqueza, poder, prestígio e autoridade. De acordo com Dworkin, trata-se de fato de uma estratificação racial, resultante de um preconceito e da criação de estereótipos, que são codificados pela cor da pele e não pela classe ou cultura. Desse modo, conclui o autor, as universidades americanas jamais poderão alcançar a diversidade racial indiretamente, isto é, baseando-se no critério da baixa renda para representar a raça, ou recorrendo a outros meios que não surtirão o mesmo efeito das políticas de inclusão fundadas no critério racial.⁵⁰

Ante todo o exposto, é possível inferir que a ilação de que os negros devem ser equiparados aos estudantes de baixa renda não é satisfatória para o caso concreto, porquanto não atende às finalidades constitucionais da ação afirmativa de tornar o ensino público superior acessível e diversificado. O que impede as pessoas negras de alçarem um *status* social equiparável ao dos brancos não é apenas e necessariamente a falta de renda, mas o estigma de rejeição que carregam, que afeta a própria imagem que têm de si mesmas e sua autoestima, para além das barreiras impostas pelo preconceito disseminado na sociedade.

Assim, conquanto a maioria dos estudantes negros brasileiros compartilhem da precária situação financeira, não significa que estejam no mesmo patamar daqueles que são brancos e de baixa renda, pois carregam um peso que transcende a questão econômica,

49 SILVA, Tatiana Dias; DA SILVA, Josenilton Marques. *Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013*. Nota técnica, n. 17. Brasília: Ipea, 2014, p. 4 e 5.

50 DWORKIN, 2005, p. 568-602.

simplesmente em razão de sua origem racial. Destarte, conclui-se que a raça é o fator preponderante para se fazer a comparação na hipótese de que se cuida e permite distinguir os estudantes negros para o objetivo em causa, qual seja, o de promover a igualdade fática no âmbito do corpo discente acadêmico, do que resulta negativo o juízo de analogia proposto pelos opositores da cota racial.

Desse modo, o critério racial é idôneo para estabelecer a distinção entre os estudantes, a fim de promover a inclusão no ensino público superior, porquanto adequado ao propósito de igualar as oportunidades de acesso. Com efeito, as dificuldades enfrentadas pelas pessoas negras em todas as áreas e níveis sociais, consoante visto acima, com reflexos evidentes na vida estudantil e intelectual como um todo, não são as mesmas que aquelas vivenciadas pela generalidade das pessoas, independentemente da faixa de renda.

Do ponto de vista dos candidatos não cotistas, também não se vislumbra nenhum sacrifício desproporcional. Embora seja excluído da concorrência geral um percentual de vagas reservado às cotas – no caso 20% –, permanecem aqueles com o direito a concorrer à maioria das vagas, que serão ocupadas por candidatos da lista geral, enquanto os cotistas somente concorrem às vagas reservadas se atingirem a nota mínima de corte pelo menos. Desse modo, em termos de igualdade proporcional, a adequação do critério racial revela-se evidente e justifica a discriminação positiva em favor dos estudantes negros de forma desvinculada da renda, ou seja, do critério econômico.

Numa visão alexiana, destarte, pode-se afirmar que a cota racial é justa, na medida em que promove o princípio da igualdade de uma maneira tão eficaz que nenhuma outra política inclusiva alternativa o faria, pois os benefícios sociais e comunitários que gera superam a parcela de sacrifício imposta aos concorrentes não cotistas.⁵¹⁻⁵²

51 ALEXY, Robert. La fórmula del peso. Tradução de Carlos Bernal Pulido. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 15 e ss.

52 Acerca da efetividade da cota racial em relação à cota baseada na renda, consulte-se: <https://www.valor.com.br/brasil/6299195/cotas-raciais-foram-mais-efetivas-do-que-por-renda-afirma-estudo>. Acesso em: 8 jan. 2021.

6 Conclusão

Ante todo o exposto linhas acima, resta patente a conclusão de que o STF, no julgamento da ADF n. 186/DF, analisou a questão de modo aprofundado e tomou uma decisão técnica ao reconhecer, por unanimidade, a constitucionalidade das cotas raciais. À partida, o acórdão admitiu que a adoção de ações afirmativas e políticas inclusivas pelo Estado é condizente com o princípio constitucional da igualdade quando interpretado numa perspectiva material, ou seja, de promoção e igualação de direitos, em consonância com os propósitos extraídos da CF/88 e os compromissos internacionais firmados pelo governo brasileiro de redução da desigualdade racial e combate a todas as formas de discriminação e preconceito.

Quanto à utilização do critério racial para promover a discriminação positiva de acesso ao ensino público superior, embora não tenha sido feito expressamente um raciocínio analógico para fins de comparar a situação dos candidatos negros com a dos candidatos de baixa renda, a admissibilidade da raça como critério autônomo decorreu do reconhecimento de que o preconceito racial no Brasil sempre existiu e constitui o motivo para a exclusão social e econômica das pessoas negras. Em suma, os ministros concluíram que o critério é adequado para se efetuar o *discrimen* que fundamenta a ação afirmativa em foco, pois de outro modo não se alcançaria o objetivo de superar a desigualdade étnico-racial espaiada em todos os campos da sociedade brasileira e que ultrapassa a questão socioeconômica, consoante discorrido ao longo do desenvolvimento do artigo.

O único voto dissonante – embora não tenha divergido quanto à decisão de mérito, ressalte-se – foi o do ministro Gilmar Mendes, que se mostrou reticente quanto à adoção do critério puramente racial. As críticas do ministro, todavia, não se referem propriamente à adequação ou não da raça como critério de distinção entre os estudantes para fins de igualar as oportunidades de acesso ao ensino superior, mas ao método de identificação dos beneficiários da cota, com base no fenótipo, que não seria eficiente, conforme seu entendimento.

Assim, de um modelo inicial consistente na autodeclaração do candidato, evoluiu-se para a associação a outros mecanismos de heteroidentificação, como entrevista e avaliação por uma comissão formada por especialistas, entre outros. O método pode não ser perfeito e gerar distorções pontuais, porém não constitui argumento idôneo para justificar a inconstitucionalidade das políticas inclusivas baseadas na raça. Primeiro, porque se trata de uma questão de operacionalização da discriminação para fins de atribuição da cota em concreto e nada tem a ver com o reconhecimento do direito em si. Ademais, os instrumentos de identificação do componente étnico-racial vêm sendo aperfeiçoados sistematicamente, para o fim de combater eventuais fraudes e injustiças na identificação dos beneficiários. Tais imperfeições não infirmam os resultados da política inclusiva, tanto que, após mais de dez anos do implemento das primeiras cotas raciais no País, os negros já são maioria no ensino superior, segundo revelou estudo recente da Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (Andifes).⁵³

Nesse aspecto, destarte, o acórdão também analisou a matéria detidamente, e todas as ressalvas ao mecanismo de reconhecimento dos cotistas raciais foram rebatidas expressamente nos votos do relator da arguição, Ricardo Lewandowski, e da maioria dos demais ministros, dentre os quais se destacou, quanto a esta questão específica, o voto do ministro Marco Aurélio citado no início deste artigo.

A decisão acerca da constitucionalidade das cotas raciais e dos respectivos instrumentos de identificação dos beneficiários, ressalte-se, foi confirmada alguns anos depois pela mesma corte constitucional no julgamento da ADC n. 41/DF – sobre a reserva de vagas para pessoas negras em concursos públicos no âmbito da

53 Disponível em: <http://www.andifes.org.br/maioria-dos-alunos-das-universidades-federais-tem-renda-baixa-e-parda-ou-preta-e-vem-de-escola-publica/>. Acesso em: 8 jan. 2020.

Administração federal –, que debateu amplamente a questão e concluiu que eventuais dificuldades na definição de critérios objetivos para confirmar a autodeclaração dos candidatos cotistas não deslegitimam a adoção das ações afirmativas de viés racial, tampouco podem obstar o reconhecimento dos direitos fundamentais que através desse sistema de cotas se pretende concretizar.

Para além disso, o acerto da decisão tomada pelo STF na ADPF n. 186/DF, quando as cotas raciais estavam ainda em período inicial de implementação e antes da edição da Lei n. 12.711/2012, que criou a reserva de vagas no ensino público superior, é corroborado pelos resultados das políticas inclusivas de acesso à educação e ao mercado de trabalho baseadas na raça após alguns anos de sua execução.

Nesse sentido, destaquem-se os efeitos positivos das políticas inclusivas fundadas na raça, que transcendem os seus destinatários diretos, pois beneficiam toda a comunidade acadêmica ao promover a diversidade no corpo discente da universidade. Com efeito, o direito à inclusão, de fato, não é apenas do incluído, mas de todos aqueles que têm oportunidade de conviver e aprender de forma plural. Como efeito reflexo, chama atenção o aumento do número de brasileiros autodeclarados pretos ou pardos nos últimos censos demográficos, o que revela uma ressignificação da própria identidade racial, isto é, os brasileiros estão reconhecendo e se apropriando de sua raça. A criação desse sentimento de pertencimento racial até então ignorado por grande parte da população brasileira, entre outras atitudes e mudanças culturais, expressa mais um dos resultados decorrentes das ações afirmativas que impactam positivamente a sociedade como um todo.

Referências

ALEXY, Robert. Formal principles: some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, Oxford, v. 12, n. 3, p. 511-524, 2014.

ALEXY, Robert. La fórmula del peso. Tradução de Carlos Bernal Pulido. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 13-42.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. (reimp.). São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ATIENZA, Manoel. Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, San Vicente del Raspeig, n. 2, p. 223-229, 1985.

BROŽEK, Bartosz. Analogy and balancing. A reply to David Duarte. *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Bologna, n. 25, p. 163-170, 2015.

D'ALMEIDA, Luís Duarte; MICHELON, Cláudio. The structure of arguments by analogy in law. *Edinburgh School of Law Research Paper n. 06/2017*, Edinburgh, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2948558>. Acesso em: 8 jan. 2021.

DUARTE, David. Analogy and balancing: the partial reducibility thesis and its problems. *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Bologna, n. 25, p. 141-154, 2015.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Bloomsbury, 2013. *E-book*.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. *In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (org.). Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais.* Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 15-57.

QUEIROZ, Cristina. *Justiça constitucional.* Lisboa: Petrony, 2017.

SILVA, Tatiana Dias; DA SILVA, Josenilton Marques. *Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei 6.738/2013.* Nota técnica, n. 17. Brasília: Ipea, 2014.

WEDDERBURN, Carlos Moore. Do marco histórico das políticas públicas de ações afirmativas – perspectivas e considerações. *In: SANTOS, Sales Augusto dos (org.). Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas.* Brasília: Edições MEC/UNESCO, 2005. p. 313-342.

WEINREB, Lloyd. *Legal reason: the use of analogy in legal argument.* New York: Cambridge University Press, 2005.

O extremismo político destrutivo e a regulação jurídica das redes sociais

Monique Cheker

Procuradora da República. Mestranda em Processo e Efetivação da Justiça e dos Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis-RJ. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O artigo apresenta considerações sobre parte da obra *O conceito do político*, de Carl Schmitt. Com base na diferenciação feita pelo referido filósofo entre “amigo” e “inimigo” como critério político, traça-se um paralelo com um fenômeno que se convencionou chamar de “extremismo político destrutivo”. Através deste, a partir de uma visão única de mundo, busca-se aniquilar opositores, com agressões e sufocamento ideológico, tendo as redes sociais como principal meio de instrumentalização do discurso de ódio. Procura-se demonstrar, ainda, que esse radicalismo político acarreta efeitos danosos em outras áreas essenciais para a consolidação de uma verdadeira democracia, como a liberdade de expressão, a transparência e o combate à corrupção. Por fim, são feitos breves comentários sobre as tentativas de regulação jurídica e controle das redes sociais e da internet, também como reflexo daquele fenômeno.

Palavras-chave: Carl Schmitt. Amigo. Inimigo. Corrupção. *Accountability*. *Fake news*.

Abstract: The article presents considerations about part of the work *The Concept of the Politician*, by Carl Schmitt. Based on the differentiation made by the aforementioned philosopher between “friend” and “enemy” as a political criterion, a parallel is drawn with a phenomenon that was conventionally called “destructive political extremism”. Through this, from a unique view of the world, we seek to annihilate opponents, with aggressions and ideological suffocation, with social networks as the main means of instrumentalizing hate speech. It also seeks to demonstrate that this political radicalism has harmful effects in other areas essential to the consolidation of

a true democracy, such as freedom of expression, transparency and the fight against corruption. Finally, brief comments are made on attempts at legal regulation and control of social networks and the internet, also as a reflection of that phenomenon.

Keywords: Carl Schmitt. Friend. Enemy. Corruption. Accountability. Fake news.

Sumário: 1 Introdução. 2 A dicotomia “amigo” e “inimigo”. 2.1 O inimigo na teoria schmittiana. 2.2 Os extremismos destrutivos e a eliminação do conceito de político. 3 Os projetos de lei sobre *fake news*. 4 Conclusão.

1 Introdução

Em 1932, Carl Schmitt escreveu sobre *O conceito do político*, que, como bem destaca Jürgen Habermas na introdução a uma das edições da obra, conseguiu reunir concisão conceitual com surpreendentes e brilhantes associações, responsáveis por fazer com que seus ensinamentos persistam até os dias atuais, e motivem explicações interpretativas para algumas adversidades que ocorrem no presente.

“O conceito de Estado¹ pressupõe o conceito do Político” e, não obstante isso, “encontrar-se-á raramente uma clara definição de político”, diz Schmitt logo nas primeiras páginas do livro, de um lado, como forma de demonstrar a importância do objeto de sua pesquisa e, de outro, para evidenciar o desafio que o espera.

O político tem imbricações em áreas importantes à sociedade, como a religião, a cultura, a economia, o jurídico e o científico, pois, segundo o referido filósofo, “todas as questões até agora ‘apenas’ sociais se transformam em estatais, como ocorre necessariamente em uma coletividade organizada”.²

1 Na obra, Estado é definido como “*status* político de um povo organizado dentro de uma unidade territorial” (SCHMITT, Carl. *O conceito do político / Teoria do Partisan*. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 19).

2 SCHMITT, 2008, p. 24.

A dicotomia “amigo” e “inimigo” trazida por Schmitt nos leva a refletir sobre o momento político que vivemos, em especial a visão facilmente encontrada em redes sociais de que o mundo é dividido, exclusiva e radicalmente, pelas ideologias de “direita” ou de “esquerda”, sem sequer haver um aprofundamento do que seja, realmente, uma ou outra. Independentemente de as pessoas possuírem ou não posições políticas ou ideológicas uniformes ou já preconcebidas na mente, taxar um cidadão como de “esquerda” ou de “direita”, atualmente, é tão ou mais necessário do que saber o seu nome.

Antes mesmo de se conhecer uma pessoa ou de se perderem alguns preciosos minutos de tempo para saber suas posições, uma única pergunta (“se ela é de direita ou de esquerda?”) pode já significar uma adivinhação sobre sua opinião em temas polêmicos, como, por exemplo, criminalização ou não do uso/comercialização de substâncias entorpecentes, do aborto, da ampliação ou não da posse e do porte de armas, dentre centenas de outros possíveis temas.

Contudo, a problemática não para por aí. Enquadrar alguém como de “esquerda” ou de “direita”, não raro, acarreta uma sucessão de agressões e de criminalizações de pessoas ou grupos, isto é, uma forma de julgar violentamente e fazer exclusões preconceituosas e destrutivas (resvalando para o campo da moralidade). O que Carl Schmitt tem a ver com tudo isso?

Carl Schmitt não só foi o primeiro grande filósofo a se preocupar em desenvolver um conceito de político, como fez isso com toques de conflituosidade e de polaridade. Aliás, sua própria vida é repleta de debates, tendo em vista os notórios vínculos com o antigo Partido Nazista.³ Dessa forma, inevitável comentar parte de sua obra ao escrever sobre o fenômeno político extremista.

3 Sobre a inscrição de Schmitt no Partido Nazista, escreve Filippo Ruschi: “*La tessera 2.098.860 del NSDAP rilasciata il 1 maggio 1933 e intestata a Carl Schmitt, dunque, sigillava un percorso tutt'altro che lineare*” (RUSCHI, Filippo. Carl Schmitt e il nazismo: ascesa e caduta del Kronjurist. *Estratto da JURA GENTIUM*, Firenze, v. IX, anno 2012, p. 129. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/301565572.pdf>. Acesso em 1º set. 2020). Tradução livre: “O cartão 2.098.860 NSDAP emitido em 1º de maio de 1933 e em nome de Carl Schmitt, portanto, selou um caminho que era tudo menos linear”.

Necessário registrar que, na referência ao conceito de político de Carl Schmitt, não se rechaçam outros conceitos igualmente importantes que focam em outras características.⁴ Da mesma forma, por claro, não se afastam críticas pertinentes feitas em relação à teoria do referido filósofo.⁵

Utilizarei a expressão “extremismo político destrutivo”, mas destaco que noto características muito parecidas desse fenômeno com o que alguns estudiosos, tecnicamente, chamam de “fascismo”. A diferença é de amplitude e de opção linguística.

Neste breve artigo, apresentarei reflexões sobre o radicalismo destrutivo de parte do discurso político que marginaliza e crimi-

4 Como exemplo, há o interessante conceito citado por Colm Gillis: “*Politics is social manoeuvring disguised as ethics. Social manoeuvring is the essence of politics but ethics is the Trojan horse of political tactics and strategies. So, a leader or intellectual may advance an argument that the other team are behaving unfairly while turning a blind eye to similar or worse infractions [...]*” (GILLIS, Colm. *Controversy and crisis: the question concerning the unquestioned in IBN Khaldun, Machiavelli and Carl Schmitt*. Independently Published, 2018, *E-book*, posição 174). Tradução livre: “A política é uma manobra social disfarçada de ética. A manobra social é a essência da política, mas a ética é o cavalo de Tróia das táticas e estratégias políticas. Assim, um líder ou intelectual pode apresentar um argumento de que a outra equipe está se comportando de maneira injusta enquanto fecha os olhos para infrações semelhantes ou piores [...]”.

5 Argemiro Martins destaca uma das críticas feitas por Jürgen Habermas: “o conceito do político é uma definição ‘expressionista’ típica da época de Schmitt e que termina por negligenciar o que se considera política nas democracias pluralistas contemporâneas. Schmitt parece apenas conhecer uma normatividade fictícia ou uma facticidade sem normas, o que não dá oportunidade à normalidade do direito, uma vez que a exceção não seria um estado a superar, mas a própria essência do político. O que interessa à Schmitt do Estado moderno é o seu momento fundante, a excepcionalidade que se traduz numa decisão soberana no estado de exceção” (MARTINS, Argemiro. O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt em seu tempo e para além dele. In: BUENO, Roberto; RAMIRO, Caio Henrique Lopes (org.). *Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar*. Tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. São Paulo: LiberArs, 2017, p. 35). Também merece registro: “Essa abordagem schmittiana da noção de político, segundo Flickinger, revela-se oposta a qualquer outra que tende a colocar a ideia da necessária integração da sociedade como núcleo da política, seja por meio do planejamento ou da organização sociopolítica, o que, talvez, justifique a dificuldade em compreender sua conceituação da política” (GUERRA, Elizabete Olinda. *Carl Schmitt e Hannah Arendt: olhares críticos sobre a política na modernidade*. 2. ed. São Paulo: LiberArs, 2019, p. 117).

naliza o “outro lado”, não necessariamente segmentos específicos da população com o uso de um discurso ultranacionalista,⁶ embora todo esse conjunto possa estar também presente. Além disso, opta-se por não usar o termo “fascismo” por este trazer uma carga semântica histórica que pode levar o leitor a imaginar outros aspectos não retratados aqui, sem contar que o próprio termo, às vezes, é utilizado indevidamente dentro do extremismo que será explorado.

Por fim, abordar-se-á em que medida todo esse fenômeno influencia e influenciou nas tentativas de regulação jurídica das redes sociais, a exemplo do Projeto de Lei n. 2.630, de 2020, já aprovado no Senado Federal e remetido à Câmara dos Deputados.

2 A dicotomia “amigo” e “inimigo”

2.1 O inimigo na teoria schmittiana

Os valores extremos guiam a vida social, e, da mesma forma como podem ser citados o *bom* e o *mau* no âmbito da moral; o *belo* e o *feio* na estética; o *útil* e o *prejudicial* ou o *rentável* e o *não rentável* na área econômica, Carl Schmitt pauta sua concepção autônoma do político na diferenciação *amigo* e *inimigo*.

Esse sistema de antagonismos, de contraposições ou de antíteses,⁷ segundo António Bento, seria justificado pela influência que o poema de Theodor Däubler (1876–1934) *Nordlicht* ou *Das Nordlicht* (*Aurora Boreal* ou *A luz do norte*) teve sobre os pensamentos de Schmitt. Naquele é afirmado um “dualismo geral do mundo sensível, que regressa em numerosas contraposições: homem e mulher, tempo e espaço, vertical e horizontal, aritmética e geometria, electricidade e magnetismo”. Ainda, que “os

6 Na definição de Jason Stanley: “Escolhi o rótulo ‘fascismo’ para qualquer tipo de ultranacionalismo (ético, religioso, cultural), no qual a nação é representada na figura de um líder autoritário que fala em seu nome” (STANLEY, JASON. *Como funciona o fascismo*. A política do “nós” e “eles”. Tradução: Bruno Alexander. Porto Alegre: L&PM, 2018. E-book, p. 6).

7 GUERRA, 2019, p. 26.

dois focos da elipse procurem o centro sem, contudo, o alcançarem, é a explicação de toda a vida”.⁸

Na linha de pensamento de Schmitt, a controvérsia e a crise são o oxigênio da vida política, de forma que uma ordem político-jurídica desprovida de controvérsia e crise deixou de ser uma ordem político-jurídica digna de consideração.⁹ Assim:

O inimigo político não precisa ser moralmente mau, não precisa ser esteticamente feio; ele não tem que se apresentar como concorrente econômico e, talvez, pode até mesmo parecer vantajoso fazer negócios com ele. *Ele é precisamente o outro, o desconhecido e, para sua essência, basta que ele seja, em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele [...]* (grifo nosso).¹⁰

Na coerência sistemática schmittiana, toda contraposição em qualquer área do conhecimento, como religiosa, moral, econômica, étnica etc., transforma-se em uma contraposição política “quando é forte o suficiente para agrupar os seres humanos efetivamente em amigos e inimigos”.¹¹

O que importa, então, na visão de Carl Schmitt para a caracterização da ação política é estar sempre presente a possibilidade de escolha entre amigo e inimigo. Nas precisas palavras de Elizabete Olinda Guerra,

[...] é no campo político que se estabelece a situação-limite onde o conflito pode ser instaurado. Disso decorre que, na teoria schmittiana, há sempre presente a pressuposição da guerra, da luta, ou do confronto, que, se concretizada, será mediada ou resolvida

8 BENTO, António. *Teologia e mitologia política: um retrato de Carl Schmitt*. Covilhã: Universidade da Beira do Interior, 2000, p. 19. Disponível em: <http://docplayer.com.br/79034408-Teologia-e-mitologia-politica-um-retrato-de-carl-schmitt.html>. Acesso em: 15 ago. 2020.

9 GILLIS, 2018, posição 1838.

10 SCHMITT, 2008, p. 28.

11 SCHMITT, 2008, p. 39.

pela política. Consta-se que, para Schmitt, o homem possui natureza combativa. Desse modo, a possibilidade da política existir está sempre presente, potencialmente.¹²

Apesar da presença do ideal de “conflito”, o autor rechaça a utilização vulgar do termo político para definir todo tipo de contraposição, ou seja, é importante saber se o adversário é apresentado como “apolítico” (no sentido de desconhecedor do mundo) ou se o uso do termo “político” é apenas para desqualificá-lo.¹³

O conceito de inimigo não coincide com o conceito de concorrente econômico ou de adversários num debate ético. Conforme registrado por Lara Castro:

É possível, por exemplo, ser inimigos com membros de grupo hostil que se julga ser moralmente bom. E é igualmente possível não estar envolvido em uma relação de inimizade mútua com um grupo cujos membros individuais julgam ser maus.¹⁴

Schmitt sustenta que os conceitos de amigo e inimigo devem ser tomados em seu sentido concreto e existencial, isto é, a possibilidade de se entrar em combate com o inimigo deve ser real. Por outro lado, a guerra, que é o ápice da inimizade política, não precisa ser desejável, mas apenas potencial:

[...] a guerra é apenas a realização extrema da inimizade. Ela não precisa ser nada cotidiano, nada de normal, tampouco precisa ser percebida como algo ideal ou desejável, tendo, antes, que permanecer existente como possibilidade real, na medida em que o conceito de inimigo conserva seu sentido.

[..]

Destarte, o critério da distinção entre amigo e inimigo tampouco significa de modo algum que um determinado povo

12 GUERRA, 2019, p. 117.

13 SCHMITT, 2008, p. 33.

14 CASTRO, Lara. *Carl Schmitt*. [S. l.]: Amazon Media, 2020. *E-book*, posição 178.

tenha que ser eternamente amigo ou inimigo de outro povo determinado, ou que uma neutralidade não possa ser possível ou politicamente razoável.¹⁵

Os conceitos de amigo e inimigo, ademais, não podem constituir metáforas ou símbolos, misturados ou enfraquecidos por noções econômicas, morais e outras, ou seja, o inimigo político “não precisa ser moralmente mau, não precisa ser esteticamente feio”.¹⁶

Eventuais inimizades pessoais não possuem relevância para o fenômeno político. Diz: “tampouco é inimigo o adversário privado a quem se odeia por sentimentos de antipatia [...]. Inimigo é somente o inimigo público”.¹⁷

Para Schmitt, a expressão “político” somente pode se equiparar ao termo “político-partidário” quando a unidade política (do “Estado”) perde sua força, fazendo com que as contraposições intraestatais adquiram uma “intensidade mais forte do que a contraposição comum de política externa contra um outro Estado”.¹⁸

Em obra que trata sobre a essência da política (*l'essence du politique*), Julien Freund, considerado discípulo e continuador da obra de Carl Schmitt, teria feito a seguinte análise sobre a dicotomia amigo-inimigo:

[...] alguns simplesmente não dão atenção à essência do político, pois preocupam-se mais em construir uma sociedade pacífica e harmoniosa, como se a esperança em um porvir melhor pudesse mesmo afastar a hostilidade e pudesse converter a política em uma atividade de conciliação pura, ou uma seara onde reinasse uma espécie de paternidade constante.¹⁹

15 SCHMITT, 2008, p. 35 e 37.

16 SCHMITT, 2008, p. 28.

17 SCHMITT, 2008, p. 30.

18 SCHMITT, 2008, p. 34.

19 GUERRA, 2019, p. 29.

Há quem indique que o mais notável no conceito schmittiano de político é a ideia de que “o político não é uma substância ou um domínio de objetos, mas uma relação, uma função, ou até ‘um modo’. É da essência do político referir-se potencialmente a todas as atividades, e a todos os tipos de relações que os homens mantêm”.²⁰

2.2 Os extremismos destrutivos e a eliminação do conceito de político

Como visto brevemente, apesar de haver na teoria schmittiana uma dicotomia “paz e guerra”, pode-se também concluir, com a mesma certeza, que não há o objetivo de destruição do inimigo, da mesma forma como enxergamos em alguns discursos extremistas da atualidade.

Ao contrário, a guerra total seria um desastre do ponto de vista estritamente político, pois, ao tentar aniquilar o inimigo, estar-se-ia eliminando o elemento que constitui a política. Em outras palavras, o inimigo, no conceito político, é um adversário com quem se deve lutar, certamente, mas com quem um dia se pode fazer as pazes.²¹

Contrariamente é uma política extremista destrutiva. Segundo registra Jason Stanley, a política fascista divide a população em “nós” e “eles”, excluindo grupos, limitando a capacidade de empatia entre cidadãos, “levando à justificação do tratamento desumano, da repressão da liberdade, da prisão em massa e da expulsão, até, em casos extremos, o extermínio generalizado”.²²

“Não é preciso odiar pessoalmente o inimigo no sentido político”, escreve Schmitt. Na mesma linha de raciocínio, o autor diz que não devemos criminalizar o inimigo político. Ao contrário:

20 GUERRA, 2019, p. 30.

21 BENOIST, Alain de. *Carl Schmitt today: terrorism, ‘just’ war, and the State of Emergency*. London: Arktos, 2013. *E-book*, p. 22.

22 STANLEY, Jason. *Como funciona o fascismo*. A política do “nós” e “eles”. Tradução: Bruno Alexander. Porto Alegre: L&PM, 2018. *E-book*, p. 7.

*To say that the enemy is a criminal is a way of denying him all political claims, thus disqualifying him politically. The criminal cannot claim an opinion or an idea whose degree of truth or falsehood it may be necessary to evaluate; he is an intrinsically destructive being. When one fights in the name of what is absolutely valuable, the enemy is absolutely devalued: he is declared an absolute non-entity.*²³

Dentre as características do autoritarismo, Levitsky e Ziblatt elencam a negação da legitimidade dos oponentes. Segundo eles, “[p]olíticos autoritários descrevem seus rivais como criminosos, subversivos, impatrióticos ou como uma ameaça à segurança nacional ou ao modo de vida existente”.²⁴ Tudo isso destoa, substancialmente, da versão de inimigo político de Schmitt.

Dentro da teoria schmittiana de político, há limites a serem seguidos na identificação do “inimigo”. Conforme descrito acima, não se trata de uma corrida de destruição moral completa do inimigo ou de sua criminalização, manifestações muito frequentes nos dias atuais dentro da política brasileira.²⁵

A política extremista destrutiva também vai além da caracterização de Schmitt do inimigo político, pois se presta, se necessário, a “aniquilar um senso comum de história, criando um passado mítico para respaldar sua visão do presente”, instituindo “um estado de irrealidade, em que as teorias da conspiração e as notícias falsas tomam o lugar do debate fundamentado”.²⁶ É o caso, por

23 BENOIST, 2013, p. 26. Tradução livre: “Dizer que o inimigo é um criminoso é uma forma de negar-lhe todas as reivindicações políticas, desqualificando-o politicamente. O criminoso não pode reivindicar uma opinião ou uma ideia cujo grau de verdade ou falsidade possa ser necessário avaliar; ele é um ser intrinsecamente destrutivo. Quando se luta em nome do que é absolutamente valioso, o inimigo é absolutamente desvalorizado: ele é declarado uma não entidade absoluta”.

24 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 67.

25 Obviamente, não somente dentro da política brasileira. Nos EUA, parece ocorrer o mesmo fenômeno, mas não há espaço ou intenção de trazer à discussão o momento político americano.

26 STANLEY, 2018, p. 8.

exemplo, da negação do holocausto pelos nazistas, com o intuito de dar sustentação a teorias supranacionalistas.

O fato é que a destruidora visão maniqueísta (esquerda ou direita, ou qualquer outra que se fizer presente na política), que concebe o mundo como um campo de batalha irremediavelmente dividido em dois polos (metaforicamente, o do Bem e o do Mal), ignora valores humanísticos e princípios fundamentais de convívio social. Para esse tipo de pensamento debelador, não há espaço para uma terceira via.

Imperioso lembrar que a visão de Schmitt pode se fundar numa concepção conflituosa de política, rechaçando até ideias liberais de igualdade e bem-estar,²⁷ mas, definitivamente, não numa visão de extermínio, de eliminação, de destruição completa da reputação ou da moral do inimigo político.²⁸

27 “Schmitt clearly never was a liberal. He opposed liberalism because he denies or political [...] Liberalism neutralises and depoliticises, for example, economics, based on its commitment to equality, liberty, individuality and rationality” (XIONG, Wanling. *Protecting democracy from liberalism: defending Carl Schmitt’s critiques of liberal democracy*. Leiden: Universiteit Leiden, 2019, p. 6. Disponível em: <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/69445/Protecting%20Democracy%20from%20Liberalism-Wanling%20Xiong%28MA%20Philosophy%29.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 ago. 2020). Tradução livre: “Schmitt claramente nunca foi um liberal. Ele se opôs ao liberalismo porque nega o político [...] O liberalismo neutraliza e despolitiza, por exemplo, a economia, com base em seu compromisso com a igualdade, liberdade, individualidade e racionalidade”. Interessante citar também a conclusão de Argemiro Martins: “Schmitt vê um grande problema na autonomia privada do liberalismo no contexto da sociedade de massas que via nascer. O reconhecimento das diversas autonomias pelo pluralismo leva ao reconhecimento do ‘poder’ dos diversos agentes sociais sem atribuir-lhes a responsabilidade do soberano [...] Schmitt não acredita que a sociedade moderna seja capaz de extrair de si mesmas suas próprias orientações normativas a partir de um contexto plural pautado por interesses privados, egoístas e conflitantes entre si” (MARTINS, 2017, p. 36).

28 “In supporting the view that politics, even in peacetime, possesses a conflictual dimension, Schmitt adopts a position close to that of [Carl von] Clausewitz, but which should not be confused with it; it tends rather to complete it and to go beyond it. Clausewitz sees what is political in war, Schmitt what is conflictual in politics.” (BENOIST, 2013, p. 21). Tradução livre: “Ao apoiar a visão de que a política, mesmo em tempos de paz, possui uma dimensão conflituosa, Schmitt adota uma posição próxima à de [Carl von] Clausewitz, mas que não deve ser confundida com ela; tende antes a completá-lo e a ir além dele. Clausewitz vê o que é político na guerra, Schmitt, o que é conflituoso na política”.

Ao orientar que cidadãos sigam, fiel e cegamente, ideologias ou autoridades, o discurso extremista destrutivo coloca em segundo plano temas essenciais à construção de uma sociedade mais democrática e justa, como o real combate à corrupção.²⁹ O pensar autoritário impõe certezas predefinidas e que não precisem ser confrontadas com “o que ainda não foi pensado”.³⁰

O extremismo destrutivo e autoritário³¹ aniquila a noção de *accountability*, isto é, de transparência ou prestação de contas, incentiva o patrimonialismo (inversão da *res publica* pela *res privata*)³² e

29 Nesse aspecto, necessário um olhar apurado sobre a anotação feita por Jason Stanley, sem qualquer dado empírico ou estatístico, de que “campanhas anticorrupção estão frequentemente no centro dos movimentos políticos fascistas” (STANLEY, 2018, p. 28). Circunstancialmente, alguns políticos mal-intencionados podem se utilizar da campanha anticorrupção, mas, obviamente, não são campanhas que retratam uma verdadeira intenção do governo e, logo, são abandonadas. A tática oportunista, igualmente, não é exclusiva de políticos fascistas. Então, não se deve compreender como uma “marca” ou “característica” própria de discursos extremistas, mas de diversos fatores. Precisas as palavras de Lília Moritz Schwarcz: “História não é competição de salto em distância, nem é possível elaborar uma narrativa evolutiva quando o tema é corrupção” (SCHWARCZ, Lília Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo – Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2019. *E-book*, p. 110), não obstante a própria autora diga que o regime militar se valeu do discurso anticorrupção para a realização do golpe militar: “As práticas corruptas andavam mesmo entranhadas no país. Tanto que em 1964 os militares usaram a corrupção e o comunismo como argumentos principais para deflagrar um golpe e com ele instituir a ditadura” (SCHWARCZ, 2019, p. 114–115). O ponto é: essa correlação (campanhas anticorrupção e fascismo) pode ocorrer mas não necessariamente ocorre, pois as práticas oportunistas são bem mais amplas e complexas.

30 CHAUI, Marilena. *Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro*. Org. André Rocha. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013. v. 2. *E-book*, p. 23.

31 “Um regime ditatorial, como sabemos, não permite a averiguação dos fatos, nem o controle e a punição da corrupção.” (SCHWARCZ, 2019, p. 118).

32 No Brasil, não raro, milhares de reais não declarados são encontrados em operações do Ministério Público e da polícia, e vinculados a alguns políticos; bens e obras de arte são guardados em banco em nome de agentes públicos, sem renda compatível. Esse é o símbolo mais claro do patrimonialismo que tem íntima relação com a corrupção. Conforme destaca Lília Moritz Schwarcz: “Se o patrimonialismo é o primeiro inimigo da República, o segundo principal adversário atende pelo nome

induz práticas corruptas, sendo necessário frisar que a história evidência que a corrupção não é um tema exclusivo de uma ou de outra ideologia política.³³ O comportamento do governante, qualquer que seja ele, é sempre o necessário para a manutenção daquela específica ideologia que deve ser preservada a todo o custo. Até porque “qualquer situação é melhor do que o outro lado”.

O simples fato de alguém questionar algo aparente ou possivelmente contraditório no discurso extremista destrutivo é suficiente para que essa pessoa seja taxada de “direita” ou de “esquerda”, além das ofensas (“como personificação do mal”) e das agressões típicas de um comportamento autoritário que anseia por seguidores fiéis, não cidadãos pensantes.

Essas negações afetam, por conseguinte, diretamente a liberdade de expressão, um dos pilares da democracia: “sem a liberdade de expressão, os cidadãos logo perderiam sua capacidade de influenciar o *programa de planejamento* das decisões do governo”.³⁴

Os movimentos extremistas destrutivos são motivados, sem dúvida alguma, por governantes autoritários e potencializados pela ampla e rápida divulgação hoje existente nas redes sociais. Estas, em muitos casos, servem de palanque amplo e irrestrito para discursos de ódio contra quem não possua (ou até possua) a mesma linha ideológica do agressor.

de corrupção. Trata-se de uma prática que degrada a confiança que temos uns nos outros e desagrega o espaço público, desviando recursos e direitos dos cidadãos” (SHWARCZ, 2019, p. 118).

33 “O esquema de corrupção praticado pelo Partido dos Trabalhadores não era exatamente novo, mas chegou a uma escala e abrangência nunca vistas. O PT, em aliança com outras agremiações da coalizão governante, não estava engajado num processo de ‘aparelhamento gramsciano’ do Estado para construir e espalhar o socialismo, como dizem hoje políticos diretamente ligados ao atual governo. De toda maneira, o dinheiro roubado comprava campanhas eleitorais e aliados no Congresso, e pretendia garantir a perpetuação do partido no poder.” (SCHWARCZ, 2019, p. 124).

34 DAHL, Roberto. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001, p. 110.

A partir dessa realidade polarizada, o meio jurídico inevitavelmente será afetado. Há uma tendência de se querer regular previamente esses discursos de ódio ou ataques feitos ao *inimigo*, o que acarreta também riscos à liberdade de expressão, mesmo que por motivos legítimos.

3 Os projetos de lei sobre *fake news*

Conforme dados do sítio eletrônico oficial da Câmara dos Deputados, há, pelo menos, cinquenta propostas que buscam combater, limitar a disseminação ou mesmo criminalizar notícias falsas, sendo que a expressão *fake news* somente apareceu nos projetos de lei a partir do ano de 2018.³⁵

Um dos projetos de lei mais avançados é o Projeto de Lei n. 2.630, de 2020, que visa a instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, proposto em 13 de maio de 2020 no Senado Federal³⁶ e já remetido à Câmara dos Deputados. Da forma como foi proposto inicialmente, nota-se que a disseminação nas redes sociais do que se chamou de “desinformação”³⁷ e seus danos individuais e coletivos foi uma das motivações da iniciativa legislativa.

O projeto de lei original previu incluir, por exemplo, na Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, mais uma causa violadora dos princípios da Administração Pública: “[D]isseminar ou concorrer para a disseminação de desinformação, por meio de contas inautênti-

35 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/666062-combate-a-fake-news-e-tema-de-50-propostas-na-camara-deputados>. Acesso em: 15 ago. 2020.

36 O projeto de lei original consta em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110634&ts=1597243649732&disposition=inline>. Acesso em: 15 ago. 2020.

37 Pela proposta legislativa citada, desinformação foi definida como “conteúdo, em parte ou no todo, inequivocamente falso ou enganoso, passível de verificação, colocado fora de contexto, manipulado ou forjado, com potencial de causar danos individuais ou coletivos, ressalvado o ânimo humorístico ou de paródia”.

cas, disseminadores artificiais ou redes de disseminação artificial de desinformação”.³⁸

Foi mencionado acima que o fenômeno do extremismo político destrutivo afeta diretamente a liberdade de expressão, pois cria uma visão única de mundo que deve ser aceita. Contudo, até que ponto a pretensão de regular e controlar previamente os atos decorrentes desse fenômeno, com o uso de expressões subjetivas e excessivamente abertas como “desinformação” ou “inadequado” também não acarreta violação também à própria liberdade de expressão.

Dentro das expressões “falso” e “inadequado” enquadra-se uma gama de situações que, no mundo dos fatos, podem não só resultar no controle de ataques ilícitos, mas também podem atingir uma gama de manifestações legítimas.³⁹ O ponto fulcral que se coloca é se a liberdade de expressão é controlável previamente ou se o Estado tem o dever de reprimir sua prática *a posteriori*, garan-

38 Essa parte específica foi retirada, ao final, do Projeto de Lei remetido à Câmara dos Deputados: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1909983&filename=PL+2630/2020.

39 Já presenciei, na experiência profissional, uma forma injusta e equivocada de utilização dos termos “falsos” e “enganosos”. Uma cidadã foi investigada e, inclusive, processada com base no art. 323 do Código Eleitoral por, num ato de oposição ao uso de animais em uma determinada atividade econômica, ter veiculado em redes sociais uma imagem de um cavalo machucado. Foi comprovado que a imagem era, na realidade, de outro local que não a cidade citada na mensagem da referida cidadã, e ela tinha essa ciência. A imagem era enganosa no sentido de levar as pessoas a pensarem que aquele cavalo machucado estava na cidade citada na mensagem? Sim. Houve uma alegação do órgão acusador, nessa linha, de que essa postura teria influenciado determinado pleito eleitoral. Contudo, a intenção da cidadã era demonstrar, de forma legítima, o sofrimento a que um animal poderia estar sujeito na atividade econômica contra a qual se queria fazer frente, e havia outras imagens que demonstravam isso. Esse exemplo é importante para que tenhamos consciência das diversas situações a que um cidadão está sujeito caso sejam punidas ou criminalizadas posturas embasadas em termos amplos e subjetivos (ex., “enganoso” e “inadequado”). Claro que haverá sempre alguém que diga que na justiça, de uma forma geral, é sempre possível ocorrerem erros. Contudo, quando se tenta, previamente, fazer limitações genéricas na liberdade de expressão, a chance de erros aumenta consideravelmente, além de a postura poder acarretar restrições à própria liberdade de expressão, um dos pilares da democracia.

tindo, apenas, através de uma possível regulamentação meios para que a materialidade de eventuais crimes seja preservada.

4 Conclusão

O presente artigo não tem a intenção (nem poderia se prestar a isso) de negar a existência de ideologias históricas, de “esquerda” ou de “direita”, ou de negar que, cotidianamente, pessoas manifestem legitimamente suas opções políticas ou que as considerem como forma de moldar determinadas opiniões, mesmo que não percebam esse fenômeno.

Igualmente, não tem o objetivo de afirmar que o discurso extremista destrutivo deva ser combatido com qualquer projeto de lei que, ao fim e ao cabo, possa reprimir a própria liberdade de expressão, sendo importante registrar que eventuais danos à imagem e à honra dos cidadãos já são tutelados por dispositivos do Código Penal (Capítulo V – Dos Crimes contra a Honra), bem como o uso de notícias falsas que tenham impacto sobre as eleições também já está disciplinado pelo art. 323 do Código Eleitoral.⁴⁰

O que se procurou refletir, principalmente, é que extremismos destrutivos, seja para qual lado for, tendem a sufocar o debate, aniquilar o raciocínio, marcando permanente e preconceituosamente os debatedores, sem preocupações com a aquisição de conhecimento e a contestação de fatos.

Essas táticas, a longo prazo, caso apoiadas por governantes, indicam uma mentalidade autoritária e, sem dúvida alguma, induzem e induzirão práticas corruptas, pois a autoridade ou a ideologia hegemônica nota que não precisa mais prestar satisfação dos seus atos, já que qualquer ação ou providência está abarcada pela cegueira deliberada que adoece os cidadãos.

⁴⁰ “Art. 323. Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado: Pena – detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa. Parágrafo único. A pena é agravada se o crime é cometido pela imprensa, rádio ou televisão.”

Referências

BENOIST, Alain de. *Carl Schmitt Today: terrorism, 'just' war, and the State of Emergency*. London: Arktos, 2013. *E-book*.

BENTO, António. *Teologia e mitologia política: um retrato de Carl Schmitt*. Covilhã: Universidade da Beira do Interior, 2000. Disponível em: <http://docplayer.com.br/79034408-Teologia-e-mitologia-politica-um-retrato-de-carl-schmitt.html>. Acesso em: 15 ago. 2020.

CASTRO, Lara. *Carl Schmitt*. [S. l.]: Amazon Media, 2020. *E-book*.

CHAUÍ, Marilena. *Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro*. Org. André Rocha. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013. v. 2. *E-book*.

DAHL, Roberto. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001.

GILLIS, Colm. *Controversy and crisis: the question concerning the unquestioned in Ibn Khaldun, Machiavelli and Carl Schmitt*. Independently Published, 2018. *E-book*.

GUERRA, Elizabete Olinda. *Carl Schmitt e Hannah Arendt: olhares críticos sobre a política na modernidade*. 2. ed. São Paulo: LiberArs, 2019.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARTINS, Argemiro. O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt em seu tempo e para além dele. *In*: BUENO, Roberto; RAMIRO, Caio

Henrique Lopes (org.). *Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar*. Tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. São Paulo: LiberArs, 2017.

RUSCHI, Filippo. Carl Schmitt e il nazismo: ascesa e caduta del Kronjurist. *Estratto da JURA GENTIUM*, Firenze, v. IX, anno 2012. Disponível em: <https://www.juragentium.org/topics/thil/it/kronruschi.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político / Teoria do Partisan*. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. *E-book*.

STANLEY, Jason. *Como funciona o fascismo*. A política do “nós” e “eles”. Tradução: Bruno Alexander. Porto Alegre: L&PM, 2018. *E-book*.

XIONG, Wanling. *Protecting democracy from liberalism: defending Carl Schmitt's critiques of liberal democracy*. Leiden: Universiteit Leiden, 2019. Disponível em: <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/69445/Protecting%20Democracy%20from%20Liberalism-Wanling%20Xiong%28MA%20Philosophy%29.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 ago. 2020.

Breves apontamentos sobre os crimes de opinião previstos no Título IX da Parte Especial do Código Penal brasileiro

Patrício Noé da Fonseca

Procurador da República. Especialista em Estudos Clássicos pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público Federal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Resumo: O presente artigo empreende uma exposição dogmática dos crimes contra a paz pública, previstos no Título IX da Parte Especial do Código Penal brasileiro, que se afiguram como crimes de opinião: incitação ao crime (art. 286) e apologia de crime ou de criminoso (art. 287). Além da análise sistemática dos elementos estruturais desses delitos, são feitas algumas considerações acerca de questões constitucionais correlatas, atinentes aos limites da liberdade de expressão, ao tratamento jurídico-penal do discurso do ódio e aos limites da imunidade parlamentar.

Palavras-chave: Crimes contra a paz pública. Crimes de opinião. Discurso de ódio. Incitação ao crime. Apologia de crime ou de criminoso.

Abstract: This article undertakes a dogmatic exposition of the offenses against public peace, provided for in Title IX of the Special Part of the Brazilian Penal Code, which appear as crimes of opinion: incitement to crime (art. 286) and apology for crime or criminal (art. 287). In addition to the systematic analysis of the structural elements of the offenses, some considerations are made about related constitutional issues, concerning the limits of freedom of expression, the legal-penal treatment of hate speech and the limits of parliamentary immunity.

Keywords: Offenses against public peace. Opinion crimes. Hate speech. Incitement to crime. Apology for crime or criminal.

Sumário: 1 Introdução. 1.1 Noções gerais e natureza do bem jurídico tutelado. 1.2 Características. 2 Incitação ao crime. 2.1 Noções gerais: objetividade jurídica, distinção em relação a coautoria e outros crimes afins. 2.2 Sujeitos do delito. 2.3 Tipo objetivo. 2.4 Tipo subjetivo. 2.5 Consumação e tentativa. 2.6 Concurso de crimes. 2.7 Classificação doutrinária. 2.8 Pena e ação penal. 3. Apologia de crime ou criminoso. 3.1 Noções gerais: objetividade jurídica, distinção da incitação ao crime, legitimidade constitucional da incriminação da manifestação do pensamento. 3.2 Sujeitos do delito. 3.3 Tipo objetivo. 3.4 Tipo subjetivo. 3.5 Consumação e tentativa. 3.6 Concurso de crimes. 3.7 Classificação doutrinária. 3.8 Pena e ação penal. 4 Conclusões.

1 Introdução

O presente estudo tem por objetivo realizar a análise dogmática dos *crimes de opinião* – ou seja, aqueles que são praticados com abuso da liberdade de expressão – classificados entre os crimes contra a paz pública, que encontram previsão no Título IX da Parte Especial do Código Penal brasileiro. São eles a incitação ao crime (art. 286) e a apologia de crime ou criminoso (art. 287). O método empregado é a pesquisa bibliográfica, incluindo também o direito comparado, com recurso a legislação e doutrina nacional e estrangeira. Além dos aspectos estritamente dogmáticos, porém, buscou-se, sempre que possível, analisar as implicações dos delitos em estudo sobre o sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais.

Nos demais itens deste capítulo introdutório, trata-se da natureza jurídica do bem jurídico-penal tutelado, buscando definir o conceito de paz pública e das características comuns aos delitos que se agrupam sob essa epígrafe. Os capítulos seguintes tratam de cada delito de forma individualizada, analisando sua estrutura a partir da objetividade jurídica, dos sujeitos, dos tipos objetivo e subjetivo, do momento consumativo e, por fim, da pena e respectiva ação penal.

Justifica-se a temática escolhida pela crescente tensão que se verifica no Estado Democrático de Direito entre as liberdades e o uso do Direito Penal para tutelar bens jurídicos importantes.

1.1 Noções gerais e natureza do bem jurídico tutelado

No Título IX da Parte Especial, o Código Penal brasileiro tipifica os crimes contra a paz pública: incitação ao crime (art. 286), apologia de crime ou criminoso (art. 287), associação criminosa (art. 288) e constituição de milícia privada (art. 288-A). O objeto da tutela penal é a *paz pública considerada em si mesma*, sob uma perspectiva subjetiva.

A designação dessa categoria de crimes varia de uma legislação a outra: os códigos italiano e argentino os denominam “crimes contra a ordem pública” (*delitti contro l'ordine pubblico* e *delitos contra el orden público*, respectivamente); o código alemão emprega a mesma denominação, mas com sentido e alcance bastante diversos;¹ os códigos suíço e francês, por outro lado, utilizam a terminologia “crimes contra a paz pública” (*crimes et délits contre la paix publique*), no que são acompanhados pelo direito anglo-saxônico (*offenses against the public peace*).

Esta última é a denominação preferida pela doutrina, fundada na distinção conceitual entre “ordem pública” e “paz pública”: a primeira é uma noção mais abrangente, objetivamente significando a “coexistência harmônica e pacífica dos cidadãos sob a soberania do Estado e do direito” e, subjetivamente, “o sentimento de tran-

1 Para ilustrar a diferença conceitual, anote-se que, além de abranger crimes que ofendem a paz pública propriamente dita, tais como “formação de grupos armados” (*Bildung bewaffneter Haufen*), “formação de organizações criminosas” (*Bildung krimineller Vereinigungen*) e “formação de organizações terroristas” (*Bildung terroristischer Vereinigungen*), a Sétima Seção da Segunda Parte do Código Penal alemão, sob a epígrafe “infrações penais contra a ordem pública” (*Straftaten gegen die öffentliche Ordnung*), também prevê crimes de distintas objetividades jurídicas, como “ruptura da paz doméstica” (*Hausfriedensbruch*), “usurpação de função pública” (*Amtsanmassung*), “destruição de avisos oficiais” (*Verletzung amtlicher Bekanntmachungen*), “desobediência a proibição de exercício profissional” (*Verstoss gegen das Berufsverbot*) e “afastamento desautorizado de local de acidente” (*unerlaubtes Entfernen vom Unfallort*). Por outro lado, o crime de “incitamento público ao cometimento de crimes” (*öffentliche Aufforderung zu Straftaten*) está inserido na Sexta Seção, que trata dos crimes de “resistência contra o poder do Estado” (*Widerstand gegen die Staatsgewalt*).

quilidade pública, a opinião de segurança social, que é a base da vida civil”, sendo, neste sentido, sinônimo de paz pública.²

Logo, “a ordem pública é gênero e a paz pública, espécie, ou, melhor, esta é uma consequência daquela, pois sem ela não pode existir”.³ Todos os delitos ofendem a ordem pública, sem que, necessariamente, a paz pública seja atingida. Como observa Magalhães Drummond:⁴

Ordem pública é um estado exterior ao homem. Paz pública é um estado psicológico dos homens. O objetivo do criminoso de crime contra a ordem pública não é o de perturbar esse estado psicológico mas sim o de alterar aquele estado de coisas, exterior ao homem, mas que lhe interessa essencialmente. O ataque à ordem pública pode se dar sem quebra da paz pública.

Paz pública é, portanto, o sentimento de tranquilidade e de segurança que, nos indivíduos, corresponde ao regular andamento da vida social, entendida como a harmônica e pacífica convivência dos cidadãos, unidos sob o império da lei. É aos delitos que a ofendem direta e imediatamente que o legislador visa punir sob o título de “crimes contra a paz pública”. Nesta espécie de crimes consideram-se fatos que, ainda que possam lesionar bens jurídicos particulares, integrando outros crimes, constituem, por si mesmos, um perigo ao ordenado viver social, devido ao modo como são cometidos: a publicidade na incitação ao crime e na apologia de crime ou de criminoso, bem como a indeterminação do programa delituoso e a estabilidade do vínculo associativo no crime de quadrilha ou bando.

Embora representem a ameaça de que futuros delitos sejam cometidos, o que, aliás, justifica a sua incriminação, Manzini⁵ os

2 MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal*: parte especial. Bogotá: Temis, 1955. v. 3. p. 441.

3 NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*: dos crimes contra a saúde pública a disposições finais. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 4. p. 75.

4 Magalhães Drummond *apud* FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*: parte especial. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1, tomo 2. p. 3317.

5 MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino: Torinese, 1950. v. 6. p. 140.

classifica como crimes de dano, por entender que ocasionam um efetivo turbamento da paz pública. A maior parte da doutrina, porém, os considera crimes de perigo, pelo fato de que, em relação a eles, o dano é presumido, tratando-se de crimes formais.⁶

1.2 Características

Em sua materialidade, muitas dessas figuras constituem verdadeiros atos preparatórios de outros delitos, os quais restariam impunes se estes não chegassem a ser tentados, constituindo exceção ao princípio inculpidado no art. 31 do Código Penal. Funda-se a sua incriminação autônoma em uma medida preventiva do legislador, que, tendo em vista a importância do bem jurídico ameaçado, “se antecipa e não espera que o propósito delituoso se consuma, punindo, em última análise, a intenção, o projeto delituoso”.⁷

Certamente todo delito turba a paz pública de um modo mediato, mas esses delitos particulares a violam de maneira imediata. São punidos ainda que não provoquem nenhum dano efetivo aos particulares bens tutelados pela lei penal, pelo que se costuma dizer que são delitos de perigo abstrato. Contudo, o bem jurídico tutelado pelas normas que os incriminam sempre é violado, ainda que não haja lesão aos demais bens jurídicos.

São crimes essencialmente dolosos e que só assumem a forma comissiva, admitindo que seus agentes por eles respondam em concurso material com os crimes a que porventura derem causa.

Algumas dessas infrações são também tipificadas em legislação penal extravagante – Código Penal Militar, Lei de Segurança Nacional, Lei de Genocídio e outras –, caso em que se afasta a incidência dos artigos desse título do Código Penal, por conta do princípio da especialidade. Tais delitos, portanto, somente são punidos pelo Código Penal quando não portam uma objetividade jurídica específica.

6 ROSSO, Giovanni. *Delitti contro l'ordine pubblico*. In: Azara, Antonio; Eula, Ernesto. *Novissimo digesto italiano*. Torino: Torinese, 1965. v. 12. p. 153.

7 NORONHA, 1986, p. 75.

2 Incitação ao crime

2.1 Noções gerais: objetividade jurídica, distinção em relação à coautoria e outros crimes afins

Incitação ao crime consiste em fazer surgir ou reforçar no espírito de outrem o desígnio de cometer crime, atentando contra a ordem pública e rompendo a tranquilidade e a segurança da vida social, razão por que é objeto de incriminação autônoma. A objetividade jurídica deste crime é a paz pública.

A incitação é delito de criação moderna. No direito romano, tal conduta ou era impunível, ou era tida como forma de concurso de agentes, desde que o crime chegasse a ser praticado, exceto em se tratando de crimes contra o Estado. O direito germânico introduziu a figura da “ruptura da paz” (*Friedensbruch*), que ainda sobrevive no direito alemão moderno.⁸

A incitação surge como crime autônomo no direito moderno por uma razão de ordem técnica. Trata-se de prevenir a prática de futuros crimes punindo o desígnio delituoso como crime *per se*, evitando, assim, o alarma social provocado pela atividade criminosa. O quase-delito, descrito no art. 31 do Código Penal, em via de regra, é impunível. Isso porque, se o crime sequer chega a ser tentado, não há razão para que se punam os atos preparatórios. Mas o próprio dispositivo prevê exceções, afirmando que o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio à prática de um crime não são puníveis, salvo disposição expressa em contrário.

A incitação ao crime representa uma dessas exceções. Com efeito, dispõe o art. 286 do Código Penal: “Incitar, publicamente, a prática de crime: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.” Há, contudo, outros dispositivos no próprio Código Penal assim como em legislação extravagante que tipificam a incitação como delito específico.

⁸ MAGGIORE, 1955, p. 442.

Assim, quem incita alguém à prática de suicídio incorre no art. 122 do Código Penal; se o incitamento tiver como propósito induzir alguém à satisfação de lascívia ou à prática da prostituição, a espécie é a dos arts. 227 e 228 do Código Penal, respectivamente; se a incitação é para a desobediência, a indisciplina, ou a prática de crime militar, o agente incorre no art. 155 do Código Penal Militar; quando diz respeito à ordem político-social, a incitação configura delito previsto no art. 23 da Lei de Segurança Nacional; tendo por finalidade a destruição integral ou parcial de grupo nacional, étnico, racial ou religioso (crime de genocídio), a incitação é qualificada pelo art. 3º da Lei dos Crimes de Genocídio. A Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), em seu art. 33, § 2º, e a Lei dos Crimes de Preconceito de Raça (Lei n. 7.716/1989), em seu art. 20, também preveem a incitação como crime autônomo.

O incitamento a crime, portanto, só será punido pelo Código Penal quando não portar uma objetividade jurídica específica.

Cumpre, finalmente, distinguir a incitação, que constitui delito *per se stante*, da instigação como forma de participação. A incitação é um delito autônomo, previsto no art. 286 do Código Penal; a instigação, na maioria das vezes, é um ato preparatório, que só se pune se o crime a que se dirige é consumado ou tentado. A instigação não exige o requisito da publicidade, que, por outro lado, é elementar ao tipo da incitação, e é circunstância fundamental desta última a possibilidade de recepção, quer por um indivíduo determinado (*in certam personam*), quer por um indefinido número de pessoas (*in incertam personam*), ao passo que aquela sempre se dirige a pessoa determinada (*in certam personam*).

2.2 Sujeitos do delito

A incitação ao crime é crime comum: o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, ressalvando-se que, se praticada por militar, será crime militar, tipificado no Código Penal Militar. Por ferir a paz pública, esse delito ofende a coletividade de indivíduos que compõem o Estado.

Não constitui infração penal a incitação ao crime que os deputados e senadores fizerem no exercício de suas funções constitucionais, pois são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos, segundo o art. 53, *caput*, da Constituição Federal. Posto que a conduta apresente todos os elementos típicos, o imperativo constitucional lhe retira a antijuridicidade necessária a que se configure como ilícito penal.

Em virtude da imunidade parlamentar material, subtrai-se ao agente a responsabilidade penal, civil, administrativa e política por seus atos funcionais, impedindo a formação do ilícito. A imunidade também se estende aos vereadores, por força do inciso VIII do art. 29 da Constituição Federal. Os requisitos a que a inviolabilidade dos vereadores se subordina são a relação de causalidade com o exercício do mandato e ter sido o ato praticado na circunscrição do respectivo município. Logo, se um vereador se utilizar da tribuna da Câmara Municipal para fazer incitação ou apologia de algum crime, ainda que hediondo, estará agasalhado pela imunidade material.

2.3 Tipo objetivo

A ação física consiste em incitar (instigar, provocar, excitar) outrem à prática de crime. É “uma ação sobre a psique de outras pessoas para induzi-las a realizar determinados fatos, fazendo surgir ou reforçando motivos de impulso, ou destruindo ou enfraquecendo motivos inibidores”;⁹ ou seja, o agente busca despertar em seus espectadores, ouvintes, ou leitores o desígnio de cometer algum delito, e para isso utiliza todos os meios idôneos à comunicação do pensamento. O tipo não comporta, por conseguinte, a forma omissiva.

Dependendo da índole das pessoas a quem se dirige, a incitação pode ser poderoso estímulo à delinquência, fato que provoca justificado alarma no seio da sociedade e em função do qual a conduta é punida de forma autônoma, sem que seja necessária a execu-

9 ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte speciale*. 7. ed. Agg. Milano: A. Giuffrè, 1977. v. 2. p. 673.

ção do delito sugerido. E, sendo a sugestão acolhida por algum destinatário da incitação que venha a cometer o delito, concretiza-se a coparticipação do incitador no mesmo, aplicando-se ao caso as regras do concurso de crimes.

Elemento indispensável à caracterização da conduta típica é a publicidade. O incitamento deverá ser feito em um lugar ou através de um meio que torne a comunicação perceptível por um número indeterminado de pessoas. A publicidade “implica na presença de várias pessoas ou no emprego de meio efetivamente capaz de levar o fato ao conhecimento de número indeterminado de pessoas”,¹⁰ sendo constituída pelo lugar, pelo momento e por outras circunstâncias capazes de realizar esse intento.

Assim, não configura a incitação ao crime o discurso feito em local público, mas que esteja deserto no momento do ato, ou na presença de várias pessoas que estejam congregadas por ocasião de uma reunião de família. Ainda que se dirija a pessoa determinada (*in certam personam*), o incitamento, contanto que se torne percebido ou perceptível por indefinido número de pessoas, configura o crime tipificado no art. 286 do Código Penal. Incitação pública não significa, portanto, incitação dirigida ao público.

A instigação não é simples conselho, senão que deve constituir um real estímulo à prática do delito, realizando-se de forma que opere sobre a vontade dos outros, de forma clara e determinada, revelando a vontade de que o crime seja cometido. Não se confunde com a propaganda de ideias ou com a defesa de teses que não evidenciem, quer por seu conteúdo, quer pelo contexto de sua comunicação, o *animus delicti instigandi*.

Nélson Hungria¹¹ aborda o problema, fornecendo os seguintes exemplos:

10 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte especial: arts. 213 a 359 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 3. p. 280.

11 HUNGRIA, Nélson. Comentários ao código penal: arts. 250 a 361. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1958. v. 9. p. 171.

É bem de ver que se não apresenta o crime quando apenas se faz a defesa de uma tese sobre a ilegitimidade ou sem-razão da incriminação de tal ou qual fato, como, por exemplo, o homicídio eutanásico, o crime de Otelo, etc. Não há, aqui, o *animus instigandi delicti*, mas apenas uma opinião no sentido da exclusão do crime, *de lege ferenda*.

O crime poderá ser praticado por todos os meios eficazes de transmissão do pensamento: através da palavra falada ou escrita, pelo rádio, pelo cinema, pelo teatro e inclusive por atos e gestos, no decorrer de um discurso ou sem outra expressão, desde que sejam capazes de sugestionar ouvintes ou espectadores, o que torna possível que os surdos-mudos sejam sujeitos ativos do crime.

Segundo Flamínio Fávero,¹² esse delito pode ocorrer “pela distribuição de avulsos impressos, mimeografados, fotografados, manuscritos, pela sua remessa pelo correio ou por mensageiros especiais”. E, hoje, com o advento da internet e o aperfeiçoamento das tecnologias de informação, surge um vasto conjunto de meios de comunicação eletrônicos aptos a veicular e divulgar a mensagem criminoso a um número virtualmente ilimitado de destinatários, como é o caso do correio eletrônico e das redes sociais.

A incitação deverá referir-se à prática de um ou mais crimes, não sendo necessário que se lhe indique o *nomen juris*. É irrelevante se o crime é previsto no Código Penal ou em lei extravagante, seja de ação penal pública, seja de ação de iniciativa privada, salvo se a conduta for prevista em norma específica, como lembra Mirabete.¹³

O incitamento à prática de fato qualificado como contravenção não apresenta, na legislação penal brasileira, a tipicidade necessária, mas é possível constatar sua incriminação no direito comparado.¹⁴ A incitação genérica também não constitui crime. Deve

12 FÁVERO, Flamínio. *Código penal brasileiro comentado: crimes contra a saúde pública/ crimes contra a paz pública*. São Paulo: Saraiva, 1950. v. 9. p. 224-225.

13 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2168.

14 O Código Penal italiano, *e.g.*, prevê o crime de incitação ao cometimento de contravenção (art. 414, § 2º).

ser ela de crime determinado, prescindindo-se da individualização do ofendido. Dessa forma, *e.g.*, “não é preciso que o agente incite à prática de roubo na residência de determinada pessoa. Basta que incite à prática de roubos”.¹⁵

Por outro lado, não existe incitação a crime culposo, porquanto a ação incriminada materializa-se pela tentativa de despertar no espírito do instigado o desígnio criminoso. O incitador age sobre a vontade daquele a quem se dirige com as suas sugestões, não podendo, obviamente, haver instigação, direta ou indireta, à prática de um fato não intencional.

Analisando a casuística desse crime, Celso Delmanto¹⁶ exemplifica que se considera incurso no art. 286 do Código Penal quem incita, publicamente, à desobediência de ordem judicial, o mesmo não ocorrendo com quem, nos limites da lei, incita à realização de greve, uma vez que se trata de direito amplamente reconhecido no art. 9º da Constituição Federal.

Igualmente, não comete o crime de incitação quem instiga à prática de um fato imoral que não seja tipificado por norma penal incriminadora; mas, como adverte Magalhães de Noronha,¹⁷ é possível que a ação concretize as elementares de outro delito: aquele que instiga outrem à prostituição, *e.g.*, incorre no crime previsto no art. 228 do Código Penal.

2.4 Tipo subjetivo

O tipo subjetivo desse crime é o dolo genérico, ou seja, a vontade livre e consciente de realizar os elementos do delito tipificado no art. 286 do Código Penal, abrangendo, necessariamente, a publicidade da ação – pois o agente deve ter consciência de que

15 JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 737.

16 DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 434.

17 NORONHA, 1986, p. 79.

a sua conduta é ou será percebida por indeterminado número de indivíduos – assim como sua aptidão para induzi-los à prática do crime objeto do incitamento.

Não se admite, obviamente, a modalidade culposa, já que a intencionalidade da mensagem instigadora é pressuposto do crime. De acordo com Heleno Cláudio Fragoso,¹⁸ a seriedade é elemento essencial à determinação do dolo do agente. Não se configura o crime quando este age com visível intuito de gracejo ou pilhéria, por ser incompatível com o *animus delicti incitandi*. A seriedade da incitação deverá ser averiguada pelo modo como ela se exterioriza, pelas palavras ou gestos utilizados, pela índole das pessoas a quem se dirige, pelo momento, lugar etc.

Magalhães Noronha¹⁹ aporta um exemplo em que o delito não se configura por manifesta ausência de dolo do instigador: “Dizer, e.g., ‘Partamos a matar os indignos marcianos’ é coisa que, ainda hoje, a despeito dos progressos da ciência, só pode provocar riso”.

2.5 Consumação e tentativa

A incitação ao crime é crime formal, consumando-se com a prática da ação incriminada, independentemente de qualquer outro resultado ou consequência. Nesse crime, como na apologia de crime ou de criminoso, em que a publicidade constitui elemento do tipo, o momento consumativo é aquele em que a conduta do agente é percebida ou se torna perceptível a um número indeterminado de pessoas.

A tentativa é admissível quando o meio de execução é a forma escrita, ou qualquer outra forma de registro material da fala criminosa (e.g., gravação audiovisual), e a instigação ainda não tenha se tornado pública. Conforme a lição de Damásio de Jesus:²⁰

¹⁸ FRAGOSO, 1981, p. 282.

¹⁹ NORONHA, 1986, p. 81.

²⁰ JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3. p. 406.

A tentativa é possível, uma vez que o *iter criminis* é passível de fracionamento no tempo e no espaço. Exemplo de tentativa: incitação ao crime por meio de panfletos, no caso de o agente encontrar-se em local público ou acessível ao público para distribuir tal material e ser obstado por circunstâncias alheias à sua vontade.

2.6 Concurso de crimes

A questão decorrente da realização do crime instigado provoca celeuma na doutrina. Cuida-se de saber se o agente pode ser responsabilizado pela prática do delito pela pessoa incitada e responder em concurso com o crime de incitação.

Flamínio Fávero,²¹ em posição isolada na doutrina nacional, defende a impossibilidade de haver concurso material entre a incitação e o crime cometido em virtude de sua sugestão. Baseia a sua tese no pressuposto do concurso material de crimes, qual seja, a pluralidade de ações e de desígnios.

No incitamento há unidade de ação (a instigação à prática de delito) e de desígnio (o intuito de despertar na mente dos ouvintes ou espectadores a vontade de cometer infração penal), excluindo-se assim a possibilidade de concurso material de crimes. Na hipótese de o crime instigado ser cometido, o incitador deverá ser responsabilizado como seu autor moral, pois, “pelo fenômeno da absorção, o crime de incitação é conteúdo do crime instigado e cometido”.²²

A doutrina majoritária, por outro lado, no que é acompanhada pela jurisprudência, admite a possibilidade de o incitador responder em concurso com a prática do crime pela pessoa incitada, nos termos do art. 29 do Código Penal, resultando concurso material entre os dois ilícitos penais.²³ A justificativa é que o legislador pune

21 FÁVERO, 1950, p. 226.

22 FÁVERO, 1950, p. 226.

23 É a opinião de Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de direito penal: parte especial: arts. 213 a 359 do Código Penal*, 1981, p. 281), Júlio Fabbrini Mirabete (*Código penal interpretado*, 2007, p. 1544), Edgard Magalhães Noronha (1986, p. 81-82), Alberto

a incitação ao crime por seu perigo abstrato, diferentemente do crime cometido, cuja punição tem fundamento na efetiva lesão ao bem jurídico tutelados; este não absorve a incitação, podendo haver concurso de crimes para o instigador, provada a causalidade física e subjetiva com o crime praticado – “Será ele partícipe deste crime, em concurso com o de instigação”.²⁴

2.7 Classificação doutrinária

A doutrina costuma classificar este delito como crime formal, de forma livre, simples, comum, de perigo abstrato, e vago.²⁵ Entretanto, considerando a paz pública em si mesma como o bem jurídico protegido pela norma penal, Manzini²⁶ defende que se trata de crime de dano e não de perigo abstrato, pois se consuma com a efetiva lesão do sentimento de tranquilidade e segurança da vida social.

2.8 Pena e ação penal

A pena é alternativa: detenção, de três a seis meses, ou multa. Em virtude de a pena mínima abstratamente cominada ser inferior a um ano, a incitação ao crime admite a suspensão condicional do processo, na forma do art. 89, *caput*, da Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais). A ação penal é pública incondicionada e, por se tratar de crime de menor poten-

Silva Franco (*Código penal e sua interpretação jurisprudencial: parte especial*, 1997, p. 3318), Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt (*Código penal anotado e legislação complementar*, 1997, p. 846).

24 NORONHA, 1986, p. 82.

25 É a classificação adotada por Damásio de Jesus (*Direito penal: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*, 1999, p. 407), Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bitencourt (*Código penal anotado e legislação complementar*, 1997, p. 845).

26 MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino: Torinese, 1950. v. 6. p. 140.

cial ofensivo, cuja pena máxima não é superior a um ano, seu processamento e julgamento é de competência dos Juizados Especiais Criminais, admitindo-se a transação.

3. Apologia de crime ou criminoso

3.1 Noções gerais: objetividade jurídica, distinção da incitação ao crime, legitimidade constitucional da incriminação da manifestação do pensamento.

A apologia de crime ou de criminoso consiste na “manifestação do pensamento direcionada a louvar ou exaltar um ou mais fatos proibidos pela lei penal ou por ela previstos como crime”.²⁷ O objeto do crime é a paz pública, ou seja, o sentimento de segurança que a ordem jurídica confere à vida social.

Essa conduta é punível pelo fato de constituir “estímulo e sugestão às vontades débeis e às pessoas propensas ao crime”,²⁸ ameaçando a tranquilidade e a segurança indispensáveis ao convívio em sociedade com a expectativa do cometimento de futuros delitos, além do que, segundo Magalhães de Noronha,²⁹ “sendo o crime ação que atenta contra as exigências ético-sociais, indispensáveis à vida comunitária, não se compreende seu elogio ou apologia; não só dele, mas também de seu autor”.

Não há precedentes dessa espécie delituosa na legislação penal brasileira. Outras legislações, como a italiana, a tomam por modalidade de incitação ao crime, no que foi seguida pelo Projeto Alcântara Machado. Trata-se, na verdade, de dois delitos da mesma natureza, como ressalta Magalhães Noronha:³⁰

27 ROSSO, 1965, p. 154.

28 FRAGOSO, 1981, p. 282.

29 NORONHA, 1986, p. 82.

30 NORONHA, 1986, p. 82.

A apologia de crime ou criminoso outra coisa não é que incitação ao crime. É um incitamento mais hábil ou ardiloso do que o precedente, mas não o deixa de ser. É incitação indireta. [...] Noutras palavras, na incitação, instiga-se aberta e patentemente; na apologia, instiga-se de modo ínsito ou implícito.

Ambos os crimes, em sua materialidade, constituiriam meros atos preparatórios para outros crimes mais graves, somente puníveis se estes chegassem no mínimo a ser tentados, não fosse o perigo que representam para a coletividade, levando o legislador a puni-los de forma absoluta, sem requerer que se produza algum dano efetivo a bens jurídicos tutelados por normas penais.

A apologia, contudo, distingue-se da incitação por ser uma forma indireta de instigação, que se faz através da exaltação de um mal realizado. Enquanto nesta ocorre a sugestão, a exortação prévia, na apologia, ante um fato delituoso já consumado, há uma aprovação do resultado da conduta criminosa, que é aplaudida pelo agente.³¹

Tal como a incitação, essa figura também é tipificada em legislação penal especial.³²

Sendo um discurso que tem por fim justificar, defender ou louvar alguém ou alguma coisa, constitui a apologia uma forma de manifestação do pensamento, o que leva a que se questione a constitucionalidade de tal incriminação, que, à primeira vista, parece tolher a liberdade de manifestação do pensamento, direito fundamental garantido pela Constituição Federal.

Acontece que, na apologia de crime ou de criminoso, a atuação do agente transcende a pura e simples manifestação do pensamento, constituindo um comportamento idôneo a provocar o cometimento de delitos, razão por que é punida. Não é crime de apologia a simples tentativa de persuadir da verdade de uma doutrina ou ideologia política ou filosófica que exprima a

³¹ FÁVERO, 1950, p. 230.

³² *Vide* capítulo 2 *supra*.

necessidade de um contraste e de uma luta de opostos interesses econômicos e sociais.³³

Quando, porém, o exercício dessa liberdade dá ocasião a abusos, aproveitando-se o agente para induzir outras pessoas a quererem imitar ou tolerar a prática de delitos que ameacem a ordem jurídica, o abuso há de ser punido pela lei penal. O gozo dos direitos fundamentais está sujeito às limitações impostas pela Constituição em vista da promoção, do reconhecimento e do respeito aos direitos e liberdades das outras pessoas, a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.

As liberdades fundamentais, portanto, não podem ser exercidas contra os fins e os princípios da ordem jurídica. Não quer isso dizer, entretanto, que a incriminação da apologia constitua limitação à liberdade de manifestação do pensamento, pois somente a Constituição pode impor limites e restrições às mesmas.

Nesta hipótese, o que a lei penal faz é, através da incriminação da apologia de crime ou criminoso, impor aos sujeitos o dever de abster-se de ações que atentem contra a ordem jurídica, quer em seu aspecto objetivo, quer em seu aspecto subjetivo, o que legitima constitucionalmente a norma penal incriminadora, conforme a opinião de Jorge Miranda³⁴ e de Gian Domenico Pisapia.³⁵

3.2 Sujeitos do delito

A apologia de crime ou de criminoso é crime comum: pode ser cometido por qualquer sujeito penalmente capaz, “inclusive o criminoso, que faz a apologia de si mesmo ou do fato por ele

33 PISAPIA, Gian Domenico. *Istituzioni di diritto penale: parte generale e parte speciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1975. p. 270.

34 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. tomo 4. p. 264 e ss.

35 PISAPIA, 1975, p. 269-70.

praticado”.³⁶ O sujeito passivo é a coletividade – “número indeterminado e indeterminável de pessoas” –,³⁷ que tem o seu direito à tranquilidade e à segurança lesado pela exaltação de condutas criminosas.³⁸ Trata-se, portanto, de crime vago.

3.3 Tipo objetivo

A materialidade da ação incriminada consiste em fazer publicamente apologia (elogiar, louvar, exaltar, aprovar, defender) de crime ou de autor de fato criminoso. Conforme a definição de Heleno Cláudio Fragoso:³⁹

Fazer apologia, no sentido em que a ação é prevista pela lei penal, é defender, justificar, exaltar, aprovar ou elogiar, de maneira perigosa, isto é, de forma que constitua incentivo indireto ou implícito à repetição da ação delituosa.

Não se admite a forma omissiva. Aqui, como na incitação ao crime, a publicidade constitui elemento objetivo do tipo. Consiste ela em um conjunto de circunstâncias (lugar, momento, meio de execução etc.) que tornam possível a comunicação da apologia a um número indefinido de pessoas. A apologia, tal como a incitação, poderá ser feita de diversas formas – “Verbalmente, por escrito, com gravuras, com gestos, no teatro, no cinema [...] etc., desde que haja publicidade e assuma caráter comissivo”.⁴⁰

Cometerá o crime de apologia, por exemplo, quem bater palmas ao ser feita referência a fato delituoso ou a seu autor.⁴¹

³⁶ MIRABETE, 2007, p. 1545.

³⁷ JESUS, 1999, p. 409.

³⁸ Com relação aos parlamentares, ver o capítulo 2 *supra*.

³⁹ FRAGOSO, 1981, p. 283.

⁴⁰ FÁVERO, 1950, p. 230.

⁴¹ A hipótese é citada por Mirabete (2007, p. 1546).

Também incorre no art. 287 do Código Penal quem expõe em público, adornado de flores, retrato de criminoso.⁴²

Não configura apologia delituosa, porém, a censura do excesso da pena ou a justificação do crime, por evidente ausência do *animus delicti incitandi*. Assim, a defesa de criminoso, por si só, não configura o delito. Para tanto, a exaltação, elogio ou defesa de um ato criminoso ou da pessoa que o praticou deve ser feita em função do delito cometido, de modo a representar forma indireta de instigação à delinquência.

A Constituição Federal assegura a todos, brasileiros ou estrangeiros residentes no Brasil, a liberdade de manifestação do pensamento, conforme previsto na Constituição Federal, art. 5º, IV, “excluindo-se, assim, a apreciação favorável de outros aspectos positivos (reais ou supostos) de sua personalidade”.⁴³

Da mesma forma, a defesa do réu por seu patrono também não configura o delito em questão. A apologia deve referir-se a crime determinado e efetivamente ocorrido, pois, segundo Heleno Cláudio Fragoso,⁴⁴ “Não se concebe a apologia de crime ou crimes *in genere* ou não sucedidos”.

A definição de crime, conceito de especial importância na caracterização da apologia delituosa, não é expressamente veiculada na atual legislação penal, mas pode ser deduzida a partir do art. 1º do Código Penal. Diz o referido dispositivo: “Não há crime sem lei anterior que o defina”. Logo, crime será toda conduta que norma penal incriminadora defina como tal. A apologia de fato qualificado como contravenção, portanto, não apresenta a tipicidade necessária.

É controversa em doutrina a questão de se determinar o sentido e o alcance da expressão “fato criminoso”, a que se refere o art. 287 do Código Penal.

42 A casuística é apresentada por Flamínio Fávero (1950, p. 230).

43 FRAGOSO, 1981, p. 284.

44 FRAGOSO, p. 283.

Basileu Garcia e Néelson Hungria defendem o entendimento de que a expressão fato criminoso pode ser crime determinado ou em abstrato (v. Lições, apostilas, 1951; ob., cit., p. 173). Fragoso (ob. cit., p. 292), Bento de Faria (ob. cit., p. 7 e 9), Noronha (ob. cit., p. 85), Damásio (Direito penal – Parte Especial, 3/390) e Delmanto (ob. cit., p. 435) defendem o sentido de fato criminoso efetivamente ocorrido. Para Magalhães Drummond (Comentários ao Código Penal, 9/184), Jorge Severiano Ribeiro (Comentários ao Código Penal Brasileiro, 4.º/278) e Sebastian Soler (Derecho Penal Argentino, 4.º/675), o fato criminoso a que faz referência o texto é o que tenha sido declarado por sentença irrecorrível.⁴⁵

Argumenta-se que, em verdade, o artigo não faz nenhuma referência ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A exigência de que o fato a que se refere o elogio criminoso tenha sido julgado em definitivo não integraria o tipo penal, bastando para a caracterização da apologia que o crime já se tenha consumado.

Assim, vê-se que a interpretação do art. 287 do Código Penal suscita grandes dificuldades: refere-se a lei ao irrecorrivelmente condenado pela prática de um delito ou simplesmente àquele que é acusado de tê-lo cometido? Alguns autores entendem que a figura do autor se distancia da do condenado como tal. Argumentam que se condena àquele que faz apologia do autor de um crime por um fator de segurança, tendo em vista o perigo que a sua conduta representa para a paz social, não havendo sentido em lhe conferir a justificativa de não ser a pessoa a quem dirigiu os encômios o verdadeiro autor do delito.

Todavia, outros, como Flamínio Fávero,⁴⁶ asseveram que o referido dispositivo legal refere-se ao sujeito condenado por sentença penal transitada em julgado. Em face da garantia constitucional da presunção de inocência, consubstanciada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a opinião mais acertada parece ser esta última. Com efeito,

⁴⁵ FRANCO, 1997, p. 3320.

⁴⁶ FÁVERO, 1950, p. 232.

referido dispositivo constitucional estatui que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Não é possível a apologia de crime culposo, pois a ação materializa-se através da tentativa de se despertar indiretamente, no espírito do instigado, o desígnio criminoso: “Tal apologia, se feita, resultaria inócua e não ofenderia o bem jurídico tutelado no art. 287 do Código Penal”.⁴⁷

Por sua vez, se lei penal posterior suprime a incriminação do delito que foi objeto da apologia, o agente não pode ser punido. Se estiver preso, deverá ser libertado; o processo não poderá ser iniciado, e se já o tiver sido deverá ser imediatamente interrompido. “Se um fato deixou de ser criminoso, sua apologia anteriormente feita não será mais crime”.⁴⁸

3.4 Tipo subjetivo

O tipo subjetivo da apologia de crime ou de criminoso é o dolo genérico, a vontade conscientemente dirigida à exaltação de um fato delituoso ou de seu autor, abrangendo a publicidade e a consciência de que os elogios constituem instigação indireta à prática de crime. Não se admite, portanto, a modalidade culposa.

3.5 Consumação e tentativa

A apologia de crime ou criminoso é crime formal, ou seja, “consume-se com a ação de fazer apologia, sem que se exija qualquer outro resultado”.⁴⁹ Como a publicidade é elementar do tipo, consume-se o delito quando a conduta do agente é percebida ou se torna perceptível a um indeterminado número de pessoas.

47 JESUS, 1999, p. 410.

48 FÁVERO, 1950, p. 230.

49 FRAGOSO, 1981, p. 284.

Admite-se a possibilidade de tentativa quando o meio de execução é a forma escrita – ou outro suporte material que permita o registro e transmissão da fala, como mídia audiovisual, eletrônica etc –, e a manifestação ainda não se tornou pública, tal como ocorre na incitação ao crime.⁵⁰

3.6 Concurso de crimes

O concurso de crimes, quer o concurso material, quer o concurso formal, é admissível na apologia de crime ou de criminoso. De acordo com Heleno Cláudio Fragoso (1981, p. 284), o primeiro ocorre “se a apologia, como instigação direta, constituir participação em crime que venha a ser praticado”; por outro lado, haverá concurso formal “se, num mesmo contexto de ação, fizer o agente apologia de mais de um fato delituoso”. Contudo, se o agente fizer, simultaneamente, apologia de um crime e de seu autor, não existirá concurso formal de crimes, pois a conduta típica será uma só, em face da evidente unidade de desígnio, resultando em unidade de ação e unidade de resultado.

A apologia de crime ou de criminoso admite, igualmente, a “co-participação material e moral: a primeira, por exemplo, por parte dos afixadores de cartazes, distribuidores de boletins etc. e a segunda, a dos mandantes”.⁵¹

3.7 Classificação doutrinária

Classifica-se a apologia de crime ou de criminoso como crime formal, de forma livre, simples, comum, de perigo abstrato, instantâneo e vago.⁵²

50 Nesse sentido é a doutrina de Flaminio Fávero (1950, p. 231), Damásio de Jesus (1999, p. 411), Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt (1997, p. 848). Vide o item 3.5. *supra*.

51 FÁVERO, 1950, p. 231.

52 É a classificação proposta por Damásio de Jesus (1999, p. 411), bem como Luiz Regis Prado e Cezar Roberto Bitencourt (1997, p. 848).

3.8 Pena e ação penal

A pena é alternativa: detenção, de três a seis meses, ou multa. Em virtude de a pena mínima abstratamente cominada ser inferior a um ano, a apologia de crime ou criminoso admite a suspensão condicional do processo (Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, art. 89, *caput*). A ação penal é pública incondicionada.

Por ser crime de menor potencial ofensivo (pena máxima não superior a um ano), seu processo e julgamento é de competência dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/1995, art. 60).

4 Conclusões

O presente estudo, com base em vasta pesquisa bibliográfica, em doutrina nacional e alienígena, realizou a análise dogmática dos crimes contra a paz pública que se apresentam como crimes de opinião: incitação ao crime (art. 286), e apologia de crime ou criminoso (art. 287). Contudo, sem se restringir apenas aos aspectos dogmáticos da matéria, analisaram-se também as tensões que podem existir entre esses crimes e o livre exercício de liberdades fundamentais.

Nesse sentido, viu-se que o legislador empregou a técnica de definir delitos de consumação antecipada, criminalizando condutas que possuem caráter preparatório de outras infrações penais e que, a princípio, sequer seriam punidas, se estas outras não fossem intentadas. A justificativa se encontra na própria natureza do bem jurídico tutelado, que é a paz pública, correspondente ao sentimento de segurança decorrente da estabilidade e do império da ordem jurídica.

Analisou-se individualmente a estrutura de cada delito a partir da objetividade jurídica, dos sujeitos, dos tipos objetivo e subjetivo, do momento consumativo e, por fim, da pena e respectiva ação penal.

Referências

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte speciale*. 7. ed. Agg. Milano: A. Giuffrè, 1977. v. 2.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4.

DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

FÁVERO, Flaminio. *Código penal brasileiro comentado: crimes contra a saúde pública/ crimes contra a paz pública*. São Paulo: Saraiva, 1950. v. 9.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial: arts. 213 a 359 do Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 3.

FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código penal e sua interpretação jurisprudencial: parte especial*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1, tomo 2.

HUNGRIA, Nélson. Comentários ao código penal: arts. 250 a 361. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 9, 1958.

JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. 4. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública*. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal: parte especial*. Bogotá: Temis, 1955. v. 3.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano*. Torino: Torinese, 1950. v. 6.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial: arts. 235 a 361 do Código Penal*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. tomo 4.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: dos crimes contra a saúde pública a disposições finais*. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 4.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PISAPIA, Gian Domenico. *Istituzioni di diritto penale: parte generale e parte speciale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1975.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luiz Regis; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal anotado e legislação complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RIPOLLÉS, Antonio Quintano. *Compendio de derecho penal: parte especial*. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, s/d., v. 2.

ROSSO, Giovanni. Delitti contro l'ordine pubblico. In: Azara, Antonio; Eula, Ernesto. *Novissimo digesto italiano*. Torino: Torinese, 1965. v. 12, p. 152-171.

RUBIANES, Carlos J. *El código penal y su interpretación jurisprudencial: artículos 79 a 306 y leyes complementarias*. Buenos Aires: Depalma, 1978.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do "hate speech"*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org.). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. 2. ed. rev. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 39-95.

SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1951. t. 4.

A Constituição como obra de arte

Paulo Thadeu Gomes da Silva

Procurador Regional da República. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Philosopher: I grant you, that the knowledge of the law is an art; but not that any art of one man, or of many, how wise soever they be, or the work of one or more artificers, how perfect soever it be, is law

(HOBBS. *A Dialogue between a Philosopher & a Student of the Common Laws of England*).

Du holde Kunst, ich danke dir!

(SCHUBERT. *An die Musik*)

Resumo: A Constituição como obra de arte é resultado de um processo consciente e calculado que tem por finalidade servir de ambiente facilitador à manifestação da liberdade, que, por sua vez, orientada pela verdade e pela beleza, faz emergir o humano da Humanidade: o *Amor Mundi*.

Palavras-chave: Constituição. Liberdade artística. Humanidade. *Amor Mundi*.

Abstract: The Constitution as a work of art is a result of a conscious and calculated process that intends to provide a facilitating environment in terms of freedom, that, in itself, and oriented by truth and by beauty, enables the human to emerge from Humanity: the *Amor Mundi*.

Keywords: Constitution. Artistic freedom. Humanity. *Amor Mundi*.

Sumário: 1 Introdução. 2 O significado de Constituição como obra de arte. 3 Uma relação ambivalente. 4 Filtragem. 5 Conexões entre as normas constitucionais. 6 Uma estética constitucional. 7 Conclusão.

1 Introdução

O título deste ensaio é, ao mesmo tempo, um pretexto e uma provocação. Pretexto para se discutir, por trás das cortinas, um pouco da história da Constituição e a liberdade de criação artística como um direito positivado em seu texto; provocação porque, como se sabe, o direito e a arte são sistemas distintos, e a arte, como sistema, em suas relações com outros sistemas, apresenta-se bastante isolada,¹ o que torna difícil a manifestação de acoplamento estrutural entre eles, problema teórico que ganha corpo quando se pensa na Constituição mesma como um acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, portanto, algo estranho às artes.

De que forma, então, pretexto e provocação se arranjam no tema proposto? Aqui não se vai negar a existência nem a pretensão de correção material e de validade universal que a teoria sistêmica possui ao construir direito e arte como sistemas distintos; contudo, no vasto mundo epistemológico há sempre uma brecha que permite pensar, se não de maneira científica, ao menos no modo mais livre da ensaística, em possibilidades distintas, ainda que não superiormente corretas, de reflexão produtiva sobre determinado tema. Isso quer dizer que não se nega, por exemplo, a ideia de que a Constituição é mesmo um acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico; entretanto, ela pode, também, estabelecer e manter relações com as artes e, em especial, com a obra de arte, gênero do qual a Constituição é espécie, nos exatos termos aqui esboçados.

Para que se demonstre a viabilidade da proposta, é necessário falar, ainda que indiretamente, sobre a história da Constituição e alguns aspectos importantes inerentes ao próprio texto, além de tratar sobre a liberdade artística como direito em sua dimensão individual e coletiva, a primeira referente à deferência constitucional de condições de possibilidade a que se emitam, livremente, sensações, sentimentos e compreensões do mundo, e a segunda relativa ao acesso, por parte do público, à obra produzida.

1 Cf. LUHMANN, Niklas. *Die Kunst der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997, p. 391.

Constituição como obra de arte aqui é tomada como produto de um processo consciente e planejado, e seu texto pode ser observado por meio de uma estética constitucional, pois que suas normas que tratam dos direitos fundamentais e outras que com elas se relacionam se abrem à Humanidade do mundo. Isso é o que será demonstrado.

2 O significado de Constituição como obra de arte

Burckhardt, em um capítulo do livro *A Cultura do Renascimento na Itália*, intitulado “O Estado como obra de arte”, argumenta que nas cidades-República e nos Estados tirânicos italianos, à dessemelhança da França e da Alemanha, nos quais o feudalismo levou à criação do Estado, havia a presença de “egoísmo sem peias, do escarnecimento de todo o direito e do sufocamento do germe de todo desenvolvimento”, e “onde essa tendência foi superada ou contrabalançada, um novo ser adentrou a história: o Estado, como criação consciente e calculada, como obra de arte”.

Uma primeira relação que se pode estabelecer entre Constituição e obra de arte, tomada em conta essa lição de Burckhardt, é aquela referente à promoção e respeito ao direito, este que constituir-se-ia, já por meio da Constituição, em baliza para que a vida em sociedade fosse possível com um mínimo de justiça, algo inexistente, por exemplo, em Michael Kohlhaas, novela que se passa exatamente na Alemanha pré-unificação e, portanto, sem uma Constituição.

Isso quer dizer que a Constituição colabora, decisivamente, para a criação de um ambiente que possibilita a ordem social e em que não há o puro e simples desprezo ao direito. E se em um primeiro momento entra em cena o Estado, em um segundo é a própria Constituição que joga o papel de protagonista, condicionadora, por legitimação, da própria existência daquele.

À semelhança do Estado a Constituição também foi produto de um processo criativo calculado e consciente. Tanto é correto pensar assim que o próprio Luhmann inicia seu artigo “Constituição como aquisição evolutiva da modernidade” com a frase: “Poucas con-

quistas da civilização moderna são o resultado de uma planificação intencional quanto as constituições das quais são dotados os Estados modernos a partir do fim do Setecento”.² Aqui pode residir uma problematização, que será feita adiante, a partir do pensamento de Arendt, para quem a obra de arte é produto do pensamento, e não da cognição, o que indica, dizemos nós, uma espontaneidade que não se faz presente quando da elaboração de uma Constituição. Refiro-me aos limites, que não existem no processo de criação de uma obra de arte, daí seu caráter de absoluto incondicionado, redundância que se faz necessária por oposição à característica do processo que faz a Constituição, este sim limitado, *v.g.*, pelo princípio da dignidade humana, sem embargo de produzir um documento absoluto que invalida mesmo o postulado segundo o qual lei posterior revoga a anterior, desde que contrária a ela: no caso da Constituição, prevalece mesmo sua validade.

Afirmar que a Constituição como obra de arte é fruto de um processo consciente e calculado é, *prima facie*, considerá-la como algo produzido na Modernidade, o que excluiria o Medievo. Pode haver, aqui, uma contradição, aparente, por certo, uma vez que pode ser dissolvida desde que se pense que, embora a Antiguidade e o Medievo não tenham conhecido uma concepção de Constituição igual à da Modernidade, havia sim a ideia de Constituição como ordem jurídica dada cuja preocupação, distintamente da Antiguidade, não era mais com as facções, mas com o arbítrio, *i.e.*, limitação dos poderes do rei ou do tirano.³ Indica, portanto, um processo histórico lento e gradual de amadurecimento de uma ideia que veio a se tornar a pedra de toque do Estado moderno.

Se no Renascimento italiano o Estado foi tido como obra de arte, até mesmo pelas tentativas de legitimação dos príncipes tiranos que se aliavam aos artistas da época, *v.g.*, Sforza e as comissões de clientes a Da Vinci e Michelangelo, já na entrada da Modernidade

2 LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. In: *Rechtshistorisches Journal*, 9, 1990. p. 176-220.

3 Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione*. Bologna: Il Mulino, 1999.

eventos ocorridos em França e Inglaterra e sobre os quais houve teorização específica ajudam a compreender o processo de criação da Constituição como atualmente conhecemos, seja como reação à diferenciação dos sistemas político e jurídico, seja como reação à própria revolução.

A teoria de então se centrava na soberania, com destaque para Bodin e Hobbes e suas concepções, respectivamente, de poder absoluto, que não significava não ter limites, mas sim indivisibilidade, e de lei fundamental como sinônimo de individuação do poder do soberano e seus poderes irrevogáveis.⁴ Em um exercício de atualização dessas ideias podemos encontrar no texto constitucional, especialmente no artigo 84, normas que refletem aquele mesmo pensamento, tais como, o poder do Chefe do Executivo de declarar a guerra e celebrar a paz e o de nomear funcionários, ainda que com que a temperança da atuação do Legislativo; por sua vez, o poder de decidir em última instância os conflitos entre os súditos e o de impor tributos é modernamente dividido com o Judiciário e o Legislativo.

Desses processos gerais de criação de Constituição, o mais emblemático deles talvez tenha sido mesmo o norte-americano, porque foi ele que produziu uma Constituição escrita que ainda hoje se encontra vigente e que deita raízes nas tradições bíblicas, na filosofia grega clássica, na teologia protestante, na *common law* inglesa, na teoria política inglesa Whig e no Iluminismo, fruto das várias figuras jurídicas daquele tempo, *covenant*, *compact*, *charters* e das próprias Constituições estaduais.⁵

Neste momento um parêntese é necessário para se enfatizar a Constituição como ordem que positiva a forma de organização do poder e os direitos fundamentais. Há história nessa afirmação. Essa distinção entre organização dos poderes, de um lado, e os direitos fundamentais, de outro, não parece ter sido obra do direito cons-

4 FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione*. Bologna: Il Mulino, 1999. p. 74-75, 78.

5 Tudo conforme LUTZ, Donald S. *The origins of american constitutionalism*. Luisiana: Louisiana State University Press, 1988.

titucional e da política brasileiros. Por exemplo, é da história que na Convenção da Revolução Francesa havia uma clara diferença entre elaborar uma Constituição e uma Declaração de Direitos, na primeira se incluindo, por certo, a organização dos poderes, e na segunda os direitos humanos ou direitos fundamentais propriamente ditos – expressão que, em francês, se universalizou como direitos do homem [*droits de l’homme*]. O caso norte-americano não foi, nesse particular, diferente, pois à Constituição de 1787 foram acrescentadas as 14 emendas que tratariam, diretamente, dos direitos fundamentais. Vale dizer, havia algo como uma anterioridade temporal da organização dos poderes, mais identificada com a Constituição, em relação aos direitos fundamentais, mais identificados com a Declaração – afinal, quem primeiro foi adjetivada de fundamental foi a lei, e não o direito –, o que poderia ou não se reproduzir como hierarquia de relevância entre os temas, ou, no frigidar dos ovos, apenas como uma necessidade de organização lógica das coisas, como se fosse necessário primeiro se desenhar institucionalmente o Estado para depois se falar dos direitos.

A distinção aqui proposta entre organização do poder e direitos fundamentais, sobre a qual se assenta a unidade da Constituição, produz um paradoxo. O paradoxo é demonstrado pelo fato de que os convencionais, à época, interromperam o trabalho de elaboração do texto da declaração, que se encontrava inacabado, para se dedicar a uma tarefa mais urgente, a de fazer uma constituição,⁶ ou seja, o texto da declaração parecia não se confundir com o da constituição, ainda que o primeiro determinasse a dependência ontológica do segundo, expressa na necessidade de se prever, textualmente, a garantia dos direitos e a separação dos poderes, o que bem poderia dar ensejo a uma revisitação do *cogito* cartesiano, agora já expresso em “positivo a separação de poderes, logo existo como constituição”. Era como se a declaração falasse para a constituição que ela, declaração, existia de forma independente dela, constituição, e que, ao mesmo tempo, sua existência – a da constituição – dependia do

6 GAUCHET, Marcel. *Droits de l’homme*. In: FURET, François; OZOUF, Mona (org.). *Dictionnaire critique de la révolution française (Idées)*. Paris: Flammarion, 2007.p. 122.

que ela, declaração, determinasse. A solução para o caso foi a formal incorporação do texto da Declaração pelo texto da Constituição.

Por sua vez, na história constitucional norte-americana, o fenômeno do poder foi tratado pelos Federalistas, entre os quais sobressai Madison – artigos 37, 47, 49 e 51 –, para quem o princípio da separação de poderes se constituía em uma estrutura particular de distribuição do poder e foi quem respondeu aos Antifederalistas que o perigo da tirania não era um poder querer se sobrepor ao outro, mas sim concentrá-lo em apenas um ramo ou departamento, fórmula que encontra eco nas constituições da sociedade mundial até o momento atual.

A breve história constitucional aqui descrita demonstra ser o processo de elaboração de uma Constituição tributário das Ciências Culturais, conforme afirma Häberle, para quem a Constituição é uma *creatio ex cultura* – ⁷ como asseverado por Freud, cultura é tudo aquilo em que a vida humana se eleva acima de suas condições animais e se distingue da vida dos bichos. Para tanto, Häberle argumenta que a

Grã-Bretanha proporcionou a democracia parlamentar; os Estados Unidos, o federalismo; a França, entre outras coisas, a divisão de poderes; a Alemanha, a dogmática quase perfeccionista do direito fundamental; a Itália e a Espanha, o regionalismo.⁸

E neste momento é de se perguntar: e o Brasil, o que lega à história constitucional? Fruto direto da composição de nossa sociedade é a concorrência de modos de criar e de viver e de fazer, enfim de ser, que engloba *habitus* e *modus* de várias etnias, negros quilombolas, indígenas, descendentes de europeus e povos tradicionais em geral, cadinho rico e singular e complexo expressamente positivado no art. 216 da Constituição, todos eles contribuintes ativos do processo

7 HÄBERLE, Peter. Normatividade e reformabilidade da Constituição a partir da perspectiva das ciências da cultura. In: *Nove ensaios e uma aula de jubileu*. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 210.

8 HÄBERLE, 2012, p. 207.

civilizatório nacional, como que a formar um *patchwork* de modos de vida representante da unidade cultural de um povo que bem poderia ser exposto em um museu antropológico. Em termos poéticos:

chapada do araripe brejo de altitude onde todos os
biomas se encontram bramindo a beleza e o berço
da civilização americonegroíndia⁹

A força do significado de uma norma como essa, literariamente representada no poderoso poema de Cida Pedrosa, reside primeiro na contestação ao pensamento colonial europeu de que os colonizados eram povos sem história ou mesmo sem alma – sim, eles têm história, têm cultura, têm suas civilizações – e segundo na ideia de que é essa mesma cultura que condiciona as formas de ser e de viver da sociedade brasileira, e que acaba por criar a Constituição. É, portanto, ao nível normativo e literário, um exemplo de *Amor Mundi*, o que será problematizado mais adiante.

3 Uma relação ambivalente

A relação entre Constituição e obra de arte é de caráter ambivalente, pois de um lado é marcada por sua pretensão de permanência, e de outro pela característica expressa no binômio utilidade/inutilidade, *i.e.*, por uma identificação e por uma não-identificação. Essa dicotomia, tomada parcialmente de empréstimo de Arendt¹⁰ quando ela descreve a obra de arte, e aplicada por nós, neste ensaio, à Constituição, permite reflexões produtivas.

Enquanto a Constituição é obra da cognição, fluxo descontínuo, a obra de arte o é do pensamento, fluxo contínuo, mas ambas, uma vez produzidas, almejam uma excepcional permanência. Neste ponto, Sontag, sem o dizer, concorda com Arendt, ao afirmar que a “obra de arte gera não um conhecimento conceitual, mas um

9 PEDROSA, Cida. *Solo para viajejo*. Recife: Cepe, 2019. p. 39.

10 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2019. p. 207-216.

entusiasmo, um fenômeno de envolvimento, de julgamento num estado de sujeição ou fascínio”.¹¹

Tanto a Constituição quanto a obra de arte são feitas tendo como marca a perenidade. É certo que neste aspecto a obra de arte possui como que uma perenidade mais forte, pois, uma vez feita, dificilmente desaparece do mundo, enquanto que a perenidade da Constituição é de caráter mais fraco, sempre e sempre a depender, em alguns casos, de consensos muitas vezes tênues e que desembocam, sem pudor, em uma ruptura de seu texto e na elaboração de um novo. Por mais estranho que possa parecer, porém, retirar do mundo uma obra de arte é muito mais fácil que uma Constituição; contudo, essa mesma retirada parece sempre ameaçar com mais força uma Constituição que uma obra de arte, talvez pelo fato de que a Constituição trate de positivar a forma de organização do poder, trate de balizar a ação política, e a obra de arte, por sua vez, carregue consigo apenas a beleza representada pela verdade.

De maneira paradoxal, a obra de arte, fruto de um processo absolutamente espontâneo de criação, submetido apenas ao limite formal do estilo, e isso se o artista assim desejar, encerra sua existência terrena seja pela perda, e mesmo assim quando não é encontrada, seja pela sua pura e simples inutilização, *v.g.*, uma pintura borrada, um quadro rasgado ou queimado, uma escultura quebrada. Por sua vez, a Constituição pode ter sua permanência extinta por sua simples revogação, o que, em uma sociedade bem ordenada, sob um regime democrático, é bastante difícil que aconteça, assim como, por outro lado, pode ter uma vida apenas formal, decorativa, de fachada, quando, embora permaneça, não vive, não é uma *living constitution*, o que parece valer também para a arte que é produzida sob coerção estatal para os fins de justificar determinado regime político, algo como um certo realismo socialista ou mesmo uma certa arte não degenerada.

Ambas podem, a depender do estado em que se encontrem, ser restauradas, e aí seu respectivo valor vai depender do significado da

11 SONTAG, Susan. *Sobre o estilo*. Companhia das Letras: São Paulo, 2020. p. 38.

própria restauração. Para a obra de arte vale, ainda assim, existir sem o restauro, como a mutilada Vênus de Milo; por outro lado, pensar em uma Constituição sem os direitos fundamentais não parece uma elucubração adequada, e é difícil que ela de fato, nesses termos, produza uma estética constitucional. O restauro mesmo pode dar errado, *v.g.*, A Virgem com o Menino e Santa Ana, pintura de Da Vinci que, uma vez restaurada, ficou mais clara, o que pode ser contrário à ideia original do grande artista; para a Constituição, por sua vez, o restauro encontra limites expressos em seu próprio texto, de caráter formal, material ou circunstancial, e seu núcleo intangível, que aspira à eternidade, chega mesmo a criar uma permanência absoluta em um documento cuja perenidade se encontra condicionada à boa vontade daqueles que estão no poder, nas palavras de Sartre sobre Camus: “de um Procurador-Geral da República de Corações e Flores”.¹²

Mas há também a não identificação entre elas traduzida no binômio utilidade/inutilidade. A obra de arte é inútil porque não serve a qualquer finalidade de uso da sociedade, tal como uma faca, um garfo, uma colher; a Constituição, por sua vez, é feita para ser usada, e tanto mais o é quanto mais sedimentado for o regime democrático, contudo não como algo fabricado para um uso ordinário, ainda que diário, nas mais mezinhas atividades do ser humano, mas sim como princípio-guia da vida das pessoas, seja com relação à forma de organização do poder, algo como um quadro que provê a moldura para a política, seja como referência aos direitos fundamentais, conteúdos que trazem consigo a marca da eternidade, aqui já, diferentemente da *Ilíada* – “Mas, pós haver o dragão os filhotes e a mãe devorado, foi pelo deus, que o enviara, mudado num grande prodígio; petrificou-o ali mesmo o nascido de Crono tortuoso”, Canto II, 310, não como uma sanção, mas sim como característica positiva de uma vida infinita e, obviamente, sem os percalços que a velhice acarreta aos seres humanos. Talvez mesmo a transformação dos direitos humanos em um grande prodígio por meio da petrificação constitucional seja algo positivo, o que não parece ser o caso do ocorrido com Crono.

12 Cf. ARONSON, Ronald. *Camus e Sartre* – o polémico fim de uma amizade no pós-guerra. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 2007. p. 318.

4 Filtragem

Em Schiller¹³ se pode perceber uma preocupação com o estabelecimento de uma relação entre a arte e a Constituição (*Staatsverfassung*, no original).¹⁴ Na Carta II¹⁵ escreve que a arte é filha da liberdade e quer ser legislada pela necessidade do espírito; na IV¹⁶ indica que a distinção razão/natureza pede, pela razão, unidade e, pela natureza, multiplicidade e que uma Constituição que seja capaz de produzir a unidade apenas pela supressão da multiplicidade é muito imperfeita. Schiller, antes de se decidir pela Medicina, cursou Direito por breve tempo – ... *das ungeliebte Jurastudium* –,¹⁷ o que pode sugerir vir daí essa menção à Constituição.

Pois bem. Quando, na Carta II, Schiller afirma que a arte é filha da liberdade, quer dizer que ela não deve conhecer limites, mas a legislação do espírito, para que possa ter vigência, deve ser assegurada pela legislação exterior – pois sozinha não consegue existir –, que é a Constituição, o que se liga à Carta IV, na parte em que escreve que a unidade produzida por uma Constituição de forma adequada é aquela que reside na multiplicidade, *v.g.*, na não identidade de seu texto com qualquer visão de mundo política, sociológica, religiosa, filosófica etc. Por certo esse princípio não se aplica à democracia, uma vez que é nesta que a unidade na multiplicidade pode se manifestar, o que não seria admissível em um regime não democrático.

Não à toa, a Constituição brasileira assegura a liberdade artística a todas as formas de ser e de viver que se manifestam na sociedade.

13 SCHILLER, Friedrich. *A educação estética do homem numa série de cartas*. Iluminuras: São Paulo, 1995.

14 Disponível em: <https://www.projekt-gutenberg.org/schiller/aesterz/aesterz2.html>. Acesso em: mar. 2021.

15 SCHILLER, 1995, p. 25.

16 SCHILLER, 1995, p. 32.

17 Cf. SAFRANSKI, Rüdiger. *Schiller oder Die Erfindung des Deutschen Idealismus*. Fischer: München, 2016. p. 44.

É certo que Schiller não utiliza a expressão visão de mundo, ele fala de multiplicidade, palavra que, traduzida para uma semântica mais atual e adequada à estrutura social mundial, significa pluralismo. Isso demonstra que a legislação do espírito sozinho não consegue proteger, suficientemente, a liberdade artística, daí a necessidade de uma legislação exterior e superior expressa na Constituição, que em um regime democrático promove e protege essa liberdade contra intervenções indevidas do Estado e da própria sociedade.

Ao considerarmos a liberdade artística, *fons et origo* da obra de arte, como dependente do pluralismo, percebemos a íntima conexão existente entre as normas constitucionais, o que permite inferir a manifestação não apenas da autorreferência circular mas também de um encadeamento lógico fruto de um processo consciente e calculado e no qual há o prestígio ao Direito.

5 Conexões entre as normas constitucionais

A Constituição, ao positivar a liberdade artística ou de criação artística, à semelhança de vários diplomas nacionais e internacionais, permite nela pensar como sendo a obra de arte da obra de arte, um necessário antecedente de um outro compulsório consequente, processo esse reflexivo, já aí transformando a obra de arte em objeto de proteção de um direito fundamental, e o que realmente é direito fundamental é a possibilidade de sua produção por meio da livre criação.

Há, como se percebe, um cálculo feito pelo legislador constituinte, que estabelece um liame entre as normas constitucionais, seja por meio de sua localização topográfica, seja por meio de seu conteúdo, tanto no plano interno, de maneira mais específica, representado pelo direito de liberdade artística, quanto no plano externo, de maneira mais geral, representado pelos direitos fundamentais e pelos objetivos do país em suas relações internacionais.

Se de um lado há o direito de liberdade artística, de outro há o direito do público de acessar a obra de arte, ou de recebê-la, o que destaca a dimensão coletiva desse direito, ainda mais na era de sua reprodutibilidade técnica, em que seu valor de culto se trans-

muta em valor de exposição, dimensão que se liga, diretamente, ao pluralismo, conforme já se expôs neste ensaio. Daí a necessidade de a Constituição ser guiada pelo princípio da não identidade com qualquer visão de mundo, pois o ambiente mais facilitador a que uma obra de arte venha ao mundo sem a coerção estatal incidente sobre o processo criativo é aquele democrático.

No dogmático mundo do Direito, a Corte Europeia de Direitos Humanos já teve a oportunidade de se posicionar a respeito do tema no caso *Akdas c. Turquie*, de 2010, em que o editor turco Akdas foi condenado com pena de multa pela publicação do romance *As Onze Mil Virgens*, de Guillaume Apollinaire. Em sua decisão, a Corte se utilizou do argumento de que havia o direito de acesso do público de um determinado idioma, no caso, o turco, a uma obra que figura no patrimônio literário europeu.¹⁸

6 Uma estética constitucional

A possibilidade de uma estética constitucional, derivada diretamente da consideração da Constituição como obra de arte, reside na senha representada pela palavra verdade no direito e pela palavra beleza nas artes e de sua correspondente ligação. É que a beleza, inerente à obra de arte, tem a ver com a verdade, como já disse Rodin,¹⁹ e não com a perfeição. Em Schiller, essa associação é encontrada no poema *Die Künstler*:²⁰

*Der Anmut Gürtel umgewunden,
Wird sie zum Kind, dass Kinder sie verstehen,
Was wir als Schönheit hier empfunden,
Wird einst als Wahrheit uns entgegen gehn.*

18 Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/CEDH.pdf. Acesso em: mar. 2021.

19 RODIN, Auguste. *A arte: conversas com Paul Gsell*. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1990. p. 34.

20 SCHILLER, Friedrich. *Sämtliche Gedichte*. Deutscher Klassiker Verlag: Frankfurt, 1992. p. 209.

Para Schiller, na Carta IX, uma Constituição bárbara é aquela que não consegue a melhoria política, não consegue enobrecer o caráter, e o instrumento para isso são as belas artes (*schöne Kunst*). Bárbara aí é empregada como antônimo de cultura, civilização, o que empresta razão a Häberle, que defende a Constituição como *creatio ex cultura*, conforme já exposto. E, desde que a verdade se ligue ao caráter, e portanto à beleza, estabelecida está a possibilidade de se considerar uma Constituição como obra de arte, aquela Constituição já não mais bárbara, mas que é produto e, ao mesmo tempo, promove o processo civilizatório, quer construir algo, não destruir, esse algo é uma sociedade mais justa e solidária.

Entende-se por melhoria política, aqui, um funcionamento cada vez mais adequado dos poderes e o aprofundamento de uma cultura de respeito dos direitos humanos por sua proteção e promoção. Vale dizer, os direitos fundamentais são algo como uma verdade fatural – *e exatamente neste ponto reside a relação entre beleza, verdade e Constituição* – e, paradoxal e historicamente, se afirmam por sua cotidiana violação, mas nem por isso perdem sua validade, pois geram expectativas contrafáticas e, mais atualmente, são vítima daquilo que se denomina de sub-repção – evento que se qualifica como a negação da máxima de São Tomás de Aquino segundo a qual o belo consiste na proporção devida²¹ e mesmo do *le mot juste* flaubertiano –, seja na política, seja no jurídico, com vistas à desconsolidação da democracia. Portanto, é possível afirmar que um dos elementos que compõem a unidade da Constituição, que são os direitos fundamentais, é o elo com a verdade e, nessa condição, eles podem ser considerados como o belo no Direito Constitucional. Essa consideração não se invalida por sua cotidiana violação pelo Estado e pela sociedade, pois, conforme Schiller, em sua Carta XXI, a beleza concede a capacidade para a humanidade, deixando o seu uso depender da determinação de nossa própria vontade.²²

21 Parte 1, Questão 5, Artigo 4. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>. Acesso em: mar. 2021.

22 SCHILLER, 1992, p. 111.

Obviamente, não se fundamenta o aqui sustentado em doses homeopáticas de ingenuidade, tal como no exemplo do diálogo fic-tício entre Schuschnigg e Hitler, no qual o primeiro tentou demo-ver o segundo de suas pretensões imperiais expressas no *Anschluss* por meio de argumentos como:

“O direito constitucional é como a matemática, não se pode trapacear”;

“Sim, o direito constitucional existe, e não é para os cupins nem para os camundongos, não; é para os chanceleres, os verdadeiros homens de Estado, porque uma norma constitucional, senhor, lhe barra o caminho com tanta força quanto um tronco de árvore ou uma barreira policial!”.²³

A história é conhecida, e a anexação da Áustria pela Alemanha veio poucos dias depois desse encontro, fato que demonstra a neces-sidade do compromisso político com uma ordem constitucional que proteja e promova os direitos humanos, na linha do que já escreveu Luhmann,²⁴ o que, se de um lado traz a política à cena, de outro afasta qualquer possibilidade de se pensar a Constituição uto-picamente tendo em vista a sua própria impraticabilidade, é dizer, com o poema de Melville, “A Reasonable Constitution”.²⁵

*WHAT though Reason forged your scheme?
'Twas Reason dreamed the Utopia's dream:
'Tis dream to think that Reason can
Govern the reasoning creature, man.*

Em realidade, Schiller, ainda na Carta II, entende como a maior das obras de arte a construção de uma verdadeira liberdade

23 VUILLARD, Éric. *A ordem do dia*. Tusquets: São Paulo, 2019. p. 52.

24 LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution*. Duncker & Humblot: Berlim, 1999. p. 41.

25 MELVILLE, Herman. *Complete poems*. Library of America, Edição do Kindle. p. 1101. Em livre tradução do Prof. Herbert Covre: “Qual razão forjou seu plano?/Foi a razão que sonhou o sonho da Utopia:/O sonho de imaginar que a/ Razão pode Governar o/Homem, ser pensante”.

política,²⁶ o que, para Habermas, significa que a arte seria o *medium* formador do gênero humano para a verdadeira liberdade política.²⁷ Tanto o escrito de Schiller quanto o de Habermas permitem afirmar que a Constituição positiva a liberdade política como gênero e, por consequência, também a liberdade artística como sua espécie.

A duração de uma Constituição em um singular tempo e espaço, que lhe confere uma aura, leva à experiência, que, para Schiller, na Carta XV, pode nos responder se existe uma beleza, e saberemos isso tão logo ela nos ensine se existe uma humanidade. Beleza, então, é a consumação da humanidade da pessoa, e o que é isso, perguntamos nós, se não a própria dignidade humana? Ela que existe como uma espécie de camada de proteção absoluta das pessoas, inclusive daquelas que, neste período histórico mais atual, insistem em fazer (ab)uso dos direitos fundamentais exatamente para construir muros à sua concretização, uma utilização por assim dizer cínica e que não tem compromisso com a verdade fatural. Esse raciocínio ganha um aliado na ideia que Schiller tinha da consideração estética como análoga à consideração moral, em que o objeto é tomado não como meio, mas como fim em si mesmo,²⁸ reflexão que, transportada para o direito, encontra morada na noção kantiana de dignidade humana.

A estética constitucional, dessa forma, pode se manifestar na ordem interna, por meio da própria Constituição, manifestação de caráter direto e imediato, e no plano externo, por meio dos tratados de direitos humanos que são incorporados à ordem interna pelo filtro permissivo da Constituição, manifestação indireta e mediata, chame-se isso de projeto de paz perpétua ou de um maior respeito à humanidade.

No plano interno é de todos já bastante conhecida a teoria dos direitos fundamentais e sua dogmática, mas um tema que muito

26 SCHILLER, 1992, p. 25.

27 HABERMAS, Jürgen. *Escurso sobre as cartas de Schiller acerca da educação estética do homem*. In: *O discurso filosófico da modernidade*. Martins Fontes: São Paulo, 2000. p. 66.

28 BARBOSA, Ricardo. *Limites do belo*. Relicário: Belo Horizonte, 2015. p. 29.

chama a atenção para os fins do que se reflete neste ensaio é aquele dos princípios sensíveis, especialmente os previstos no art. 34, VII, *a* e *b*, da Constituição: a forma republicana, o sistema representativo, o regime democrático e os direitos da pessoa humana. Para a dogmática constitucional eles são princípios sensíveis porque são intocáveis, chegam mesmo a ser eternos, qualquer tentativa de irritá-los aciona o mecanismo da proibição, algo como uma pele que não pode ver nela incidir a luz do sol sob pena de desintegração.

Por sua vez, para Schiller, na Carta XII,²⁹ o impulso sensível, que nos leva à realização do necessário em nós, é aquele ao qual se prende toda a aparição da humanidade. Temos, portanto, o sensível ligado à humanidade do humano, ou seja, não basta que se respeite o ser humano, mas também sua humanidade, seja ela referente ao indivíduo, aquela que dele emane, seja relativa ao coletivo, quando então se trata de Humanidade como substantivo. Seja pelo quanto positivado no texto constitucional e no internacional, seja pelo quanto decidido pela jurisprudência constitucional e internacional, e pelo ato de fazer a política material, a Humanidade se manifesta como sujeito a ser protegido, *v.g.*, art. 4º, IX, da Constituição Federal – “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” –, e artigo 1º, § 2º, da Constituição alemã – “O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo”.

No plano individual, como exemplo, o sensível ganha, na dogmática constitucional, como que numa especificação da fórmula geral expressa nos direitos da pessoa humana, novo significado, representado pelo reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados baseado em que eles são objetos sensíveis, o que permite afirmar que o sensível parece militar em favor do indivíduo em suas relações verticais e horizontais, com o Estado e com a própria sociedade.

29 SCHILLER, 1992, p. 68.

No caminho que se percorre entre a dignidade humana e a Humanidade, a interpretação conjunta dessas normas constitucionais, além de demonstrar a preocupação direta do direito interno com o direito internacional, leva a uma profissão de fé no credo constituído pelo *Amor Mundi*, representado originariamente pelo pensamento de Arendt, para quem, conforme Young-Bruehl, era o amor que ela entendia como aquele que unia o eu e os outros e, de forma mais aprofundada, como a busca pelo sentido representado pela compreensão do mal a partir do privilégio do julgar os acontecimentos passados.³⁰

A ideia de *Amor Mundi* como aprendizado pelo julgamento dos fatos passados marcados pela maldade se contrapõe à de *Contemptus Mundi*, pela qual se expressa o desprezo do mundo, e a qual encontra um equivalente funcional moderno literário na famosa frase de Adorno, para quem depois de Auschwitz escrever poesia era bárbaro: “*Kulturkritik findet sich der letzten Stufe der Dialektik von Kultur und Barbarei gegenüber: nach Auschwitz ein Gedicht zu schreiben, ist barbarisch und das frißt auch die Erkenntnis an, die ausspricht, warum es unmöglich ward, heute Gedichte zu schreiben*”.³¹ A frase teve, ainda no campo literário, resposta de Enzensberger: “se nós quisermos continuar a viver, devemos refutar essa frase: *Wenn wir weiterleben wollen, muss dieser Satz widerlegt werden*”.³²

É de conhecimento geral que a Humanidade, na forma em que considerada por Arendt e popularizada no Brasil por Lafer, traduz-se na máxima do direito a ter direitos, preocupação central do pensamento arendtiano calcada em experiência própria do

30 YOUNG-BRUEHL, Elisabeth. *Hannah Arendt – for love of the world*. Yale University Press, 2004. p. 327 e 377.

31 ADORNO, Theodor W. Kulturkritik und Gesellschaft. In: SPECHT, K. G. (ed.). *Soziologische Forschung in unserer Zeit*. VS Verlag: Wiesbaden, 1951. p. 228-240 (240).

32 ENZENSBERGER, Hans Magnus. Die Steine der Freiheit. In: *Merkur* 12 (138), 1959, p. 770-775 (772). A frase completa é esta: “*Der Philosoph Theodor W. Adorno hat einen Satz ausgesprochen, der zu den härtesten Urteilen gehört, die über unsere Zeit gefällt werden können: Nach Auschwitz sei es nicht möglich, ein Gedicht zu schreiben. Wenn wir weiterleben wollen, muss dieser Satz widerlegt werden*”.

exílio decorrente de medidas totalitárias que privaram milhões de pessoas de sua cidadania e dos respectivos direitos políticos.

A essa compreensão por assim dizer política da Humanidade, e considerados os esforços hermenêuticos aqui levados a cabo a fim de se estipular sentidos ao que prescreve o art. 4º, inciso IX, da Constituição – “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” –, pode-se juntar uma de caráter filosófico, pela qual a compreensão da Humanidade possui uma longa história, que vai desde Aristóteles, passa por Descartes e chega até nossos dias.

A oposição que sempre existiu nas Ciências foi aquela expressa nas visões essencialistas e antiessencialistas. As primeiras consideram o ser humano como uma essência fixa e invariável; as segundas, como carente dessa mesma fixidez.³³ Para os fins deste ensaio, Humanidade é considerada como naturalista anti-hierárquica – o naturalismo hierárquico, com o evolucionismo e antiessencialismo, embasou o nazismo –, mas não completamente natural, pois é histórica, social e especificamente diferente dos outros animais. É, também, antiessencialista, pois não é metafísica, considera o ser humano um ser dotado de linguagem e social, portanto, um ser cultural, que tem a faculdade de julgamento para avaliar os fatos passados decorrentes do mal presente no mundo, o que gera a responsabilidade por esses mesmos fatos; vale dizer, essa mesma concepção de *Amor Mundi* encontra aconchego epistemológico na de Humanidade que vem de ser exposta: ser humano como um ser produto da História e que mantém relações não hierárquicas com os outros seres humanos, *i.e.*, não há “raça” superior a outra “raça”, são todos membros de uma mesma Comunidade de Humanos.

Essa concepção de Humanidade que acolhe o *Amor Mundi* pode ser representada por três exemplos – sem prejuízo de outros, naturalmente –, um teórico e dois jurisprudenciais. Todos ilustram

33 WOLFF, Francis. *Nossa humanidade* – de Aristóteles às neurociências. UNESP: Campinas, 2012. p. 143-149.

a possibilidade de uma estética constitucional porque produzem o belo ancorado em ideias que promovem uma reflexão mais conforme ao Direito – e o que é isso, se não mesmo Justiça?

O primeiro exemplo é uma palestra proferida por Ruth B. Ginsburg, intitulada “A Decent Respect to the Opinions of [Human] kind”.³⁴ O título é extraído de uma frase do segundo parágrafo da Declaração de Independência de 1776, e a íntegra da conferência, em nossa observação, constitui-se em um dos mais belos textos do mundo do Direito, pois traz consigo a ideia de abertura cognitiva do sistema jurídico interno à sociedade mundial, com o objetivo de informação e aprendizado de um sistema com os outros, ainda que não de vinculação, tese que encontra resistência na Suprema Corte norte-americana, mas que acaba por se infiltrar na jurisprudência lá produzida – a autora cita uma pesquisa publicada em 2005 na *William & Mary Law Review* que conta 166 páginas em que as Cortes norte-americanas têm levado em consideração o direito estrangeiro em suas decisões. Ginsburg não trata, especificamente, do Direito Internacional, pois esse já consta expressamente do art. 6º da Constituição, como *supreme Law of the Land*, ela descreve a situação do Direito estrangeiro e sua força comunicativa que faz circular as decisões entre os sistemas jurídicos da sociedade mundial, o que parece reforçar a ideia de Häberle, para quem o método comparado já se equipara aos métodos tradicionais de interpretação e se coloca ao lado deles como opção à disposição dos Tribunais.³⁵ O título da palestra é em si mesmo indicativo da autoconsideração dos Estados Unidos como parte de um mundo das nações que se constrói sobre a distinção *international law/foreign law*.

O segundo exemplo vem do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente do *Habeas Corpus* n. 80.240, impetrado pelo Ministério Público Federal, cujo paciente era um indígena que

34 GINSBURG, Ruth Bader. *My own words*. Simon & Schuster: New York, 2016. p. 248-258.

35 HÄBERLE, 2012. “Quase em forma imperceptível, a comparação do Direito se converte no ‘quinto’ método de interpretação após os quatro métodos clássicos enumerados por F. C. De Savigny em 1840” (*Ibidem*, p. 209).

se debatia pelo direito de prestar depoimento, como testemunha, perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito, em seu próprio território, caso jurídico julgado em 2001, no qual foi reconhecido o direito da pessoa indígena, como pertencente a um grupo específico, de não ser removida de sua área de maneira forçada (art. 231, § 5, C.F./88), bem como a especificidade de sua cultura (arts. 215 e 216, C.F./88).

O terceiro exemplo vem do Conselho Constitucional francês, cuja decisão de 2018 no caso *M. Cédric H. et autre*,³⁶ em Questão Prioritária de Constitucionalidade, declarou inconstitucional a expressão *au séjour irrégulier*, contida no artigo 622-4 do Código de Entrada e Permanência de Estrangeiros e de Direito de Asilo, na redação dada pela Lei n. 1560/2012, pois contrária ao princípio da fraternidade positivado na Constituição francesa, artigo 2º: “*La devise de la République est ‘Liberté, Égalité et Fraternité’*”. Nessa decisão o Conselho Constitucional considerou a fraternidade como um princípio cujo valor é constitucional, e seu significado compreende a liberdade de ajudar o outro, com objetivos humanitários, sem apreciação da regularidade de sua permanência no território nacional, o que implica a possibilidade de ajudar em sua circulação, visto que este ato não tem por consequência necessária gerar um ilícito – mas não em sua entrada no país. Portanto, a exceção de persecução penal positivada no artigo 622-4 da Lei n. 1560/2012 não pode se referir apenas à ajuda para permanecer em solo francês, mas deve também tratar da hipótese de ajuda para circular dentro do país, motivo pelo qual é inconstitucional, tendo em vista que o legislador, ao assim proceder, não assegurou uma conciliação equilibrada entre o princípio da fraternidade e a salvaguarda da ordem pública.

O que se pode extrair da análise desses três exemplos é que, no primeiro caso, a abertura cognitiva do sistema jurídico nacional a outros sistemas jurídicos estrangeiros ocorre do plano interno ao externo; no segundo caso, do plano interno ao interno, aqui tradu-

36 Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm. Acesso em: mar. 2021.

zido nas assimétricas relações que a sociedade envolvente mantém com as sociedades indígenas; no terceiro caso a abertura cognitiva é temporal e se traduz em uma atualização do que foi pensado como fraternidade em 1789. Essas singelas distinções não impedem que se indique uma similaridade entre essas mesmas ideias: todas representam uma abertura cognitiva à Humanidade, seja ao reconhecer o potencial valor de informação e aprendizado de decisões e doutrinas estrangeiras, seja ao reconhecer sutis diferenças entre os povos que compõem uma Nação, seja ainda ao aplicar um princípio bicentenário a um problema humanitário, talvez o mais grave, da atualidade; portanto, todas se movem em direção ao humano da Humanidade, uma Humanidade antiessencialista e anti-hierárquica, é dizer, uma Humanidade plural.

Em todos esses processos, o ponto de partida é sempre a norma constitucional ou internacional tornada nacional, algo como um processo de naturalização pelo qual adquire uma nacionalidade, formalmente permitida pelo disposto no art. 5º, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, mas, no processo de sua interpretação, o sensível se manifesta nesse mesmo movimento de conferir significado atual àquilo que no passado foi positivado no respectivo texto. Este ponto é importante porque demonstra que a máxima de Heráclito sobre a inexistência do permanente e a existência da mudança é aqui atendida pelo processo de interpretação, que muda os sentidos tanto da Constituição quanto da obra de arte para adequá-los ao tempo histórico presente, o que, no mínimo, causa um sério abalo no método que evoca a vontade dos pais e mães fundadores. Permanentes, então, são a Constituição e a obra de arte consideradas como fato bruto ontológico, mas cujos sentidos são atualizados por processos físicos de interpretação: aqui a distinção guia é ontologia/física e então já entramos no campo próprio da interpretação, o que é matéria para outro ensaio.

7 Conclusão

Neste ensaio tentamos pensar a Constituição como obra de arte pelo estabelecimento de similaridades e distinções entre elas. É, de fato, um pretexto para discutirmos civilização e humanidade,

movidos pelo princípio da necessidade – e da esperança! – nestes tempos de verdadeira sub-repção do pensamento e da prática dos direitos humanos, tempos em que, segundo Adorno, nenhuma sociedade em contradição com seu próprio conceito, aquele da humanidade, pode ser plenamente consciente de si mesma.³⁷ Dessa forma, o exercício aqui praticado tem por finalidade a produção de um pensamento sobre a própria sociedade.

A tentativa é de fazer frente, por meio da reflexão, a um momento histórico em que a destruição objetiva se firma como alternativa alcançável por meio da política e a expressão pura da mentira, movimento antimoderno representado pela aposta em um projeto de guerra perpétua e um real sentimento de *Contemptus Mundi*, tempos, portanto, de cólera, algo equivalente a uma *destructio sine cultura*.

O instrumento disponível, entre outros, é compreender a arte como expressão da liberdade política e indicar liames com a verdade e a beleza: promover e celebrar a cultura dos direitos humanos é deles exemplo, educação estética e espiritual sempre aberta ao pluralismo, a uma cidadania mundial; nas palavras de Gombrich, ao evocar Goethe: “[...] pois foi da vida e da obra dele que chegou a nós a mensagem consoladora de uma cidadania universal que transcende os confins da Nação”.³⁸

O respeito à Constituição e aos seus princípios sensíveis, humanidade e direitos da pessoa humana, é uma *conditio per quam* se pode conhecer o problema enfrentado na relação Constituição/obra de arte, *i.e.*, o da beleza como algo pertencente a uma estética da arte e também constitucional. Um caminho possível de se trilhar é aquele representado pela ideia de direitos humanos como uma verdade fatural que se impõe à sua própria violação cotidiana. Do ponto de vista filosófico essa afirmação significa tratar a Humanidade como imperativo primeiro, o que demanda respeito

37 ADORNO, 1951, p. 234.

38 GOMBRICH, ERNST. Goethe: o mediador dos valores clássicos. In: WOODFIELD, Richard (org.). *Gombrich essencial*. Bookman: Porto Alegre, 2012. p. 585-590 (585).

e consideração pelo que nela há de humano, algo sem uma pura essência e hierarquia: e o que é isso, se não liberdade, igualdade e fraternidade, ou seja, a unidade da Humanidade?

Referências

ADORNO, Theodor W. Kulturkritik und Gesellschaft. *In: SPECHT, K. G.* (ed.), *Soziologische Forschung in unserer Zeit*. VS Verlag: Wiesbaden, 1951.

ARENDET, Hannah. *A condição humana*. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 2019.

ARONSON, Ronald. *Camus e Sartre – o polêmico fim de uma amizade no pós-guerra*. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 2007.

BARBOSA, Ricardo. *Limites do belo*. Relicário: Belo Horizonte, 2015.

ENZENSBERGER, Hans Magnus. Die Steine der Freiheit. *In: Merkur*, 12, 1959. p. 770-775 (772).

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzione*. Il Mulino: Bolonha, 1999.

GAUCHET, Marcel. Droits de l'homme. *In: FURET, François; OZOUF, Mona* (org.). *Dictionnaire critique de la révolution française (Idées)*. Paris: Flammarion, 2007.

GINSBURG, Ruth Bader. *My own words*. Simon & Schuster: New York, 2016.

GOMBRICH, Ernst. Goethe: o mediador dos valores clássicos. *In: WOODFIELD, Richard (org.). Gombrich essencial.* Bookman: Porto Alegre, 2012.

HÄBERLE, Peter. Normatividade e reformabilidade da Constituição a partir da perspectiva das ciências da cultura. *In: Nove ensaios e uma aula de jubileu.* Saraiva: São Paulo, 2012.

HABERMAS, Jürgen. Escurso sobre as cartas de Schiller acerca da educação estética do homem. *In: O discurso filosófico da modernidade.* Martins Fontes: São Paulo, 2000.

LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution.* Duncker & Humblot: Berlim, 1999.

LUHMANN, Niklas. *Die Kunst der Gesellschaft.* Suhrkamp: Frankfurt, 1997.

LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. *In: Rechtshistorisches Journal*, 9, 1990.

MELVILLE, Herman. *Complete poems.* Library of America, Edição do Kindle.

PEDROSA, Cida. *Solo para viajeiro.* Cepe: Recife, 2019.

RODIN, Auguste. *A arte: conversas com Paul Gsell.* Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1990.

SAFRANSKI, Rüdiger. *Schiller oder die Erfindung des deutschen Idealismus*. Fischer: München, 2016.

SCHILLER, Friedrich. *Sämtliche Gedichte*. Deutscher Klassiker Verlag: Frankfurt, 1992.

SCHILLER, Friedrich. *A educação estética do homem numa série de cartas*. Iluminuras: São Paulo, 1995.

SONTAG, Susan. *Sobre o estilo*. Companhia das Letras: São Paulo, 2020.

VUILLARD, Éric. *A ordem do dia*. Tusquets: São Paulo, 2019.

WOLFF, Francis. *Nossa humanidade – de Aristóteles às neurociências*. UNESP: Campinas, 2012.

YOUNG-BRUEHL, Elisabeth. *Hannah Arendt – for love of the world*. Yale University Press, 2004.

A decisão de constitucionalidade do Inquérito n. 4781-STF e seus reflexos no sistema acusatório e no devido processo criminal

Raquel Branquinho Pimenta Mamede Nascimento

Procuradora Regional da República. Aluna do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Católica de Brasília.

Resumo: Em março de 2019, para defender a honra dos ministros do Supremo Tribunal Federal e a imagem da Corte de ataques por fontes não identificadas, o presidente do STF, amparado em dispositivo regimental, editou a Portaria GP n. 69-DF e instaurou, de ofício, inquérito judicial (Inquérito n. 4781-STF), designando outro ministro da Corte para a investigação. Este ensaio analisa, sob a ótica do direito processual penal constitucional, as diretrizes adotadas pela Suprema Corte no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 572, ajuizada para questionar a constitucionalidade do referido inquérito por violação de princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Investigação judicial. Inquérito Judicial n. 4781. ADI n. 572. Devido processo constitucional criminal. Sistema acusatório e imparcialidade do juiz.

Abstract: In March 2019, to defend the honor of the ministers of the Supreme Federal Court and the image of the Court of attacks by unidentified sources, the president of the STF, supported by a statutory provision, edited Ordinance GP 69-DF and officially installed judicial inquiry (Inquiry 4781-STF), appointing another minister of the Court for the investigation. This essay analyzes, from the perspective of constitutional criminal procedural law, the guidelines adopted by the Supreme Court in the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality (ADPF N. 572), filed to question the constitutionality of that inquiry for violation of fundamental principles of the Federative Republic of Brazil.

Keywords: Judicial investigation. Judicial Inquiry 4781. ADI 572. Due to criminal constitutional process. Accusatory system and judicial impartiality.

Sumário: 1 Introdução. 2 O julgamento da ADPF n. 572 e os princípios do juiz natural, da imparcialidade e do sistema acusatório como garantia do devido processo legal. 3 Aplicação do resultado do julgamento da ADPF n. 572 ao Inquérito n. 4781 e seus desdobramentos. 4 Considerações finais.

1 Introdução

Da instauração do Inquérito n. 4781-STF, que ocorreu no dia 14 de março de 2019, ao julgamento de sua constitucionalidade no âmbito da ADPF n. 572-DF, em sessão Plenária da Suprema Corte concluída no dia 18 de junho de 2020, houve uma sucessão de fatos na história recente do Brasil, considerados por muitos analistas como claros sinais de deterioração do sistema democrático e que também são vistos como determinantes no resultado desse julgamento.

A Carta Constitucional de 1988 é o maior avanço da sociedade brasileira rumo à efetividade dos direitos fundamentais em suas sucessivas e progressivas dimensões, constituindo-se, em essência, em uma proposta de ruptura com um histórico de formação político-social pautado no patrimonialismo que ainda permeia, nos dias atuais, as relações de poder. De acordo com Luís Roberto Barroso,

A Constituição de 1988, o mais bem-sucedido empreendimento institucional da história brasileira, demarcou, de forma nítida, alguns espaços privados merecedores de proteção especial [...] Seu esforço mais notável, contudo, é o de procurar resguardar o espaço público da apropriação privada.¹

Trinta anos após a promulgação da Carta Constitucional que restabeleceu os pressupostos e diretrizes do regime democrático no

1 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67.

Brasil, há uma percepção de desestrutura ou, pelo menos, tentativa de se desestruturarem os pilares da democracia não propriamente por um golpe ou outra forma violenta de ruptura das instituições, mas pela orientada revisão dos mecanismos de sustentação das regras democráticas.

Juristas e cientistas políticos de vários matizes ideológicos têm demonstrado grande preocupação com o atual cenário político do país e sinalizam retrocessos nas conquistas alcançadas a partir da Carta de 1988. São várias as análises nesse sentido, das quais destaco o pensamento de Conrado Hubner Mendes, que tem uma visão mais ampla do que ele considera desmonte dos avanços constitucionais: “Esse edifício está sendo, passo a passo, desmontado. Não foi e nem será necessário promover mudança no texto constitucional para continuar o esvaziamento do seu potencial”.²

Nesse cenário de novos parâmetros políticos e sociais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 572, superou seus próprios julgados em relação ao devido processo legal de garantias constitucionais das liberdades individuais, como a imparcialidade e neutralidade do Poder Judiciário e o sistema acusatório, e declarou a constitucionalidade do Inquérito n. 4781, instaurado pela própria Corte com objeto amplo e indefinido e, assim, não vinculado às hipóteses estabelecidas pelo art. 102, I, *b* e *c*, da Constituição Federal.

O devido processo legal, na dimensão estabelecida pela Carta de 1988, é um direito fundamental a um “processo justo a ser realizado sob instrução contraditória, perante o juiz natural”³ e é compreendido, ao longo destes últimos trinta anos de interpretação consti-

2 MENDES, Conrado Hubner. “Evitar mundos piores” é recado que vale sobretudo para a ação política. *Folha de São Paulo*, 19 de maio de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/05/evitar-mundos-piores-e-recado-que-vale-sobretudo-para-a-acao-politica.shtml>. Acesso em: 27 out. 2020.

3 PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas Ltda., 2017. p. 9.

tucional, como direito de o investigado se valer, perante o Estado-Administração, de um núcleo duro de garantias que devem ser observadas em qualquer hipótese, mesmo nas situações de relevante interesse público na manutenção da paz social. O processo penal é a face visível do grau de institucionalização democrática de um país. Nas palavras de J. Goldschmidt, citado por Aury Lopes Jr.: “a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua Constituição”.⁴

As circunstâncias que permeiam o Inquérito n. 4781-STF foram amplamente debatidas na sociedade com alerta para suas possíveis consequências.

A constituição e os avanços democráticos dela decorrentes são fenômenos recentes na história de nosso país. As instituições políticas e a sociedade vivenciam, diariamente, os desafios de garantir as liberdades públicas e outros direitos essenciais à sua consolidação, como a liberdade religiosa, a igualdade de gênero, a igualdade racial, a proteção ambiental, a distribuição justa da riqueza; tudo isso passa por uma educação pública de qualidade, que é o efetivo instrumento do exercício da cidadania em um ambiente plural e democrático.

O Brasil, não obstante sua tradição de governos autoritários, tem tido uma *performance* democrática que o diferencia de outros países da América Latina. No entanto, necessário observar, como afirma Geraldo Prado ao citar o professor Fábio Konder Comparato, “que os direitos fundamentais nunca fizeram parte do nosso patrimônio cultural, mas sempre existiram como elemento estranho, senão estrangeiro, de nossas instituições sociais”.⁵

O que se extrai desse pensamento, extremamente adequado à situação histórica e social do Brasil, é que as instituições, até mesmo as que foram concebidas como pilares da democracia, detêm em seu

4 LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 22.

5 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 26.

éthos um modo de agir, um funcionamento autoritário. E, assim, é de um lugar de fala impositivo, que instituições republicanas justificam a defesa da própria democracia, o que sugere a existência de um círculo vicioso nas esferas de poder, já que a contenção de atos antidemocráticos é realizada por atos de força de outro poder.

Esse é o contexto em que, no dia 18 de junho de 2020, o Supremo Tribunal Federal, com o declarado propósito de garantir as estruturas do Estado Democrático de Direito a partir da auto-defesa da própria Corte, deu a palavra final e declarou legítima a investigação e o art. 43 do Regimento Interno do STF constitucional, o que lhe conferiu suporte normativo.

Essa decisão, que representou a superação de princípios e regras que fundamentam o Estado de Direito, como a separação das funções estatais, a inércia e imparcialidade do Poder Judiciário, entre outros elementos não menos relevantes para o regime de liberdades individuais e que estão inseridos no núcleo essencial dos direitos fundamentais, não deve ser analisada de forma dissociada do atual cenário da democracia no Brasil e de outros países.

As Cortes Constitucionais são suscetíveis a pressões sociais e, segundo Conrado Hubner Mendes, o juiz constitucional “é um ator político que reage conforme variáveis outras que não somente a norma, a razão, ou as recomendações que a teoria normativa lhe endereça”.⁶

Retomando a ideia central deste artigo, há uma legítima preocupação que o resultado da decisão prolatada na ADPF n. 572 possa representar um reforço desse conjunto de situações que configuram uma “recessão democrática”.

Steven Levitsky e Daniel Ziblatt advertem, de forma muito clara e didática, de como situações concretas do dia a dia, partindo de atos não apenas de um governo com tendência autocrática, mas também dos outros poderes como medida de reação e contenção,

6 MENDES, 2008, p. 192.

constituem um roteiro adequado e propício para o declínio e decadência da democracia.⁷

São vários os fatores que contribuem para o enfraquecimento das democracias, mas, especificamente em relação ao objeto deste artigo, relevante a percepção de que as regras constitucionais também estão sujeitas a interpretações conflitantes, pois, como advertem os autores acima citados, “Se poderes constitucionais estão abertos a múltiplas leituras, eles podem ser usados de maneiras que seus criadores não anteciparam”.⁸

A supremacia das decisões judiciais é um princípio estruturante do Estado de Direito, e é senso comum que sua autoridade está relacionada à credibilidade da Corte e de seus julgados e não especificamente à popularidade do Tribunal ou de seus julgadores. Pelo contrário, como adverte o Professor Oscar Vilhena:

O papel do tribunal é guardar a Constituição conforme a própria Constituição determina. Sua autoridade, entendida como exercício legítimo do poder/dever de guardar a Constituição, deriva da própria vontade constitucional, que lhe conferiu essa atribuição; porém, apenas se consolida/estabiliza na medida em que o tribunal se demonstre persistente e consistentemente capaz de realizar a sua atribuição de forma imparcial, colegiada e dentro de elevados e rigorosos padrões de interpretação e aplicação do Direito.⁹

A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 572 será respeitada e cumprida. Essa é a regra do constitucionalismo. No entanto, não deixa de ser um ato de força da Corte, considerado, por analogia, como uma legítima defesa institucional. Mas,

7 LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

8 LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 100.

9 VIEIRA, Oscar Vilhena. Por que me preocupo com a autoridade do Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*, 11 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-11/oscar-vilhena-vieira-me-preocupo-autoridade-stf>. Acesso em: 27 out. 2020.

assim como na legítima defesa, a reação deve ser proporcional e necessária à contenção da agressão, na ausência de outros meios aptos e proporcionais, dentro das regras institucionais previstas na própria Carta.

O Supremo Tribunal Federal, Corte que tem a função precípua de interpretar e aplicar a Constituição pela atividade do controle de constitucionalidade, é quem diz a última palavra sobre compatibilidade de leis e atos infralegais com a Constituição – que é a hipótese da portaria de instauração do Inquérito n. 4781 e do art. 43 do seu Regimento Interno. Assim, no aspecto da validade jurídica, não há mais o que se questionar sobre a nulidade *ab initio* dessa investigação, que contaminaria o seu resultado e o conjunto probatório produzido.

Mas ainda persiste a necessidade de se identificar, como medida de salvaguarda da própria democracia, mecanismos de compatibilização da decisão na ADPF n. 572 ao princípio do juiz natural, à separação das funções de investigar e julgar e ao sistema acusatório.

Nesse contexto e ainda considerando o efeito *erga omnes* desse julgamento, também se questiona: o entendimento aplicado na ADPF n. 572 ficará restrito ao STF por força do art. 43 do seu Regimento Interno ou foi reconhecida uma jurisdição criminal universal da Suprema Corte? Quais parâmetros definem ou definirão o *núcleo essencial de identidade constitucional* de cada Poder, que constituiu o fundamento do voto do relator para admitir a investigação anômala?

Nesta perspectiva, objetiva-se, primeiramente, analisar a compreensão da doutrina e também da própria Suprema Corte sobre os princípios do chamado devido processo penal constitucional para, após, com base no resultado do julgamento da ADPF n. 572 pelo Plenário do STF, a partir do voto do ministro relator, extrair uma interpretação conforme a Constituição, que proporcione um realinhamento, no espaço do possível, às balizas constitucionais do sistema acusatório.

2 O julgamento da ADPF n. 572 e os princípios do juiz natural, da imparcialidade e do sistema acusatório como garantia do devido processo legal

A essência da controvérsia jurídica em relação à investigação conduzida no Inquérito n. 4781 é extraída do seguinte trecho dos fundamentos apresentados pela Procuradoria-Geral da República nos autos da ADPF n. 572:

Com efeito, a Constituição de 1988, ao estabelecer o primado da democracia, também instituiu o sistema penal acusatório e um conjunto de garantias individuais necessárias para assegurar um julgamento penal justo, como o juiz natural, a anterioridade da lei penal, o contraditório, a ampla defesa, o *habeas corpus*, e o devido processo legal. A expressão máxima – mas não única – do sistema penal acusatório está contida no art. 129-I da Constituição, que separa nítida e inexoravelmente as funções de acusar e julgar, até então passíveis de serem acumuladas pelo juiz, ao atribuir privativamente ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública. Não é pouco. A Constituição promoveu uma transformação radical de sistemas, instaurando uma nova era penal no Brasil, que tem sido responsável pela transformação do sistema de justiça, tornando-o mais confiável e fazendo a lei valer para todos, de modo justo.

A expressão “sistema acusatório” deve ser aqui compreendida como um conjunto de procedimentos para garantia do direito à liberdade e à igualdade no âmbito de um processo criminal isento e justo, e não especificamente sob a ótica estrita da discussão teórica da persecução criminal, suas peculiaridades em cada democracia e os requisitos procedimentais que qualificam regimes como mais ou menos democráticos.

Essa observação é relevante, pois a efetiva dimensão do sistema acusatório no Brasil – após e a partir da Constituição Federal de 1988 – é um processo dinâmico e em consolidação, embora algumas premissas já estejam consolidadas, que é a da não participação direta do Poder Judiciário na produção da prova, salvo como garante das liberdades individuais e em hipóteses restritas e excepcionais, como nas investigações de crimes da própria magistratura.

Em aprofundado estudo doutrinário sobre a investigação criminal no Brasil, Thiago Pinheiro Corrêa alerta que, apesar do reconhecimento do sistema acusatório e do papel constitucional do Ministério Público na investigação criminal a partir do art. 129-I da Carta Constitucional, o debate ainda não alcançou um nível de amadurecimento que possa definir, com maior segurança, qual efetivamente é o papel e o limite de atuação de cada um desses atores processuais (delegado, Ministério Público e juiz) na esfera criminal e destaca:

[...] se por um lado, o STF entende não ser possível, como regra, um modelo de “intervenção judicial máxima”, isso não significa, por outro lado, que o sistema brasileiro não admita algum nível de supervisão judicial sobre a investigação [...] Para além do caso concreto, relacionado ao Inquérito 4781, a jurisprudência do STF, de forma geral, encampa a classificação do modelo de Justiça Criminal decorrente da CRFB/88, enquanto acusatório. E, assim como o faz a PGR, também recorre ao art. 129, I, da Constituição ao buscar o seu fundamento normativo. Estas conclusões podem ser extraídas de várias decisões colegiadas da Corte – boa parte delas proferidas em controle abstrato de constitucionalidade – de modo que não seria incorreto afirmar-se a existência de um consenso, na jurisprudência do STF, a respeito da classificação teórica do sistema de Justiça Criminal enquanto “acusatório” (DE VASCONCELLOS, 2015), ou não inquisitivo, expressões estas que integram uma importante dicotomia no âmbito do processo penal.¹⁰

Apesar de um grau de indefinição do papel dos órgãos de investigação e persecução penal na fase pré-processual, notadamente polícia e Ministério Público, o fato é que a interpretação do art. 129-I da CF pela Suprema Corte revela um ponto intransponível, que é a inércia do juiz na produção da prova e, assim, a conclusão mais consentânea com esse entendimento remete à não recepção de normas pré-constitucionais que atribuem atividade investigatória a órgão do Poder Judiciário, como o parágrafo único

¹⁰ CORRÊA, Thiago Pinheiro. *Para além da acusatoriedade: passado e presente da investigação criminal no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2020.

do art. 33 da LOMAN e o próprio art. 43 do Regimento Interno do STF, entre outros preceitos vinculados a um modelo constitucional preponderantemente inquisitorial, que não pressupõe a inércia e isenção do órgão judicial na persecução criminal.

Na realidade, além de se vincularem a períodos de recessão democrática, quando afastados direitos e garantias individuais, tais normas, notadamente o art. 33 da LOMAN, traduz um tratamento diferenciado, um verdadeiro privilégio ao corpo da magistratura e assim, por mais que a justificativa seja a defesa da honorabilidade do cargo, não se compatibiliza com a nova ordem jurídico-constitucional instaurada com a Constituição de 1988, que tem na igualdade de todos perante a lei o fundamento republicano da democracia.

Quanto ao art. 43 do Regimento Interno da Suprema Corte, breves considerações também são pertinentes, embora não seja este o escopo desta análise, uma vez que, conforme já mencionado, a questão está superada, por ora, com o julgamento da constitucionalidade ou, mais propriamente, da recepção desse artigo pela nova ordem constitucional.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, editado sob a égide da Emenda Constitucional de 1969, que conferia competência normativa ao STF, não mais possível em razão do disposto no artigo 22, I, *a*, da Constituição Federal, é considerado, pela própria Corte, como uma norma recepcionada pela Carta Constitucional “até que sejam revogadas ou modificadas por ato legislativo”¹¹ ou, acrescento, até que sejam questionadas em sede de controle de constitucionalidade, como ora ocorreu com o art. 43.

Os dois dispositivos acima (art. 33, parágrafo único, da LOMAN e 43 do RISTF), entre outros que atribuem poderes de investigação e instrução probatória ao juiz, sofrem severas críticas da doutrina mais abalizada no tema por revelarem traços da tradição colonial inquisitorialista e por absoluta contrariedade ao sistema processual

11 MARCHIONATTI, Daniel. *Processo penal contra autoridades*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 148.

penal adotado pelo legislador constituinte em consonância à feição democrática da Constituição de 1988: “são textos que pouco se amoldam às garantias individuais e, de certa forma, desvirtuam as atribuições próprias dos órgãos encarregados da investigação do delito e da persecução judicial do crime”.¹²

No entanto, não se pode deixar de destacar que o art. 43 do Regimento Interno do STF, ainda que considerado compatível com a ordem constitucional vigente, confere instrumentos para o Presidente da Corte exercer o poder de polícia inerente à adequada gestão do Tribunal nas hipóteses ali previstas, bastante semelhantes ao poder de polícia legislativo, e não propriamente uma competência universal que possa superar até o disposto no artigo 102-I, *b* e *c*, e outros preceitos de garantias do devido processo legal, como o juiz natural e a inércia do julgador na fase pré-processual.

Se por um lado a interpretação constitucional sobre extensão das prerrogativas constitucionais para o desempenho da titularidade da ação penal pública e também sobre a efetiva natureza e característica do sistema acusatório no Brasil insere-se em um intenso debate dialético, por outro lado o fato é que nunca houve, mesmo em períodos que antecederam a Constituição Federal de 1988, dúvida de que a isenção e imparcialidade do juiz é um requisito básico do moderno direito penal.

O saudoso professor e desembargador José Frederico Marques, em sua obra *Estudos de Direito Processual Penal*, originalmente editada em 1960, dedicou um capítulo com o título “Do Processo Penal Acusatório”, em que ressalta as características essenciais da justiça penal nos “Estados submetidos ao império da lei e do direito” e a necessidade de se conciliar a descoberta da verdade às garantias individuais do acusado, destacando, já naquela época:

O que define e caracteriza a forma acusatória, como resultado do princípio homônimo, é a existência real, segundo ensina Florian,

12 SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005. p. 130.

das três funções essenciais e básicas do processo: a função de acusar, a de defender e a de julgar. Onde os órgãos dessas atividades fundamentais são distintos e independentes, há um processo de partes, de forma acusatória. Quando, porém, o órgão julgador tem preponderância tal, que nele se concentrem todas aquelas funções, o processo é de forma inquisitória.¹³

A imparcialidade do órgão julgador, a sua equidistância das partes no processo criminal, sobretudo como garantia da sua isenção, e a exigência de prévias regras de competência jurisdicional para se evitarem juízes *ad hoc*, escolhidos pelos interesses políticos da ocasião, são requisitos do devido processo legal que antecedem a Constituição de 1988.

Mais uma vez recorrendo à doutrina de José Frederico Marques sobre o princípio do juiz natural na Carta Constitucional de 1946, este jurista esclarecia que “nesse texto constitucional se encontra cristalizado o preceito cardeal e básico do poder de julgar em matéria penal porque traçam os limites impostos ao poder punitivo em relação ao direito de liberdade [...]”.¹⁴

O modelo inquisitorial e a atuação direta do órgão julgador na colheita e produção da prova são incompatíveis com o núcleo constitucional de garantias individuais, previsto nas constituições da era moderna pós-revoluções e que antecedem a própria Constituição de 1988. E, nesse sentido, na Carta Constitucional de 1988, aclamada como “constituição cidadã”, os preceitos que se inserem no rol do devido processo legal assumem especial importância, pois são os pilares da própria democracia como garantia de liberdade, igualdade e justiça.

Para Aury Lopes Jr., “a imparcialidade do órgão jurisdicional é um princípio supremo do processo e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reperto judicial justo”.¹⁵

13 MARQUES, José Frederico. *Estudos de Direito Processual Penal*. Forense: Rio de Janeiro, 1960. p. 22.

14 MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Edição Saraiva, 1953. p. 56.

15 LOPES JR., 2001, p. 66.

Geraldo Prado traduz, em termos práticos, que a diferença essencial entre os sistemas processuais acusatório e o inquisitorial exige um distanciamento do juiz da produção probatória para garantir que não esteja psicologicamente envolvido com esse cenário. Para esse autor, impessoalidade, juiz natural e imparcialidade são requisitos do *exercício da jurisdição em um Estado Constitucional Democrático*, e sintetiza:

A posição equilibrada que o juiz deve ocupar, durante o processo, sustenta-se na ideia reitora do princípio do juiz natural – garantia das partes e condição de eficácia plena da jurisdição – que consiste na combinação de exigência da prévia determinação das regras do jogo (reserva legal peculiar ao devido processo legal) e da imparcialidade do juiz, tomada a expressão no sentido estrito de estarem seguras as partes quanto ao fato de o juiz não ter aderido *a priori* a uma das alternativas de explicação que autor e réu reciprocamente contrapõe durante o processo.¹⁶

Assim, imparcialidade do juiz e princípio acusatório são as duas faces da mesma moeda quando a questão é a garantia do devido processo legal e, em última análise, de um processo penal calcado em bases democráticas e de defesa do cidadão perante o Estado.

Poderia se alegar, e esse foi um argumento suscitado a favor da investigação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito n. 4781, que o juiz que está produzindo a prova não participará, necessariamente, das fases seguintes da investigação, dos seus desdobramentos, ou mesmo da persecução penal *in judicio*.

A imparcialidade e neutralidade do Poder Judiciário, não especificamente de um julgador, expressa-se, com maior vigor, justamente na inércia e não participação direta desse Poder na investigação, na avaliação do conjunto de elementos informativos e na deliberação sobre os mecanismos mais úteis e eficazes de condução da investigação e obtenção da prova, sobretudo quando concentradas, em um único juiz, todas essas funções: analisar as hipóteses de

16 PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 129.

investigação, decidir como conduzir a investigação e executar suas próprias deliberações.

A denominação sistema inquisitorial e acusatório advém das características preponderantes de cada um, já que dificilmente existirá um sistema processual puro. No entanto, como adverte Danielle Souza de Andrade e Silva “o acusatório (preponderantemente acusatório, uma vez que as formas puras não existem) é o sistema mais aplicado nos países que privilegiam a liberdade do cidadão, entre os quais Alemanha, Áustria, Bélgica, Itália e Portugal”.¹⁷

Ao Judiciário é constitucionalmente reservada a posição de garante das liberdades individuais, e, assim, tanto a Polícia Judiciária quando representa quanto o Ministério Público quando requer medidas cautelares instrutórias, pessoais ou assecuratórias devem justificar, de forma suficiente, os requisitos legais dessas medidas. O Ministério Público não detém, no Brasil, ainda que titular exclusivo da ação penal pública, o poder de diretamente avaliar e decidir sobre medidas que conferem uma diminuição do *status libertatis* do cidadão em várias de suas dimensões. Com muito mais razão, não poderá o órgão julgador exercer diretamente todas essas funções: investigar e deliberar sobre as medidas que entende adequadas para corroborar os fatos apurados.

O sistema prevê freios e controles rígidos de reserva de jurisdição, justamente para impedir que, na busca da utilidade e eficiência probatória máxima, sejam praticados atos de constrição de direitos sem uma prévia e isenta avaliação do contexto probatório por parte de um órgão autônomo e imparcial.

Assim, ainda que eventualmente, em determinadas situações, não será o próprio juízo condutor da investigação, e que avaliou a prova, deferiu e executou as medidas constritivas à liberdade do cidadão, que conduzirá a *persecutio criminis in iudicio*; não há como se dissociar, no ordenamento jurídico pátrio, a fase pré-processual da judicial quanto à exigência ampla e irrestrita de um juiz natural e imparcial.

17 SILVA, 2005, p. 45.

A doutrina é uníssona nesse sentido, independentemente das nuances do sistema acusatório brasileiro, que dialoga com normas processuais penais de natureza inquisitiva do período que antecede a Carta Constitucional.¹⁸ Esse é o entendimento mais abalizado sobre processo penal:

Não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição. O conhecimento judicial acerca do material probatório deve ser reservado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício de função tipicamente jurisdicional. Antes, a coleta de material probatório, ou de convencimento, deve interessar àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que a julgará. Violação patente do sistema acusatório.¹⁹

Diante da dimensão, do valor axiológico, da extensão e do significado para a democracia brasileira do princípio do juiz natural, imparcial e isento, do qual decorre a própria credibilidade do Poder Judiciário, é possível dimensionar a perplexidade que adveio da comunicação pública, na sessão do dia 14 de março de 2019, da instauração, de ofício, de investigação pelo Supremo Tribunal Federal para apurar a autoria de notícias fraudulentas, denominadas na respectiva portaria de instauração de *fake news*, denúncia caluniosa, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi*, *diffamandi* e *injuriandi* que atingiram a honorabilidade do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares.

Delimitado o contexto histórico e jurídico do julgamento da ADPF n. 572 pela Suprema Corte e diante do resultado amplamente divulgado da improcedência dessa ação, o que resulta na validação tanto da instauração do inquérito quanto das diligências realizadas, a proposta deste ensaio é desenvolver, a partir do voto do ministro relator, uma interpretação que compatibilize o desempenho da atividade investigatória como meio de defesa da Corte, de seus ministros

18 PACELLI, 2017, p. 10.

19 PACELLI, 2017, p. 12.

e familiares com as garantias do devido processo legal, preservando princípios básicos e essenciais do Estado de Direito.

3 Aplicação do resultado do julgamento da ADPF n. 572 ao Inquérito n. 4781 e seus desdobramentos

No julgamento da ADPF n. 572-DF, a Corte, por maioria absoluta de seus membros, dez votos a um, considerou constitucionais a investigação criminal desenvolvida no Inquérito n. 4781-DF e o preceito normativo que lhe deu fundamento, o art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O paradoxo desse julgamento é que, para defender o Estado Democrático de Direito, a Suprema Corte foi acusada de dar conformidade a um ato imputado de antidemocrático, não apenas pelo conteúdo material já acima referido, que se relaciona às garantias constitucionais do devido processo legal, mas também pelo seu aspecto formal e procedimental, por se tratar de investigação abrangente, sem objeto pré-determinado ou determinável, sem especificação de possível autoria para delimitação de foro.

E o próprio ministro relator, ao reconhecer esse estado de coisas, justificou o motivo:

Ainda que sentidos e práticas à luz desse artigo possam ser inconstitucionais, há uma interpretação constitucional que pode dele ser extraída, como se fez quando do julgamento do RE 593.727, que se refere à necessidade de conferir instrumentos ao exercício de um dever constitucional, no caso, de guardião da Constituição. Nesse mencionado RE assim decidiu o STF [...].

A Portaria GP n. 69, de 14 de março de 2019, da lavra do ministro presidente da Suprema Corte e que inaugurou o Inquérito n. 4781 indicou como objeto de investigação “a existência de indícios de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares”.

Não se pretende, por incabível, a rediscussão do tema sob os fundamentos, inclusive, já apresentados na inicial da ADPF, na manifestação da PGR ou de entidades que se associaram à parte autora na condição de *amici curae* quanto à inconstitucionalidade dessa medida.

Esse debate está superado com o julgamento de mérito da ação, e as consequências serão avaliadas em momento futuro, não se desconsiderando que esse julgamento se submeterá ao escrutínio da história, embora deva ser analisado no contexto do atual cenário político do Estado brasileiro, no qual a Corte deixou bastante claro, tanto no voto do relator, ministro Edson Fachin, quanto nos debates ocorridos durante o julgamento, que se tratava de situação excepcional, de autodefesa e de proteção de um dos poderes fundamentais do Estado democrático.

A posição em que se encontrava o Supremo Tribunal Federal no momento do julgamento da ADPF, em junho de 2020, era diversa da ocasião da instauração dessa investigação, em março de 2019, pois especialmente no ano de 2020, em razão de vários fatores políticos e sociais, inclusive a própria pandemia de Covid-19 e os danos que tem causado à humanidade, intensificou-se o debate judicial de temas sensíveis levados à Suprema Corte, o qual a contrapôs ao Poder Executivo por impor restrições a uma pauta política que tem desafiado, de forma insistente, os limites da constitucionalidade e do Estado democrático.

O voto do ministro Edson Fachin, relator da ADPF n. 572-DF, que revela as linhas fundamentais do pensamento da Corte sobre o tema, demonstrou intensa preocupação em manter a organicidade do sistema democrático de forma a ultrapassar, apenas no limite do estritamente necessário, os postulados da separação das funções no sistema processual penal, da acusatoriedade, da imparcialidade do juiz, deixando claro que tal situação não deve ocorrer em um momento de normalidade institucional.

Sob esse aspecto específico, extraem-se do voto considerações sobre o devido processo penal constitucional, o sistema acusatório, a imparcialidade e a interpretação do art. 43 do Regimento

Interno do Supremo Tribunal Federal para “fixar qual pode ser o sentido conforme a Constituição e quais são os sentidos incompatíveis com a Constituição que podem emergir daquela regra regimental”, para concluir que

[...] o artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal pode dar ensejo à abertura de inquérito, contudo, em nosso ver, não é nem pode ser uma espécie de salvo conduto genérico, amplo e sem limites; ao contrário, diante de seu teor, sem redução ou supressão de seu exposto enunciado, é imprescindível delimitar o seu respectivo significado, excluindo os sentidos que conduzem, inevitavelmente, à invalidade constitucional.

O ministro Fachin ressalta, de maneira muito percuciente e adequada, a garantia da imparcialidade do juiz, bem como as demais premissas do Estado de Direito Democrático, para fixar o entendimento de que a previsão do art. 43 do Regimento Interno da Suprema é excepcionalíssima e exige “um elevado grau de justificação e condições de possibilidade sem quais não se sustenta”, e destaca entre essas condições, justamente, a imparcialidade.

Um dos primeiros aspectos observados pelo ministro relator foi justamente a regra da transparência e publicidade dos atos do poder público, sendo o sigilo uma exceção justificada, conforme determina a própria Súmula Vinculante n. 14.

Na sequência, discorre sobre a árdua tarefa constitucional de equacionar o binômio liberdade de expressão *versus* responsabilidade, que é, justamente, o objeto da investigação questionada:

Investigação de notícias fraudulentas (*fake news*), falsas comunicações de crime, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de *animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi*, que atinjam a honrabilidade institucional do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e se seus membros, bem como a segurança destes e de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos ministros, inclusive com a apuração do vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que tem o dever de

preservar o sigilo; e a verificação da existência, de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, *com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e ao Estado de Direito* (eDOC 43). (Grifo nosso).

Por considerar essencial a defesa da Suprema Corte como mecanismo de garantia da própria democracia, afirma o relator que

[...] dúvida não há quanto a ser legítima a defesa do Supremo Tribunal Federal, não obstante há de ser por meio da sua atuação coerente e consistente no seu papel de guarda da Constituição (CR, art. 102, caput), o que, no nosso Estado Democrático de Direito, faz-se pela defesa irrestrita dos direitos e garantias fundamentais.

Na sequência, o ministro apresenta estudo interpretativo das regras constitucionais e convencionais sobre a liberdade de expressão, de opinião, de manifestação e seus limites, para concluir, na linha do que já está definido pela Suprema Corte, que, “Deste conjunto de normas, extrai-se que o regime jurídico de proteção da liberdade de expressão garante, por um lado, a impossibilidade de censura prévia, e, por outro, a possibilidade, *a posteriori*, de responsabilização civil e penal”.

Também destaca grande preocupação em relação ao fenômeno das chamadas “*fake news*”, que, para o ministro, não têm conteúdo informativo ou opinativo, mas são “algoritmos ecoando inadvertidamente uma informação sem respaldo na lógica do hipertexto [...]”.

E, assim, busca na experiência de outros países parâmetros de justificação da limitação da liberdade de expressão, valendo-se da experiência da Suprema Corte norte-americana, que produziu, ao longo de sua história, como observa o ministro, testes para a aferição dos abusos do direito de opinar, com destaque para o chamado “teste do perigo claro e iminente”, por não abranger, nessa esfera de liberdade, o direito à mentira, à informação deliberadamente falsa. Também discorre sobre a evolução dessa jurisprudência, que passou a aplicar um teste mais protetivo, fundamentado em uma “ação ilegal iminente”, além de algumas variações – especificações temáticas.

Passando da experiência dos EUA para uma esfera mais regional, como afirma o ministro, a partir de orientações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, informa que se constrói, “em nível regional, uma jurisprudência que determina que a liberdade de expressão só será afastada caso a acusação comprove, a um só tempo, a falsidade da afirmação e a malícia real (dolo ou negligência extremada) do agente”.

Após, analisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a referida equação liberdade de manifestação do pensamento/responsabilidade, principalmente na esfera de agentes públicos que estão submetidos, pelo próprio exercício de uma função pública, a um maior escrutínio social pois “a liberdade de expressão, nesse contexto, atua como exercício de direitos políticos e de controle da coisa pública”.

Assim, ao delimitar a estrita esfera de restrição à liberdade de manifestação, expressão e opinião, adverte o ministro que “são vedados, afinal, expressamente nas convenções citadas, os discursos racistas, de ódio (*hate speech*), havendo decidido este Tribunal que são inclusive imprescritíveis [...]”, bem como “atos que, a pretexto de ideologia política, visem a retirar direitos ou a excluir determinadas pessoas da sociedade”.

Após delimitar o núcleo de fatos – situações criminalmente típicas no sentido formal – que poderão ser investigados nessa investigação anômala, conforme acima destacado, o relator analisou a atividade investigatória concorrente no ordenamento jurídico-constitucional pátrio para concluir, conforme já observado, que o resultado dessas apurações será encaminhado às instâncias judiciais competentes:

A apuração destina-se a reunir elementos que subsidiarão representação ou encaminhamento ao Ministério Público competente, isto é, a atividade destina-se a encontrar a autoridade processante competente, enviando-lhe as informações que entender necessárias. Caso haja autoridade submetida à jurisdição do STF, o encaminhamento não pode ser outro que não o de remeter ao PGR as informações encontradas.

O acórdão da ADPF n. 572 poderá definir, com mais precisão, o resultado e o alcance desse julgamento. No entanto, considerando a dinâmica dos acontecimentos, já que o Inquérito n. 4781 está em tramitação desde março de 2019, produzindo, diuturnamente, novas provas e investigando novos fatos, é muito importante o conteúdo do voto do ministro relator, como um farol, uma baliza clara para os limites dessa investigação.

E, nessa perspectiva, para melhor direcionamento dos resultados dessa investigação com base no entendimento da Corte fixado a partir do voto do ministro relator e dos debates estabelecidos durante o julgamento desse caso, algumas conclusões podem ser extraídas, das quais se destaca:

- A investigação criminal fundamentada no art. 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal é excepcional, atípica e anômala, devendo ser reservada para as hipóteses em que a defesa da Corte e de seus ministros representa a própria garantia do regime democrático.
- A jurisdição do Supremo Tribunal Federal para instrução dessa investigação – fase pré-processual – estende-se a todo território nacional e não se limita à autoridade com foro por prerrogativa constitucional nessa Corte.
- O sigilo deverá ocorrer nas estritas hipóteses permitidas pela Súmula vinculante n. 14, pois a regra é a publicidade para os investigados e advogados.
- As peças informativas decorrentes da investigação, considerando-se a multiplicidade de fatos e de investigados, serão encaminhadas pelo ministro condutor da investigação aos juízos competentes, inclusive o próprio STF, nas hipóteses em que caracterizada a participação de autoridade com foro de prerrogativa na Suprema Corte.
- Houve a validação de todos os atos apuratórios e diligências instrutórias realizadas até o julgamento do caso pela Suprema Corte, inclusive as decisões relativas às medidas de reserva de

jurisdição, por entender o relator, respaldado em jurisprudência da Corte, que o inquérito possui natureza administrativa apenas e eventuais vícios não ocasionam nulidades que possam contaminar a fase seguinte, a *persecutio criminis in judicio*.

- Os limites objetivos de investigação estão parametrizados no voto do relator em situações que, concretamente, ofereçam risco ao Supremo Tribunal Federal, a seus ministros e familiares – pertinência temática – e que se qualifiquem como abuso do direito de manifestação – nos limites fundamentados na decisão –, abrangendo, assim, crimes contra a honra, ilícitos tipificados na Lei de Segurança Nacional e eventuais outros crimes praticados especificamente contra o STF, os ministros e seus familiares.

4 Considerações finais

A investigação criminal conduzida, moto-próprio, pelo Supremo Tribunal Federal no Inquérito n. 4781 é anômala, excepcional e limitada à apuração de condutas que coloquem em risco a integridade dos ministros do STF, seus familiares e a honorabilidade da Corte e foi justificada constitucionalmente pelo próprio Supremo como um mecanismo necessário e eficaz de defesa do regime democrático e da soberania da Constituição.

Na esteira dos limites estabelecidos no julgamento da ADPF n. 572, ficou bem assentado que não é todo ato potencialmente ilícito contra o regime democrático que poderá ser investigado nesse inquérito, diante da limitação e especificidade do seu objeto: defesa da Corte, dos ministros e de seus familiares em um contexto sistêmico de atos antidemocráticos.

Outro destaque que se impõe é que a validação do contexto das investigações refere-se, especificamente, aos meios de prova utilizados e à sua forma de produção – pelo próprio Poder Judiciário. Está, assim, preservada a independência do órgão do Ministério Público, como *dominus lictis* da ação penal, para avaliar, em cada caso concreto: (i) a existência de justa causa para o oferecimento de

denúncia; (ii) a necessidade de complemento das diligências apuratórias; (iii) o arquivamento pelos fundamentos que ensejam a rejeição da denúncia ou absolvição sumária (arts. 395 e 397 do CPP); (iv) e a própria pertinência temática do fato ao objeto de apuração, situação em que poderá considerar inválidas as peças informativas.

Nos limites do possível, diante do quadro fático validado, a imparcialidade do Poder Judiciário deve ser restabelecida nas fases seguintes dessa investigação, inclusive, esse ponto foi muito destacado no voto do relator, ministro Edson Fachin.

Já se abordou o que significa, para o Estado de Direito, o juiz imparcial, que é uma das prerrogativas do juiz natural; ou seja, para garantir a isenção dos julgados, evitando-se perseguições ou favorecimentos, a constituição democrática estabelece um conjunto de princípios para evitar que juízes sejam designados conforme as suas preferências ou as preferências de quem os designa.

Nessa linha, apesar de a Corte ter considerado legítima a participação do ministro que preside o Inquérito n. 4781 no julgamento da ADPF n. 572, os desdobramentos das investigações desse inquérito no STF, nos casos em que constatada a participação de autoridades com foro nesse Tribunal, devem ser livremente distribuídos entre os demais ministros, à exceção do ministro que conduziu a investigação desde o início, o qual, conforme as palavras de Geraldo Prado²⁰, poderá estar “psicologicamente envolvido com uma das versões do jogo”.

Como o Inquérito n. 4781 tem um objeto amplo e indefinido, já que não se refere a um ou mais fatos específicos já ocorridos previamente à sua instauração, deverá ter uma duração razoável para que não se transforme em uma investigação perene e indefinida de crimes futuros.

E, por fim, retomando a ideia central deste artigo, que é a preocupação quanto à ruptura dos pilares do processo penal democrático em relação à atividade investigativa do Supremo Tribunal Federal,

20 PRADO, 2001, p. 128

em limites e extensão nunca antes vistos na história dessa Corte Constitucional, é importante, para legitimidade desse *decisum*, que a sociedade tenha conhecimento sobre quais fatos foram investigados, as medidas adotadas e o resultado dessas apurações e, assim, poderá aquilatar o estado de gravidade e de abalo institucional que justificou o acionamento de mecanismos próprios de autodefesa pelo STF. A publicidade, ainda que postergada pela natureza do procedimento investigativo, é uma exigência do Estado Democrático de Direito.

Referências

ARENDRT, Hanna. *Sobre a revolução*. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORRÊA, Thiago Pinheiro. *Para além da acusatoriedade: passado e presente da investigação criminal no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARCHIONATTI, Daniel. *Processo penal contra autoridades*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Edição Saraiva, 1953.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Forense: Rio de Janeiro, 1960.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2008. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acesso em: 27 out. 2020.

MENDES, Conrado Hubner. “Evitar mundos piores” é recado que vale sobretudo para a ação política. *Folha de São Paulo*, 19 de maio de 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/conrado-hubner-mendes/2020/05/evitar-mundos-piores-e-recado-que-vale-sobretudo-para-a-acao-politica.shtml>. Acesso em: 27 out. 2020.

MIELLENHAUSEN, Karin Toscano; MOSCATELLI, Lúvia; OLIVER, Luíza *et al.* *Inquérito das fake news: armadilha ou salvação ao estado de direito?* 2 jun. 2020. Disponível em: http://linearclipping.com.br/mpf/site/m014/noticia.asp?cd_noticia=75955417. Acesso em: 27 out. 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas Ltda., 2017.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

REDE SUSTENTABILIDADE. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental com pedido de medida liminar*. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/rede-adpf-inquerito-ameacas-ministros.pdf>. Acesso em: 27 out. 2020.

ROSENFELD, Denis L. *O que é democracia*. Brasília: Brasiliense, 1984. (Coleção Primeiros Passos).

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.

UOL. *Decisões do STF contra Bolsonaro estão dentro das atribuições da Corte*. 23 set. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/comprova/ultimas-noticias/2020/09/23/decisoes-do-stf-contra-bolsonaro-estao-dentro-das-atribuicoes-da-corte.htm>. Acesso em: 27 out. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Por que me preocupo com a autoridade do Supremo Tribunal Federal. *Consultor Jurídico*, 11 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-11/oscar-vilhena-vieira-me-preocupo-autoridade-stf>. Acesso em: 27 out. 2020.

Ortotanásia: limitação e suspensão de terapias de suporte artificial de vida sob a ótica dos membros do MPF e do MPDFT e de médicos

Roberto D'Oliveira Vieira

Membro do Ministério Público Federal. Mestre em Direito.

João Gabriel Rosa Ramos

Médico. Integrante da Unidade de Terapia Intensiva do Hospital São Rafael, da Unidade de Cuidados Paliativos do Hospital São Rafael e do Hospital e Clínica de Reabilitação Clínica Florence. Doutor em Medicina.

Fernanda Correa Tourinho

Médica. Integrante da Unidade de Cuidados Paliativos do Hospital São Rafael e do Hospital e Clínica de Reabilitação Clínica Florence e de Terapia Intensiva do Hospital São Rafael.

André Ismael

Membro do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestre em Direito.

Diaulas Costa Ribeiro

Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Doutor em Direito.

Humberto Jacques de Medeiros

Subprocurador-Geral da República. Doutor em Direito.

Daniel Neves Forte

Médico. Integrante do Programa de Cuidados Paliativos do Hospital Sírio-Libanês. Doutor em Medicina.

Resumo: Decisões a respeito da limitação do tratamento médico antes do óbito apresentam diversas consequências legais. Este artigo analisa pesquisa aplicada a intensivistas, oncologistas e membros do Ministério Público da União, de fevereiro a maio de 2018. Os principais resultados para o propósito deste artigo são a discordância da retirada de ventilação mecânica e a intenção de requisição de investigação criminal para esclarecer o óbito narrado nos casos apresentados na pesquisa.

Palavras-chave: Cuidados paliativos. Limitações do tratamento médico. Ortotanásia.

Abstract: Decisions of limitation of medical treatment before death have several legal concerns. This article analyses a survey to intensivists, oncologists and prosecutors of the Public Prosecution Service, from February 2018 to May 2018. The main outcomes of the survey are the disagreement regarding the withdrawal of mechanical ventilation and the intention to initiate a criminal investigation to clarify the death narrated in the cases presented in the research.

Keywords: Palliative care. Limitations of medical treatment. Orthothanasia.

Sumário: 1 Introdução. 2 Apresentação do tema e do problema. 3 Objetivos. 4 Justificativa. 5 Referencial teórico. 6 Metodologia. 7 Resultado e discussão. 8 Conclusão.

1 Introdução

A ortotanásia desperta discussões em qualquer sociedade que se tenha debruçado sobre o tema. No Brasil, a ortotanásia é auto-

rizada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) com base em duas resoluções que extraem fundamento da legislação ordinária e da Constituição Federal. Apesar da autorização normativa, a consolidação da prática encontra barreiras que merecem ser estudadas.

Este artigo analisa pesquisa aplicada a intensivistas, oncologistas e promotores e procuradores da República integrantes do Ministério Público da União referente a quatro casos de ortotanásia e foi elaborado para atender a Resolução n. 1004 do Conselho Administrativo da Escola Superior do Ministério Público da União, de 15 de setembro de 2017. O resultado da pesquisa foi apresentado em outros dois artigos submetidos aos periódicos *Critical Care* e *Journal of Pain and Symptom Management*, motivo pelo qual o presente estudo reproduz parcialmente as conclusões apresentadas nesses dois artigos.

A próxima seção apresenta o tema e o problema da pesquisa. A seção 3 descreve os objetivos, e as seções 4 e 5 apresentam a justificativa e o referencial teórico, respectivamente. A metodologia e a discussão da pesquisa são apresentadas nas seções 6 e 7.

A pesquisa objeto deste artigo foi aprovada pelo Comitê de Ética do Hospital São Rafael e financiada pela Escola Superior do Ministério Público da União.

2 Apresentação do tema e do problema

A crescente utilização de terapias de suporte artificial de vida (tais como ventilação mecânica invasiva, hemodiálise, drogas vasoativas etc), que podem prolongar a existência a despeito de alterações graves das funções orgânicas, tem gerado dilemas éticos relacionados ao cuidado de pacientes com doenças graves e avançadas, percebidos como em fase final de vida, ou seja, com perspectiva de óbito em curto espaço de tempo.¹

Nos Estados Unidos da América, estima-se que em torno de um quarto dos pacientes morrem utilizando-se desses tipos de terapias de

1 CURTIS, J. R.; VINCENT, J. L. Ethics and end-of-life care for adults in the intensive care unit. *The Lancet*, London, v. 376, n. 9749, p. 1347-1353, 2010.

suporte.² No entanto, existe uma percepção global de inadequação de parte desses cuidados,³ visto que muitos desses pacientes têm morte prolongada, sob sofrimento, recebendo terapias invasivas muitas vezes vistas como não benéficas ou não consistentes com os desejos e valores dos pacientes.⁴ Essa percepção tem levado à investigação de alternativas de cuidado mais adequadas para essa população de pacientes.⁵

Quando determinada terapêutica não é considerada como apropriada pela equipe de profissionais de saúde em conjunto com os pacientes e familiares, muitas vezes define-se pela limitação ou suspensão da terapia em questão,⁶ com a transição do cuidado para um objetivo primário de controle de sintomas físicos, psíquicos e sociais. A limitação de suporte artificial de vida é definida como a não introdução, ou limitação do escalonamento, de uma terapia de suporte artificial de vida. Por outro lado, a suspensão de suporte artificial de vida é definida como a retirada de uma terapia de suporte artificial de vida já previamente iniciada.

Apesar de a discussão a respeito do benefício de tratamentos ultrapassar a questão da terapia de suporte artificial de vida em situações agudas com risco de vida imediato, permeando decisões a respeito de condutas preventivas e de tratamentos específicos das doenças de base,

-
- 2 ANGUS DC, Barnato AE; Linde-Zwirble WT, *et al.*: Use of intensive care at the end of life in the United States: An epidemiologic study. *Critical Care Medicine*, Philadelphia, v. 32, n. 3, p. 638-643, 2004.
 - 3 PIERS, R. D. *et al.* Perceptions of appropriateness of care among European and Israeli intensive care unit nurses and physicians. *JAMA*, Chicago, v. 306, n. 24, p. 2694-2703, 2011.
 - 4 SCHNEIDERMAN, L. J. *et al.* Effect of ethics consultations on nonbeneficial life-sustaining treatments in the intensive care setting: a randomized controlled trial. *JAMA*, Chicago, v. 290, n. 9, p. 1166-1172, 2003.
 - 5 STEINHAUSER, K. E. *et al.* Factors considered important at the end of life by patients, family, physicians, and other care providers. *JAMA*, Chicago, v. 284, n. 19, p. 2476-2482, 2000.
 - 6 SPRUNG, C. L. *et al.* The Durban World Congress Ethics Round Table Conference Report: I. Differences between withholding and withdrawing life-sustaining treatments. *J Crit Care*, Amsterdam, v. 29, n. 6, p. 890-895, 2014.

provavelmente em nenhuma outra situação clínica o dilema associado à decisão de instituição, ou não, da terapêutica seja tão intenso.⁷

A decisão de limitação ou retirada de suporte artificial de vida frequentemente precede o óbito de pacientes internados em unidades de terapia intensiva (UTI).⁸⁻⁹⁻¹⁰ Por sua vez, existe uma considerável variabilidade nas práticas associadas aos cuidados de fim de vida de pacientes em uso de suporte artificial de vida¹¹ e estima-se que parte dessa variabilidade se deva a diferenças de percepção ético-legais a respeito dessas práticas.¹²⁻¹³⁻¹⁴⁻¹⁵

A Constituição Federal de 1988 e o Código Penal não tratam diretamente da matéria. O Conselho Federal de Medicina (CFM) aborda o assunto em duas resoluções e no Código de Ética Médica. A Resolução CFM n. 1.805/2006 permite ao médico limitar ou suspender “procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”. A

7 CURTIS; VINCENT, 2010.

8 FERRAND, E. R. *et al.* Withholding and withdrawal of life support in intensive-care units in France: a prospective survey. *The Lancet*, London, v. 357, n. 9249, p. 9-14, 2001.

9 COOK, D. *et al.* Withdrawal of mechanical ventilation in anticipation of death in the intensive care unit. *New England Journal of Medicine*, Massachusetts, v. 349, n. 12, p. 1123-1132, 2003.

10 MAYR, V. D. *et al.* Causes of death and determinants of outcome in critically ill patients. *Crit Care*, Amsterdam, v. 10, n. 6, p. R154, 2006.

11 MARK, N. *et al.* Global variability in withholding and withdrawal of life-sustaining treatment in the intensive care unit: a systematic review. *Intensive Care Med*, Brussels, v. 41, n. 9, p. 1572-1585, 2015.

12 MEISEL, A. *et al.* Seven legal barriers to end-of-life care: myths, realities and grains of truth. *JAMA*, Chicago, v. 284, n. 19, p. 1495-2501, 2000.

13 CERMINARA, K. L. The law and its interaction with medical ethics in end-of-life decision making. *Chest*, Illinois, v. 140, n. 3, p. 775-780, 2011.

14 SPRUNG *et al.*, 2014.

15 MARK *et al.*, 2015.

previsão foi reforçada pela Resolução CFM n. 1.995/2012, possibilitando que o paciente expresse diretivas antecipadas de vontade com o fim de predefinir cuidados e tratamentos a que queira ou não se submeter quando estiver incapacitado de expressar-se. Por fim, o Código de Ética Médica foi atualizado em 2009 para inserir no capítulo V, art. 41, parágrafo único, que,

nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

A versão anterior do Código de Ética não abordava o tema.

A mera descrição de tais textos legais não permite compreender a complexidade da discussão que ainda existe no meio jurídico a respeito da possibilidade da ortotanásia no País. No âmbito cível, ao menos duas iniciativas foram tomadas pelo MPF por meio das Ações Cíveis Públicas tombadas sob os n. 2007.34.00.014809-3 e 1039-86.2013.4.01.3500, ambas com os pedidos julgados improcedentes.

A despeito do julgamento definitivo da lide coletiva, a atuação de cada membro do Ministério Público e do Poder Judiciário pode reforçar ou inibir a aplicação do ato infralegal pelos responsáveis pela ortotanásia. No caso individual, a conduta do representante legal do paciente e do médico pode subsidiar investigação penal por homicídio (art. 121 combinado com art. 13, § 2º, ambos do Código Penal). Os efeitos danosos de qualquer investigação criminal e a insegurança jurídica gerada pelo entendimento contrário à aplicação da ortotanásia são fatores reconhecidamente inibidores da eficácia da norma.

A restrição poderá ser refletida também no aspecto cível. O julgamento da Apelação Cível n. 70054988266 pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é exemplar de como o entendimento acerca da matéria ainda não está consolidado na carreira do Ministério Público.¹⁶ No caso julgado, o Ministério Público

16 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. ApCiv n. 70054988266. 1ª Câmara Cível. J. em 20.11.2013.

do Rio Grande do Sul ingressou com pedido de alvará judicial para suprimento de vontade de idoso com processo de necrose no pé esquerdo e risco de morte em razão do avançado processo infeccioso. Apoiando-se na circunstância de o paciente ter apresentado testamento vital, o tribunal afastou a pretensão ministerial sob o argumento de que o paciente tem a opção de recusar-se ao tratamento, ainda que tal opção ofereça risco a sua vida.

Diante de tais considerações, a pesquisa visou responder ao seguinte problema: as resoluções do CFM e a permissão de ortotanásia são, de fato, compreendidas pelos profissionais vinculados ao tema? Os procuradores da República, os promotores de Justiça e os médicos conseguem identificar as situações típicas de ortotanásia e adequá-las às resoluções que tratam do tema? De modo a responder satisfatoriamente ao questionamento, o trabalho apresentou quatro casos típicos de ortotanásia e os submeteu a membros do MPF e do MPDFT e a médicos, permitindo visualizar o grau de eficácia da norma entre esses profissionais.

3 Objetivos

A pesquisa teve como objetivo avaliar a concepção de membros do MPF e do MPDFT e de médicos a respeito da prática da ortotanásia, avaliando a existência de percepção de diferenças éticas e jurídicas entre a limitação e a suspensão de tratamentos, tanto em situações de tratamentos específicos para a doença de base quanto em situações de terapia de suporte artificial de vida. Pretende-se, assim, verificar entre as duas categorias profissionais a assimilação da prática da ortotanásia e identificar os motivos éticos e jurídicos levantados para a recusa em cada caso.

O projeto possuiu outros dois objetivos secundários. Primeiro, buscou-se avaliar o grau de exposição e de conhecimento dos membros do MPF, do MPDFT e de médicos a respeito de conceitos relativos ao tema de bioética e fim de vida. A experiência de cada entrevistado e o campo de atuação – atuação exclusiva em demandas de saúde, por exemplo – influenciam sobremaneira a percepção a respeito da ortotanásia. Segundo,

o estudo pretendeu identificar eventual diferença de percepção entre a limitação e a suspensão de tratamento, de acordo com a concepção individual de cada entrevistado, permitindo aferir objetivamente se a fase de incidência da ortotanásia – isto é, limitação ou suspensão de certo tratamento – é determinante para a adesão da população pesquisada.

4 Justificativa

Dentro do conceito da ortotanásia, os cuidados prestados aos pacientes em fase final de vida podem incluir a limitação ou a suspensão de determinadas terapêuticas. Entretanto, argumentos morais, éticos ou jurídicos podem surgir como barreiras para os profissionais de saúde e operadores do direito que lidam com essas situações em sua prática.

A justificativa da pesquisa foi de ordem prática e teórica. Buscou-se aferir a adequada eficácia das resoluções do CFM e da autorização do ordenamento para a prática da ortotanásia entre os profissionais que são potencialmente mais vinculados à temática e que, ao mesmo tempo, são indutores de comportamento, podendo reprimir ou estimular a consolidação de tal prática médica na sociedade.

Realizado o devido corte metodológico, a justificativa da pesquisa repousa sob a necessidade de verificar a efetiva aceitação da autorização da ortotanásia na sociedade brasileira, representada na pesquisa por operadores do direito e profissionais de saúde, e aferir as diferentes percepções ético-legais que potencialmente impeçam a sua utilização pelos profissionais entrevistados.¹⁷

5 Referencial teórico

A Bioética é um ramo autônomo do Direito que tem por objeto específico de estudo os limites e os rumos eticamente aceitáveis das

¹⁷ MEISEL, *et al.*, 2000; CERMINARA, 2011; SPRUNG *et al.*, 2014; MARK *et al.*, 2015.

ciências biomédicas.¹⁸ Segundo Adoni, o termo corresponde a um neologismo, “traduzindo o sentido de expressar a ‘ética da vida’, ou o modo de ser da vida”.¹⁹

Tendo como alicerces iniciais os trabalhos de Van Rensselaer Potter e de Beachamp e Childress, a Bioética desenvolve-se ao redor de quatro princípios: a não maleficência, a beneficência, a justiça e a autonomia.²⁰

O princípio da beneficência tem como finalidade ampliar os benefícios de determinado ato através da pesquisa ou da atividade médica, impondo que os profissionais de saúde devam atuar no sentido de não causarem dano e maximizarem os benefícios.²¹ Como desdobramento do princípio da beneficência, o princípio da não maleficência orienta o dever de não acarretar danos ao paciente.²² O princípio da justiça, por sua vez, ampara-se na distribuição igualitária e não discriminatória de pesquisas e de práticas médicas.

De importância mais destacada para o projeto de pesquisa, o princípio da autonomia reconhece que cada pessoa deve ser capaz de agir conforme sua própria determinação. Nas palavras de Muñoz e Fortes, a autonomia “significa autogoverno, autodeterminação da pessoa de tomar decisões que afetem sua vida, sua saúde, sua integridade físico-psíquica, suas relações sociais”.²³ Trata-se de conceito

18 GARRAFA, Volnei. Bioética: os limites da manipulação da vida. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, jan./mar. 1997. p. 169.

19 ADONI, André Luis. Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 818, dez. 2003. p. 397.

20 COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. Apresentando a bioética. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 15.

21 SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 103.

22 SANTORO, 2010, p. 104.

23 MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira;

que reflete o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que reconhece o ser humano como um fim em si mesmo.²⁴

O princípio da autonomia relaciona-se diretamente com o direito de morrer dignamente, situação que abarca questões atinentes à eutanásia, à distanásia e à ortotanásia e que devem ser bem diferenciadas para a delimitação do referencial teórico do projeto.

A eutanásia relaciona-se com a antecipação da morte através da provocação de evento que acarretará o óbito do paciente, ainda que ele padeça de outra enfermidade que seria capaz de levá-lo ao mesmo desfecho em outra circunstância de tempo. A distanásia é o prolongamento artificial da vida mediante a neutralização do processo de falecimento através da obstinação terapêutica, mesmo que se possa antever a inutilidade da intervenção médica.

Lembra Leonard M. Martin que a eutanásia e distanásia são conceitos próximos, mas distintos:²⁵

A eutanásia e a distanásia, como procedimentos médicos, têm em comum a preocupação com a morte do ser humano e a maneira mais adequada de lidar com isso. Enquanto a eutanásia se preocupa prioritariamente com a qualidade da vida humana na sua fase final – eliminando o sofrimento –, a distanásia se dedica a prolongar ao máximo a quantidade de vida humana, combatendo a morte como o grande e último inimigo.

A ortotanásia, por sua vez, é a rejeição de serviços médicos ou a sua interrupção em razão da inaptidão da medicina para oferecer soluções terapêuticas. Sob a ótica do paciente, esses tratamentos impactam severamente sua qualidade de vida, sem representar

OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 57.

24 MUÑOZ; FORTES, 1998, p. 58.

25 MARTIN, M. Leonard. Eutanásia e distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 173.

a cura da enfermidade que o aflige. Segundo Hildeliza Cabral,²⁶ a expressão foi cunhada por Jacques Roskam em 1950 a partir dos termos gregos *ortho* e *thanatos* e divulgada no Congresso de Gerontologia na Bélgica. O ponto principal é o reconhecimento da autonomia do paciente em escolher as opções de tratamento, inclusive o não tratamento. Afirma a autora:

Nesse contexto, a Ortotanásia surge como uma preocupação interdisciplinar, do Direito e da Medicina, ambas as ciências direcionadas ao cumprimento da proteção à pessoa e sua dignidade, axioma que passa a valorizar mais a vontade da pessoa enferma, a cuidar da fase final da vida de forma mais humanizada e efetiva, promovendo uma morte digna através da Ortotanásia, “no tempo certo”, sem antecipar, nem postergar o momento final da existência humana.²⁷

Leonard M. Martin reforça que a ortotanásia é a arte de bem morrer, permitindo ao paciente identificar que “a morte não é uma doença a curar, mas sim algo que faz parte da vida”.²⁸ Afirma Ronald Dworkin:

A morte domina porque não é apenas o começo do nada, mas o fim de tudo, e o modo como pensamos e falamos sobre a morte – a ênfase que colocamos no “morrer com dignidade” – mostra como é importante que a vida termine *apropriadamente*, que a morte seja um reflexo do modo como desejamos ter vivido. (Grifo no original).²⁹

No ordenamento brasileiro, a ortotanásia é expressamente admitida por duas resoluções do Conselho Federal de Medicina. A primeira, a Resolução CFM n. 1.805/2006, permite “ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que

26 CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. Considerações iniciais. In: CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat (org.). *Ortotanásia: bioética, biodireito, medicina e direitos de personalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

27 CABRAL, 2016, p. 2.

28 MARTIN, 1998, p. 190.

29 DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 280.

prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável” (art. 1º).

A segunda é a Resolução CFM n. 1995/2012, que prevê a possibilidade de emissão de diretivas antecipadas de vontade pelo paciente ou seu responsável. Autoriza o art. 1º da resolução que o paciente informe o desejo de receber ou não determinado tratamento. As normas são imbricadas com os arts. 22, 26 e 31 do Código de Ética Médica, que reconhecem ao paciente o direito à informação e o direito a decidir livremente sobre práticas terapêuticas.

Emerge de tal quadro questão central relativa aos profissionais envolvidos na ortotanásia. Aponta Leandro Bastos Machado que o receio dos médicos “vem da possibilidade de serem acusados, no que tange à prática da ortotanásia, podendo ser classificada como homicídio doloso ou culposo”.³⁰ A instabilidade do tema leva a que os profissionais não apliquem a ortotanásia de modo livre e espontâneo,³¹ apresentando prejuízo ao direito de escolha do paciente. Entender a motivação dos profissionais envolvidos – médicos, juízes, promotores e procuradores da República – é o objetivo desta pesquisa, que tem como marco teórico os autores acima indicados.

6 Metodologia

Foi adotado como método de pesquisa o empírico-indutivo, partindo-se de casos particulares para se chegar a uma generalização. A técnica de coleta se baseou na utilização de questionários eletrônicos a serem respondidos pelos participantes da pesquisa (população do estudo).

O estudo foi feito no Brasil por meio de questionários virtuais aplicados na AMIBnet e na rede oficial de *e-mail* do MPU,

30 MACHADO, Leandro Bastos. Importância dos estudos sobre a ortotanásia e reflexos na academia e na sociedade. *In*: CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat (org.). *Ortotanásia: bioética, biodireito, medicina e direitos de personalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

31 MACHADO, 2016, p. 8.

utilizando-se dos *softwares* de ferramentas de pesquisa *online* SurveyMonkey® (<https://pt.surveymonkey.com/home/>, acessado em 5 de agosto de 2016).

O questionário foi dividido em perguntas a respeito de condições de trabalho e exposição a cuidados paliativos e bioética. A pesquisa também descreveu quatro casos envolvendo a manutenção ou a retirada de terapias, sobre os quais os candidatos eram convidados a responder se concordavam ou discordavam da solução encontrada, expressando sua resposta numa escala de 0 a 10.

Todos os casos descreveram um idoso diagnosticado com metástase de câncer de pulmão. Também foi descrito que os médicos do paciente acreditavam que a condição clínica do paciente era irreversível.

O caso 1 descreveu uma situação de limitação de tratamento de câncer em que o paciente e seu médico discutem a evolução da doença e, respeitando os valores e os desejos do paciente, os dois concordam em não prosseguir na quimioterapia. O paciente falece algumas semanas mais tarde sob a atenção de cuidados paliativos.

O caso 2 descreveu uma situação de limitação de intervenção de ventilação mecânica, com a aquiescência do representante legal, em que o paciente e seu médico não têm a oportunidade de definir critérios para cuidados paliativos. É indicado que o paciente, com problemas respiratórios, se dirija a emergência de hospital, sendo então admitido na UTI. Os problemas respiratórios são consequência da evolução do câncer, e oncologistas e intensivistas concordam que a condição clínica é terminal e irreversível. Em razão da inconsciência do paciente, os médicos e seu representante legal definem que os cuidados devem seguir o objetivo de aliviar a dor do paciente, o que levou a que ele não fosse intubado. O paciente falece algumas horas mais tarde.

O caso 3 descreveu uma situação de retirada de ventilação mecânica, com a manifestação expressa do paciente. O paciente e seu médico não têm a oportunidade de definir critérios para cuidados paliativos. É indicado que o paciente, com problemas respiratórios, se dirija a emergência de hospital, sendo admitido na UTI,

onde é sedado e intubado. Em razão da inconsciência do paciente, os médicos e seu representante legal definem que os cuidados deveriam seguir o objetivo de aliviar os sintomas da doença, o que levou a que o paciente fosse extubado, morrendo algumas horas mais tarde.

O caso 4 descreveu uma situação de retirada de ventilação mecânica sem o consentimento do paciente. O paciente e seu médico não têm a oportunidade de definir critérios para cuidados paliativos. É indicado que o paciente, com problemas respiratórios, se dirija a emergência de hospital, sendo admitido na UTI, onde é sedado e intubado. Os problemas respiratórios são consequência da evolução do câncer, e oncologistas e intensivistas concordam que a condição clínica é terminal e irreversível. Os médicos, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, definem que os cuidados devem seguir o objetivo de aliviar a dor do paciente, o que leva a que ele fosse extubado. O paciente faleceu algumas horas mais tarde.

7 Resultado e discussão

Nesse período de estudo, 773 participantes acessaram a pesquisa *online* e 748 (96,8%) responderam ao menos uma questão. Nesse grupo de 748 participantes havia 522 (69,8%) intensivistas, 106 (14,2%) oncologistas e 120 (16%) promotores e procuradores.

A maioria dos participantes (98,7%) concordou parcial ou totalmente com a condução do caso 1, enquanto que 95,7% e 84,8% concordaram com a dos casos 2 e 3, respectivamente. A maioria (78,4%) discordou da condução do caso 4.

Promotores e procuradores se mostraram menos dispostos a concordar com a condução dos casos 1 e 2 quando comparados com intensivistas e oncologistas. Para o caso 1, 95,7% dos promotores e procuradores concordaram com o consentimento do paciente, em comparação com o percentual de 99,2% e 100% dos intensivistas e oncologistas, respectivamente. Para o caso 2, 82,4% dos promotores e procuradores concordaram com a condução do tratamento, em comparação com 98,3% e 97,9% dos intensivistas e oncologistas. Para

o caso 3, não existiu diferença significativa entre a manifestação de promotores e procuradores, intensivistas e oncologistas.

Para o caso 4, a maioria dos participantes discordou totalmente ou parcialmente da condução do tratamento. Promotores e procuradores se mostraram mais dispostos a concordar com a condução do caso (24,4%), quando comparados com intensivistas (16,8%) e oncologistas (7,5%).

A maioria dos participantes não encontrou elementos que justificassem a instauração de investigação nos casos 1, 2 e 3 (Tabela 2). No entanto, promotores e procuradores se mostraram mais dispostos a concordar com algum nível de investigação nos casos 1 e 2. No caso 4, a maioria dos participantes concorda com algum nível de investigação. Mais uma vez os promotores e procuradores integraram o grupo mais disposto a esse comportamento.

A pesquisa encontrou diferença relevante na percepção dos entrevistados quando a ortotanásia correspondia à limitação do tratamento do câncer (caso 1) com a limitação da ventilação mecânica (caso 2). O caso 1 recebeu um maior número de aprovação (98,8%) do que o caso 2 (95,7%), conforme Figura 1A. No grupo dos promotores e procuradores, a diferença ficou mais acentuada, com a aprovação de 95,7% e 82,5% em cada caso. Para os médicos, os dois casos não apresentaram distinção. Dos intensivistas, 99,2% e 98,4% concordaram com os casos 1 e 2, respectivamente, enquanto que 100% dos oncologistas concordaram com o caso 1 e 97,9%, com o caso 2.

Diferença relevante apareceu também na percepção dos entrevistados quando a ortotanásia correspondia à limitação da ventilação mecânica (caso 2) e à retirada da ventilação mecânica (caso 3) (Figura 1B). A limitação da ventilação mecânica recebeu mais aderentes (95,7%) do que a retirada da ventilação mecânica (84,8%).

Apresentados os principais resultados da pesquisa, cumpre destacar aspectos de interesse para o público imediato da Escola Superior do Ministério Público da União. A aplicação do ques-

tionário demonstrou a necessidade de diálogo entre os médicos e os membros do Ministério Público da União para buscar uma fiel aplicação da norma infralegal e evitar a influência de desvio de interpretação das situações submetidas aos profissionais do Direito.

Um dos primeiros pontos de destaque do resultado da pesquisa é a diferença de adesão dos membros do MPU ao resultado nos casos 1 e 2 em comparação com o percentual de intensivistas e oncologistas que concordam com a resolução dos casos. A menor disposição para a aquiescência pelos membros do MPU sugere que a proximidade com o tema pode influenciar a avaliação subjetiva do profissional, constatação que é reforçada pelo fato de que apenas 25% dos entrevistados disseram ter algum nível de experiência profissional com o tema (Tabela 1). Outro ponto de destaque é a mudança de comportamento do participante da pesquisa quando confrontado com uma situação de ortotanásia praticada sem o consentimento expresso do paciente ou do seu representante legal. Enquanto que os casos com o consentimento apresentaram a aprovação de mais de 80% dos participantes, a exclusão da autorização levou à desaprovção do procedimento pela maioria dos grupos pesquisados (caso 4). A mudança de comportamento não encontra amparo na norma infralegal, pois o art. 2º, § 5º, da Resolução CFM n. 1.995/2012 prevê expressamente a possibilidade de ortotanásia por decisão médica, prescindindo, portanto, de autorização formal do paciente ou do seu representante legal. A pesquisa também captou a percepção dos entrevistados a respeito da instauração de investigação criminal. A despeito de a maioria dos promotores e procuradores declarar a ausência de justa causa para a investigação, o percentual relevante de 10% reconheceu que o óbito do paciente mereceria ser esclarecido através de apuração criminal formal. O perfil de resposta pode ser justificado pela necessidade de mais esclarecimentos para detalhes do caso, não havendo necessariamente inclinação prévia para o reconhecimento da tipicidade formal do crime de homicídio ou de omissão de socorro. A despeito da limitação da narrativa, o percentual de 10% pode ter sido influenciado pelo reconhecimento de que apenas um quarto de promotores e procuradores tiveram algum nível de experiência profissional com pacientes terminais, o

que indica que a inserção da ortotanásia pode auxiliar a aprimorar a atividade fim de promotores e procuradores da República.

A pesquisa sugere um amplo espaço para que a Escola Superior do Ministério Público da União desenvolva atividades didáticas destinadas a aproximar do conhecimento e da experiência médica os membros do Ministério Público da União.

8 Conclusão

O artigo propositivo apresentou conclusões específicas de pesquisa aplicada a intensivistas, oncologistas e promotores e procuradores. De relevância para a Escola Superior do Ministério Público da União, a pesquisa encontrou divergência entre o texto legal da Resolução CFM n. 1.995/2012 e a opinião dos membros do MPU quanto à necessidade de autorização do paciente ou de seu representante legal para a prática da ortotanásia e os efeitos penais da previsão normativa da prática médica.

Referências

ADONI, André Luis. Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 818, p. 395-423, dez. 2003.

ANGUS DC, Barnato AE; Linde-Zwirble WT, *et al.*: Use of intensive care at the end of life in the United States: An epidemiologic study. *Critical Care Medicine*, Philadelphia, v. 32, n. 3, p. 638-643, 2004.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. Considerações iniciais. *In: CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat (org.). Ortotanásia: bioética, biodireito, medicina e direitos de personalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

CERMINARA, K. L. The law and its interaction with medical ethics in end-of-life decision making. *Chest*, Illinois, v. 140, n. 3, p. 775-780, 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Resolução CFM n. 2.217/2018. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.805, de 9 de novembro de 2006. *Diário Oficial da União*, seção 1, Brasília, DF, p. 169, 28 nov. 2006.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.995, de 9 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. *Diário Oficial da União*, seção 1, Brasília, DF, p. 269-270, 31 ago. 2012.

COOK, D. *et al.* Withdrawal of mechanical ventilation in anticipation of death in the intensive care unit. *New England Journal of Medicine*, Massachusetts, v. 349, n. 12, p. 1123-1132, 2003.

COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. Apresentando a bioética. *In*: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

CURTIS, J. R.; VINCENT, J. L. Ethics and end-of-life care for adults in the intensive care unit. *The Lancet*, London, v. 376, n. 9749, p. 1347-1353, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAND, E. R. *et al.* Withholding and withdrawal of life support in intensive-care units in France: a prospective survey. *The Lancet*, London, v. 357, n. 9249, p. 9-14, 2001.

GARRAFA, Volnei. Bioética: os limites da manipulação da vida. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, p. 167-171, jan./mar. 1997.

MACHADO, Leandro Bastos. Importância dos estudos sobre a ortotanásia e reflexos na academia e na sociedade. *In: CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat (org.). Ortotanásia: bioética, biodireito, medicina e direitos de personalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

MARK, N. *et al.* Global variability in withholding and withdrawal of life-sustaining treatment in the intensive care unit: a systematic review. *Intensive Care Med*, Brussels, v. 41, n. 9, p. 1572-1585, 2015.

MARTIN, M. Leonard. Eutanásia e distanásia. *In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 171-193.

MAYR, V. D. *et al.* Causes of death and determinants of outcome in critically ill patients. *Crit Care*, Amsterdam, v. 10, n. 6, p. R154, 2006.

MEISEL, A. *et al.* Seven legal barriers to end-of-life care: myths, realities and grains of truth. *Jama*, Chicago, v. 284, n. 19, p. 1495-2501, 2000.

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. *In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA,*

Volnei. *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 53-71.

PIERS, R. D. *et al.* Perceptions of appropriateness of care among European and Israeli intensive care unit nurses and physicians. *Jama*, Chicago, v. 306, n. 24, p. 2694-2703, 2011.

RIBEIRO, Diaulas Costa. The right to die: the end-of-life stage in Brazil, Argentina and Colombia. *RVMD*, Brasília, 2015, p. 1-20.

SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.

SCHNEIDERMAN, L. J. *et al.* Effect of ethics consultations on nonbeneficial life-sustaining treatments in the intensive care setting: a randomized controlled trial. *Jama*, Chicago, v. 290, n. 9, p. 1166-1172, 2003.

SPRUNG, C. L. *et al.* The Durban World Congress Ethics Round Table Conference Report: I. Differences between withholding and withdrawing life-sustaining treatments. *J Crit Care*, Amsterdam, v. 29, n. 6, p. 890-895, 2014.

STEINHAUSER, K. E. *et al.* Factors considered important at the end of life by patients, family, physicians, and other care providers. *Jama*, Chicago, v. 284, n. 19, p. 2476-2482, 2000.

Anexos

Table 1. Characteristics of the respondents

Characteristic	ICU (N=522)	Onco (N=106)	MPU (N=120)	P
Male gender, N(%)	274 (54.8)	48 (46.6)	85 (72)	<0.001
Age (years), median (IQR)	41 (35-48)	38 (34-42)	41 (35-47.5)	0.048
Believes in God, N(%)	405 (81)	87 (84.5)	84 (71.2)	<0.001
Years from university graduation, median (IQR)	15 (10-24)	13.5 (9-18.5)	18 (12-24.5)	0.011
Post graduated (MSc or PhD), N(%)	132 (25.4)	31 (29.5)	43 (35.8)	0.064
Personal experience with terminally ill patients, N(%)	445 (85.4)	82 (77.4)	86 (71.7)	0.001
Professional experience with terminally ill patients, N(%)	514 (98.8)	106 (100)	30 (25)	<0.001
Participated in bioethics or medical law courses, N(%)	349 (66.9)	72 (67.9)	35 (29.2)	<0.001
Participated in end-of-life or palliative care courses, N(%)	416 (79.8)	90 (84.9)	13 (10.8)	<0.001
Has read papers or books on bioethics in the last six months, N(%)	365 (70.1)	60 (56.6)	31 (25.8)	<0.001

ICU: intensivists; Onco: oncologists; MPU: MPU prosecutors.

Fonte: Tabela elaborada pelos autores com o resultado compilado da pesquisa.

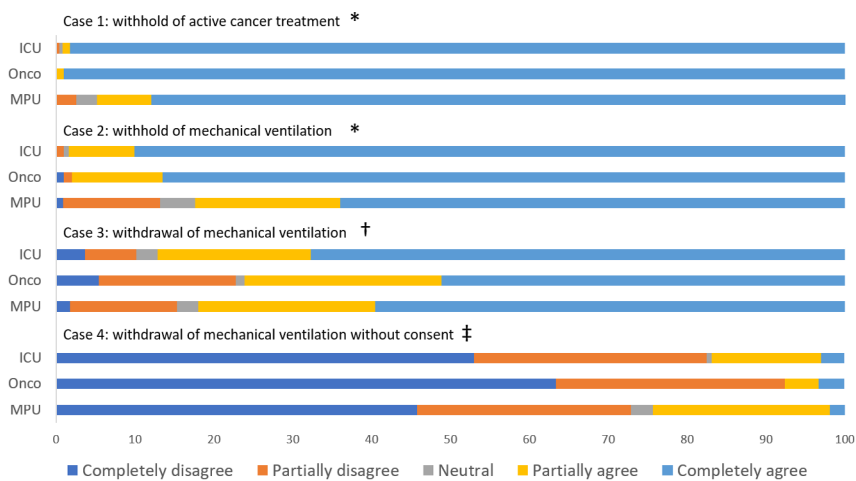
Table 2. Perception of legal risk (ground for criminal investigation) and difficulty in answering each case vignette, stratified by groups of respondents

	ICU (N=522)	Onco (N=106)	MPU (N=120)	P
Case 1: withhold of cancer treatment with consent				
There is ground for criminal investigation in this case, N(%)	0 (0)	0 (0)	2 (1.8)	0.005
Difficulty (1-5) in answering the case vignette, median (IQR)	1 (1-2)	1 (1-2)	2 (1-2)	<0.001
Case 2: withhold of mechanical ventilation with consent				
There is ground for criminal investigation in this case, N(%)	3 (0.6)	0 (0)	13 (11.5)	<0.001
Difficulty (1-5) in answering the case vignette, median (IQR)	1 (1-2)	1 (1-2)	2 (2-3)	<0.001
Case 3: withdrawal of mechanical ventilation with consent				
There is ground for criminal investigation in this case, N(%)	43 (8.8)	11 (11.8)	15 (13.5)	0.26
Difficulty (1-5) in answering the case vignette, median (IQR)	2 (1-3)	2 (2-4)	3 (2-4)	<0.001
Case 4: withdrawal of mechanical ventilation without consent				
There is ground for criminal investigation in this case, N(%)	237 (49.4)	48 (51.6)	72 (67.3)	0.004
Difficulty (1-5) in answering the case vignette, median (IQR)	3 (2-4)	3 (2-4)	3 (2-4)	0.035

ICU: intensivists; Onco: oncologists; MPU: MPU prosecutors.

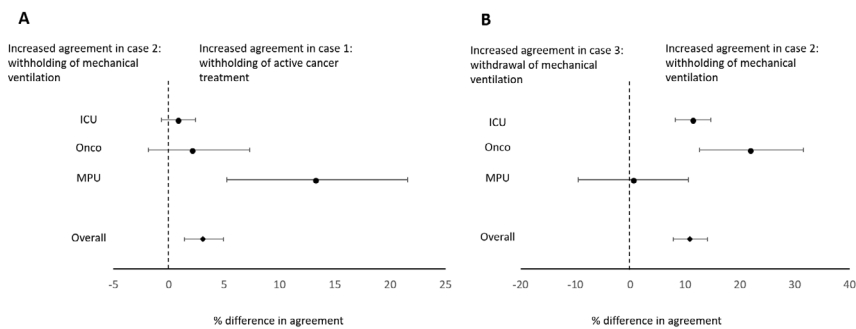
Fonte: Tabela elaborada pelos autores com o resultado compilado da pesquisa.

Figura 1A



Fonte: Tabela elaborada pelos autores com o resultado compilado da pesquisa.

Figura 1B



Fonte: Tabela elaborada pelos autores com o resultado compilado da pesquisa.

O MPF e a necessidade de transmissão das memórias dos sobreviventes dos Xetá aos seus descendentes: a preservação do extermínio

Robson Martins

Procurador da República em Curitiba. Professor da Pós-Graduação *lato sensu* da Uninter e da ITE. Doutorando em Direito pela ITE. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense. Especialista em Direito Notarial e Registral e em Direito Civil pela Universidade Anhanguera (Uniderp).

Érika Silvana Saquetti Martins

Advogada em Curitiba. Professora da Pós-Graduação *lato sensu* da Uninter. Mestranda em Direito pela Uninter e em Políticas Públicas pela UFPR. Especialista em Direito Público, Direito do Trabalho e Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera (Uniderp).

Resumo: Em decorrência do extermínio que sofreram na metade do século passado, a memória coletiva dos sobreviventes Xetá deve ser propagada aos descendentes da respectiva etnia, em relação aos seus hábitos, suas crenças, tradições, costumes e sua cultura, assim como no que se relaciona às narrativas da história do massacre enfrentado por esse povo, destacadamente na década de 1950. As narrativas individuais das crianças sequestradas possibilitaram a recuperação das impressões coletivas do povo Xetá sobre os primeiros contatos com o homem branco e os processos de desagregação e extermínio, revelando as violências perpetradas por agentes governistas e empresas colonizadoras, e, com tal desiderato, haverá a sistemática permanência de suas culturas, costumes, tradições e provável demarcação de suas terras pela Funai no noroeste do Paraná, sempre com acompanhamento das ações governamentais pelo Ministério Público Federal.

Palavras-chave: Memórias. Xetá. Extermínio. Indigenato. Desagregação. MPF.

Abstract: As a result of the extermination they suffered in the middle of the last century, the collective memory of the Xetá survivors must be propagated to the descendants of their respective ethnicities, in relation to their habits, their beliefs, traditions, customs and their culture, as well as in relation to the narratives of the history of the massacre faced by these people, especially in the middle of the last century. The individual narratives of the kidnapped children made it possible to recover the collective impressions of the Xetá people about the first contacts with the white man and the processes of disintegration and extermination, revealing the violence perpetrated by government agents and colonizing companies, and with such desideratum, there will be a systematic permanence of their cultures, customs, traditions and probable demarcation of their lands by Funai in northwestern Paraná, always with monitoring of government actions by the Federal Public Ministry.

Keywords: Xetá. Extermination. Indigenate. Breakdown. MPF.

Sumário: 1 Introdução. 2 Os Xetá e a sua existência. 3 Conclusão.

1 Introdução

Os indígenas da etnia *Xetá* ou *Hetá* são originários do noroeste paranaense, especificamente, na região da Serra dos Dourados, atuais Municípios de Umuarama, Cruzeiro do Oeste, Douradina, Icaraíma e Ivaté. Hoje, encontram-se completamente ameaçados de extinção. No início do século XX, contavam com cerca de 450 indivíduos.

Foram inicialmente contatados por volta de 1950, durante o período de expansão da fronteira agrícola do estado. Sem qualquer política oficial voltada a esse povo tradicional ou ações do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) da época para garantir sua sobrevivência, foram alvo de uma violenta campanha de extermínio e expropriação pelas Companhias de Colonização.

Existem relatos de caminhões da Companhia Brasileira de Colonização e Imigração (Cobrimco) carregados de indígenas

Xetá dirigindo-se a locais desconhecidos. Assim, poucas décadas depois, os cerca de 450 indígenas Xetá da região de Umuarama foram reduzidos a algumas dezenas.

As crianças foram afastadas totalmente de seus pais, sobrevivendo ao massacre de seu povo. Em decorrência da dispersão, o povo Xetá passou a desaparecer dos registros oficiais e suas antigas terras foram ocupadas por lavouras de café, cana-de-açúcar, reflorestamento de pinus, bem como utilizadas para a criação de gado.

Atualmente, sua população total, entre sobreviventes do massacre e descendentes, é de cerca de 90 pessoas, dispersas por reservas indígenas de outros povos ou vivendo em municípios do Paraná, de Santa Catarina e de São Paulo. Na cidade de Umuarama, há apenas uma sobrevivente das aldeias originais.

Este artigo se volta a estudar a necessidade da promoção da transmissão da cultura e das tradições do povo Xetá às crianças e aos adolescentes descendentes da referida etnia, a partir das memórias dos sobreviventes, de modo a evitar o extermínio completo dessa população, a partir dos direitos constitucionalmente consagrados aos indígenas.

Inexoravelmente, há o descumprimento sistemático das disposições constitucionais de proteção aos indígenas em relação à etnia Xetá, especificamente quanto à preservação de sua cultura, tradições e costumes e das terras tradicionalmente ocupadas por eles, que acabou por permitir seu extermínio.

Ao avanço das companhias colonizadoras somou-se a “[...] omissão do órgão responsável pela tutela dos indígenas, o SPI, e, em seguida, a Funai, que não implementaram qualquer iniciativa para conter as investidas dos colonizadores, a fim de garantir proteção ao território e à vida dos Xetá”.¹

A manutenção do domínio sobre seu território era condição para poderem dignamente conduzir suas vidas, mas “[...] por toda

1 CEV-PR. Comissão Estadual da Verdade do Paraná Teresa Urban. *Relatório da Comissão Estadual da Verdade do Paraná*. São Paulo: TikiBooks, 2017, p. 160-161.

a década de 1950 os apelos para que se garantisse a demarcação de terras aos Xetá não foram ouvidos”. Com a ascensão dos militares ao poder, a situação dos Xetá não se modificou.²

Passou, entretanto,

[...] a ser dada como um “fato consumado”, como se os Xetá estivessem inevitavelmente “rumo à extinção” e, portanto, dispensável seria se comprometer com a reunião dos sobreviventes, alguns dos quais viveram anos sem saber da existência dos outros, não sendo improvável que alguns restem ainda nessa condição.³

Ocorre que, “[...] da redemocratização do país até os dias de hoje a situação em pouco se alterou para os Xetá, que vivem ainda em territórios de outras etnias, a maior parte na TI São Jerônimo da Serra, no município do mesmo nome, onde são minoritários entre os Kaingang e Guarani”.⁴

Em 1957, apesar da ratificação da Resolução n. 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), “[...] estava em curso o ápice do genocídio dos Xetá”. Assim, a violência sofrida por eles “[...] vai na contramão de tudo o que estava previsto nessa Resolução”. Foram também violadas disposições do Estatuto de Roma relativas aos Crimes de Genocídio (art. 6º) e aos Crimes contra a Humanidade (art. 7º).⁵

Até hoje os sobreviventes “[...] permanecem lutando pelo seu reconhecimento, valorização de sua língua e cultura, bem como pelo retorno a suas terras tradicionais”. Em 2017, informavam-se apenas seis sobreviventes diretos da tragédia,⁶ de modo que

2 CEV-PR, 2017, p. 164.

3 CEV-PR, 2017, p. 164.

4 CEV-PR, 2017, p. 164.

5 CEV-PR, 2017, p. 165.

6 CEV-PR, 2017, p. 165-166.

se encontram muito próximos à extinção total, um esquecimento impensável para a nossa sociedade.

Trata-se, portanto, de tema evidentemente relevante, tendo em vista que as omissões estatais precipuamente da União e do Estado do Paraná, em especial as ocorridas na década de 1950, assim como o descaso em relação à população Xetá, originária e descendente, fizeram com que seu extermínio fosse quase completo.

A sociedade Xetá, desfeita pela ação do colonizador, foi exterminada, mas ainda é possível seu ressurgimento étnico-cultural, apesar da impossibilidade da transformação do que levou à dispersão e ao reencontro dos sujeitos, em um processo de *etnogênese*, uma aceleração do processo e mudança étnica.⁷

As narrativas de vida dos Xetá são mais do que relatos e depoimentos. Ao apresentarem dados da memória individual e coletiva, são testemunhos de acontecimentos e fatos que não foram contemplados pelos registros oficiais,⁸ fazendo-se imperiosas a conservação desse conhecimento e a sua propagação aos descendentes da etnia.

Caso as memórias, a cultura, as tradições, os costumes, os mitos e os hábitos do povo Xetá não sejam transmitidos aos seus descendentes crianças e adolescentes, seu extermínio será completo, fazendo com que a referida etnia desapareça completamente da história brasileira, em detrimento da proteção constitucional aos direitos dos indígenas.

2 Os Xetá e a sua existência

É necessário relembrar que a Constituição de 1988 determinou um abrangente sistema de proteção às populações indí-

7 SILVA, Carmen Lúcia da. *Sobreviventes do extermínio: uma etnografia das narrativas e lembranças da sociedade Xetá*. 1998. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998, p. 17.

8 SILVA, 1998, p. 17.

genas, que compreende a necessidade de preservar sua cultura, costumes e tradições.

O art. 231, *caput*, da Constituição Federal impõe à União “[...] o dever de preservar as populações indígenas, preservando, sem ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto: sua cultura; sua terra; sua vida”. Quanto à sua cultura, reconhece sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.⁹

Em relação à sua terra tradicional, reconhece os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam. No que tange à sua vida, garante-se “[...] na expressão do indivíduo considerado de *per se*; quer na expressão de liderança, ou das lideranças do grupo; quer na expressão do próprio grupo”.¹⁰

Assim, “[...] a cada índio, em particular, e a todos em coletividade estende-se o dever de proteção constitucionalmente imposto à União” de proteger e fazer respeitar todos os seus bens, “[...] não só os economicamente mensuráveis, mas os inestimáveis como a vida, a integridade física, a honra, etc.”.¹¹

Ocorre que, inclusive em decorrência de diversos interesses econômicos (até mesmo escusos), poucos trabalhos acadêmicos voltados aos Xetá foram produzidos até o momento, nenhum deles, entretanto, relacionado especificamente à seara jurídica, a comprovar a originalidade da temática.

Mais do que isso, em que pese a falta de efetividade dos direitos indígenas ser um problema presente desde o início da colonização portuguesa, este ainda se demonstra um problema atual, tendo em vista as constantes omissões dos Poderes constituídos,

9 FONTELES, Cláudio Lemos. Os julgamentos de crimes cometidos contra comunidades indígenas pela justiça estadual. In: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 205.

10 FONTELES, 1993, p. 205.

11 FONTELES, 1993, p. 205.

especialmente quanto à necessária propagação da cultura Xetá aos descendentes dessa etnia indígena.

As histórias desse povo são complementadas pelas experiências vivenciadas na aldeia junto à sociedade, contadas pelos pais ou contadores de história a respeito dos antigos, inclusive, acerca dos mitos de origem da criação do mundo e da sociedade Xetá, dos brancos, das coisas, dos objetos, dos animais, bem como dos cataclismos.¹²

Além disso, referem-se aos tabus alimentares e rituais, apresentando, mesmo que de maneira fragmentada, dados do universo cultural e simbólico dos Xetá. Em que pese as histórias serem impregnadas de referências simbólico-culturais, seu conteúdo apresenta acontecimentos históricos, ancorados em experiências de vida.¹³

Os fatos ocorridos após a saída da floresta marcam os efeitos do contato sobre suas vidas, como “[...] a dispersão, a separação dos pais e do grupo, o afastamento da aldeia e de sua cultura, os choques culturais e conflitos da separação, as dificuldades de adaptação”, relatando um “[...] tempo marcado pelo convívio de todos no mundo dos brancos, sozinhos”.¹⁴

As narrativas dos sobreviventes Xetá possibilitaram reconstituir, “[...] ainda que de forma fragmentada, a partir do contexto de suas histórias de vida, uma versão do contato de sua sociedade de origem com o mundo dos brancos e o seu consequente extermínio enquanto um povo socioculturalmente organizado”.¹⁵

Sua história demonstra sua materialidade existencial, atual e ancestral, bem como em relação à sua existência futura. Suas relações selecionam, legitimam e organizam as lembranças que compõem a memória. Não são, contudo, naturais, mas, sim, remetem

12 SILVA, 1998, p. 19.

13 SILVA, 1998, p. 19.

14 SILVA, 1998, p. 20.

15 SILVA, 1998, p. 32.

a necessidades e interesses, especialmente disputas históricas e jurídicas por seu território tradicional.¹⁶

Pouco ou quase nada do cenário da floresta se mantém, e a trama da vida familiar acontece no espaço urbano. Isso, entretanto, não confirma a tese de extinção, assimilação e aculturação, em decorrência de o processo histórico ser identitário, especialmente a partir dos conceitos de memória coletiva e etnogênese.¹⁷

Trata-se de abordagem inédita naquilo que concerne à seara jurídica, tendo em vista que a pesquisa ora proposta busca estabelecer os pressupostos para um direito fundamental à memória e à cultura de um povo indígena, sob pena de se permitir que sua extinção seja completa e irreversível.

Desse modo, comprova-se a relevância do artigo, em decorrência da necessidade permanente de concretização dos direitos dos indígenas consagrados pela Constituição de 1988, em relação à preservação da cultura, das tradições e dos costumes da etnia Xetá.

Deveras, o Brasil, antes do processo de conquista portuguesa, era, há milênios, habitado por civilizações nativas. Para que fosse possível explorar o território, iniciou-se o processo denominado *colonização*, voltado, especialmente, à substituição da cultura aborígine pela europeia.

Nesse sentido, a colonização é um processo, simultaneamente, tempo material e simbólico, por meio do qual as práticas econômicas dos seus agentes se vinculam “[...] aos seus meios de sobrevivência, memória, modos de representação de si e dos outros, desejos e esperanças”.¹⁸

Neste viés, “[...] não há condição colonial sem um enlace de trabalhos de cultos, ideologias e de culturas”. Sendo que, em algu-

16 SILVA, 1998, p. 32.

17 SILVA, 1998, p. 33.

18 BOSI, Alfredo. *Dialética da colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 377.

mas culturas, “[...] o presente busca ou precisa livrar-se do peso do passado”, e, em outras, a força da tradição exige a repetição “[...] de signos e valores, sem os quais o sistema se desfaria”.¹⁹

Desse mesmo modo, a colonização se dirige não a entronizar os pressupostos e hábitos culturais do povo nativo, mas, sim, a extirpá-los e fazê-los desaparecer, de maneira a permitir que suas terras fossem ocupadas e seus recursos naturais explorados sem qualquer resistência efetiva.

O empreendimento colonial foi um processo de “[...] destruição criadora do direito, não apenas encobrindo a existência e negando a vigência das ordens jurídicas nativas”, de acordo com o Direito ocidental moderno, como, também, “[...] substituindo-as por uma ordem experimental em construção”.²⁰

Trata-se de um “[...] misto de transplante do direito da metrópole e ‘aclimatações’ pragmáticas, tantas vezes violentas, à realidade a ser domada pelo colonizador”. A ocidentalização de povos e terras “descobertos” foi acompanhada de efeitos comuns quanto às políticas e aos ciclos de modernização impostos aos povos.²¹

Dessa mesma forma, “[...] não apenas a dizimação física e a desagregação social e cultural, mas, sobretudo, a sua subintegração como mão de obra explorada na agricultura latifundiária fundada pelos colonizadores ou, futuramente, sua migração para os centros urbanos e proletarização”.²²

As ações voltadas à dominação plena dos povos nativos, resultando no desaparecimento de sua cultura e de sua memória, na expulsão de suas terras e, especificamente, em seu extermínio,

19 BOSI, 1992, p. 377.

20 AMATO, Lucas Fucci. Os direitos indígenas como direitos culturais fundamentais. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 16, n. 108, fev.-maio 2014, p. 198.

21 AMATO, 2014, p. 198-200.

22 AMATO, 2014, p. 200.

fazem com que se submetam, forçosamente, aos pressupostos jurídicos e políticos da metrópole.

A definição de colonialismo interno está ligada a fenômenos de conquista, nos quais as populações de nativos não são exterminadas e formam parte do Estado colonizador e, após, do Estado, que adquire sua independência formal ou inicia sua libertação, transição para o socialismo ou recolonização e regresso ao capitalismo.²³

Os povos colonizados sofreram uma dominação semelhante àquela praticada nos contextos do colonialismo e do neocolonialismo, pois “[...] habitam território sem governo próprio, encontram-se em situação de desigualdade frente às etnias dominantes, sendo administrados por elas”.²⁴

No mesmo sentido, seus habitantes não participam dos cargos políticos do governo central, salvo se já tiverem sido “assimilados”. Além disso, os direitos de seus habitantes e sua situação econômica, política, social e cultural são regulados e impostos pelo governo central colonizador.²⁵

Os colonizados pertencem a uma “raça” distinta da que domina o governo nacional, considerada “inferior”, “[...] ou ao cabo convertida em um símbolo ‘libertador’ que forma parte da demagogia estatal”. Finalmente, a maioria dos colonizados pertence a uma cultura distinta, que não fala a língua nacional.²⁶

Em que pese algumas das práticas serem assimilacionistas, voltadas a impor a cultura da metrópole aos povos colonizados,

23 GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo. Colonialismo interno (uma redefinição). In: BORON, Atilio; AMADEO, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina (org.). *A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas*. Buenos Aires: Clacso, 2007, p. 432.

24 GONZÁLEZ CASANOVA, 2007, p. 432.

25 GONZÁLEZ CASANOVA, 2007, p. 432.

26 GONZÁLEZ CASANOVA, 2007, p. 432.

boa parte delas se volta à destruição da cultura nativa, assim como ao extermínio dos indivíduos que se recusam a serem assimilados. Trata-se, justamente, da prática denominada *genocídio*.

Essa é a destruição de uma nação ou grupo étnico. O vocábulo é composto pelas palavras *genos* (raça, tribo), do grego antigo, e, do latim, *cídio* (matar). Não significa necessariamente, porém, a destruição imediata de uma nação, salvo se ocorrer o assassinato em massa dos seus membros.²⁷

Refere-se, sim, a um plano coordenado de várias ações voltadas à destruição das fundações essenciais à vida de grupos nacionais para aniquilar grupos, desintegrando instituições políticas e sociais, cultura, língua, sentimentos nacionais, religião e existência econômica.²⁸

Além disso, destrói a segurança, a liberdade, a saúde e a dignidade pessoais e até as vidas dos indivíduos desses grupos. Assim, apesar de se direcionar a um grupo nacional como entidade, suas ações se voltam a indivíduos, não quanto à sua capacidade individual, mas, sim, enquanto membros de um grupo nacional.²⁹

Após o genocídio sofrido pelas populações originais do Brasil, acompanhado do processo de destruição de sua cultura, alguns estudiosos buscaram formular teorias jurídicas, políticas e antropológicas voltadas à proteção dos sobreviventes dos referidos massacres. Uma delas é a teoria do *indigenato*.

Esta foi criada por João Mendes Júnior, no início do século XX, considerando o período de exploração, exclusão e genocídio contra os povos indígenas durante a colonização. É um direito *con-*

27 LEMKIN, Raphael. *Axis rule in occupied Europe: laws of occupation, analysis of government, proposals for redress*. Concord: Rumford Press, 1944, p. 79.

28 LEMKIN, 1944, p. 79.

29 LEMKIN, 1944, p. 79.

gênito. O direito dos povos indígenas às terras tradicionais antecede a criação do Estado brasileiro.³⁰

Dessa forma, o Estado deve somente demarcar e declarar os limites espaciais do território indígena,³¹ sem, entretanto, imiscuir-se em suas bases, em suas manifestações culturais, assim como em suas tradições, nem mesmo impor às populações nativas o seu ordenamento jurídico.

No Brasil, portanto, possibilita-se que as populações que jamais tiveram qualquer contato com a “civilização” permaneçam com seus hábitos intocados e sem qualquer influência do Estado, em um processo oposto à colonização, dirigido à proteção da cultura dos povos nativos.

Nesse compasso é que o Direito brasileiro admite a existência e a executividade de sistemas jurídicos indígenas, todavia, de forma limitada, sem reconhecer, entretanto, a complexidade das relações sociais em um país pluriétnico. Além disso, as normas do Direito podem ser afastadas em favor de normas específicas dos indígenas ou do próprio direito autóctone.³²

A ideia básica seria a criação de reservas indígenas que deveriam assegurar a reprodução simbólica e material das comunidades, de acordo com seus usos e costumes, “[...] até que a sociedade brasileira estivesse apta a recebê-las e elas prontas para serem integradas, sem perder com isso a identidade cultural”.³³

A pretensão das reservas era fornecer um anteparo às comunidades indígenas brasileiras “[...] que as preservasse de contatos

30 MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brasil seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Hennes, 1912, p. 21.

31 MENDES JÚNIOR, 1912, p. 21.

32 VILLARES, Luiz Fernando. *Estado pluralista? O reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 23.

33 VILLARES, 2013, p. 47.

indiscriminados com as frentes de penetração”.³⁴ Ocorre que várias etnias acabaram por ser exterminadas antes mesmo de serem postas sob a proteção das reservas indígenas.

O genocídio indígena é prejudicial não apenas no que se relaciona à força normativa da Constituição como, também, no concernente à história e à identidade brasileiras, de forma que esses direitos, constitucionalmente consagrados, não são exigíveis somente pelos próprios indígenas.

Assim, direitos e interesses dos indígenas têm natureza de direito coletivo, comunitário, de modo que concernem à comunidade toda e a cada índio em particular, ideia que reconduz à “[...] comunidade de direito que existia no seio da gentilidade. Os bens da *gens* pertenciam conjuntamente a todos os gentílicos”.³⁵

Esse direito se distingue do de cada um em particular, por não ser exclusivo, mas é indiviso, inalienável e indissolúvelmente ligado à qualidade de membro da coletividade, de modo que “[...] a Constituição reconhece legitimação para defendê-los em juízo aos próprios indígenas, às suas comunidades e às organizações antropológicas e pró-índios”.³⁶

Esses direitos não se estendem apenas às comunidades originais e não integradas, alcançando, também, os descendentes das respectivas etnias, abrangendo tanto as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas como o direito à preservação das memórias e hábitos dos povos nativos.

Os indígenas relativamente capazes são os adultos, “[...] e estes, se sabe, têm raciocínio perfeito, sendo capazes de entender tudo que lhes for exposto”. Ocorre que “[...] da nossa sociedade nada lhes

34 VILLARES, 2013, p. 47.

35 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 835.

36 SILVA, 2020, p. 836.

foi exposto”, em consequência do processo de aculturação natural ou mal exposto “[...] em decorrência da aculturação interétnica”.³⁷

Para que os integrantes “[...] do mundo dito civilizado” sejam considerados capazes, é necessário, é preciso de certo tempo de processo de socialização. Trata-se de uma presunção legal, de modo que “[...] é natural que os silvícolas sejam considerados relativamente capazes, [...] porque lhes faltam as informações sociais relativas ao nosso meio”.³⁸

Evidente que a perspectiva dos “não integrados à civilização” não pode ser a mesma de outrora, tendo em vista que não restam muitas civilizações que ainda não tiveram contato com o “povo branco”. Ocorre que ainda há sobreviventes de etnias que, antes da “integração”, acabaram por ser dizimadas ou, simplesmente, desterradas.

Assim, os indígenas brasileiros se encontram em diferentes estágios quanto “[...] ao conhecimento dos hábitos da sociedade nacional”. Há indígenas com cursos universitários, outros que sequer falam português e, ainda, aqueles “[...] que estão no meio do caminho”, de modo que as situações diferenciadas devem ser consideradas distintamente.³⁹

Em decorrência dessas diferenças é que o indígena pode, por intermédio de processo administrativo próprio, adquirir capacidade jurídica plena, em que pese ser, desde seu nascimento com vida, um cidadão brasileiro digno de todos os direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988.

O art. 9º da Lei n. 6.001/1973 determina que “[...] qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil”,

37 LOBO, Luiz Felipe Bruno. *Direito indigenista brasileiro: subsídios à sua doutrina*. São Paulo: LTr, 1996, p. 25.

38 LOBO, 1996, p. 25.

39 MARCKZYNSKY, Solange Rita. Índios: temas polêmicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 28, n. 111, jul.-set. 1991, p. 333.

preenchidos os requisitos do dispositivo e após decisão judicial, ouvidos o Ministério Público e a Fundação Nacional do Índio (Funai).⁴⁰

Conforme o art. 10, decreto do presidente da República pode declarar a emancipação de comunidade indígena e de seus membros “[...] quanto ao regime tutelar estabelecido em lei, desde que requerida pela maioria dos membros do grupo e comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional”.⁴¹

Ocorre que o processo administrativo emancipatório não tem o condão de lhe retirar a condição de indígena ou qualquer outro direito fundamental, apenas possibilitando ao indivíduo emancipado a prática legítima de atos da vida civil, bem como a potencial submissão ao ordenamento jurídico nacional.

Assim, essa emancipação “[...] não implica a revogação da tutela, posto que esta interpretação corresponde a um verdadeiro abandono das populações indígenas à própria sorte”, pois a Constituição se refere a um atributo da personalidade,⁴² de maneira que até mesmo o emancipado mantém seu direito fundamental a ter sua cultura e suas tradições preservadas.

Até porque a Constituição de 1988 ampliou os direitos dos indígenas, especialmente a partir do “[...] reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e da legitimação processual para sua garantia e efetivação”, reconhecendo-lhes prerrogativas permanentes.⁴³

Nesse sentido, abandona “[...] a tradição assimilacionista e encampa a ideia – a realidade dos fatos – de que os indígenas são

40 BRASIL. *Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 23 set. 2020.

41 BRASIL, 1973.

42 LOBO, 1996, p. 26.

43 SANTILLI, Márcio. *Os brasileiros e os índios*. São Paulo: Senac, 2000, p. 24.

sujeitos presentes e capazes de permanecer no futuro”,⁴⁴ sem, entretanto, serem obrigados a abrir mão de seus hábitos, costumes, crenças e, em especial, de sua memória e de sua cultura.

Os Xetá são componentes de um grupo étnico da família linguística Tupi-Guarani. São habitantes originais da região da Serra dos Dourados, no noroeste paranaense. Trata-se da última etnia de origem pré-colombiana do Estado do Paraná a entrar em contato com o mundo dos brancos, fato que ocorreu entre 1954 e 1956.⁴⁵

A memória coletiva é um conceito-chave na luta pela conquista ao direito de existir do povo Xetá, “[...] que não quer ser reconhecido como fantasmas ou vítimas de uma sociedade exterminada”. Não se pode confundir a superação de uma estrutura em decorrência de uma ação diacrônica com o “extermínio” de uma sociedade.⁴⁶

O fato de não se enxergar algo não significa que ele não existe. Assim, é preciso produzir novas reflexões acerca das consequências históricas e culturais da multiplicação de versões, confrontando-as com a memória coletiva do povo Xetá, propondo novas perguntas para validá-las e ressignificar e reinventar suas versões.⁴⁷

Mesmo que fragmentada, “[...] fornece pistas de uma estreita interdependência entre mito e história na interpretação do ‘evento contato’ feita pelos sobreviventes”. Embora desterritorializados, “[...] buscam nos dados da memória coletiva de sua sociedade a história mítica que lhes fornece explicações para as experiências vividas em grupo”.⁴⁸

A história oral dos protagonistas é cruzada com fatos históricos da época, de modo que nem sempre é possível extrair situações

44 SANTILLI, 2000, p. 29.

45 SILVA, 1998, p. 37.

46 SILVA, 1998, p. 42.

47 SILVA, 1998, p. 54.

48 SILVA, 1998, p. 170.

idênticas, porém somente interpretações dos registros de contatos, existindo anotações de morte por tuberculose, gripe, sarampo, pneumonia, entre outras doenças.⁴⁹

Apesar de as narrativas dos sobreviventes indicarem que a ocupação de seu território tradicional teve a região da Serra dos Dourados como um de seus últimos redutos de terra, “[...] o reconhecimento de sua presença neste local só é confirmado oficialmente após aproximados cinco anos de notícias veiculadas a respeito de sua presença ali”.⁵⁰

Dessa forma, não é possível ignorar a memória dos sobreviventes da etnia Xetá, sob pena de se permitir sua completa extinção, consagrando, assim, um genocídio cultural iniciado ainda na década de 1950, em detrimento da ampla tutela jurídica conferida aos indígenas pela Constituição de 1988.

Graças à experiência etnográfica *sui generis* com os sobreviventes Xetá, criou-se uma *sociedade virtual* de memória e imagem, cuja existência simbólica reside no ato de narrar e no conteúdo narrativo. Apesar disso, a memória histórica registra que a sociedade Xetá foi considerada extinta em 1964.⁵¹

Em 2003, restavam três sobreviventes diretos, considerados os guardiões da memória coletiva do povo. Viveram na condição de intérpretes de dois mundos: o dos Xetá e o dos brancos, bem como viveram junto à sua sociedade e são capazes de sonhar e reviver suas memórias.⁵²

A crescente tendência ao ressurgimento étnico impõe repensar, etnograficamente, o caso dos sobreviventes Xetá não como

49 SILVA, 1998, p. 174.

50 SILVA, 1998, p. 202.

51 SILVA, Carmen Lúcia da. *Em busca da sociedade perdida: o trabalho da memória Xetá*. 2003. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2003, p. 20–25.

52 SILVA, 2003, p. 33.

uma aventura temerária, mas, sim, como “[...] um trabalho minucioso e solidário com pessoas que vivem uma situação de re-emergência cultural, porque a identidade étnica nunca a perderam”.⁵³

Aliás, “[...] ao contrário, de vários grupos do Nordeste, que mantiveram a sociedade e perderam a memória cultural, os Xetá perderam a sociedade, mas mantiveram a sua memória”,⁵⁴ que, por sua vez, deve ser preservada, por intermédio de sua propagação aos descendentes da etnia, especialmente às crianças e aos adolescentes.

Em que pese os Xetá não disporem, hoje, de uma extensão de terras demarcadas no noroeste do Paraná pela Funai como seu *habitat* ou de uma quantidade significativa de sobreviventes diretos da etnia, ainda se demonstra possível a preservação de sua cultura, especificamente por intermédio do procedimento denominado transfiguração étnica.

Trata-se do processo por meio do qual “[...] as populações tribais que se defrontam com sociedades nacionais preenchem os requisitos necessários à sua persistência como entidades étnicas, mediante sucessivas alterações em seu substrato biológico, em sua cultura e em suas formas de relação com a sociedade envolvente”.⁵⁵

Para que esse processo seja efetivo no que se relaciona à preservação da etnia Xetá, bem como a evitar que seu genocídio seja completo e definitivo, a utilização das memórias dos sobreviventes e a sua propagação aos descendentes desse povo, especialmente às crianças e aos adolescentes, é indispensável.

É impossível conceber o problema da evocação e da localização das lembranças se não se tomam como ponto de aplicação os quadros sociais reais que servem como pontos de referência na reconstrução da memória, inclusive, por meio de uma definição

53 SILVA, 2003, p. 249.

54 SILVA, 2003, p. 250.

55 RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970, p. 13.

do tempo, que não é mais o meio homogêneo e uniforme onde se desenrolam os fenômenos.⁵⁶

Trata-se, apenas, do princípio da coordenação entre elementos que não dependem do pensamento ontológico, não mais do meio privilegiado e estável onde se desdobram os fenômenos humanos, nem uma categoria de um entendimento absoluta. Nesse diapasão, o depoimento somente tem sentido em relação a um grupo do qual faz parte.⁵⁷

Isso porque supõe um acontecimento real outrora vivido em comum, dependendo, assim, de um quadro de referência no qual evoluem o grupo e o indivíduo que o atestam. Assim, o “eu” e sua duração situam-se no ponto de encontro entre duas séries diferentes e por vezes divergentes.⁵⁸

Uma é aquela que se atém aos aspectos vivos e materiais da lembrança, enquanto a outra reconstrói “[...] aquilo que não é mais se não do passado”. Esse “eu” nada seria se não fizesse parte de uma “comunidade afetiva” ou de um “meio efervescente”, “[...] do qual tenta se afastar no momento em que ele se ‘recorda’”.⁵⁹

A aventura pessoal da memória é uma sucessão de eventos individuais da qual resultam mudanças que são produzidas nas relações com os grupos com os quais se misturam, por meio da reconstrução do passado com a ajuda de dados emprestados do presente e preparada por outras reconstruções feitas em épocas anteriores.⁶⁰

Por intermédio da construção artificial da história, os dois tempos penetram um no outro ou são colocados um ao lado do outro “[...] sobre um tempo vazio, que nada tem de histórico, já

56 HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Vértice, 1990, p. 10.

57 HALBWACHS, 1990, p. 13.

58 HALBWACHS, 1990, p. 13-14.

59 HALBWACHS, 1990, p. 14.

60 HALBWACHS, 1990, p. 14-71.

que definitivamente este nada mais é do que o tempo abstrato dos matemáticos”,⁶¹ possibilitando, assim, reconstruir fatos fora do tempo no qual ocorreram.

3 Conclusão

Em face do extermínio que sofreram na metade do século passado, a memória coletiva dos sobreviventes Xetá deve ser propagada aos descendentes da respectiva etnia, em relação aos seus hábitos, suas crenças, tradições, costumes e sua cultura, assim como no que se relaciona às narrativas da história do massacre enfrentado por esse povo, destacadamente na década de 1950.

Nesse sentido, as narrativas individuais das crianças sequestradas possibilitaram a recuperação das impressões coletivas do povo Xetá sobre os primeiros contatos com o homem branco e os processos de desagregação e extermínio, revelando as violências perpetradas por agentes governistas e empresas colonizadoras.⁶²

Referidas condutas são “[...] passíveis de caracterização como crimes de genocídio, que notadamente haviam sido omitidas pelos órgãos oficiais. Os testemunhos serviram, ademais, como reforço aos estudos realizados em expedições antropológicas ocorridas principalmente na década de 1950”.⁶³

Registraram, nesse sentido, especificações linguísticas e culturais dos Xetá que os diferenciam dos demais grupos étnicos da região, que são os Guaranis e os Kaingang, bem como descreveram relações sociais dentro do grupo, possuindo, assim, valor histórico, pois representam o único registro de certos episódios vividos pelo povo Xetá.⁶⁴

61 HALBWACHS, 1990, p. 106-107.

62 ROTH, Isabel. Genocídios invisíveis do Brasil: reflexão sobre o extermínio dos povos indígenas. *Liberdades*, São Paulo, n. 22, maio-ago. 2016, p. 65.

63 ROTH, 2016, p. 65.

64 ROTH, 2016, p. 65.

Seu valor antropológico se relaciona à construção narrativa do grupo. Já seu valor simbólico deriva da “[...] possibilidade de acolhimento do grupo a cada um dos indivíduos: juntos, compartilham suas memórias e seus traumas, tomam conhecimento sobre seus laços de sangue e recriam vínculos de afeto”.⁶⁵

Permite-se, assim, a reconstrução de “[...] uma rede de apoio à superação do luto pela perda dos familiares, da cultura e da história de seu povo. Dessa vivência coletiva cada um dos sobreviventes sai psicologicamente fortalecido, ao passo que a coletividade se reapropria de elementos de caracterização do grupo como tal”.⁶⁶

Os indígenas, portanto, “[...] reforçam sua identidade Xetá, reestabelecendo, assim, o status da etnia como culturalmente viva”. A etnia Xetá, portanto, sai “[...] da lista de etnias extintas do Brasil”, em que pese ainda estar em risco de extinção. Os sobreviventes e seus descendentes se articulam para reivindicar seus direitos previstos.⁶⁷

Inaugura-se “[...] uma nova fase da história Xetá, agora voltada à busca por justiça reparativa”,⁶⁸ que deve ser construída tendo como base a memória coletiva do povo, especialmente a partir dos conhecimentos a serem transmitidos pelos sobreviventes originais aos seus descendentes.

Demonstra-se, assim, que a tutela indígena da Constituição de 1988 compreende um direito fundamental à memória e à cultura nativa, mesmo em relação aos indígenas “integrados à civilização” ou, especialmente, aos membros das etnias exterminadas ou que se encontrem sob risco de extinção total e irreversível.

Somente de tal maneira haverá fundada permanência de suas culturas, costumes, tradições e provável demarcação de terras no noroeste do Paraná, que será o ápice para o reavivamento etnográfico dos Xetá.

65 ROTH, 2016, p. 65.

66 ROTH, 2016, p. 65.

67 ROTH, 2016, p. 65.

68 ROTH, 2016, p. 65.

Como o Ministério Público Federal deve atuar permanentemente na defesa dos interesses indígenas, conforme o art. 129, inciso V, da Carta Magna, há necessidade de atuação efetiva e urgente em todos os passos administrativos e judiciais para que a União, a Funai e o Estado do Paraná cumpram dignamente a Constituição Federal e as leis em vigor, mantendo-se o mínimo existencial para tal povo brasileiro, precipuamente o indigenato.

Referências

AMATO, Lucas Fucci. Os direitos indígenas como direitos culturais fundamentais. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 16, n. 108, p. 193-220, fev.-maio 2014.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breve balanço dos direitos das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 93-130, 2008.

BOSI, Alfredo. *Dialética da colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

BRASIL. *Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. *Decreto n. 1.775, de 8 de janeiro de 1996*. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de segurança 4.243-MS*. Relator: Min. Cezar Peluso, 2 de agosto de 2010. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 1.107.365-DF*. Relator: Min. Luiz Edson Fachin, 25 de fevereiro de 2019. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão: populações indígenas e comunidades tradicionais. *Manual de jurisprudência dos direitos indígenas*. Brasília: MPF, 2019.

CEV-PR. Comissão Estadual da Verdade do Paraná Teresa Urban. *Relatório da Comissão Estadual da Verdade do Paraná*. São Paulo: TikiBooks, 2017.

FONTELES, Cláudio Lemos. Os julgamentos de crimes cometidos contra comunidades indígenas pela justiça estadual. In: SANTILLI, Juliana (coord.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 201-206.

GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo. Colonialismo interno (uma redefinição). In: BORON, Atilio; AMADEO, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina (org.). *A teoria marxista hoje: problemas e perspectivas*. Buenos Aires: Clacso, 2007. p. 431-458.

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Vértice, 1990.

LAVILLE, Christian; DOINNE, Jean. *A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas*. Porto Alegre: Artmed, 1999.

LEMKIN, Raphael. *Axis rule in occupied Europe: laws of occupation, analysis of government, proposals for redress*. Concord: Rumford Press, 1944.

LOBO, Luiz Felipe Bruno. *Direito indigenista brasileiro: subsídios à sua doutrina*. São Paulo: LTr, 1996.

MAIA, Luciano Mariz. Do papel da perícia antropológica na afirmação dos direitos dos indígenas. In: OLIVEIRA, João Pacheco; MURA, Fábio; SILVA, Alexandre Barbosa da (org.). *Laudos antropológicos em perspectiva*. Brasília: Aba Publicações, 2015. p. 48-76.

MARCKZYNSKY, Solange Rita. Índios: temas polêmicos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 28, n. 111, p. 321-334, jul.-set. 1991.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARÉS, Carlos Frederico. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2006.

MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brasil seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Hennes, 1912.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

ROTH, Isabel. Genocídios invisíveis do Brasil: reflexão sobre o extermínio dos povos indígenas. *Liberdades*, São Paulo, n. 22, p. 56-76, maio-ago. 2016.

SANTILLI, Márcio. *Os brasileiros e os índios*. São Paulo: Senac, 2000.

SILVA, Carmen Lúcia da. *Em busca da sociedade perdida: o trabalho da memória Xetá*. 2003. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2003.

SILVA, Carmen Lúcia da. *Sobreviventes do extermínio: uma etnografia das narrativas e lembranças da sociedade Xetá*. 1998. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

SPENASSATTO, Josiéli Andréa. *Os lados da mistura: desafios da coabitação e dos intercassamentos na Terra Indígena São Jerônimo (PR/Brasil)*. 2016. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

VILLARES, Luiz Fernando. *Estado pluralista? O reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VILLAS BÔAS, Orlando. Integrar em quê? *In: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando (org.). Expedições, reflexões e registros*. São Paulo: Metalivros, 2006. p. 123-130.

Desafios à resolutividade: o Ministério Público e as internações involuntárias e compulsórias

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn Souza

Vice-Procuradora-Geral do MPDFT. Coordenadora de Pesquisa. Mestre em Direito.

Guiomar Alves Gomes Pessoa

Responsável pela transcrição e revisão das entrevistas. Graduada em Direito.

Luciana Barbosa Musse

Pesquisadora. Doutora e Mestre em Direito. Graduada em Direito e Psicologia.

Olívia Alves Gomes Pessoa

Assistente de Pesquisa. Mestre em Direitos Humanos e Cidadania. Graduada em Ciência Política.

Resumo: Este estudo baseia-se em uma pesquisa que teve o propósito de, primeiramente, fornecer um diagnóstico sobre a atuação do Ministério Público no campo da saúde mental, para, em seguida, propor o incremento da sua resolutividade, com ênfase nas internações involuntárias e compulsórias de pessoas com transtornos mentais e que fazem uso abusivo de álcool e (ou) outras drogas. Para tanto, a pesquisa foi desenvolvida a partir de dados qualitativos – coletados por meio de roteiro semiestruturado de entrevista – e quantitativos – obtidos por intermédio de questionário

eletrônico respondido por membros do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que atuam profissionalmente nas áreas da saúde, dos direitos metaindividuais e dos direitos humanos, nas Procuradorias Regionais da República (PRRs) e nas Câmaras de Coordenação e Revisão Cível e Criminal do MPDFT. Concluiu-se que a desejável resolutividade do MP passa pela qualificação de servidores e membros do MP em saúde mental, criação de ferramentas tecnológicas e pela sensibilização institucional sobre a relevância da atuação ministerial nas questões afetas a essa área, sobretudo no âmbito extrajudicial, para a fiscalização e o fortalecimento da estrutura de prestação de serviço às pessoas com transtorno mental e que fazem uso abusivo de álcool e (ou) outras drogas.

Palavras-chave: Ministério Público. Resolutividade. Saúde Mental. Drogas. Internação involuntária. Internação compulsória.

Abstract: This study is based on research that had the purpose of, first, providing a diagnosis about the performance of the Public Prosecution Service (MP) and then propose an increase in its resolution in the field of mental health, with an emphasis on involuntary and compulsory hospitalizations of people with mental disorders and that make abusive use of alcohol and other drugs. For this, the research was developed from qualitative data – collected through a semi-structured interview script – and quantitative data – obtained through an electronic questionnaire answered by members of the Federal Public Prosecution Service and the Public Prosecution Service of the Federal District and Territories (MPDFT) who work professionally in the areas of health, meta-human rights and human rights, in the Regional Federal Prosecution Services (PRRs) and in the Civil and Criminal Coordination and Review Chambers of the MPDFT. It was concluded that obtaining resolution of the Public Prosecution Service involves the qualification of public servants and members of the MP in mental health, the creation of technological tools and the institutional awareness of the relevance of ministerial work in the issues related to this area, especially in the extrajudicial framework, for supervision and strengthening of the service delivery structure for people with mental disorders who abuse alcohol and other drugs.

Keywords: Public Prosecution Service. Resolution. Mental health. Drugs. Involuntary hospitalization. Compulsory hospitalization.

Sumário: 1 Introdução. 2 O que dizem os dados empíricos sobre a atuação do MP em internações involuntárias e compulsórias. 2.1 Recursos institucionais. 2.2 Relações interinstitucionais. 2.3 Diálogo institucional. 2.4 Acesso do cidadão ao Ministério Público. 2.5 Atuação do Ministério Público em saúde mental e internações involuntárias e compulsórias. 2.6 Percepção dos membros do MP sobre as internações involuntárias e compulsórias. 3 Proposições para um MP resolutivo em internações involuntárias e compulsórias.

1 Introdução

As internações involuntárias¹ são espécies de tratamentos que norteiam as atuais políticas públicas brasileiras em saúde mental e estão alinhadas aos documentos internacionais sobre direitos humanos que envolvem saúde mental e drogas.

As internações compulsórias, por sua vez, são compreendidas tanto como um instituto jurídico-punitivo quanto como um instrumento terapêutico, o que tem gerado controvérsias nos campos jurídico e de cuidados em saúde, como será abordado neste texto.

A despeito da controvérsia em torno da natureza das internações compulsórias, toda e qualquer modalidade de internação investe-se de caráter excepcional e, por isso, só deverá ser realizada após a demonstração da ineficácia e insuficiência das demais estratégias de tratamento, havidas em meio comunitário ou extra-hospitalar.

Tal excepcionalidade deve-se à constatação técnico-científica de que o cuidado no território é mais eficaz do que a segregação do indivíduo para a recuperação e a manutenção da sua saúde mental. Por isso, a Lei n. 11.343/2006, a Lei de Drogas, reafirma a importância de se privilegiar o tratamento extra-hospitalar do *usuário ou*

1 Para dar maior fluidez ao texto, as autoras optaram por reduzir, desde o título, as denominações “internações involuntárias de pessoas com transtornos mentais e que fazem uso abusivo de álcool e outras drogas” e “internações compulsórias de pessoas com transtornos mentais e que fazem uso abusivo de álcool e outras drogas” a apenas “internações involuntárias” e “internações compulsórias”.

dependente de drogas, tal como preconizado pela Lei da Reforma Psiquiátrica (LRP) e pela atual política de saúde mental.

Um segundo motivo relevante para essa diretriz é o fato de, historicamente, as internações de pessoas com transtornos mentais terem sido utilizadas não apenas para fins terapêuticos, mas também para atender interesses diversos, como divergências e perseguições políticas durante a ditadura e disputas patrimoniais entre familiares.²

Uma terceira razão, não menos importante, é a mudança de paradigma normativo com relação às pessoas com transtornos mentais: de doentes perigosos e indesejáveis passaram a ser reconhecidas – no plano internacional e na esfera interna – como pessoas detentoras de direitos, cidadãos.³

Pelo anteriormente exposto, o legislador previu a fiscalização das internações psiquiátricas involuntárias (IPIs)⁴ feitas pelo Ministério Público dos Estados e pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT).

Essa atribuição extrajudicial encontra respaldo no arcabouço normativo que disciplina o Ministério Público enquanto função essencial à justiça e responsável pelo zelo dos direitos sociais.⁵

Entretanto, as normas jurídicas mencionadas não fazem referência à fiscalização de internação compulsória pelo Ministério

2 ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração, 2013.

3 MUSSE, Luciana Barbosa. *Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

4 A Lei n. 10.216/2001, a Lei da Reforma Psiquiátrica (LRP), prevê apenas três modalidades de internação: voluntária; involuntária e compulsória. Entretanto, a Portaria n. 2.048/2009, no seu Anexo I, art. 423, III e § 3º, estabelece uma quarta modalidade de internação: a voluntária que se torna involuntária. A internação involuntária e a voluntária que se torna involuntária devem ser comunicadas ao Ministério Público dos Estados e ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios em, no máximo, 72 horas, tal como expressamente disciplinado no art. 8º da LRP, bem como nos arts. 424 a 427 da Portaria n. 2.048/2009.

5 Art. 127 da CF/1988 e art. 1º da Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados.

Público dos Estados e pelo MPDFT. Como se deve interpretar o silêncio do legislador? Compreendendo a internação compulsória como modalidade de medida de segurança, o que exige tanto uma atuação judicial quanto extrajudicial do Ministério Público estadual (ou distrital), tal como previsto na legislação penal? Como espécie de internação involuntária?⁶

Se pairam dúvidas sobre aspectos normativos e teórico-doutrinários envolvendo o papel do Ministério Público nas internações involuntárias e compulsórias, qual tem sido a compreensão do próprio órgão ministerial estadual, distrital ou federal sobre suas atribuições e atuação em matéria de saúde mental e, especificamente, nessa seara? Como as questões anteriormente elencadas têm sido encaminhadas pelos diferentes ramos do Ministério Público?

A pesquisa – aprovada pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) como um dos temas de relevante interesse do Ministério Público da União (MPU), com vistas ao aperfeiçoamento e à inovação das ações finalísticas da instituição – teve como objetivo fornecer subsídios para o deslinde dos questionamentos aqui colocados, bem como para a apresentação de proposições para o aperfeiçoamento da atuação do Ministério Público Federal (MPF), do Ministério Público dos Estados e do MPDFT nas internações involuntárias e compulsórias.

Para alcançar esses objetivos, o presente estudo traz três frentes metodológicas de pesquisa. A primeira consiste em revisão bibliográfica nacional e documental sobre internações. A segunda caracteriza-se pelo desenvolvimento de formulário *online* disponibilizado aos membros do MPF que atuam na área da saúde, dos direitos metaindividuais, dos direitos humanos, nas Procuradorias Regionais da República (PRRs) e nas Câmaras de Coordenação e Revisão Cível e Criminal, para levantar informações sobre perfil e atuação, infraestrutura e pessoal, relações externas, acesso à Justiça

6 MONTEIRO, Fábio de Holanda. *A internação psiquiátrica compulsória na perspectiva dos direitos humanos e fundamentais*. Curitiba: Prismas, 2016.

e percepção dos membros do MP sobre a temática. A terceira frente metodológica do estudo consiste na realização de entrevistas em profundidade com membros do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios para levantar indagações sobre a atuação do Ministério Público e as percepções de seus membros sobre a matéria, sem se ater a um roteiro de perguntas fechadas. Esta etapa de coleta destina-se a preencher as lacunas não cobertas pela aplicação do *survey*, além de permitir que problemas ainda não mapeados pela equipe de pesquisa e nem pela própria literatura que embasa a pesquisa apareçam nas falas dos entrevistados.

A síntese da revisão de literatura, efetuada por meio de pesquisa bibliográfica e documental, articulada aos dados empíricos levantados e às análises deles decorrentes, encontra-se organizada da seguinte forma. No item 2.1, abordam-se os recursos institucionais disponíveis para o manejo das questões afetas à saúde mental e às internações. Os itens 2.2 e 2.3 são dedicados, respectivamente, à análise das relações interinstitucionais e do diálogo institucional. O acesso do cidadão ao MP é o foco do item 2.4. A atuação judicial e extrajudicial em saúde mental e internações é abordada no item 2.5. O 2.6 traz a percepção dos membros do MP sobre as internações involuntárias e compulsórias. Essa reflexão é encerrada com o item 3, no qual se apresentam proposições para o MP resolutivo em internações involuntárias e compulsórias.

2 O que dizem os dados empíricos sobre a atuação do MP em internações involuntárias e compulsórias

De acordo com o exposto na introdução deste texto, os dados empíricos que serão analisados a seguir foram levantados por intermédio de pesquisa quali-quantitativa.

O desenvolvimento da pesquisa foi monitorado ao longo de todo o período de coleta de dados, entre os meses de julho e outubro de 2018, visando ao alcance do maior número possível dos respondentes. No entanto, apesar de todo o empenho da equipe de

pesquisa⁷ e da ESMPU, o número de respostas foi extremamente baixo – sete, correspondente a 10% em relação ao estimado (72 questionários) – e não alcança representatividade suficiente para que possa ser utilizado como subsídio quantitativo sobre o tema. Contudo, esse resultado pode representar a marginalização que o tema *saúde mental* possui dentro do Ministério Público; além disso, oferecerá dados exploratórios para futuras pesquisas.

A despeito do baixo índice de respostas ao *survey*, as respostas aos questionários foram utilizadas para complementar a parte qualitativa da pesquisa empírica, com sete entrevistas pessoais aprofundadas com membros do MPF e do MPDFT, conforme previsto inicialmente. Importante ressaltar que, ao contrário da parte quantitativa, as entrevistas qualitativas alcançaram a saturação empírica, uma vez que as respostas aos questionamentos começaram a se repetir e nenhuma nova informação foi acrescentada. Tal abordagem permitiu obter um retorno sobre os principais atores, dificuldades e impressões pessoais dos membros do MP quanto à efetividade da judicialização da questão e à aplicação de internações involuntárias ou compulsórias.

2.1 Recursos institucionais

A garantia de um direito social, como o direito à saúde mental, e a fiscalização da sua política requerem recursos humanos, físicos, financeiros e tecnológicos especializados. Por isso, buscou-se identificar se e em que medida o MPF e o MPDFT dispõem desse ferramental para cumprir seu desiderato em relação às internações involuntárias e compulsórias de pessoas que fazem uso abusivo de álcool e (ou) outras drogas.

Com o uso da metodologia do questionário eletrônico a fim de obter dados sobre o atual cenário institucional em que os atores

7 A equipe de pesquisa monitorou o preenchimento por meio de e-mail e ligações diárias aos gabinetes dos promotores e procuradores. A ESMPU, no último mês da pesquisa, enviou e-mail aos respondentes solicitando o preenchimento do formulário, bem como disponibilizou informações sobre a pesquisa na página web da Escola.

ministeriais atuam, foi possível identificar alguns pontos fundamentais sobre a estrutura e os recursos de trabalho disponibilizados, sobretudo no que concerne à lotação de procuradores ou promotores de Justiça e de servidores em número suficiente para atuação em áreas específicas, como é o caso da saúde mental e das internações involuntárias e compulsórias.

a) *Recursos humanos*

Em primeiro plano, quanto ao funcionamento de atividades administrativas no âmbito do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, a maioria de seus membros relata que, na instituição em que trabalha, existe quadro próprio de servidores exclusivos para atividades administrativas.

No entanto, a maioria dos respondentes também considera como *nada adequada* a estrutura de recursos humanos de apoio de profissionais especializados na área de saúde mental, sendo considerada insuficiente ou inexistente a presença de psicólogos, médicos ou assistentes sociais entre os servidores de apoio.

Do mesmo modo, foi possível aferir que faltam recursos humanos para receber comunicações das instituições que realizam internações involuntárias, atribuição conferida ao Ministério Público pela Lei n. 10.216/2001, como já dito.

Para uma das atribuições extrajudiciais do Ministério Público, que é a fiscalização *in loco* de instituições responsáveis por internações involuntárias, faz-se necessária a disponibilidade de servidores, assim como de membros do Ministério Público, capacitados para a realização dessa atividade. Os respondentes, por unanimidade, afirmaram não haver servidores disponíveis para a realização de fiscalizações *in loco*.

Os dados quantitativos demonstram, assim, uma possível fonte da atuação insuficiente do Ministério Público frente às questões inerentes à saúde mental, no sentido de que falta o recurso fundamental para o funcionamento de qualquer tipo de atuação ou política procedimental da instituição: o recurso humano capacitado e

especializado para o desenvolvimento de atividades em áreas de maior especificidade, como o caso da saúde mental.

Corroborando os dados obtidos via questionário, as entrevistas demonstraram ser o quadro de pessoal, tanto de membros quanto de servidores especializados no tema, um dos principais entraves à atuação e controle das demandas inerentes às internações involuntárias em saúde mental.

Perguntado sobre como o MP atuaria na fiscalização das internações involuntárias, um membro respondeu:

O MP, depende. Aí teria que ver o MP no Brasil. Em alguns lugares se faz o controle da internação. Aqui a gente fez um controle até um determinado momento, daí a gente perdeu a psicóloga que fazia toda a parte instrumental disso aí. Perdeu ferramenta, perdeu pessoal e os desafios só iam aumentando. (Membro do MP).

Ao longo das entrevistas, foi possível verificar, de modo unânime, a falta de servidores destacados exclusivamente para a área de saúde mental, assim como de estrutura física e tecnológica personalizada para o manejo das demandas e o monitoramento de questões voltadas à temática.

Deste modo, membros do MP que, por uma motivação pessoal e não institucional, detêm um olhar preocupado com as questões específicas da saúde mental, deparam com uma série de obstáculos de ordem estrutural e também por falta de prioridade institucional às dificuldades enfrentadas por pessoas que fazem uso abusivo de álcool e (ou) outras drogas.

Não tem ninguém específico para atuar na área de saúde, o que a gente tem é eventualmente. Eu lembro quando começou o TAC [...], começou com visitas aos hospitais e que uma servidora, que é da PFDC, participou dessas visitas. Quer dizer, o apoio que a gente tem eventualmente é da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. (Membro do MP).

Em virtude do baixo número de membros ou servidores que se interessam pela área de saúde mental e que, muitas vezes, a ela dedicam parte de sua atuação, cria-se uma instabilidade por

causa da personificação da atribuição, que deveria ser institucional. Portanto, quando um desses servidores, por motivo de remoção ou por aposentadoria, deixa de se dedicar à função, não é facilmente substituído, conforme se observa em relato de membro do MP abaixo colacionado.

A minha colega, que se aposentou recentemente, criou um portal de saúde mental aqui no Ministério Público e, quando ela se aposentou, ninguém mais quis cuidar disso. Mas era uma coisa importantíssima aqui para nossa instituição. Estamos até hoje procurando alguém que resolva assumir o lugar que ela deixou, mas por enquanto ainda ninguém.

Sobre a relação entre a marginalização embutida nas questões referentes à saúde mental e a falta de uma estrutura que permita uma atuação mais ativa sobre o tema, destaca a seguinte impressão:

Ela [a saúde mental] é marginalizada. A área mesmo de direitos humanos, no todo, ela toda ficou marginalizada no momento em que foi priorizado o combate à corrupção, então tem o Núcleo de Combate à Corrupção, isso tudo sem dizer os recursos financeiros.

Portanto, entende-se que a área de saúde mental é marginalizada na atuação ministerial, o que faz com que o desempenho do MP seja aquém do desejável no que diz respeito ao monitoramento da implementação das políticas públicas, na fiscalização da atuação dos equipamentos de saúde mental e do repasse de verbas públicas a essas na área da saúde mental.

b) Capacitação para membros e servidores

Diante das especificidades da saúde mental e da sua política pública, buscou-se obter dados e percepções quanto à importância dada à capacitação pelos membros do Ministério Público, assim como ao papel desempenhado pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) para uma formação e atualização educacional continuada nessa temática.

Diante disso, todos os respondentes manifestaram que já participaram de alguma capacitação, atualização profissional, cursos

de especialização ou pós-graduação ofertados pela Escola Superior do Ministério Público da União. A maioria dos cursos foram ofertados na própria sede, em Brasília, demonstrando a qualidade e o alcance da ferramenta educacional que a instituição possui.

No entanto, o deslocamento dos membros do MP de suas cidades de atuação para Brasília traduz-se em necessidade de disponibilização de recursos financeiros para custeio de diárias e passagens, além de implicar a paralisação das atividades regulares e, conseqüentemente, a falta de pessoal desenvolvendo as atividades na respectiva unidade do MP.

Apesar de todos os respondentes já terem participado de curso(s) de capacitação ou pós-graduação ofertados pela ESMPU, apenas metade deles realizou capacitação que englobe a saúde mental ou verse sobre ela.

A mesma variável pode ser notada nas entrevistas realizadas, sendo assim dado importante para análise, uma vez que detém especial relação com a estrutura especializada e capacitada para a atuação específica em saúde mental e em internações involuntárias e compulsórias.

De maneira quase unânime, os profissionais apontam nunca terem tido algum tipo de formação acadêmica, especialização ou capacitação na área de saúde mental. Contudo, merece destaque a abrangência de uma especialização sobre Direito Sanitário oferecido pela ESMPU em parceria com a Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ).

Tanto os membros do MPF quanto os do MPDFT que participaram do curso em questão afirmam que ele traz em seu bojo, ainda que de modo superficial e geral, questões afetas à saúde mental no que concerne a uma abordagem sobre saúde pública e do Sistema Único de Saúde (SUS).

Eu cheguei a fazer um curso de especialização, num convênio da Escola Superior do Ministério Público da União com a Fundação Oswaldo Cruz em Direito Sanitário, e a gente tem, dentro do tema de estudo desse curso, que é uma especialização, a gente trabalha os fundamentos do Direito Sanitário de uma maneira geral

multidisciplinar, envolvendo tanto saúde quanto direito. Saúde mental especificamente, não. Mas nesse contexto talvez inserido. (Membro do MP).

Deste modo, ainda que não expostos a cursos de capacitação voltados especificamente para a saúde mental, o que seria uma ferramenta empoderadora dos profissionais, observa como ponto positivo o alcance do curso em parceria com a FIOCRUZ, o que já traz, ainda que de maneira sutil, uma abertura às questões atinentes à saúde mental.

Considerando que as questões de saúde mental, entre as quais se inserem as internações involuntária e compulsória, se encontram inseridas no papel institucional do MP e que requerem, para seu efetivo tratamento e desenvolvimento, conhecimentos de complexa tecnicidade, cursos que abordam essa temática são investimentos estruturais no que diz respeito à capacitação dos recursos humanos disponíveis para o cumprimento da atribuição.

c) Infraestrutura e recursos financeiros

Nesse sentido, tem-se, como já abordado acima, o retorno dos respondentes quanto à inexistência e inadequação de infraestrutura para receber os comunicados de internações involuntárias.

Infere-se, ainda, que a ausência ou insuficiência de estrutura pode impedir um controle de dados. Durante a coleta de dados, foi perguntado sobre o quantitativo de comunicações de internações e desinternações involuntárias recebidas pelo MPDFT nos últimos dois anos, obtendo-se como resposta unânime a frase “não sei dizer”.

Portanto, em relação à questão estrutural, nota-se que, além de ser um resultado de fatores que permeiam a temática da saúde mental, a precária estrutura torna-se também causa de empecilhos ao conhecimento do cenário fático vivenciado pelos usuários da Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) e dos serviços de internação privados, tais como hospitais particulares e clínicas de tratamento e recuperação, impedindo assim o controle e a elaboração de diretrizes de trabalho na área. Nesse sentido, segue relato de entrevistado:

Nós não temos esse banco de dados, nós não conhecemos a realidade sobre a qual precisamos trabalhar em termos de fiscalizar a política pública. Então, em termos tecnológicos, nós precisaríamos, no mínimo, de um sistema, um banco de dados que pudesse ser alimentado e, a partir daí, com essa alimentação, a gente poderia fazer um diagnóstico e, em cima desse diagnóstico, realizar um projeto de trabalho para atuar sobre a realidade. (Membro do MP).

Quanto à evidente relação entre o fortalecimento de uma estrutura funcional e a efetividade da atuação dos membros do Ministério Público, e a relevância do controle de banco de dados para que se conquiste uma real eficiência, oportuno o trecho da entrevista abaixo:

O atual procurador recompõe a estrutura das promotorias, a gente está tentando aprender a trabalhar em conjunto, é uma área muito difícil porque ela é muito um jogo de vasos comunicantes, a atuação de um bate na do outro. Então, a gente está muito “jovenzinho” ainda nessa estrutura colegiada de quatro, de atuar em rede, a gente está ainda engatinhando e enfrentando nossos próprios fantasmas. Mas é uma questão de tempo. Certamente é uma medida que vai fortalecer. E, na última reunião que a gente teve, coletiva, a gente disse: precisamos retomar o controle. Alguns propuseram uma saída de um modo, outros de outro, a gente está buscando uma forma de efetivar esse controle. (Membro do MP).

Há, assim, clara preocupação em se estabelecer um controle de dados a fim de que se tenha um diagnóstico preciso da realidade das internações involuntárias a ser enfrentada, formando uma estrutura de conhecimento e preparação necessária para a efetivação da atuação ministerial diante das internações involuntárias e compulsórias, essas últimas sequer tendo obrigatoriedade de comunicação da sua ocorrência, o que gera ainda maior desconhecimento do cenário e do alcance que o uso abusivo de álcool e (ou) outras drogas têm sobre o número total de internações.

No entanto, o registro e o controle não bastam; é necessário haver o correto manuseio e o tratamento das informações obtidas, possibilitando a tomada de providências efetivas, como ressalta um entrevistado em seu relato:

[...] o que acontece: as clínicas de internação estão nos comunicando sim e nós temos essas comunicações que estamos recebendo, estamos arquivando, só que isso não tem tido tratamento, o que significa dizer que, assim como qualquer outro fato que chega ao meu conhecimento, é autuado como notícia de fato e, a partir da autuação, na situação mais simples, eu requiro informações à Secretaria de Saúde. No caso dessas internações, elas não estão sequer sendo autuadas como notícia de fato, dada a enorme quantidade. É uma quantidade extremamente grande. Eu não saberia dizer quantas foram nos últimos dois anos, mas eu posso afirmar que é muito, é muito de internação. De desinternação eu não sei informar. (Membro do MP).

Apesar de todo o avanço tecnológico que o Ministério Público tem acessado nos últimos anos, os respondentes da pesquisa relataram a inexistência e a inadequação de infraestrutura para receber os comunicados de internações involuntárias pelo MP.

2.2 Relações interinstitucionais

a) *Poder Executivo*

A atuação do Ministério Público diante dos gestores e do Poder Executivo, de modo geral, no campo da saúde mental, também foi assunto de pesquisa. Os respondentes consideram, em número igualitário de respostas, que essa atuação é “regular” e “ruim”, pois, “com alguns gestores, é boa e voltada à resolução dos problemas; com outros ainda há resistência e incompreensão para o acolhimento dos pacientes e mudança do modelo de atenção” e “há pouca interação”.

No mesmo sentido, quanto à influência da articulação entre o MP e os profissionais da saúde na efetividade do trabalho desenvolvido, metade dos respondentes considerou como *ruim* essa articulação com a área da saúde, justificando tal avaliação com a resposta de que “há pouca interlocução”.

Contudo, a outra metade dos respondentes, que considerou como *boa* a relação entre os profissionais da saúde e o MP, assevera

que “há uma união de esforços para o fortalecimento da RAPS”. Essa disparidade entre as opiniões reflete a diversidade de experiências vivenciadas pelos profissionais, além da necessidade de um estudo mais aprofundado sobre a atuação em rede do MP.

Instados a se manifestarem quanto à relação entre o MP e a RAPS na sua respectiva região de atuação, as respostas variaram entre *regular* e *ruim*, pois, conforme avalia um respondente, “embora existam reuniões mensais da Rede, ainda não há uma efetiva articulação do trabalho” (membro do MP).

Foi possível perceber que eventuais empecilhos de relacionamento e articulação entre o MP e os gestores devem-se ao desconhecimento e à marginalização do tema de saúde mental dentro do próprio MP.

Tendo em vista a intersetorialidade intrínseca ao tema da saúde mental e do uso abusivo de álcool e (ou) outras drogas, necessária para a busca da promoção de melhoria e efetividade dos serviços garantidos legalmente às pessoas com transtornos mentais, oportuno destacar relato de membro do MPF que sugere a articulação com os gestores de instituições como um desenvolvimento importante dentro da atuação extrajudicial do MP.

O Ministério Público atuando, de certa forma, como um aglutinador dessas instituições e também das representações da sociedade, dos Conselhos de Saúde. Uma instituição que tenha o papel de fazer essa aproximação, de cobrar a partir de um ponto institucional mais livre que ele tem, que é aquele que não executa a política e que, portanto, tem a condição de cobrar que essa política seja implementada, mas cobrar participando, estando mais próximo desses atores também para poder compreender as dificuldades, as causas desses entraves.

No mesmo sentido, porém em uma perspectiva positiva da atuação, um entrevistado, membro do MPF, aponta os avanços obtidos na interlocução do MP com as outras áreas da saúde mental e, ainda, pontua a falta de alcance de esclarecimentos sobre a temática pelos próprios atores responsáveis pela implementação da RAPS:

Anos atrás, as pessoas não sabiam o que era e você precisava explicar e, hoje em dia, pelo menos elas já sabem o que é o serviço, acho que deixou de ser uma novidade. Como é que é essa interlocução, depende do gestor. Tem conversas que são muito fáceis, tem conversas que são muito difíceis, mas eu costumo falar que o importante é a gente tentar resolver o problema das pessoas. E, se esse for o foco, resolver o problema dessas pessoas que estão institucionalizadas, eu acho que a gente consegue avançar.

Em contrapartida, os problemas existentes nos variados setores de gestão podem ser minimizados ou maximizados, dependendo do nível de efetividade dessa relação entre o Ministério Público e os responsáveis por executarem a política nacional de saúde mental, sendo, assim, desejável a atuação mais aproximada e articulada do MP em relação a esses gestores, como se pode inferir da análise do relato que segue:

Me parece que uma atuação do Ministério Público Federal possa ser, digamos assim, mais proativa, ela envolve não apenas um caso isolado, mas uma aproximação com as instituições. Tanto as instituições públicas executoras da política quanto outras instituições de controle também, na busca de soluções que possam enxergar o problema como um todo. (Membro do MP).

Portanto, é possível compreender que os entraves de gestão devem passar não apenas por um olhar anticorrupção e punitivo, mas também de articulação para viabilização de ações que surtam efeitos reais na implementação, controle e manutenção das reformas propostas pela Lei n. 10.216/2001.

Nesse sentido, destaca-se o diagnóstico realizado por um membro do MP sobre a atual gestão da saúde pública em sua região de atuação.

Esse é o quadro geral: o quadro geral é um quadro de penúria, um quadro de não efetivação da política de Estado, falta de um modelo de gestão, falta de realização de um modelo de atenção, falta de recurso, falta de financiamento. Ou se tem um gestor que está ali para fazer “caixa dois”, exclusivamente, ou se tem um gestor que quer fazer a saúde pública.

Reconhecendo tal necessidade e a contribuição que cada setor poderia dar à resolução da questão que se apresenta, inclusive, de demandas individuais em saúde mental, um entrevistado apresenta sugestão que acredita ser adequada para garantir o trabalho em rede:

A ideia é a seguinte: era que a audiência não fosse uma audiência de instrução, fosse uma audiência pública e que se chamassem todas as autoridades que, de alguma forma, alguma interface tivessem com a construção da solução da efetivação da política pública. E seria uma ideia bem interessante. (Membro do MP).

Nesse viés, vem corroborar a avaliação sobre o comportamento notado em ocasiões de relacionamento entre os diversos setores de atuação em frente a demandas de pessoas com transtornos mentais.

A gente nota uma subserviência do Executivo, do pessoal do psicossocial, a tudo aquilo que o Ministério Público diz e que o juiz diz. Então eu acho que não é como a própria lei quando prevê, é uma situação de paridade. O juiz tem que falar com a equipe multidisciplinar, não é de cima pra baixo. (Membro do MP).

Em pergunta sobre a existência de encaminhamento de casos não relacionados às suas atribuições pelo MP às instituições responsáveis, a maioria dos respondentes afirmou que “sim”.

Entre as instituições parceiras, a que é mais acionada – quer “[pel]a indicação do endereço da instituição competente”, quer “[pel]a elaboração de ofício de encaminhamento com resumo dos fatos” – é o Centro de Referência de Assistência Social (CRAS).

Desse modo, nota-se que a intersetorialidade mais frequente é entre o MP e a Assistência Social, o que pode denotar a prevalência de questões sociais, tais como vulnerabilidade das pessoas com transtornos mentais que ocorrem ao *Parquet*.

Desse modo, considerando os reflexos que a ineficiência de um setor gera no outro, bem como a interdependência entre eles para realização de diretrizes e execução de normas, a intersetorialidade e a conjugação de esforços em rede devem ser levadas em consideração entre os objetivos institucionais do MP.

b) Poder Judiciário

Para além da necessidade procedimental, como é o caso das internações compulsórias, a interação entre o Ministério Público e o sistema de justiça, sobretudo com o Poder Judiciário, mostra-se de suma importância. É necessário um alinhamento em rede, conjunto ao sistema de saúde, em relação aos casos individuais e às diretrizes de tratamento, à viabilidade, à necessidade e à duração de internações, assim como às ações eficientes na fiscalização da implementação de serviços obrigatórios afetos ao tema da saúde mental. Quando questionados sobre a eficiência dessa relação, os respondentes, em maioria, *discordam parcialmente*.

Em relação ao procedimento adotado por operadores de direito, há interessante relato que demonstra a importância do alinhamento de ideias e conhecimentos entre o MP e o sistema de justiça.

Agora, o problema que a gente teve e tem até hoje está relacionado à curatela. Aí o sistema de justiça é muito resistente em reconhecer o direito à autonomia dessas pessoas. Ainda prevalece uma ideia de proteção e que preciso é cuidar do dinheiro muito menos do que cuidar da vontade dessa pessoa. A outra coisa que eu notei nesses últimos quatro anos é que eu acho que os juízes da execução começaram a conhecer a residência terapêutica. Tanto que a gente está enfrentando certo problema porque, quando eles sabem que tem residência terapêutica, eles mandam o paciente para lá. A gente está construindo [residências terapêuticas]⁸ para tirar dos hospitais, mas eles, quando sabem que tem uma residência, colocam o paciente lá na residência. Era desconhecido, acho que há quatro anos as pessoas não sabiam que existia e que passaram a saber da existência das resi-

8 “Os Serviços Residenciais Terapêuticos, também conhecidos como Residências Terapêuticas (RTs), são casas, locais de moradia, destinadas a pessoas com transtornos mentais que permaneceram em longas internações psiquiátricas e impossibilitadas de retornar às suas famílias de origem. As Residências Terapêuticas foram instituídas pela Portaria GM nº 106 de fevereiro de 2000 e integram a Política de Saúde Mental do Ministério da Saúde. Esses dispositivos, inseridos no âmbito do Sistema Único de Saúde/SUS, são centrais no processo de desinstitucionalização e reinserção social dos egressos dos hospitais psiquiátricos.” Disponível em: <http://www.ccms.saude.gov.br/VPC/residencias.html>. Acesso em: 24 nov. 2018.

dências terapêuticas. E aí, por conta disso, conhecendo um pouco da Rede de Atenção Psicossocial, acho que muda também a forma de ver. (Membro do MP).

Portanto, reconhece-se que a interação do sistema de justiça com as ações desenvolvidas pelo sistema de saúde e pelo próprio MP se torna fundamental para que as decisões judiciais não estejam aquém dos avanços extrajudiciais da área da saúde, necessitando sempre da interação intersetorial na busca da eficiência.

Do mesmo modo, ao traçar a diferença procedimental entre a internação involuntária e a compulsória, um entrevistado faz relevante pontuação sobre a questão:

Na compulsória há intervenção judicial, e na involuntária há orientação médica ou o parecer médico, que, a meu ver, deve estar presente também na internação compulsória. Não tem lógica que um juiz decida sem se servir de um profissional da saúde dizendo que aquilo realmente é necessário, só porque a família perdeu. (Membro do MP).

Nesse sentido, é possível concluir a indispensabilidade da relação interinstitucional entre o Ministério Público e o sistema de justiça, não apenas como eventuais atores processuais, mas como articuladores e protagonistas de uma forma de atuação que leve em conta as melhores alternativas já existentes nos diversos campos do conhecimento, como no caso da saúde mental, a fim de garantir efetivamente direitos fundamentais, muitas vezes conflitantes, mas indispensáveis em sua totalidade.

c) *Defensoria Pública*

A relação interinstitucional entre o MP e a Defensoria Pública, no campo da saúde mental, é considerada *inexistente* ou *ruim* pelos respondentes, pois um dos grupos relata que, infelizmente, nunca teve notícia de atuação nesta área, e, para o outro, “não há interação de ações”.

Conclui-se, assim, com base no dado obtido, que há um provável distanciamento entre as ações das duas instituições, ainda que

versem sobre questões relativas à saúde mental. É certo que ações conjuntas seriam favoráveis para os interesses que ambas as instituições têm por dever resguardar, quer privilegiando a faceta coletiva, quer a individual.

Nessa linha de raciocínio, destacamos entrevista concedida por membro do MP sobre experiência positiva em atuação conjunta com a Defensoria Pública.

Eu tive também em um TAC. Havia lá muitos casos de internações, que a gente chamava de internação judicial; eram internações involuntárias, internações compulsórias e até, em alguns casos, de medida de segurança, que a pessoa estava cumprindo medida de segurança no hospital. Então a gente criou um grupo, e aí com a Defensoria Pública, para a gente fazer uma análise desses casos e buscar a reversão dessas medidas de segurança. E aí tratando cada um desses casos individualmente e também ajudando a concluir um projeto terapêutico para essa pessoa e para conseguir convencer o juiz de que existiria esse cuidado fora do hospital.

d) Poder Legislativo

A necessidade da interação entre os setores responsáveis por uma política nacional, seja por sua elaboração, execução ou controle, está presente, indubitavelmente, também em relação ao Poder Legislativo.

Nesse sentido, o questionário aplicado continha pergunta relacionada à avaliação da interlocução do MP com o Poder Legislativo, tendo-se obtido como resposta da metade do grupo que é *regular*, haja vista que “há alguma interação”. A outra metade considera a interlocução como *inexistente*, em virtude de que “houve pouquíssimos contatos”.

É certo que, para subsidiar um processo legislativo, são necessários dados, impressões, conhecimentos técnicos e procedimentais que passam pelo controle de órgãos e instituições externas ao Poder Legislativo, sendo tais entidades, assim, imprescindíveis para

o desenvolvimento de normas factíveis. Do mesmo modo, para o desempenho de atividades de suma importância, é fundamental a articulação com atores envolvidos no processo legislativo, federal, estadual ou municipal, de modo a tornar mais eficientes as ações destinadas à solução de problemas no âmbito da atuação ministerial.

Portanto, levando-se em conta o marco legal da reforma psiquiátrica, oportuno o relato de membro do MP que teve a oportunidade de participar do seu processo de elaboração e notar dificuldades provenientes, por vezes, da falta de atuação eficiente em rede, fazendo uma leitura da Lei n. 10.216/2001:

Mas não é uma ferramenta, ela não tem instrumentalidade, as normas jurídicas são deveres dirigidos a condutas específicas de pessoas específicas e, se elas não são, sendo meramente principiológicas, elas não têm efetividade garantida, elas isoladamente. A lei era só uma bandeira, não era uma lei mesmo em sentido de um instrumento normativo de efetivação de uma política de desospitalização. Mas como era um instrumento político de um movimento político muito forte, que tinha a figura de um político, que era uma pessoa maravilhosa, muito marcante, tocar nessa lei era tocar num abelheiro com conteúdos passionais altamente intensificados, que toda política tem.

Há assim, ao que parece, ao se analisarem os dados, uma lacuna na atuação ministerial junto com o Poder Legislativo em relação às questões e entraves políticos, burocráticos e financeiros, assim como à obrigatoriedade legal de efetivação da política de modo a adotar protagonismo na busca de mecanismos legais que sanem os atuais desafios.

e) Serviços de saúde mental

É primordial, sobretudo para o exercício da atividade de fiscalização das internações involuntárias pelo MPDFT e pelo MP estadual, a obtenção de dados sobre a atuação desses órgãos diante dos serviços de saúde mental que realizam o atendimento do indivíduo e, por vezes, executam sua internação involuntária ou compulsória.

Por isso, buscou-se verificar se o MP tem sido comunicado acerca das internações involuntárias realizadas em estabelecimentos de saúde mental do Distrito Federal, qual o prazo decorrido desde a internação até a comunicação ao MP e se essa comunicação foi acompanhada de laudo médico circunstanciado.

Metade dos respondentes afirmou que *quase sempre* são informados acerca das internações involuntárias, e metade disse que *não* é informada e que não é indicado o prazo de encaminhamento dessas comunicações, o qual, por lei, é de até 72 horas após a internação e de até 72 horas após a alta da pessoa.

Todos negaram o recebimento de laudo médico circunstanciado acompanhando as comunicações sobre internações involuntárias, o que caracteriza flagrante descumprimento da LRP, que prevê tal requisito (art. 6º), para que se possa verificar a pertinência ou não da adoção da referida medida terapêutica. Outra exigência normativa que não foi mencionada pelos participantes da pesquisa, mas que é de grande relevo para a atuação do MP a fim de evitar o uso não terapêutico de internações involuntárias, é que esse laudo tenha sido elaborado por médico inscrito no Conselho Regional de Medicina onde se situa o equipamento de saúde mental. Verificado o descumprimento dessas exigências, o MP ingressou com ação civil pública, conforme respondentes.

A relação entre o MP, os responsáveis por serviços de saúde mental que efetuam internações involuntárias e os profissionais da saúde mental, como já dito, é de caráter essencial na política de saúde mental, tratando-se de questão eminentemente técnica e, não raro, controversa, em razão da formação e dos modelos de cuidado adotados pelos profissionais envolvidos no tratamento ou no atendimento. Não há como se garantir a necessidade de uma internação e, tampouco, a adequação do equipamento em que se dá a prestação do serviço, sem o acesso ao laudo circunstanciado (médico ou, preferencialmente, elaborado por equipe interdisciplinar, que tenha um médico na sua composição, a fim de se garantir uma abordagem integral do paciente, como preconiza o SUS e a LRP) vinculado ao caso concreto.

f) *Outras instituições*

Outra instituição com a qual o MP dialoga é a Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde (AMPASA).⁹

Dois participantes da pesquisa integram a referida associação, que se propõe a ser importante ferramenta na efetivação de atividades e ações que promovem e defendem o direito à saúde.

A respeito dos motivos ensejadores da criação da AMPASA, afirma um membro do MP:

A gente sentiu a necessidade de criar uma instância para uma atuação que transcendesse os limites meramente institucionais, transbordasse os limites institucionais e a gente pudesse trabalhar num plano político-sanitário e militar, de certa forma, nas fileiras da reforma sanitária, que estava em andamento, sempre se enfraquecendo, mas estava em andamento. Aí nós criamos então a associação, porque a associação é sociedade civil, e através da associação a gente começou a militância nas fileiras do SUS, da reforma sanitária.

Quanto ao envolvimento da AMPASA com questões relativas à saúde mental, o mesmo entrevistado ressaltou sua atuação intensa como membro associado no início do movimento da reforma psiquiátrica:

[...] E éramos o irmão caçula das diversas instâncias dos grupos das instituições que formavam, no seu *pool*, a chamada reforma sanitária. E tivemos uma atuação intensa, muito intensa em defesa do SUS e, claro, envolvendo inclusive a saúde mental. Foi um período de cinco anos que eu praticamente vivia fazendo a militância do norte ao sul no país e defendendo os princípios do SUS, inclusive da reforma psiquiátrica. (Membro do MP).

Contudo, atualmente, a associação não mais tem se dedicado à temática, que vem sendo enfrentada pela Comissão Permanente de

9 Entidade de direito privado, composta por membros do Ministério Público estadual, distrital e da União, da ativa e aposentados, desvinculada legal e formalmente do MP. Entretanto, tem em seu estatuto o objetivo primordial de defesa de interesses relacionados ao direito fundamental à saúde (ver estatuto da Ampasa. Disponível em: <http://www.ampasa.org.br/>. Acesso em: 13 jul. 2018).

Defesa da Saúde (COPEDES), do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPGE).

2.3 Diálogo institucional

A saúde mental e as interações involuntárias e compulsórias podem ensejar a atuação de diferentes áreas de um mesmo ramo do MP. Por isso, buscamos identificar se há e em que medida se realiza uma interlocução e um alinhamento entre instâncias, promotorias e outros ramos do MP.

A existência das Câmaras de Coordenação no âmbito das unidades do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios pode ter sua importância considerada não apenas por uniformizar a atuação ministerial ou produzir orientações, mas com certeza por permitir aos membros o contato com questões que ultrapassam os temas com os quais lidam em sua atuação ordinária.

O conhecimento da saúde mental pelos integrantes das Câmaras é relevante, pois elas possuem o importante papel de decidir sobre conflitos de atribuições entre as promotorias, o que, dentro da saúde mental, em especial quanto às interações de pessoas que fazem uso abusivo de álcool e (ou) de outras drogas, por vezes causa dúvidas entre os membros do MP.

Um respondente, por exemplo, justificou a sua atuação em saúde explicando: “Não atuo diretamente na área de saúde mental, porém, como faço parte da Câmara de Coordenação responsável pela PROSUS, atuo também na saúde mental”.

Nesse sentido, destaca-se relato que versa sobre os conflitos de atribuições, dificuldades de diálogo entre as promotorias e o papel da Câmara.

Essa questão é muito interessante porque, deparando-nos com a questão que eu já te falei, do arquivamento das inúmeras comunicações de interação, nós sentamos aqui e fizemos um documento,

um ofício à Câmara de Coordenação e Revisão, que é o órgão que faz o controle das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde, informando a eles essas inúmeras internações e pedindo a eles as condições necessárias para que nós pudéssemos *primeiro ver como proceder em relação a essas internações, e segundo, muito provavelmente isso que vai acontecer, provocando um diálogo entre as promotorias para efeito de saber a quem compete, efetivamente, a fiscalização.* (Membro do MP. Grifos nossos).

Sobre a ausência de interlocução entre promotorias em relação à fiscalização das internações e desinternações involuntárias, é ilustrativa a fala de um dos entrevistados. Para ele, haveria dois níveis de atuação. Caberia à PROSUS a fiscalização dos equipamentos de saúde mental que realizam as internações involuntárias, “do ponto de vista da gestão da saúde pública”. Por sua vez, quando a internação – involuntária ou compulsória – de uma pessoa com transtorno mental ou que faz uso abusivo de álcool e (ou) outras drogas é judicializada, quer por meio de Vara de Família, quer por intermédio de Vara da Fazenda Pública, a fiscalização da internação requerida competiria ao promotor de Justiça da respectiva promotoria. E completa: “Mas eu te afirmo: não houve um diálogo entre promotorias, entre promotorias de família, promotorias de fazenda e promotorias de defesa da saúde”.

Desse modo, compreende-se que dificuldades na relação intrainstitucional, como conflitos de atribuições entre as promotorias em relação a internações involuntárias e compulsórias, orbitando entre as promotorias de família, saúde e fazenda pública, geram reflexos importantes na efetividade da atuação nas internações involuntárias e compulsórias, sendo mais um desafio à atuação ideal diante da realidade social problemática.

Experiência exitosa e exemplar de diálogo intrainstitucional em matéria de saúde mental e, especialmente, de internações forçadas é ilustrada pela atuação articulada entre a Procuradoria Distrital dos Direitos do Cidadão do MPDFT e as Promotorias de Justiça da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência, de Execuções

Penais e de Saúde, entre os anos de 2008 e 2010, que culminou com a propositura da Ação Civil Pública n. 2010.01.1.067203-4 contra o Distrito Federal, já julgada definitivamente, determinando a implantação de 25 residências terapêuticas e de 19 Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) em Brasília-DF.¹⁰

A relação entre a unidade do MPF em que atuam e o Ministério Público dos Estados da respectiva região, no campo de saúde mental, foi igualmente considerada “boa” pelos respondentes, pois “há diálogo constante” e “regular” porque “há bom relacionamento e trocas com apenas um representante do MP estadual”. Nota-se, pelas entrevistas, que a atuação conjunta do MPF e do MPDFT é reconhecida como importante para a maior resolutividade da saúde mental.

O Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPNG), por meio do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH), concentra as questões afetas à saúde na *Comissão Permanente de Defesa da Saúde* (COPEDS), a qual possui, entre seus objetivos, o de promover o intercâmbio de experiências institucionais, funcionais e administrativas dos membros do MP e é, portanto, importante canal de interlocução e potencializador de união de esforços pela efetivação do direito à saúde mental.

A atuação da comissão não foi um dado presente em questionário, mas foi destacada, em relato de entrevistado, como ambiente de discussão e planejamento de ações relativas à saúde mental, conforme segue:

Então, a gente, por uma questão intrainstitucional, se reunia uma, duas, três vezes por ano na COPEDS. E começamos a definir uma pauta e a discutir uma pauta. Saúde mental foi tema de pauta em vários momentos, era um tema bem discutido e intenso na COPEDS. E aí nós sentimos a necessidade de uma atuação, porque houve uma identificação muito grande dos promotores que atu-

10 DISTRITO FEDERAL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Ação Civil Pública n. 2010.01.1.067203-4. Lida no original.

avam nessa área com o SUS e a necessidade de se efetivar essa política. (Membro do MP).

Tem-se, assim, a COPEDS como espaço de conhecimento, articulação e planejamento primordial, no âmbito do Ministério Público, para a aproximação necessária da instituição ao tema da saúde mental.

Sobre a coordenação dentro do MP, destacamos dados sobre a atuação em saúde mental da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) e das Procuradorias Regionais dos Direitos do Cidadão (PRDCs), ambas ligadas ao MPF.

Nota-se que, apesar de não possuírem servidores e procuradores lotados exclusivamente para atuarem com essa problemática, esse acaba sendo um tema que ganha certa relevância como direito fundamental do cidadão.

São nesse sentido as impressões de procurador da República que faz parte de um grupo de trabalho em saúde mental no âmbito de uma PRDC:

A PRDC, então, ela é um, digamos assim, não se sabe muito bem se ela é um ofício, não está bem definida dentro da instituição ainda. Em alguns estados da Federação, dos 27 estados, ela se estrutura como um ofício específico, um procurador fica lotado exclusivamente nela com uma equipe específica para a PRDC.

Em outros estados, o procurador cumula o seu ofício natural, recebendo seus processos judiciais e extrajudiciais regularmente, sem prejuízo da atribuição, cumulando com a PRDC, onde ele recebe outros procedimentos. Em outros estados, ainda, ou a PRDC é exclusiva ou ela é cumulada e, em alguns casos, conta-se com uma estrutura para a PRDC e em outros casos, não. Essa estrutura não é institucionalmente assegurada, ela é, por mais vezes, negociada com a chefia local.

Observou-se, assim, pelos relatos colhidos, que as Procuradorias de Direitos do Cidadão, tanto as regionais quanto a federal, possuem atualmente uma atuação mais específica e ativa, de maneira geral, em saúde mental.

2.4 Acesso do cidadão ao Ministério Público

Neste tópico, buscou-se compreender de que modo o Ministério Público possibilita e disciplina o acesso da população, em especial de pessoas com transtornos mentais e que fazem uso abusivo de álcool e (ou) de outras drogas, a seus serviços e membros.

Metade dos respondentes afirmou existir norma ou diretriz interna que disciplina ou dispõe sobre critérios de atendimento ao público, como, por exemplo, um protocolo de atendimento. A outra metade, no entanto, não negou sua existência, mas declarou não ter conhecimento sobre a questão.

Os principais mecanismos à disposição da população para acessar o Ministério Público, ou esclarecer dúvidas sobre ele, são: a ouvidoria, o atendimento presencial, o telefônico (0800 e regular), o correio eletrônico (e-mail), website e o sistema manual de coleta de informações (caixinha).

Dentro da infraestrutura disponibilizada para o desempenho das atividades dos membros e servidores do MP, merece devido destaque a ouvidoria, que consiste em importante ferramenta para participação popular nos serviços do MP, assim como para que os membros e servidores tenham um canal que oportunize a chegada de demandas importantes relativas ao cidadão e a questões internas.

A presença da ouvidoria foi destacada, tanto na pesquisa qualitativa quanto na quantitativa, como um mecanismo que se encontra à disposição da população para que acesse ou esclareça dúvidas sobre o Ministério Público. Ademais, teve sua função de esclarecimento reconhecida em entrevista, ao se tratar da dificuldade decorrente da falta de conhecimento sobre a Lei n. 10.216/2001 por parte de familiares de pessoas com transtorno mental, assim como de operadores do direito e advogados.

Nós temos aqui uma porta de acesso que é muito interessante, que é a ouvidoria. Por telefone ou até pela internet, muitas vezes, chegam consultas ou perguntas de como agir e, nesse caso, fica relativamente mais simples, mas de fato a população tem dificuldade até

em saber para onde se dirigir ou a quem requerer alguma coisa. (Membro do MP).

Contudo, ainda em relação à ouvidoria, outro dado obtido em entrevista demonstra a necessidade de triagem das inúmeras demandas recebidas por essa ferramenta de participação e controle social.

Se você criar essa lógica da procedimentalização, você vai ver um promotor superatuante, abriu não sei quantos procedimentos; mas, porque cada procedimento é uma coisa meramente formal, você vai ocupar uma estrutura de trabalho que tem na promotoria para fazer essa burocracia, vai gerar um número bom para você, como um sujeito que trabalha muito, mas resultados práticos quase nenhum para a sociedade. Essa foi uma das ideias. Há outra de criar um grupo, de acordo com a portaria que está regulamentando a matéria. Eu acho mais sensato porque acho que a nossa estrutura já está ocupada demais com a papelização do conflito e com a indústria dos procedimentos, com a máquina das denúncias pelas ouvidorias. (Membro do MP).

Ressalta, assim, a necessidade de que o material de denúncias e de requerimentos de esclarecimentos produzido pela ouvidoria seja trabalhado e analisado, oportunizando a separação de temas meramente formais de temas que, de fato, sejam questões que afetem os direitos do cidadão e da sociedade, sendo, portanto, passíveis de virarem estratégia de atuação e combate.

Dessa forma, tem-se que a ouvidoria possui sua relevância como parte integrante da estrutura intrainstitucional, na interação do MP com a população, propiciando o acesso desta aos serviços disponibilizados. Contudo, há que se amadurecer e organizar todo o material produzido para que se aproveite de forma eficiente essa ferramenta.

A ouvidoria, além de ser ferramenta de facilitação estrutural, ocupando função primordial para as outras áreas institucionais, é um instrumento de participação popular e controle social. Conforme destacado em site do Ministério Público do Distrito

Federal e Territórios, está entre as atribuições de sua ouvidoria “facilitar e ampliar a comunicação da sociedade com o MPDFT”.¹¹

O mesmo ocorre com a ouvidoria do MPF, que possui entre suas missões “fomentar a participação dos cidadãos, de organismos da sociedade civil e de outras entidades públicas e privadas na Instituição”,¹² tornando clara, portanto, a natureza de canal de acesso de que se reveste a ouvidoria no âmbito do Ministério Público, de maneira geral.

2.5 Atuação do Ministério Público em saúde mental e internações involuntárias e compulsórias

a) *Judicial*

Entre os instrumentos de atuação judicial à disposição do membro do Ministério Público para o enfrentamento dos problemas relativos à saúde mental, o mais frequentemente utilizado pelos participantes da pesquisa é a *ação coletiva*. E, como se infere de resultados obtidos em entrevistas, sua efetividade é bastante controversa.

A ferramenta processual é uma ferramenta extremamente limitada, por vários aspectos, um deles eu já até levantei aqui. Até porque, na hora de decidir mesmo, o tribunal vai decidir de frente para as estruturas do Estado e contra a sociedade, porque ele está comprometido geneticamente com essa estrutura. (Membro do MP).

11 “A Ouvidoria do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios foi criada no ano de 2004 para facilitar e ampliar a comunicação da sociedade com o MPDFT, bem assim de seus servidores e colaboradores com a própria Instituição, garantindo a todos os demandantes o direito de registro de suas manifestações e de retorno sobre as providências adotadas (exceto a manifestação anônima), contribuindo, assim, para a transparência, eficiência e agilidade dos serviços prestados pelo MPDFT”. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/servicos-menu/ouvidoria-mainmenu-149/>. Acesso em: 13 nov. 2018.

12 “A Ouvidoria do MPF, criada pela Portaria PGR/MPF nº 519/2012, tem por missão promover a qualidade das atividades desempenhadas pelos membros, órgãos, servidores e serviços auxiliares do MPF, e fomentar a participação dos cidadãos, de organismos da sociedade civil e de outras entidades públicas e privadas na Instituição”. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/carta-de-servicos-ao-cidadao/ouvidoria-do-mpf>. Acesso em: 24 nov. 2018.

A atuação judicial do MP em *demandas individuais* que têm como parte pessoa com transtorno mental ou que faz uso abusivo de álcool e (ou) de outras drogas não é feita pelo MPF nem pelos promotores das PROSUS, mas sim por aqueles que atuam nas varas de família (internação compulsória e curatela) e na fazenda pública (financiamento de internações em equipamentos privados de saúde mental). Da mesma forma, se a questão for criminal, a atuação é do promotor da vara criminal ou de execuções penais (medida de segurança). Quanto às diferentes competências das promotorias em frente à temática, é oportuno o relato que segue:

[...] a princípio, se o promotor de justiça da Promotoria de Família é favorável e se manifestou em um processo pela internação, ele é o responsável pela fiscalização daquela internação. Isso então envolveria família. Se o promotor de família o fizer, que se responsabilize por isso; se o promotor de fazenda o fizer, que se responsabilize por isso. E, quanto à Promotoria de Defesa da Saúde, em tese, vai nos caber fiscalizar as entidades que estão realizando isso, mas do ponto de vista da gestão da saúde pública, mas não, provavelmente, do ato em si.

Independentemente de seu caráter individual ou coletivo, essas ações deveriam ser conduzidas de forma articulada entre as promotorias e os ramos do MP para maior proteção dos direitos humanos e fundamentais das pessoas com transtornos mentais ou que fazem uso de álcool e (ou) outras drogas e para resolução das problemáticas em foco, pois,

[...] nessa lógica perversa, a saúde mental é uma das áreas mais esquecidas. Uma das cidadanias mais frágeis que se tem é exatamente a do portador de algum tipo de necessidade de atenção na área da saúde mental, porque, pela natureza da sua condição, ele tem pouca articulação política. E, entre os familiares, a gente encontra situações de extrema ambiguidade. Numa sociedade perversa como a nossa, a reação dos familiares por vezes é perversa também, não é uma reação de querer que a estrutura do Estado resolva; é, de preferência, pela internação para que ele possa se livrar do problema. (Membro do MP).

Em sua atuação diante das internações compulsórias, o MP deve assumir importante papel fiscalizador, oferecendo pareceres ou como *custus legis*, conforme relatado pelo entrevistado.

b) *Extrajudicial*

Quando questionados sobre as principais atividades desempenhadas na área de saúde mental, obteve-se número expressivo de medidas extrajudiciais, como audiências públicas, fiscalização, grupos de trabalho, inquérito civil, recomendação, requisição de serviços públicos e termo de ajuste de conduta (TAC), apesar de ser uma atuação menos prestigiada, segundo entrevistado.

A atuação extrajudicial, que às vezes em quantidade é muito menos expressiva, mas em qualidade é muito mais indigente de tempo, ela precisa ser perseguida pela instituição como algo a ser cada vez mais enxergado e valorizado para que os colegas que atuam nessa temática se sintam estimulados também. Porque isso demanda tempo, e demanda muito tempo, então é um expediente, é um número que vai contar dentro de um universo e que parece ser algo meio inexpressivo ou irrelevante para quem olha de fora da instituição, mas, para quem enxerga de dentro, tem que ver como as estruturas andam, como é que os titulares dos cargos do Ministério Público são cobrados na sua atuação, em termos de resultado e produtividade, isso impacta. (Membro do MP).

A participação em *grupos de trabalho* (GTs) foi uma das principais atividades que os respondentes apontaram como desempenhadas por eles na área de saúde mental. Metade deles atua em unidade do MP que dispõe de grupo de trabalho ligado a assuntos jurídicos afetos à área de saúde mental.

Membro do MP relata que, em 2015, havia “[...] interinstitucionalmente várias instituições se reunindo em um grupo de trabalho que se desenvolveu no âmbito da primeira política, da PNAISP”.¹³

O *termo de ajustamento de conduta* (TAC) aparece ao lado dos GTs, nos dados obtidos pela pesquisa, como uma das principais atividades desenvolvidas na área da saúde mental.

13 Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP).

O instrumento integra as opções de atuação extrajudicial e, conseqüentemente, de alternativas de articulação com demais setores públicos, gestores, profissionais da saúde, sociedade civil organizada, sem passar por medidas punitivas ou obrigacionais.

Relacionando o TAC aos avanços obtidos na articulação interinstitucional do MP com a Defensoria Pública, um entrevistado descreve sua experiência profissional positiva neste sentido:

Eu acho que a gente conseguiu alguns avanços, eu vivo falando de efeitos colaterais do TAC. Eu acho que um dos efeitos colaterais, por exemplo, do TAC é a gente ter conseguido conversar com a Defensoria e de ter feito quesitos que servem de modelo para a Defensoria; não são aplicados por todos os defensores, mas existe uma orientação da Defensoria justamente para problematizar a questão da periculosidade. (Membro do MP).

Para além da capacidade de integração dos atores envolvidos na política de saúde mental, o TAC, conforme exposto por entrevistado, cumpre importante papel na implementação de medidas efetivas, como no caso da desinternação.

Eu acho que a gente conseguiu, extrajudicialmente, um avanço imenso. São mais de mil pessoas que saíram, certamente se você contar dos outros hospitais que também foram acolhidos, foram duas mil pessoas que foram acolhidas com uma atuação extrajudicial, não precisou de uma ação para isso. (Membro do MP).

Percebe-se assim que o MP possui extenso campo de atuação e eficientes ferramentas no âmbito extrajudicial, restando à instituição a aplicação desse instrumento para dar efetividade às políticas públicas em saúde mental.

Questionados sobre a existência de ações para fiscalizar os órgãos da administração direta e indireta, com relação ao repasse das verbas destinadas às internações em unidades psiquiátricas na unidade do MP em que atuam, metade dos respondentes afirmam que “não existe”. Contudo, aqueles que responderam positivamente à existência dessa atuação dizem que ela se dá através do

“inquerito civil”, o que denota uma fiscalização a posteriori, mediante provocação e após a prática irregular.

Quanto à atuação extrajudicial do MPF, em entrevista com os participantes foi possível perceber que a questão relacionada à fiscalização da verba pública destinada à saúde mental e às internações é algo considerado importante e a ser priorizado, embora ainda não o seja, conforme o depoimento abaixo:

Olha, a atribuição sobre a fiscalização do repasse de verbas no Sistema Único de Saúde, inclusive no que toca à saúde mental, é ainda um tanto controversa. Existem argumentos que viabilizam, me parece, o controle do Ministério Público Federal de verbas nesse sentido sim, porque as verbas repassadas no âmbito da saúde, elas, ainda que sejam repassadas fundo a fundo, a Lei Complementar n. 141, que define quais são as verbas, quais são as despesas que podem ser qualificadas como despesas de saúde, estabelece que essas verbas do SUS fiquem sendo acompanhadas pelo Ministério da Saúde, mesmo quando repassadas por transferências obrigatórias fundo a fundo. Há controvérsia jurisprudencial sobre isso, mas penso que é possível que haja uma atuação nesse sentido. (Membro do MP).

Há, portanto, um ar de novidade em relação à fiscalização dos recursos voltados à saúde mental, podendo estar vinculado às controvérsias quanto à competência do órgão fiscalizador, como acima mencionado.

Com relação às verbas, é uma questão que eu vou dizer que eu nunca tinha pensado, mas acho que a gente pode, talvez pelo Ministério Público Federal, fiscalizar mais essas AIHs¹⁴ de hospitais psiquiátricos. Acho que a gente pode, sim, fiscalizar como elas

14 Conforme informação constante no site da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS, 2018), “A Autorização de Internação Hospitalar (AIH) é o documento hábil para identificar o paciente e os serviços prestados sob o regime de internação hospitalar e fornecer informações para o gerenciamento do Sistema de Informação Hospitalar. É gerada quando ocorre uma internação em um prestador público ou privado/conveniado ao SUS e é enviada ao gestor da Unidade Prestadora de Serviços.

Mensalmente, os gestores enviam ao Ministério da Saúde um arquivo magnético com os dados de todas as internações ocorridas no Brasil. É através deste documento que se viabiliza o faturamento dos serviços hospitalares prestados

estão sendo utilizadas para que nenhum dinheiro vá para sustentar paciente morador em hospital psiquiátrico, para que nenhuma delas seja paga para manter paciente além do tempo que precisa estar no hospital psiquiátrico. Para que o tratamento realmente vise a alta, que tem a preocupação com a reinserção social. Aí eu acho que é um caminho que a gente pode fazer. (Membro do MP).

Contudo, o entrevistado acredita que a própria pesquisa realizou papel provocador interessante, trazendo à baila a Lei n. 10.216/2001 e as atribuições dela advindas, a fim de que sejam efetivamente colocadas em prática, e permitindo o desempenho integral das atribuições do MP em saúde mental.

A fiscalização das internações e desinternações involuntárias é outra importante atribuição extrajudicial do MP (estadual e distrital) em relação à saúde mental, conferida pela Lei n. 10.216/2001. Essa incumbência envolve duas frentes: o recebimento das comunicações dessas (des)internações e a representação do MP nas comissões revisoras de internações involuntárias.

De acordo com os dados obtidos, é possível concluir que o registro e o controle dessas comunicações são inexistentes ou, ainda, inadequados,¹⁵ assim como o é a infraestrutura a eles destinada, conforme relato de entrevistado:

no SUS. A AIH é emitida exclusivamente pelos órgãos emissores próprios ou autorizados pelo SUS, com numeração própria.

Existem dois tipos de AIH:

- AIH inicial – para internamento inicial;
- AIH de continuidade, longa permanência – para casos de psiquiatria, pacientes sob cuidados prolongados, depois de autorizada a permanência, o hospital emite a AIH-7, de longa permanência, com a mesma numeração da AIH inicial que deu origem à internação, porém, com competência (mês) diferente” (Grifo nosso). Disponível em: http://www.ans.gov.br/aans/index.php?option=com_centraldeatendimento&view=operadora&resposta=1559&historico=22248367. Acesso em: 20 abr. 2020.

15 Em virtude da relevância da fiscalização das internações involuntárias, as pesquisadoras buscaram ampliar os dados obtidos em campo, analisando as ferramentas de registro e controle dessa modalidade de internação. Identificaram-se cinco sistemas informatizados, implementados pelo MP dos estados de São Paulo, Rio de

[...] nós não temos aqui na PROSUS um sistema que me diga, nesse momento, o número de pacientes internados voluntariamente, involuntariamente, de forma compulsória, quantos pacientes estão nos hospitais públicos, quantos pacientes estão fora dos hospitais públicos, em clínicas, e se essas clínicas têm ou não convênio com a Administração, quantos estão em comunidades terapêuticas, enfim [...] não temos esse banco de dados, nós não conhecemos a realidade sobre a qual precisamos trabalhar em termos de fiscalizar a política pública. (Membro do MP).

Contudo, a posse de dados sobre essa modalidade de internação e sobre a internação compulsória¹⁶ é imprescindível para o conhecimento do cenário fático de política na qual se tem obrigação de intervir.

Aliado ao anteriormente exposto, o desconhecimento quanto ao número de pessoas internadas e desinternadas, assim como em relação à causa da internação/desinternação, incapacita o MP e as demais instituições que atuam nessa área a traçarem – isolada ou intersetorialmente – diretrizes e ações eficientes para a efetividade das políticas e dos direitos.

Esse banco de dados sobre as (des)internações involuntárias também pode ser obtido e alimentado pelas Comissões Revisoras de Internações Involuntárias, nas quais o MP deve se fazer representar, de acordo com normativa vigente.¹⁷

Janeiro, Piauí, Paraná e Santa Catarina, o que equivale a apenas 18,5% dos 27 MPs estaduais/distrital.

16 Não há previsão legal para a comunicação, o controle e a fiscalização da internação compulsória pelo MP. Entretanto, por ser medida gravosa para a pessoa a ela submetida e devido à constatação do aumento dessa modalidade de internação, entende-se que tal atuação tem respaldo jurídico-normativo e deve ser adotada como atribuição do Ministério Público estadual e distrital.

17 A Comissão Revisora das Internações Psiquiátricas Involuntárias (CERIP) corresponde ao denominado corpo de revisão de internações involuntárias previsto no Princípio 17 da *Carta de Princípios para a Proteção da Pessoa Acometida de Transtornos Mentais e para a Melhoria da Assistência à Saúde Mental* (1991). Refletindo, portanto, diretriz internacional sobre direitos humanos das pessoas com transtornos mentais, os arts. de 424 a 433 do Anexo da Portaria n. 2.048/2009 disciplinam as internações

Essa participação, contudo, tem sido cercada de controvérsias, pois se verifica, pelos dados levantados, que os membros do MP desconhecem a previsão legal ou conhecem e questionam seu funcionamento e efetividade, como se constata pela fala: “Onde é que tem Comissão Revisora?”¹⁸ Eu não conheço um lugar onde tenha essa Comissão Revisora, então acho que aí está o grande problema, o que estão fazendo com essas informações” (membro do MP). Um terceiro grupo, por sua vez, considera ilegal essa previsão, por impactar na isenção da atuação ministerial, já que pode gerar conflito de interesses.

2.6 Percepção dos membros do MP sobre as internações involuntárias e compulsórias

As impressões dos membros do MP sobre as internações involuntárias e compulsórias como medidas de tratamento e recuperação dos indivíduos a elas submetidos foram abordadas tanto no questionário quanto nas entrevistas realizadas.

Prevalece a percepção da ineficácia de medidas que não levam em consideração a vontade da pessoa com transtorno mental ou que faz uso abusivo de álcool e (ou) outras drogas, porque “[...] é muito difícil você acreditar que uma medida involuntária, uma internação involuntária ou compulsória, alguma coisa que não tem adesão da pessoa, vá funcionar” (membro do MP).

Mesmo reconhecendo a utilidade das internações em casos mais graves e urgentes, como quando da “perda total do discer-

involuntárias, que deverão ser acompanhadas por Comissão Revisora constituída pelo gestor estadual, “[...] com a participação de integrante designado pelo Ministério Público Estadual, que fará o acompanhamento dessas internações, no prazo de 72 (setenta e duas) horas após o recebimento da comunicação pertinente. [...]” (art. 430).

18 Buscou-se responder a indagação do entrevistado pesquisando os 27 sites do Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal, bem como das secretarias de saúde dos estados e do Distrito Federal, e verificou-se que os estados do CE (2003), ES (2003), MG (2008) e SC (2012) criaram CERIPIS. Contudo, não conseguimos confirmar se essas CERIPIS continuam atuando e se contam com a participação de representante ou membro do MP.

nimento”, há entre os participantes certa preocupação quanto à real função terapêutica ou protetiva da saúde e dos direitos exercida pelas internações involuntárias e compulsórias de pessoas com transtornos mentais ou que fazem uso abusivo de álcool e (ou) outras drogas, conforme relato:

Então, eu vejo que não é eficaz e é violador do direito humano, da autonomia, da sua liberdade de decisão. Eu acho que é uma violação até esse abuso das pessoas que fazem. Não adianta você fazer isso, obrigar. (Membro do MP).

Outro participante da pesquisa questiona a legalidade da internação involuntária, conforme segue:

Primeiro, eu tenho muita dificuldade em aceitar a internação involuntária, justamente por isso, por essa questão de que a pessoa tem capacidade e essa pessoa não pode ter a vontade dela substituída. E a curatela é para gerir o patrimônio, não é para gerir a vida dessa pessoa. Então eu tenho muita dificuldade para aceitar sequer a legalidade dessa internação involuntária. (Membro do MP).

Especificamente em relação à internação compulsória e ao seu cabimento, alguns participantes questionaram a sua provável natureza punitiva em casos de aplicação de medida de segurança, quando no processo criminal se conclui pela absolvição imprópria em virtude da prática de crime resultante de transtorno mental ou do uso abusivo de álcool e (ou) outras drogas.

Embora hoje já se construam ideias ainda mais avançadas no sentido de que a própria internação compulsória não mais teria espaço no âmbito da saúde pública, ficaria apenas restrita aos casos de absolvição imprópria, é uma matemática que a gente ainda precisa melhor compreender. Mas a PFDC assumiu essa compreensão recentemente no Relatório¹⁹ que foi resultado da Inspeção

¹⁹ “No que se refere às internações compulsórias, a inspeção nacional identificou que o Judiciário tem adotado essa prática em desconformidade com o que estabelece a legislação. Isso porque a única previsão no ordenamento jurídico brasileiro para que esse tipo de internação ocorra (e que, ainda assim, é alvo de questionamentos por se contrapor aos direitos das pessoas com transtornos mentais) está no Código Penal, ao designar que a internação possa ser utilizada como substituição de pena

Nacional das Comunidades Terapêuticas, foi objeto da discussão. (Membro do MP).

Independentemente do debate sobre a natureza da internação compulsória, é preocupação unânime entre os participantes que tanto ela quanto a involuntária tenham caráter residual e excepcional, tal como preconizado pela LRP, e que se trabalhe a vontade e a autonomia do indivíduo como ferramenta de construção de seu próprio projeto de vida. Destaca-se, dentro dessa linha de raciocínio, a percepção de um entrevistado:

Penso que a internação involuntária e, mais ainda, a compulsória têm seu mecanismo absolutamente residual. Todo o ordenamento jurídico caminha, a partir da Lei n. 10.216/2001, nesse sentido de que, enxergando-se essa problemática como uma problemática de saúde, os mecanismos de assistência devam ser extra-hospitalares, porque a tendência da internação é de enfatizar o problema e de diminuir a capacidade até de construção da autonomia da pessoa. A gente tem esse histórico amplo do uso excessivamente hospitalar, penso que esse é um problema que envolve, inclusive, a saúde como um todo. (Membro do MP).

Conclui-se, assim, pela necessária articulação intersetorial do MP em sua atuação a fim de garantir o caráter excepcional e residual das internações involuntárias e compulsórias, em alinhamento com o Poder Judiciário, a Defensoria Pública, os Conselhos Federais de Medicina, de Psicologia, de Serviço Social e com os demais atores da política de saúde mental e da RAPS, definindo-se as estritas situações de sua aplicação, assim como seu prazo de duração, traçando-se diretrizes terapêuticas que dialoguem com os serviços extra-hospitalares disponíveis na região de atuação ministerial que possibilitem o fortalecimento da autonomia da pessoa com transtorno mental.

em casos em que o autor de um crime, após seu julgamento, seja considerado pela Justiça como inimputável. Trata-se, portanto, da chamada medida de segurança, representada na internação”. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Relatório-da-Inspeção-Nacional-em-Comunidades-Terapêuticas.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2018.

3 Proposições para um MP resolutivo em internações involuntárias e compulsórias

Verifica-se que, quase vinte anos depois da promulgação da LRP, a saúde mental e as internações involuntárias e compulsórias ainda não foram integradas, prioritariamente, à pauta de atuação do Ministério Público brasileiro. Nesse sentido, propõe-se, em conformidade com os objetivos desta pesquisa:

1. Inclusão da normativa internacional, da Lei n. 10.216/2001 e das demais normas que versam sobre atenção psicossocial nos editais de concursos públicos para o Ministério Público da União, dos Estados e do Distrito Federal, assim como nos concursos públicos destinados a cargos de peritos médicos, psicólogos e assistentes sociais, cursos de formação para os membros e servidores do MP e cursos de atualização e treinamento para membros dessa carreira de Estado.
2. Oferecimento de cursos de capacitação em saúde mental e em internações compulsórias e involuntárias pela ESMPU – diretamente ou por meio de convênios firmados – aos membros e servidores do MP.
3. Desenvolvimento de *software* integrado para uniformização do recebimento e controle das internações e desinternações involuntárias pelo MP estadual e distrital, conforme previsto na Lei n. 10.216/2001 e, adicionalmente, de internações compulsórias.
4. Fortalecimento das ouvidorias dos Ministérios Públicos como ferramentas de participação e controle social em matéria de saúde mental/internações involuntárias e compulsórias.
5. Estruturação de grupo de trabalho multiprofissional e inter-setorial em saúde mental para Procedimento de Apoio a Atividade Fim (PAAF).
6. Criação de grupos de trabalho (GTs), seminários e cursos para a racionalização e qualificação da atuação do MP na fiscalização de internações involuntárias e compulsórias.

7. Realização de audiências públicas no Ministério Público sobre internação involuntária e compulsória de pessoas com transtornos mentais e que fazem uso abusivo de álcool e (ou) outras drogas, conforme art. 198, inciso III, da Constituição Federal; Recomendação n. 3, de 31 de janeiro de 2018, do Ministério de Direitos Humanos; e art. 12 da Declaração dos Direitos da Pessoa Deficiente.
8. Promoção de ações efetivas para fiscalizar os órgãos da administração direta e indireta quanto ao repasse e destinação das verbas ligadas às internações involuntárias e compulsórias, tanto para serviços públicos como privados/conveniados.
9. Atuação no sentido de que, conforme o disposto na Lei n. 10.216/2001, somente a necessidade terapêutica, devidamente demonstrada por meio de avaliação e laudo da equipe interdisciplinar, possa determinar uma internação em caráter excepcional.
10. Provocação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) a fim de criar comissão especial para a realização de estudos e elaboração de minuta conjunta de um ato normativo entre CNMP e CNJ, para fixar a periodicidade de fiscalização e padronização dos mecanismos das internações involuntárias, voluntárias que se tornam involuntárias e das compulsórias, assim como para estabelecer critérios de alimentação de banco de dados/sistema informatizado de comunicação de internações involuntárias e compulsórias.
11. Provocação do Conselho Nacional do Ministério Público no sentido de criar um protocolo de fiscalização, pelo Ministério Público, dos dispositivos de internação e do cumprimento do prazo de comunicação da internação e da desinternação involuntária, em até 72 horas, pelos dirigentes dos serviços.
12. Provocação do Conselho Nacional do Ministério Público para que crie e inclua o indicador *saúde mental* no Anuário *Um retrato do MP*.

13. Provocação do Conselho Nacional do Ministério Público no sentido de emitir uma recomendação para que a interpretação das questões atinentes às pessoas com transtornos mentais e que fazem uso abusivo de álcool e (ou) outras drogas seja permeada prevalentemente pelo paradigma de direitos humanos, e não apenas pelo paradigma jurídico-punitivo ou biomédico.
14. Sugestão ao Conselho Nacional do Ministério Público para que intensifique o estímulo à adoção da tomada de decisão apoiada, em detrimento de ações de curatela, em conformidade com a Declaração de Caracas (1990), a Carta de Princípios para a Proteção da Pessoa Acometida de Transtornos Mentais e para a Melhoria da Assistência à Saúde Mental (1991), a Lei n. 10.216/2001 (LRP), a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI), a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e o CNMP (2016).
15. Fortalecimento e priorização da atuação extrajudicial do MP, tanto para utilizar ferramentas de recomendação, fiscalização e controle quanto para ser agente de articulação entre as instituições responsáveis pela implantação e execução da política e serviços de saúde mental.
16. Realização de concurso público para o preenchimento de vagas destinadas a profissionais da saúde, como psicólogos e médicos, para atuarem como equipe técnica de apoio à atuação ministerial em saúde mental.
17. Estímulo à elaboração de relatórios semestrais ou anuais, com o diagnóstico sobre a realidade fática da política de saúde mental na respectiva região de atuação e a criação de projeto de ações para execução em exercício posterior ao do relatório.
18. Elaboração, por intermédio da COPEDS, de plano de ação institucional nacional, com base na consolidação de relatórios regionais sobre saúde mental.
19. Fomento, por intermédio da ESMPU, à criação de agenda de pesquisa e formação de membros e servidores do MP na área

de saúde mental ligada a pessoas que fazem uso abusivo de álcool e (ou) outras drogas, conforme Resolução n. 01/2018 do Conselho Nacional de Política sobre Drogas (CONAD).

20. Sugestão ao CNMP para que faça o levantamento das comissões revisoras já criadas, inclusive o das que estão em funcionamento e o das que não estão, assim como das que ainda não foram criadas, e que recomende a criação ou a retomada das atividades.

Referências

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723>. Acesso em: 15 fev. 2018.

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração, 2013.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA; MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA; PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Relatório da Inspeção Nacional em Comunidades Terapêuticas*. Brasília: CFP, 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Guia de atuação do Ministério Público*. Pessoa com deficiência: direito à acessibilidade, ao atendimento prioritário, ao concurso público, à educação inclusiva, à saúde, à tomada de decisão apoiada e à curatela. Brasília: CNMP, 2016.

FERREIRA, Angelo Mazzuchi Santana. *O Ministério Público diante da procura por internações psiquiátricas*. Disponível em: <http://www>.

mppr.mp.br/arquivos/File/Projeto_Semear/Materiais_de_Apoio/Doutrina/Artigo_O_MINISTERIO_PUBLICO_DIANTE_DA_PROCURA_POR_INTERN.pdf. Acesso em: 21 abr. 2018.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GONZAGA, Eugênia A.; MEDEIROS, Jorge Luis R. (org.). *Ministério Público, sociedade e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2018. Disponível em: file:///C:/Users/ap207/Downloads/MP+SOCIEDADE+LBIPCD.pdf. Acesso em: 22 abr. 2020.

GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. A execução das medidas de segurança e a Lei da Reforma Psiquiátrica no Brasil Contemporâneo. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 10, n. 2, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19794>. Acesso em: maio 2019.

KERCHE, Fábio. *Virtude e limites: autonomia e atribuições do Ministério Público no Brasil*. São Paulo: Edusp, 2009.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Autonomia privada e internação não consentida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 998, p. 79-99, jul./dez. 2009.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. O papel do Ministério Público nas internações psiquiátricas e nos abrigamentos compulsórios. In: OLIVEIRA, Reinaldo Ayer de; CORDEIRO, Quirino; LIMA, Mauro

Gomes Aranha de. *Transtorno mental e perda de liberdade*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013. p. 99-113.

MARQUES, Herika Janayna Bezerra de Menezes M.; MENEZES, Joyceane Bezerra de. A responsabilidade civil do gestor do SUS pela omissão na criação da Comissão Revisora de Internação Psiquiátrica Involuntária. In: *XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2009, São Paulo: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009.

MONTEIRO, Fábio de Holanda. *A internação psiquiátrica compulsória na perspectiva dos direitos humanos e fundamentais*. Curitiba: Prismas, 2016.

MUSSE, Luciana Barbosa. *Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Ministério Público: funções extrajudiciais*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

RIO DE JANEIRO (RJ). Ministério Público. *Ministério Público e a tutela à saúde mental: a proteção de pessoas portadoras de transtornos psiquiátricos e de usuários de álcool e drogas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

RIO DE JANEIRO (RJ). Ministério Público. *Módulo de saúde mental*. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro: Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Saúde, Coordenação de Saúde do Grupo de Apoio Técnico Especializado, 2015. Disponível em:

http://msm.mp.rj.gov.br/wp-content/uploads/2015/05/Censo_MSM_2014_14042015.pdf. Acesso em: 21 abr. 2018.

SÃO PAULO (SP). Ministério Público. *AVISO N. 219/2017-PGJ*. Recomendação acerca de internação psiquiátrica para tratamento de transtorno mental, em especial decorrente de uso abusivo de álcool e drogas. Disponível em: http://biblioteca.mpsp.mp.br/phl_img/avisos/219-aviso%202017.pdf. Acesso em: 29 set. 2017.

O Supremo Tribunal Federal e os transgêneros em presídios femininos: análise crítica da ADPF 527

Tatiana Almeida de Andrade Dornelles

Procuradora da República. Mestre em Criminologia e Execução Penal pela *Universitat Pompeu Fabra*, Barcelona, Espanha. Especialista em Segurança Pública e Justiça Criminal pela PUC-RS. Especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público Federal pela ESMPU.

Resumo: Este artigo é uma análise crítica da ADPF 527. Esta ação busca, perante o STF, que transexuais e travestis possam cumprir pena junto a mulheres em presídios femininos. Primeiramente se conceitua o tipo de ação, e são apresentados os polos da demanda. Em seguida, são relatadas todas as fases do processo, expondo cada manifestação. Por fim, são criticados os argumentos favoráveis à possibilidade de transferência de homens biológicos aos presídios femininos, considerando o direito constitucional de separação de estabelecimentos penais por sexo e os riscos à segurança e ao bem-estar das mulheres.

Palavras-chave: ADPF 527. Transgêneros. Presídios. Mulheres presas. Constituição Federal.

Abstract: This work is a critical analysis of the ADPF 527. This action aims to the STF defines that transsexuals and transvestites can serve time with women in women's prisons. First, the type of action is conceptualized, and the poles of demand are presented. Then, all phases of the process are reported, exposing each manifestation. Finally, the arguments in favor of the possibility of transferring biological men to women's prisons are criticized, considering the constitutional right to separate prisons by sex and the risks to women's safety and well-being.

Keywords: ADPF 527. Transgender. Prisons. Women in prison. Federal Constitution.

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceitos introdutórios e polos da disputa. 2.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 2.2 Personagens da disputa. 3 ADPF 527. 3.1 Petição inicial. 3.2 Do despacho inicial. 3.3 Dos *amici curiae*. 3.4 Pareceres AGU e PGR. 3.5 Da decisão sobre a medida cautelar. 4 Considerações sobre a ADPF 527. 5 Conclusão.

1 Introdução

Onde devem ser alojadas as transmulheres na estrutura carcerária brasileira? Como é comum nas questões levadas ao Supremo Tribunal Federal (STF), a questão-problema transcende à análise jurídica. É uma questão eminentemente jurídica, mas também social e filosófica. E é um problema que coloca em lados opostos dois valores considerados importantes: o direito ao reconhecimento à identidade de gênero e o direito aos espaços exclusivos de mulheres. Seriam valores realmente inconciliáveis?

Esses valores foram postos em debate no STF com o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527 (ADPF 527), em junho de 2018. Pediu-se na ação, primeiramente, que fosse consolidado o entendimento de que as custodiadas transexuais e travestis somente poderiam cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino. Logo depois, a petição inicial foi aditada para que as custodiadas transexuais do gênero feminino somente cumprissem pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino, enquanto as custodiadas travestis pudessem optar por cumprir pena em estabelecimento prisional do gênero feminino ou masculino.¹

Este é o debate envolvido na ADPF 527. Mas antes de entrar neste tema específico, vamos apresentar alguns conceitos introdutórios e os personagens da disputa. Começamos com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527*. 2018b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473>. Acesso em: 21 maio 2020.

2 Conceitos introdutórios e polos da disputa

2.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é um instrumento do chamado modelo de controle de constitucionalidade,² por meio do qual pode ser questionada diretamente uma lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal em contraste com a Constituição Federal. Outrossim, é possível ser questionada uma lei ou ato normativo a partir de sua aplicação a uma determinada situação. A ADPF está prevista no parágrafo primeiro do art. 102 da Constituição Federal, cujo lacônico texto dispõe que o Supremo Tribunal Federal irá apreciá-la, na forma da lei.³

A Lei n. 9.882/1999 regulou o dispositivo constitucional, prescrevendo que a ADPF será proposta perante o Supremo Tribunal Federal e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público, sendo oponível também quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.⁴

Gilmar Mendes⁵ ensina que alterações ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro reforçaram o controle concentrado em detrimento do difuso, alçando a Corte Suprema à condição real de maior guardiã da Constituição. Essas alterações foram sobretudo a ampliação da legitimidade da propositura da

2 MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

3 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

4 BRASIL. *Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 9 jun. 2020.

5 MENDES; BRANCO, 2011, p. 1120-1121.

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Entretanto, restava uma série de matérias insuscetíveis de exame no controle concentrado. A ADPF veio preencher essa lacuna.

Atendo-se ao sentido de ação constitucional de controle de constitucionalidade residual, a lei determina que não será admitida a ADPF quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Segundo a doutrina constitucional, os meios eficazes a serem comparados são as ações de controle concentrado.

Tal como a ADI e a ADC, a ADPF possui um anseio pluralista. A participação da sociedade é facultada por meio da possibilidade de o relator ouvir terceiros interessados que possuam experiência e autoridade na matéria debatida. O *amicus curiae* pode apresentar manifestação escrita, assim como fazer sustentação oral.

Outrossim, a ADPF permite que, por decisão da maioria absoluta de seus membros, seja deferida medida liminar. Em caso de recesso do tribunal, de extrema urgência ou perigo de lesão grave, o relator poderá conceder a medida, *ad referendum* do Tribunal Pleno. Essa liminar tem caráter amplo, podendo ser qualquer medida relacionada ao objeto da ADPF ou ainda consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais – à exceção de coisa julgada.

Finalizado o julgamento da ADPF, segue o mais importante. Além de a decisão ter eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, a decisão em ADPF é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória. E, se houver descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, será cabível Reclamação.

2.2 Personagens da disputa

Conhecida a ação constitucional, apresentam-se os personagens envolvidos na controvérsia estabelecida na ADPF 527. Há dois polos em disputa, embora um deles esteja omitido. O polo explícito

foi trazido pelos autores da arguição: é o polo do que chamamos aqui coletivamente de transmulheres, que os autores da demanda separam em “custodiadas transexuais do gênero feminino” e “custodiadas travestis do gênero feminino”. O outro polo da disputa é o polo das mulheres custodiadas, que não integram a lide.

Começemos com este polo omitido.

A criminalidade feminina é diferente da criminalidade masculina. A primeira lição conhecida por aqueles que estudam gênero e crime é que os homens são responsáveis em muito maior proporção pelo cometimento de crimes.⁶ Essa afirmação é atestada por estatísticas de criminalidade consistentes, não importando o país, a cultura e a época.⁷ De acordo com os pesquisadores ingleses Marisa Silvestri e Chris Crowther-Dowey, o “consenso predominante em criminologia continua sendo o de que, embora as mulheres cometam uma ampla gama de crimes, elas cometem menos crimes que os homens e são menos perigosas e violentas que seus colegas homens”.⁸

A estatística brasileira não é diferente. O relatório interativo do Infopen, relativo ao primeiro semestre de 2019, mostra que, das 752.277 pessoas em restrição de liberdade (incluindo presos provisórios e em regimes fechado, aberto e semiaberto), mais de 95% são homens.⁹ No relatório sintético de informações penitenciárias publicado mais recentemente, em que constam dados de 2017, a desproporcionali-

6 BRAITHWAITE, J. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1989, p. 44.

7 SMITH, G. T. Long-term trends in female and male involvement in crime. In: TONRY, M.; GARTENER, R.; MCCARTHY, B. (eds.). *The Oxford handbook of gender, sex, and crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 139-157.

8 SILVESTRI, M.; CROWTHER-DOWEY, C. *Gender & crime*. London: Sage Publications Ltd., 2008.

9 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Dezembro de 2019*. Brasília: MJ, 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFIMDktNzRlNmFkNTM0MwI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMzJ9>. Acesso em: 21 maio 2020.

dade de homens responsáveis por crimes violentos é evidente. Quase 97% de todos os crimes praticados contra as pessoas foram cometidos por homens, sendo eles responsáveis por 87% dos homicídios dolosos, 97% das lesões corporais, 99% da violência doméstica, 97% dos roubos seguidos de morte (latrocínio) e 99% de toda violência sexual.¹⁰

Em contraste, mais de 70% das mulheres que estão presas foram condenadas ou esperam julgamento por delitos cometidos sem violência ou grave ameaça, em especial por delitos de tráfico de drogas, em que estão implicadas quase 65% de todas as mulheres presas. E quem tem alguma experiência na justiça criminal tem consciência de que a maior parte das mulheres implicadas no delito de tráfico de drogas atua na base da organização criminosa. Geralmente exercem funções de “mulas”, ou seja, pessoas que transportam pequenas quantidades de drogas de um ponto ao outro; não têm postos de gerência na organização; e foram envolvidas no tráfico por intermédio de companheiros ou familiares.

As mulheres são minoria no sistema prisional. De cada 100 presos, apenas cinco são mulheres. Elas não são organizadas como os homens; não existe facção criminosa feminina nos moldes das já famosas masculinas. Elas causam menos problemas ao gestor. Enfim, são minoria, são desorganizadas e são silenciosas: e, por isso, são invisíveis.

O outro lado é o polo das transmulheres (travestis e transexuais), ou seja, de homens biológicos que subjetivamente se sentem mulheres (em menor ou em maior grau). A Resolução Conjunta n. 1/2014, assinada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e pelo Conselho de Combate à Discriminação, define os grupos em seu art. 1º, parágrafo único:

IV - Travestis: pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico; e

10 BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização – Junho de 2017*. Brasília: MJ, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br>. Acesso em: 21 maio 2020.

V - Transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico.¹¹

Essas pessoas, embora na contenda da ADPF 527 estejam em polo oposto ao das mulheres presas, guardam uma semelhança com elas: são contumazes vítimas de homens. Dados empíricos de violência e abuso sexual nas prisões em várias partes do mundo sugerem que a vitimização não é aleatória. Certos presos têm características que os tornam candidatos a abuso sexual quando ingressam na prisão: juventude, debilidade física, primariedade, caracteres físicos femininos, baixa agressividade, timidez, estilo intelectual, masculinidade frágil e, principalmente, homossexualidade ou transgeneridade.¹²

Não há informação oficial disponível sobre presos transgêneros no sistema carcerário brasileiro. Até o ano de 2020, das buscas realizadas em diversos artigos, há apenas a notícia de que, no ano de 2013, em São Paulo, atendendo a um ofício da defensoria pública local, a Secretaria de Administração Penitenciária informou haver 431 travestis e 19 transexuais em suas dependências. Segundo informado, um dos objetivos da defensoria era verificar se havia sujeitos passíveis de transferência para unidades femininas.¹³

Entretanto, no começo de 2020, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos divulgou um documento técnico contendo o diagnóstico nacional do tratamento penal de pessoas LGBT nas prisões do Brasil, resultado de uma consultoria enco-

11 BRASIL. Presidência da República – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Conselho Nacional de Combate à Discriminação. *Resolução Conjunta n. 1, de 15 de abril de 2014*. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx. Acesso em: 21 maio 2020.

12 MARINER, Joanne. *No escape: male rape in U.S. prisons*. Human Rights Watch report. New York: Human Rights Watch, 2001. Disponível em: <https://www.hrw.org/legacy/reports/2001/prison/report1.html>. Acesso em: 7 fev. 2019.

13 ZAMBONI, M. Travestis e transexuais privadas de liberdade: a (des)construção de um sujeito de direitos. *Revista Euroamericana de Antropologia*, Salamanca, v. 2, p. 15-23, 2016.

mandada pelo governo federal.¹⁴ Uma das formas de obtenção de dados dessa consultoria consistiu em encaminhar questionários aos estabelecimentos prisionais. Não sendo obrigatório o preenchimento, houve adesão de 508 dos 1.449 estabelecimentos penais no País, o que representa 35%. Mesmo não sendo completo nem sirva oficialmente como censo, suas informações já ajudam a entender um pouco mais o cenário brasileiro.

Segundo o informe, nestes 508 estabelecimentos que responderam ao questionário, a população LGBT consiste em: a) 1.333 gays, 572 bissexuais, 455 travestis e 163 transexuais nos estabelecimentos masculinos; e b) 1.356 lésbicas, 866 bissexuais e 3 transexuais nos estabelecimentos femininos.

Em relação aos tipos criminais, o relatório informa que não houve perguntas sobre os crimes cometidos pela população LGBT nos questionários enviados; foi realizado, entretanto, um levantamento¹⁵ durante as visitas institucionais¹⁶ realizadas nas consultorias.

Entre os homens gays e bissexuais, impressiona a quantidade de implicados por delitos de estupro (20,2% e 21,7%, respectivamente), muito acima da população masculina geral.¹⁷ Depois dos estupros, os delitos que mais prevalecem são de tráfico (23,8% e 26,7%) e roubo (18,8% e 21,5%). Entre travestis e transexuais, o roubo é o delito mais prevalente (38,5%), seguido do tráfico

14 PASSOS, A. G. S. *LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento*. Brasília: Secretaria Nacional de Proteção Global do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepoessoasLGBT.pdf>.

15 O relatório não explica como foi feito esse levantamento, se por meio de análise das fichas funcionais dos custodiados ou por dados fornecidos nas entrevistas.

16 Segundo consta, visitou-se em regra um estabelecimento prisional por estado da Federação.

17 O consultor responsável pelo levantamento pondera sobre estes dados, informando que essa alta prevalência de estupros pode ser devida aos homens delinquentes sexuais que se autodeclararam homossexuais para terem acesso aos espaços reservados aos LGBTs, por razão de segurança (PASSOS, 2020, p. 27).

(34,6%). Os delitos de mulheres lésbicas e bissexuais seguem exatamente o mesmo padrão da população feminina em geral, com cerca de 65% delas respondendo por tráfico de drogas.

Com exceção desse recente documento, dados quantitativos oficiais sobre transmulheres (homens biológicos) no sistema prisional são estrangeiros e apresentados em um estudo da Califórnia e em outro do Reino Unido. Na pesquisa da Califórnia,¹⁸ em uma comparação entre a população carcerária geral masculina e a população de transmulheres presas, foi verificado que as transmulheres estão mais implicadas em delitos contra a propriedade que os homens em geral, mas os números são parecidos em crimes contra as pessoas. Igualmente, verificou-se que as transmulheres estão mais implicadas em delitos sexuais e são desproporcionalmente alojadas em estabelecimentos de segurança máxima. Entretanto, são com menos frequência identificadas como membros de gangues.

No Reino Unido, por sua vez, o informe do grupo Fair Play for Women¹⁹ concluiu que: a) quase metade dos transgêneros (homens biológicos) na prisão são condenados por crimes sexuais ou são criminosos de alto risco; b) os transgêneros masculinos exibem o padrão masculino de criminalidade. Em relação aos delitos sexuais, em 2018, o Ministério da Justiça inglês confirmou que 60 dos 125 presos reconhecidos como transgêneros eram criminosos sexuais.²⁰

Parece não haver dúvida de que é necessário um maior controle dos dados no Brasil.

Conhecidos o instrumento e os personagens, passa-se à análise da ADPF 527.

18 SEXTON, L.; JENNESS, V.; SUMNER, J. M. Where the margins meet: a demographic assessment of transgender inmates in men's prisons. *Justice Quarterly*, Greenbelt, v. 27, n. 6, p. 835-866, 2010.

19 WILLIAMS, N. Investigation into the number of trans-identifying males in prison in England and Wales and their offender profiles. *Fair Play for Women*, [s. l.], p. 1-29, 2017.

20 HOW MANY transgender inmates are there? *BBC News*, [s. l.], 13 August 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/uk-42221629>. Acesso em: 21 maio 2020.

3 ADPF 527

3.1 Petição inicial

A ADPF 527 foi proposta pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, perante o Supremo Tribunal Federal, em junho de 2018. Em maio de 2020, ainda não havia sido concluída. O relator designado foi o ministro Luís Roberto Barroso. Como introduzido, a petição inicial e o respectivo aditamento buscam assentar que as custodiadas transexuais do gênero feminino somente poderão cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino; e as custodiadas travestis, identificadas socialmente com o gênero feminino, poderão optar por cumprir pena em estabelecimento prisional do gênero feminino ou masculino.

Para fundamentar o cabimento da ADPF, os autores alegam que foram cumpridos quatro requisitos. Seriam eles:

- a) relevante fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal; b) ameaça ou violação a preceito fundamental; c) um ato do Poder Público capaz de provocar a lesão; d) a inexistência de qualquer outro meio capaz de sanar a lesividade.²¹

Sobre o primeiro requisito, afirmam os autores que a Resolução Conjunta n. 1/2014, emitida pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e pelo Conselho de Combate à Discriminação, é um ato normativo federal sujeito ao controle de constitucionalidade por meio de ADPF. A controvérsia se referiria à aplicação não homogênea do art. 3º, §§ 1º e 2º, e do art. 4º, parágrafo único, dessa Resolução, identificada em decisões judiciais conflitantes.

Os artigos mencionados determinam que:

Art. 3º Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos.

²¹ BRASIL, 2018b.

§ 1º Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo.

§ 2º A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade.

Art. 4º As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.

Parágrafo único. Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade.²²

Ressalta-se que a Resolução prevê dois tratamentos distintos. O primeiro deles é o tratamento destinado aos travestis e gays, que podem optar por espaço de vivência específico que deve ser oferecido à população de minoria sexual em presídios masculinos. E o outro tratamento refere-se aos transexuais, que, não importando se são transhomens (mulheres biológicas) ou transmulheres (homens biológicos), devem ser alojados em estabelecimento prisional feminino.

Para comprovar a aplicação não homogênea desses artigos, os autores apresentaram, primeiramente, precedente do próprio ministro Barroso, relator do *Habeas Corpus* n. 152.491/SP, em que, de ofício, determinou a transferência de dois travestis a uma penitenciária feminina, “compatível com as respectivas orientações sexuais”.²³ Em realidade, a decisão foi incompatível com a própria Resolução n. 1/2014, pois esta prevê a possibilidade de espaços reservados aos travestis em presídios masculinos.

Em contraposição a esse precedente, apresentaram decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal, no *Habeas Corpus* n. 00022531720188070015, que negou o pedido de transferência de 11 detentos travestis ou transexuais ao presídio feminino, embora o pedido estivesse baseado no precedente da Suprema Corte. Essa decisão seria um exemplo da controvérsia que estaria

²² BRASIL, 2014.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 152.491 São Paulo. Brasília: STF, 14 fev. 2018c.

ameaçando e violando os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); a proibição ao tratamento degradante ou desumano (art. 5º, III); e o direito à saúde (art. 196), todos previstos na Constituição Federal.

O terceiro requisito mencionado pelos arguentes, ou seja, o ato do Poder Público capaz de provocar lesão, é o próprio mérito do pedido. Segundo os autores da ação:

Com efeito, o ato do poder público ensejador da presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é o fato de o poder público, por meio de atos de natureza judicial, manter custodiadas, travestis e transexuais, em estabelecimentos prisionais incompatíveis com o gênero feminino. Fato que, conforme brevemente prenunciado, afronta a dignidade da pessoa humana contida o art. 1º, III; a proibição ao tratamento degradante e/ou desumano contido no 5º, III; e o direito à saúde contido no art. 196; todos da Constituição Federal.²⁴

Por fim, o quarto requisito, a inexistência de outro meio capaz de sanar a lesividade, foi alegado como cumprido. O fundamento seria o precedente da ADPF n. 17 que consignou que o caráter da subsidiariedade da ADPF deve parametrizar-se com as demais ações constitucionais de controle de constitucionalidade, em relação à aptidão de neutralizar a lesividade, com efeito *erga omnes* e mesmo potencial vinculante.

Assim, segundo essa associação civil sem fins lucrativos, o Estado brasileiro, ao não alojar os transexuais e travestis que se identificam com o gênero feminino em presídios de mulheres, estaria afrontando os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, a proibição ao tratamento degradante ou desumano e o direito fundamental à saúde.

Esse é o mérito da ADPF 527.

Os arguentes passam então a discorrer sobre cada um dos preceitos fundamentais supostamente violados. Sobre a dignidade humana, afirmam que esta “compreende um conjunto de direitos e faculdades

24 BRASIL, 2018b.

sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual”. A proibição de tratamento desumano ou degradante implica a possibilidade de desenvolvimento pleno da personalidade, possibilitando a liberdade de ação, que envolveria a autodeterminação, a autoconservação e a autoexposição. Já a saúde seria um direito público subjetivo que vincula o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Por fim, segundo os autores, o direito à saúde implicaria também a garantia ampla de qualidade de vida.

Assim, os autores indicam a dignidade humana, a proibição de tratamento desumano ou degradante e o direito à saúde como preceitos violados, uma vez que as travestis e transexuais custodiadas pelo Estado em estabelecimento prisional incompatível com o gênero feminino: a) “são submetidas às mais diversas violações de direitos, como por exemplo, o desrespeito à integridade física e moral, desrespeito à honra, desrespeito à vida, desrespeito à integridade do corpo, e, sobretudo, o impedimento de expressar sua sexualidade e o seu gênero”; e b) “têm o direito à saúde violado, porquanto as condições precárias, as violações a que são submetidas, impedem a plenitude da qualidade de vida das custodiadas e, com isso, tornam sua saúde excessivamente penosa e precária”.²⁵

Igualmente, os autores pedem a concessão de liminar para, desde já, autorizar a transferência de transexuais e travestis aos presídios femininos. Por fim, em caso de o relator entender pelo não cabimento de ADPF, foi pedido que a ação fosse recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade, a fim de que a Corte Suprema declare inconstitucional o trecho “Às Travestis” do art. 3º da Resolução n. 1/2014, e realize a interpretação conforme à Constituição do art. 4º para estender às travestis o direito de serem custodiadas junto às mulheres.

3.2 Do despacho inicial

Em 29 de junho de 2018, o ministro Luís Roberto Barroso proferiu a primeira decisão interlocutória sobre o caso. Primeiramente, ele tratou da superação das restrições formais de legitimidade da

25 BRASIL, 2018b.

autora, ampliando o conceito jurisprudencial anterior de entidade de classe. Até então o STF entendia que a “entidade de classe”, que consta no texto constitucional como legitimada a propor as ações de controle de constitucionalidade perante a Suprema Corte, restringia-se àquelas de âmbito profissional ou econômico.

A ampliação da legitimidade ativa para acessar o controle de constitucionalidade no STF e incluir entidades de proteção a grupos vulneráveis e minoritários foi fundamentada nos seguintes argumentos: a) as justificativas que levaram o STF a uma interpretação restritiva não mais persistem; b) a interpretação restritiva causa “violação à teleologia e ao sistema da Constituição”, impedindo que o STF cumpra sua missão institucional de proteção de direitos fundamentais; c) a interpretação restritiva enseja violação da igualdade por impacto desproporcional sobre grupos minoritários.

Sobre a cautelar pleiteada, o ministro entendeu estar presente o *periculum in mora* inverso, razão pela qual determinou a coleta de informações sobre (I) a população de travestis e transexuais encarcerada e sobre (II) o impacto de sua transferência sobre o sistema de órgãos penitenciários. Igualmente mandou intimar a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República, conforme determinação legal.

3.3 Dos *amici curiae*

Na ADPF 527 houve três pedidos de ingresso no feito como *amici curiae*. Os primeiros que solicitaram, conjuntamente, a participação na ADPF 527 como amigos da corte foram a Organização Civil de Interesse Público (OSCIIP) chamada Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (GADvS) e a pessoa jurídica de direito privado chamada Aliança Nacional LGBTI.

Os peticionantes fazem considerações sobre a legitimidade de atuar no feito, endossando o entendimento do relator quando ampliou a legitimação ativa na ADPF. Sobre o mérito, argumentam que é “fato notório que homens gays e bissexuais são vítimas constantes de estupro nos presídios masculinos”. E que essa situação

seria agravada relativamente aos travestis e transmulheres. Ademais alegam que “a identidade de gênero feminina de mulheres transexuais e de travestis demanda a plena consideração de sua mulheridade”, e isto fundamenta sua transferência aos presídios femininos.

Ao contrário dos arguentes, essa dupla de amigos da corte tece considerações sobre os riscos e consequências negativas às mulheres presas e às agentes femininas. Os eventuais constrangimentos às mulheres com presença de homens biológicos no seu entorno carcerário são tachados por eles como “mero dissabor”. As eventuais agressões que mulheres e funcionárias poderiam sofrer de travestis e transmulheres seriam elucubrações absurdas. Finalmente, os riscos não possuiriam embasamento empírico, sendo mero dano hipotético que não pode servir de critério jurídico de discriminação de travestis e transmulheres.

Para os peticionantes, embora haja transmulheres “lésbicas” (ou seja, homens biológicos de identidade subjetiva feminina que mantêm relacionamento sexual e afetivo com mulheres), seria “inverossímil que mulheres transexuais tenham desejo de praticar sexo com penetração em mulheres cisgênero”. Segundo eles, o hormônio feminino mudaria a configuração da libido de transmulheres.

Em relação aos transhomens (mulheres biológicas com identidade subjetiva masculina), segundo os peticionantes, seu direito de identidade de gênero deve sucumbir à realidade da insegurança de ter mulheres biológicas em presídios masculinos.

Por fim, eles argumentam que o direito de travestis e transmulheres não deve ser sacrificado por causa de uma preocupação apenas com as mulheres. Ao final, pedem a concessão da medida cautelar e a procedência total do pedido na ADPF.

O segundo pedido de ingresso no feito como *amicus curiae* foi feito pelo deputado federal Otoni Moura, depois que a PGR e a AGU já haviam se manifestado. Segundo o deputado, sua manifestação tem o intuito de salvaguardar os direitos de seus eleitores. No mérito, ele argumenta que a permissão para travestis cumprirem pena junto com mulheres fere a Constituição e a Lei de Execuções

Penais. Seriam violados o direito constitucional expresso de separação por sexo nos estabelecimentos prisionais e o direito legal das mulheres de cumprir pena em estabelecimentos próprios.

Igualmente o deputado comenta sobre situação na Inglaterra em que um transexual transferido a uma prisão feminina abusou sexualmente de suas companheiras de cela. Assim, ele alerta aos riscos de encarcerar uma pessoa com genitália masculina junto a presidiárias mulheres e argumenta que o mais adequado é a transferência da população carcerária “LGBTQI+ para pavilhão próprio dentro das penitenciárias masculinas”. Por fim, pede a improcedência da ação.

O terceiro e último pedido de ingresso no feito como *amicus curiae* até maio de 2020 foi realizado pelo Grupo de Atuação Estratégica da Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores (GAETS), reunindo defensorias públicas de vários estados e do Distrito Federal. Indicando que a defensoria gaúcha obteve decisão semelhante ao precedente do ministro Barroso em favor de um travesti, perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), os peticionantes apenas requereram a admissão como amigos da corte para apresentação de memoriais e sustentação oral.

Os *amici curiae* ainda não tiveram suas admissões homologadas.

Interroga-se com consternação: não há um grupo feminista que interceda pelos direitos das mulheres presas?

3.4 Pareceres AGU e PGR

Nas ações de controle de constitucionalidade, o papel da Advocacia-Geral da União (AGU) é o de agente conservador ou de manutenção da ordem. Sua análise é mais técnica e literal, priorizando o entendimento que mais privilegie a higidez constitucional. Na ADPF 527 não foi diferente.

Primeiramente, postulou contra a legitimidade ativa da arguente, uma vez que não se trata de confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, conforme preconiza o art.

103, IX, da Constituição e conforme a interpretação jurisprudencial sedimentada “por cerca de três décadas”.

Em seguida, a AGU ressaltou que as normas impugnadas possuem natureza meramente regulamentar. Os arts. 3º e 4º da Resolução Conjunta apenas viabilizam a aplicação concreta da Lei de Execuções Penais, que determina que o Estado forneça aos condenados um ambiente que possa propiciar sua integração à sociedade. Esses dispositivos não inovam o ordenamento jurídico em caráter primário, logo se fundamentam apenas indiretamente no texto constitucional. E os precedentes do STF não admitem ações concentradas de controle de constitucionalidade de normas de caráter regulamentar.

Outras questões formais menores também foram opostas. Em relação aos pedidos, a AGU entende que carece interesse de agir em relação ao primeiro pedido (transferência de transexuais) e que o segundo pedido (transferência de travestis) é juridicamente impossível.

A falta de interesse de agir decorre da própria Resolução n. 1/2014, que já assenta que transexuais sejam encaminhados a presídios femininos. Segundo a AGU, essa ação deixa claro que a arguente pretende dar uma blindagem constitucional à disciplina da Resolução, impedindo que posteriormente os órgãos competentes possam regular o alojamento de transexuais de maneira diversa. Essa pretensão é incompatível com a via da ADPF.

E a impossibilidade jurídica do segundo pedido decorre da inviabilidade, em sede de ADPF, de instituição de novo regime de cumprimento de pena de custodiados travestis. Os autores pretendem, dessa forma, que a Suprema Corte exerça o papel de legislador positivo, quando sequer a pretensão encontra respaldo direto do texto constitucional.

Outrossim, relembra a AGU que o texto constitucional prevê a separação por sexo no art. 5º, XLVIII, e a Lei n. 7.210/1984 (LEP), em seu art. 62, assegura às mulheres o cumprimento de pena separadamente de homens. Por fim, considerando que a Resolução n.

1/2014 já resguarda adequadamente o direito de transexuais e travestis no sistema penitenciário, a AGU manifestou-se pelo não conhecimento da ação e, quanto ao pedido de cautelar, pelo indeferimento.

A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, nas ações de controle de constitucionalidade, possui atuação mais livre, devendo atuar na defesa da Constituição de forma mais independente e imparcial. Na ADPF 527, em seu primeiro parecer, a PGR opinou pelo recebimento integral da ADPF, com a superação das objeções formais já comentadas.

No mérito, a então procuradora-geral da República, Raquel Dodge, entendeu que a manutenção de travestis e transmulheres em presídios masculinos, que são incompatíveis com sua identidade de gênero, contraria diversos preceitos fundamentais inscritos na Constituição Federal e em compromissos internacionais assumidos pelo País. Apontou especialmente a violação da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da não discriminação, da saúde, da segurança pessoal e dos direitos da personalidade da pessoa transgênero, o que justificaria a imediata intervenção do STF para fazer cessar o quadro de violação de direitos humanos.

Como fundamento, a PGR vincula a dignidade constitucional ao direito de afirmação da identidade de gênero. Esse direito do transgênero obrigaria por parte de todos o reconhecimento do gênero subjetivo (psicossocial) do indivíduo, e isto deveria abarcar todos os reflexos e direitos inerentes a esse reconhecimento. O direito a esse reconhecimento é independente de qualquer “procedimento médico, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal”. Assim consta da página 18 da manifestação da PGR:

Imperioso, então, concluir que o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa independe de alteração no registro civil, de travestimento, da conclusão de processo transexualizador ou de que ele/ela seja inconfundível com alguém do sexo oposto ao seu sexo biológico. Basta, para tanto, que a pessoa, por não desejar ser identificada e socialmente reconhecida pelo seu sexo

biológico – ou seja, por uma questão de identidade –, apresente-se como do sexo oposto.²⁶

A negativa ao reconhecimento equivaleria a uma violência ou a um abuso físico, segundo a PGR. Impedir que transmulheres e travestis cumpram suas penas junto às mulheres seria submetê-las ao ostracismo social e a tratamento degradante, negando-lhes a possibilidade de vivência de suas identidades. O parecer ressalta que “compelir transexuais femininas e travestis a ocuparem ‘espaços de vivência específicos’ em presídios masculinos também constitui medida de segregação, incompatível com o respeito ao direito à igualdade e à não-discriminação”.

Ao contrário dos arguentes e da própria decisão que apreciou o pedido cautelar, a PGR, na página 19 de sua manifestação, tece considerações sobre a situação da mulher presa, porém entende que:

Anote-se, por derradeiro, que os argumentos relativos à suposta lesão à dignidade humana, e ao risco à integridade física e à liberdade sexual de mulheres cisgênero que tenham de dividir estabelecimento prisional com travestis e mulheres transexuais, não são aptos a afastar as conclusões aqui manifestadas, quer porque partem, eles próprios, de injustificável tratamento discriminatório entre pessoas transgênero e pessoas cisgênero, quer porque se apoiam em premissas meramente hipotéticas, que não podem prevalecer sobre os dados concretos acerca da violência física, sexual, moral e emocional a que são submetidas as travestis e mulheres transexuais mantidas em estabelecimentos prisionais incompatíveis com sua identidade de gênero.²⁷

Segundo a PGR, então, impedir o alojamento de homens biológicos com identidade subjetiva feminina equivale a negar-lhes a

26 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5496473>. Acesso em: 21 maio 2020.

27 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5496473>. Acesso em: 21 maio 2020.

própria identidade feminina, violando o princípio da vedação de tratamento discriminatório. Outrossim, defende a PGR que razões como a ausência de cirurgia de transgenitalização e o risco à integridade física e sexual de mulheres são fatores objetivos externos à subjetividade da pessoa trans e não podem ser opostos como impedimento ao reconhecimento da identidade de gênero.

É patente, assim, a existência de quadro de violação inconstitucional e inconvenção de direitos humanos das mulheres transexuais e de travestis mantidas em estabelecimentos prisionais incompatíveis com sua identidade de gênero.²⁸

Dessa forma, a PGR opinou pelo conhecimento da ação e pelo deferimento integral da medida cautelar.

3.5 Da decisão sobre a medida cautelar

Após colher informações de alguns órgãos e ouvir a Advocacia-Geral da União (AGU) e a Procuradoria-Geral da República (PGR), em 26 de junho de 2019, o relator apreciou o pedido de medida cautelar.

Primeiramente, ratificou o recebimento da ADPF, reportando aos argumentos de superação de limitações formais expostos no despacho inicial. Em relação ao argumento da AGU de que a norma impugnada seria meramente regulamentar, o ministro Barroso o rebate, dizendo que a resolução tem fundamento de validade imediato na própria Constituição e que inovou no mundo jurídico. Ao criar direitos para a população LGBTI e deveres para o Estado, converteu-se em norma primária, com natureza de decreto autônomo.

Em seguida, o ministro presta alguns esclarecimentos conceituais e de contexto da vivência travesti e transexual. Segundo o

²⁸ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5496473>. Acesso em: 21 maio 2020.

relator, transexuais e travestis encarceradas são um grupo sujeito a uma dupla vulnerabilidade, à do encarceramento em si e à da sua identidade de gênero. Por essa razão, a comunidade internacional aprovou os Princípios de Yogyakarta, que também são citados no parecer da PGR. O princípio 9 de Yogyakarta recomenda que os Estados assegurem ao custodiado a participação nas decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Segundo o relator, no âmbito do Direito Constitucional brasileiro, o direito das pessoas LGBTI à não discriminação e à proteção física e mental tem amparo nos princípios da dignidade humana, do direito à não discriminação em razão da identidade de gênero ou em razão da orientação sexual, do direito à vida e à integridade física, do direito à saúde, da vedação à tortura e ao tratamento desumano ou cruel e na cláusula de abertura da Constituição de 1988 ao direito internacional dos direitos humanos.

Sobre o mérito, o ministro Barroso disse não haver divergência sobre o estabelecimento em que os transexuais devem cumprir suas penas: nos presídios femininos. A transferência de transmulheres para presídios femininos seria compatível com a razão de decidir de julgados do STF, como a do julgado que permitiu a alteração de prenome e sexo no registro civil, sem necessidade de procedimento de redesignação de sexo.

Em relação aos travestis, o relator pontuou que não persiste a mesma certeza. A uma, porque essas pessoas apresentam uma identidade de gênero mais fluida. A duas, a Resolução n. 1/2014 prevê a criação de espaços de vivência específicos, dentro dos presídios masculinos. A três, a própria inicial da ação primeiramente postulou que os travestis cumprissem penas em estabelecimentos femininos, mas depois foi aditada para que os travestis pudessem escolher ficar ou não junto às mulheres.

Dessa forma, o relator deferiu parcialmente o pedido cautelar para assegurar a transferência de transexuais para presídios femininos, porém adiou a decisão quanto aos travestis. O magistrado

abriu oportunidade aos interessados para melhor instruir essa questão. Em 10 de março de 2020, o ministro reiterou a intimação aos órgãos para que se manifestassem sobre o feito, aportando mais informações sobre os custodiados travestis.

Desde 1º de abril de 2020, o feito encontra-se concluso ao relator.

4 Considerações sobre a ADPF 527

As questões meramente formais não serão analisadas neste artigo. O que interessa é a discussão de fundo sobre o choque entre os direitos das mulheres e os direitos das travestis e transexuais. Algumas das considerações de mérito que poderiam ser feitas ao pedido formulado na ADPF foram consignadas na análise da AGU, outras serão discutidas a seguir.

Começamos analisando a decisão da Vara de Execução Penal do Distrito Federal no HC 00022531720188070015,²⁹ na qual os arguentes apontam a controvérsia necessária para o recebimento da ADPF 527. Essa decisão, segundo os autores, seria um exemplo de como o Poder Público estaria violando a dignidade, a proibição de tratamento desumano ou cruel e o direito à saúde das transmulheres presas.

Esse HC designou o subsecretário do Sistema Penitenciário do Distrito Federal como autoridade coatora e como pacientes 11 custodiadas travestis ou transexuais, não distinguindo quem é quem. Requereu-se a concessão de ordem para que essas pessoas fossem transferidas para “estabelecimento prisional compatível com suas identidades de gênero”, ou seja, para presídios femininos. O fundamento para o pedido é que a unidade prisional onde estão alojadas as pacientes não lhes preserva inteiramente a dignidade inerente às suas identidades de gênero, colacionando o já citado precedente do ministro Barroso. E o ato coator é a uma ordem de serviço do

²⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Habeas Corpus n. 00022531720188070015*. Brasília: TJDF, 2018.

sistema penitenciário do DF que autoriza a transferência para a Penitenciária Feminina do Distrito Federal apenas de transmulheres que já tenham realizado cirurgia de transgenitalização do sexo masculino para o feminino.

Veja-se então que o ordenamento local já cumpre a própria Resolução n. 1/2014 quanto à transferência de homens biológicos que tenham realizado a cirurgia de redesignação sexual. A irresignação dos arguentes se refere exclusivamente a travestis e transmulheres que ainda possuam o órgão sexual masculino (pênis).

A decisão no HC traz outras informações que não constaram na petição inicial. Primeiramente, os travestis e transexuais, no caso concreto, já estavam alocados em celas separadas da população carcerária masculina geral, com estrutura de banho de sol própria e acesso a visita íntima. Igualmente eram assegurados, por ordem de serviço interna, os direitos de uso de nome social e de utilização de cabelo comprido e roupas femininas. O presídio cumpria, então, o prescrito na Resolução n. 1/2014 em relação ao espaço de vivência e aos outros direitos relacionados à identidade de gênero. Foi uma situação diferente da afirmada em relação às travestis do precedente do ministro Barroso.

Em segundo lugar, fundamentada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade perante a lei, a decisão atacada afirma o que deveria ser óbvio: as mulheres também são detentoras de direitos. E estão em posição de vulnerabilidade, seja pelas diferenças psicológicas, seja pela evidente debilidade de força física que a maioria das mulheres apresenta em relação aos homens biológicos. E, principalmente, a decisão clama pelo bom senso, especialmente de quem conhece a realidade prisional:

Sopesando todas as informações relativas às diferenças físicas e a falta de privacidade aliadas ao fator confinamento, não é preciso muito esforço intelectual para facilmente concluir que a probabilidade de ocorrerem brigas ou desentendimentos é grande, comum aos ambientes em que há aglomeração de pessoas, especialmente em privação de liberdade, assim como a probabilidade de haver

superioridade física das mulheres trans em relação às mulheres cis é maior ainda, de forma que estas se tornariam alvos frágeis.³⁰

Em terceiro lugar, a decisão igualmente evoca o direito das mulheres trabalhadoras, mais especificamente das agentes femininas do sistema prisional. De fato, a Lei de Execuções Penais, em seu art. 77, § 2º, determina que, em estabelecimentos prisionais de mulheres, apenas será permitido o trabalho de outras mulheres, salvo o serviço técnico especializado. Disso decorre que as próprias agentes teriam sua segurança física e seu trabalho limitados em razão da presença de homens biológicos, sobre quem eventualmente precisariam atuar para proteger as mulheres, em caso de briga, por exemplo.

E, como constatou a juíza da Vara de Execuções do TJDF, à medida que as transmulheres estão em ambiente seguro e tendo respeitados seus direitos, igualmente se deve respeitar os direitos das mulheres às suas integridades físicas e dignidades sexuais.

Assim, a decisão contestada traz os principais argumentos para o indeferimento dos pedidos arrolados na ADPF 527. São eles: a) a Resolução n. 1/2014 já traz a solução para alojamento da comunidade LGBT, o que vinha sendo estritamente cumprido pela administração penitenciária do Distrito Federal, com a correta leitura constitucional do art. 4º; b) o direito constitucional das mulheres presas de cumprir pena em ambiente separado por sexo; c) os riscos à segurança e ao bem-estar das mulheres presas em receber indiscriminadamente homens biológicos em seu entorno; d) os inconvenientes à administração penitenciária com a quebra da lógica da separação dos estabelecimentos por sexo, especialmente em relação às trabalhadoras mulheres.

Em síntese, é possível identificar duas classes de objeções à transferência de homens biológicos aos presídios femininos: jurídicas e fáticas.

No âmbito jurídico, a Constituição Federal do Brasil expressamente estabelece a separação de estabelecimento prisional por sexo. Vejamos:

³⁰ DISTRITO FEDERAL, 2018.

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: [...] XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; [...].³¹

Não há dúvidas de que existe um direito constitucional à separação por sexo nas prisões. Poderia ser argumentado que a Constituição também prevê a separação por idade e natureza do delito, e que isto não é efetivamente cumprido. É verdade. Mas a deficiência no cumprimento de um mandamento constitucional não pode servir de argumento para suprimir o direito que vinha sendo cumprido devidamente antes. É muito claro: a pena será cumprida em estabelecimento distinto de acordo com o sexo do apenado.

Embora possa ser discutido que existem muitos gêneros – existem pelo menos mais de 50 gêneros catalogados –,³² só há dois sexos: o feminino (vagina) e o masculino (pênis). O sistema binário de separação sexual foi uma demanda de conquista das mulheres, após um histórico de abusos, estupros e violências sofridas por apenadas mulheres nas prisões mistas.³³ A previsão constitucional de separação por sexo é um corolário dessa conquista feminina.

A Lei de Execução Penal (LEP) disciplinou esse mandamento constitucional. A Lei n. 7.210/1984 assegura às mulheres o cumprimento da pena privativa de liberdade, separadamente, em estabelecimentos próprios e adequados à sua condição pessoal:

31 BRASIL, 1988.

32 O Facebook disponibilizou aos seus usuários 58 opções de gênero, em 2014 (GOLDMAN, Russell. Here's a list of 58 gender options for Facebook users. *ABC News*, [s. l.], February 13, 2014. Disponível em: <https://abcnews.go.com/blogs/headlines/2014/02/heres-a-list-of-58-gender-options-for-facebook-users>. Acesso em: 21 maio 2020).

33 ZEDNER, L. Wayward sisters. The prison for women. In: MORRIS, N.; ROTHMAN, D. J. (eds.). *The Oxford history of the prison. The practice of punishment in western society*. New York. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 295-324.

Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

§ 1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.³⁴

Dessa forma, a Resolução n. 1/2014 está em sintonia com a Constituição quando, em seu art. 3º, prevê que aos detentos homossexuais e aos detentos travestis deva ser assegurado um espaço de vivência dentro dos estabelecimentos prisionais masculinos. Por outro lado, o art. 4º da mesma resolução, quando prevê que homens biológicos, que sejam transexuais, devam ser transferidos aos presídios femininos, está se referindo às transmulheres que realizaram a cirurgia de redesignação sexual. Embora a previsão não se enquadre no modelo constitucional vigente, é a única leitura constitucional pragmaticamente concessiva que se poderia admitir. E é o que está previsto na normativa administrativa do Distrito Federal.

A lógica é que, embora propriamente não exista uma mudança de sexo, transmulheres que fizeram a retirada de seus pênis abriram mão, de maneira mais definitiva, de sua condição de homens. Igualmente não possuem mais o meio físico de estuprar uma mulher. Como homens biológicos, ainda guardam muitas das características que os diferenciam de uma mulher,³⁵ porém em leitura juridicamente concessiva poderiam ser considerados aptos ao resguardo constitucional de separação prisional por sexo.

Ressalta-se que o próprio movimento militante da causa transgênera tem como discurso e bandeira de que identidade de gênero é diferente de sexo.³⁶ E a Constituição Federal expressamente determina a separação por sexo, e não por gênero.

34 BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

35 DHEJNE, C. *et al.* Long-term follow-up of transsexual persons undergoing sex reassignment surgery: cohort study in Sweden. *PLOS ONE*, San Francisco, v. 6, n. 2, 2011.

36 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL; CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS. *Glossário da diversidade*. Porto Alegre: DPE/RS, 2019. Dispo-

Por fim, embora haja menção aos Princípios de Yogyakarta tanto na decisão do ministro Barroso quanto nas manifestações dos outros participantes, é importante ressaltar que esta normativa não está inserida no ordenamento brasileiro. Na realidade, nem sequer se trata de instrumento internacional vinculante, uma vez que não é um tratado internacional nem passou pelo procedimento previsto na democracia internacional para tanto. Trata-se apenas de um documento idealizado por especialistas de direitos humanos, com caráter de orientação interpretativa.

A segunda classe de objeções é a fática:³⁷ são os riscos à segurança e ao bem-estar das mulheres presas com a presença de homens biológicos em seu entorno. Há inúmeros aspectos a serem considerados, tais como: a) força física superior dos homens que não se modifica pela baixa artificial de testosterona; b) maior utilização, pelos homens, de padrão de violência como solução dos problemas, que não se iguala ao padrão feminino pela baixa artificial de hormônios; c) histórico de vitimização das mulheres presas por homens; d) necessidade de maior rigidez na segurança dos presídios femininos e necessidade de lotação de agentes de segurança homens para lidar com travestis e transmulheres nos episódios de violência interna; e) episódios de estupro de mulheres cometidos por transexuais no Reino Unido e nos Estados Unidos.³⁸⁻³⁹ Esses aspectos são apenas os mais óbvios, mas não foram arrolados exaustivamente.

Os riscos não são hipotéticos, muito menos se trata de “mero dissabor”. Entretanto, há ainda dois aspectos pouquíssimo explo-

nível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/201905/10172930-glossario-lgbt.pdf>. Acesso em: 21 maio 2020.

37 DORNELLES, T. A. de A. *PrisioneirXs. Transmulheres nos presídios femininos e o X do problema*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2020.

38 ESTUPRADORA trans é acusada de abusar de mulheres na prisão. *Catraca Livre*, [s. l.], 11 set. 2018. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/estupradora-trans-e-acusada-de-abusar-de-mulheres-na-prisao/>. Acesso em: 21 maio 2020.

39 RUSHTON, Bruce. Transgender inmate accused of rape. *Illinois Times*, Springfield, February 27, 2020. Disponível em: <https://www.illinoistimes.com/springfield/transgender-inmate-accused-of-rape/Content?oid=11867999>. Acesso em: 21 maio 2020.

rados, e que estão imunes a qualquer crítica de transfobia ou a qualquer outra comumente usada contra quem é contrário a uma demanda da comunidade trans.

O primeiro aspecto é a questão da autodeclaração. Sendo o gênero defendido como algo interno de cada um, como saber com segurança que o peticionante à transferência a um presídio feminino é um transexual? Segundo o parecer da PGR na ADPF 527,

[...] o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa independe de alteração no registro civil, de travestimento, da conclusão de processo transexualizador ou de que ele/ela seja inconfundível com alguém do sexo oposto ao seu sexo biológico.⁴⁰

Embora a própria manifestação do MPF pondere que não bastaria uma autodeclaração simples de pertencer ao gênero feminino, a PGR não explica como seria feito esse controle. Basta ou não a autodeclaração? Precisa ter alguma prova de que o preso já se sentia do gênero oposto antes da prisão ou basta ele decidir que no momento se sente mulher? E as pessoas de gênero fluido? Seguindo-se o dispositivo da Resolução n. 1/2014, de tratamento distinto entre transexual e travesti, quem vai dizer que o preso é um ou outro? Ele mesmo? E se alguém, efetivamente ou pretensamente transexual, estuprar uma mulher na prisão, essa pessoa será devolvida ao presídio masculino? São questionamentos válidos diante da insegurança trazida com a imposição de um novo regime diferente do previsto na Constituição.

A falsa autodeclaração igualmente não é meramente hipotética. Como mencionado antes, no levantamento sobre a população LGBT nas prisões, encontrou-se uma altíssima prevalência de estupradores que se declararam homossexuais, média muito acima da população prisional em geral. O consultor responsável pelo levantamento ponderou sobre esses dados, informando que essa alta

⁴⁰ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5496473>. Acesso em: 21 maio 2020.

prevalência de apenados por estupros pode ser devida aos homens delinquentes sexuais que se autodeclararam homossexuais para terem acesso aos espaços reservados aos LGBTs, por razão de segurança. A segurança das mulheres não pode ser assim negligenciada.

O segundo aspecto é o fato de que a maioria dos transexuais e dos travestis não deseja ser transferida a um presídio de mulheres. Esse dado, obtido em uma grande pesquisa realizada na Califórnia,⁴¹ foi recentemente confirmado em levantamento realizado no Brasil, acima mencionado.⁴² De fato, a população transgênera tem uma vivência diferente da população de mulheres no cárcere. A possibilidade de estar num ambiente com homens disponíveis, sem a concorrência das mulheres, é também fonte de muita satisfação para essas pessoas, que por vezes formam laços de matrimônio mais significativos.⁴³ Este é o teor da fala de uma transmulher entrevistada:

Eu gostaria que mudasse meu nome. Esse nome não tem nada a ver comigo. Eu não me considero [nome masculino omitido] eu me considero [nome feminino omitido]. Eu adoraria ter esse nome no meu registro. [...] Eu prefiro ficar em uma prisão masculina. Aqui a gente tem um tratamento diferente. Por mais que a gente... A gente gosta de homem, né? De um lado é homem, de outro lado é homem. Eu me sinto ótima no meio deles todos. Todos, todos. A melhor cadeia é aqui. É a única que tem cela separada é aqui. Melhor cadeia pra tirar é essa. Aqui somos rainhas.⁴⁴

Outros detentos transexuais entrevistados, assim como na pesquisa da Califórnia, igualmente têm restrições ao convívio com mulheres:

41 JENNESS, V. Transgender inmates in California's prisons: an empirical study of a vulnerable population. *In: THE CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION WARDENS' MEETING*, 2009, Sacramento. [Slides]. Sacramento: CDCR, 2009.

42 PASSOS, 2020.

43 DORNELLES, 2020.

44 PASSOS, 2020, p. 55.

Querendo ou não, a gente que é homossexual também queremos ter a nossa intimidade com marido ou com namorado. Eu acho que se eu fosse passar o tempo que eu tou aqui eu passasse lá eu já tinha enlouquecido. Um monte de mulher ao meu redor, eu não ia me sentir bem. Não ia ter o mesmo privilégio que eu tenho aqui de ficar à vontade. Aqui eu me sinto à vontade, num lugar cheio de mulher é diferente. Ter amizade, andar com mulher é bom, mas o convívio é muito ruim. Eu acho que eu ia enlouquecer se eu estivesse lá dentro. Eu prefiro ficar aqui tendo um espaço reservado.⁴⁵

Com efeito, a petição inicial da ADPF 527, que no primeiro momento pedia que transexuais e travestis fossem alojados somente nos presídios femininos, emendou seu pedido para que travestis pudessem eleger o presídio em que cumpririam pena. Essa dissintonia entre os arguentes e os representados também está presente em relação às transexuais. A vontade de permanecer no presídio masculino, desde que assegurada sua segurança, é compartilhada por travestis e transexuais.

Por fim, um último aspecto que envolve um amplo debate das fronteiras político-jurídicas: o risco democrático de uma decisão que possa frontalmente contrariar a Constituição, e até mesmo violar o princípio da separação dos poderes.

A ADPF 527 tem como objetivo explícito, primeiramente, dar uma roupagem constitucional, como bem pontuou a AGU, ao tratamento conferido em um ato normativo emitido por órgãos consultivos federais sobre a transferência de transexuais aos presídios femininos. Como visto, a única leitura constitucional concessiva possível a essa normativa é aquela que restrinja a aplicação aos homens biológicos que já passaram pela cirurgia de redesignação sexual.

Em segundo lugar, a ADPF 527 busca que o Supremo Tribunal Federal inove o ordenamento jurídico ao assentar que travestis possam cumprir suas penas junto às mulheres. E aqui se apresenta o maior risco democrático. O STF não só extrapolaria sua função,

⁴⁵ PASSOS, 2020, p. 65.

atuando como legislador positivo, mas também legislaria contra texto expresse constitucional.

De fato, a Constituição não preceitua, de forma expressa e textual, o direito ao reconhecimento da identidade subjetiva de gênero, com todos os reflexos jurídicos sociais decorrentes. Esse suposto direito seria extraído da dignidade da pessoa humana, da proibição à tortura e ao tratamento degradante ou cruel e do direito à saúde. Por outro lado, o direito das mulheres a ter um estabelecimento prisional próprio separado por sexo está expresse na Constituição e na lei.

Qualquer alteração nesse cenário constitucional e legal adentra o campo democrático de competência do Poder Legislativo. No caso de mudança constitucional, ainda necessitaria de um legislativo qualificado pelo quórum especial. Na realidade, o direito das mulheres a um espaço livre dos riscos de convivência forçada com homens biológicos seria classificável como uma cláusula constitucional pétreia.

Na ADI 6.298-MC/DF, o ministro Luiz Fux fez considerações sobre os limites da jurisdição constitucional que são pertinentes à discussão trazida na ADPF 527:

A jurisdição constitucional presta-se a analisar a compatibilidade das leis e dos atos normativos em relação à Constituição, com o objetivo precípua de resguardar a autoridade das normas constitucionais no âmbito da vida social. Como atividade típica deste Supremo Tribunal Federal, a jurisdição constitucional diferencia-se sobremaneira das funções legislativa e executiva, especialmente em relação ao seu escopo e aos seus limites institucionais. Ao contrário do Poder Legislativo e do Poder Executivo, não compete ao Supremo Tribunal Federal realizar um juízo eminentemente político do que é bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, apropriado ou inapropriado. Ao revés, compete a este Tribunal afirmar o que é constitucional ou inconstitucional, invariavelmente sob a perspectiva da Carta de 1988. Trata-se de olhar objetivo, cirúrgico e institucional, que requer do juiz minimalismo interpretativo, não se admitindo inovações argumentativas que possam confundir as figuras do legislador e do julgador. Afinal, como afirma o pro-

fessor Daryl Levinson, a legitimidade da jurisdição constitucional assenta-se, entre outros fatores, na capacidade de os juízes produzirem decisões qualitativamente diferentes daquelas produzidas pelos agentes políticos dos demais poderes (Vide “Foreword: Looking for Power in Public Law”, 130 *Harvard Law Review*, 31, 2016; “Rights Essentialism and Remedial Equilibration”, 99 *Columbia Law Review* 857, 1999). O pressuposto das cláusulas de independência e de harmonia entre os poderes consiste precisamente no fato de que cada um deles desenvolveu, ao longo do tempo, distintas capacidades institucionais. Não fossem distintas as habilidades de cada um dos poderes, não haveria necessidade prática de haver separação entre eles. Em termos concretos, não cabe ao Supremo Tribunal Federal, ainda que com as melhores intenções, aperfeiçoar, criar ou aditar políticas públicas, ou, ainda, inovar na regulamentação de dispositivos legais, sob pena de usurpar a linha tênue entre julgar, legislar e executar. [...].⁴⁶

O parecer recente⁴⁷ da PGR na ADPF 442,⁴⁸ que trata da descriminalização do aborto até a 12ª semana, foi no sentido de que “o foro constitucional e democraticamente legítimo para definir o marco temporal a partir do qual a interrupção da gravidez merece ser tipificada como crime há de ser o Congresso Nacional”. O PGR sustenta que há diversas opções igualmente legítimas, uma vez que a Constituição expressamente não alberga o direito ao aborto nem define expressamente o marco do começo da vida. Entretanto, as decisões relevantes, que afetam uma multiplicidade de pessoas, devem ser tomadas por quem foi democraticamente eleito.

Dado o elevado caráter político da discussão posta nesta ADPF, mostra-se recomendável ao Supremo Tribunal Federal tanto admitir que

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298-MC/DF. Relator: Min. Luiz Fux, *DJe* de 3 fev. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 21 maio 2020.

47 Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752646161&prcID=5144865>. Acesso em: 21 maio 2020.

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442*. 2018a. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 21 maio 2020.

a Constituição Federal não prevê uma única e predefinida solução a respeito do tema, quanto adotar, para fins de evitar um cenário de crise de legitimação democrática e de não aceitação popular da eventual decisão a ser por ele tomada, o prudente comportamento de autocontenção, de modo a confiar ao Congresso Nacional a deliberação sobre a descriminalização do aborto durante as 12 primeiras semanas de gestação, tal como requerido na exordial [p. 27 do parecer].⁴⁹

A autocontenção da Corte Suprema é ainda mais recomendável em uma situação em que há norma constitucional expressamente conferindo direitos a um grupo vulnerável, que são as mulheres. E mesmo que seja considerada a existência de uma omissão constitucional em relação a outro grupo, isto não autorizaria que a efetivação de um novo reconhecido direito viole aquele já assentado anteriormente.

5 Conclusão

Embora haja uma omissão perversa sobre as mulheres na discussão subjacente à ADPF 527, é fato que a disputa não é entre os transgêneros e um sistema carcerário conservador e transfóbico. A disputa é entre a pretensão da causa de identidade de gênero em favor de transexuais e travestis e o direito das mulheres a ter um ambiente diferenciado, sem a presença de homens biológicos.

Não se contesta que travestis e transexuais sejam uma população vulnerável na prisão. A Resolução n. 1/2014 foi editada com a intenção de proteger essas minorias, ao determinar a criação de espaços específicos para aqueles, dentro dos estabelecimentos masculinos. A Resolução ainda foi mais respeitosa com a vivência LGBT, pois determina que o acesso a esses espaços seja feito voluntariamente.

O art. 4º dessa Resolução, que determina que homens biológicos, que sejam transexuais, sejam transferidos aos presídios femininos, afronta texto constitucional expresso. Contudo, existe uma

⁴⁹ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752646161&prcID=5144865>. Acesso em: 21 maio 2020.

leitura constitucional pragmaticamente concessiva que se poderia admitir: os casos de transmulheres que não possuem mais o órgão sexual masculino (pênis).

A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais exerce um importante trabalho em relação ao resguardo do interesse de seus associados. Entretanto, igualmente legítimo é o resguardo dos direitos das mulheres presas, que infelizmente não se fez presente. A decisão sobre a medida cautelar invoca o jargão moderno “lugar de fala” para assegurar a voz das minorias sexuais, mas não o conferiu às próprias mulheres presas, que receberão essas pessoas em seu convívio.

A introdução deste texto indaga se o direito ao reconhecimento da identidade de gênero e o direito aos espaços exclusivos de mulheres seriam inconciliáveis. A resposta é não. É possível encontrar soluções que protejam as minorias sexuais nas prisões sem violar o direito das mulheres presas.

Referências

BRAITHWAITE, J. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1989.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. *Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fun-

damental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 9 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Atualização – Junho de 2017. Brasília: MJ, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br>. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Dezembro de 2019*. Brasília: MJ, 2019. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNmFkNTM0MmwiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MmYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. Presidência da República – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Conselho Nacional de Combate à Discriminação. *Resolução Conjunta n. 1, de 15 de abril de 2014*. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298-MC/DF. Relator: Min. Luiz Fux, *DJe* de 3 fev. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442*. 2018a. Relatora: Min. Rosa Weber. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 527*. 2018b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5496473>. Acesso em: 21 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 152.491 São Paulo*. Brasília: STF, 14 fev. 2018c.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL; CENTRO DE REFERÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS. *Glossário da diversidade*. Porto Alegre: DPE/RS, 2019. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/201905/10172930-glossario-lgbt.pdf>. Acesso em: 21 maio 2020.

DHEJNE, C. *et al.* Long-term follow-up of transsexual persons undergoing sex reassignment surgery: cohort study in Sweden. *PLOS ONE*, San Francisco, v. 6, n. 2, 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Habeas Corpus n. 00022531720188070015*. Brasília: TJDF, 2018.

DORNELLES, T. A. de A. PrisioneirXs. *Transmulheres nos presídios femininos e o X do problema*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2020.

ESTUPRADORA trans é acusada de abusar de mulheres na prisão. *Catraca Livre*, [s. l.], 11 set. 2018. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/estupradora-trans-e-acusada-de-abusar-de-mulheres-na-prisao/>. Acesso em: 21 maio 2020.

GOLDMAN, Russell. Here's a list of 58 gender options for Facebook users. *ABC News*, [s. l.], February, 13, 2014. Disponível em: <https://>

abcnews.go.com/blogs/headlines/2014/02/heres-a-list-of-58-gender-options-for-facebook-users. Acesso em: 21 maio 2020.

HOW MANY transgender inmates are there? *BBC News*, [s. l.], 13 August 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/uk-42221629>. Acesso em: 21 maio 2020.

JENNESS, V. Transgender inmates in California's prisons: an empirical study of a vulnerable population. In: THE CALIFORNIA DEPARTMENT OF CORRECTIONS AND REHABILITATION WARDENS' MEETING, 2009, Sacramento. [Slides]. Sacramento: CDCR, 2009.

MARINER, Joanne. *No escape: male rape in U.S. prisons*. Human Rights Watch report. New York: Human Rights Watch, 2001. Disponível em: <https://www.hrw.org/legacy/reports/2001/prison/report1.html>. Acesso em: 7 fev. 2019.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PASSOS, A. G. S. *LGBT nas prisões do Brasil: diagnóstico dos procedimentos institucionais e experiências de encarceramento*. Brasília: Secretaria Nacional de Proteção Global do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf>.

RUSHTON, Bruce. Transgender inmate accused of rape. *Illinois Times*, Springfield, February 27, 2020. Disponível em: <https://www.illinoistimes.com/springfield/transgender-inmate-accused-of-rape/Content?oid=11867999>. Acesso em: 21 maio 2020.

SEXTON, L.; JENNESS, V.; SUMNER, J. M. Where the margins meet: a demographic assessment of transgender inmates in men's prisons. *Justice Quarterly*, Greenbelt, v. 27, n. 6, p. 835-866, 2010.

SILVESTRI, M.; CROWTHER-DOWEY, C. *Gender & crime*. London: Sage Publications Ltd., 2008.

SMITH, G. T. Long-term trends in female and male involvement in crime. In: TONRY, M.; GARTENER, R.; MCCARTHY, B. (eds.). *The Oxford handbook of gender, sex, and crime*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 139-157.

WILLIAMS, N. Investigation into the number of trans-identifying males in prison in England and Wales and their offender profiles. *Fair Play for Women*, [s. l.], p. 1-29, 2017.

ZAMBONI, M. Travestis e transexuais privadas de liberdade: a (des)construção de um sujeito de direitos. *Revista Euroamericana de Antropología*, Salamanca, v. 2, p. 15-23, 2016.

ZEDNER, L. Wayward sisters. The prison for women. In: MORRIS, N.; ROTHMAN, D. J. (eds.). *The Oxford history of the prison*. The practice of punishment in western society. New York. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 295-324.

Combate ao trabalho escravo no Brasil: uma análise do período de 1995 aos dias atuais

Thales Messias Pires Cardoso

Procurador da República. Mestre em Direito Constitucional pela *Universidad de Sevilla*. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura, e em Controle, Detecção e Repressão a Desvios de Recursos Públicos pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). Graduado em direito pela Universidade de São Paulo (USP).

Resumo: Este artigo contextualiza a escravidão contemporânea no Brasil, uma realidade que persiste apesar de a abolição formal da escravidão remontar a 1888. Relata as medidas adotadas pelo Estado brasileiro desde que o Governo reconheceu esse tipo de escravidão como existente em seu território, no ano de 1995. Trata das medidas desde então adotadas, de caráter repressivo, inclusive relativas à tutela penal, preventiva e de reparação, expondo as suas dificuldades e avanços. Aborda as repercussões dessas medidas no direito internacional, trazendo à tona relatórios da Organização Internacional do Trabalho que as destacam, e a condenação do país pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Fazenda Brasil Verde*. Examina as providências do Ministério Público Federal para cumprir a decisão da corte e superar a impunidade no mencionado caso. Expõe algumas ações internas que se opõem ao combate à escravidão contemporânea.

Palavras-chave: Direito internacional. Escravidão contemporânea. Direito Penal. Crime de redução a condição análoga à de escravo. Cadastro de empregadores.

Abstract: This article contextualizes contemporary slavery in Brazil, which persists despite the formal abolition of slavery dates back to year 1888. It reports the measures adopted by Brazil since its Government recognized in 1995 the existence of slavery in Brazilian's territory. It deals with the measures adopted since then, of a repressive nature, including relating to criminal law, preventive

and reparation, exposing their difficulties and advances. It addresses the repercussions of these measures on international law, bringing up reports from the International Labor Organization that highlight them, and the condemnation of the country by the Inter-American Court of Human Rights in the Case of Fazenda Brasil Verde. It examines the measures of the Federal Prosecution Service to comply with the court's decision and overcome impunity in the aforementioned case. It exposes some internal actions that oppose fight against contemporary slavery.

Keywords: International Law. Contemporary slavery. Criminal Law. Slave-related practices. Employers register.

Sumário: 1 Introdução. 2 Do comprometimento ao reconhecimento. 3 Medidas repressivas. 3.1 Sobre a tutela penal. 4 Medidas preventivas. 5 Medidas de reparação. 6 Repercussões no direito internacional. 7 Reações internas. 8 Conclusão.

1 Introdução

Em geral os textos históricos tratam a abolição da escravatura, que remonta ao ano de 1888, como um marco de justiça. Todavia, como é notório, o tempo não fez cessar as práticas escravistas no Brasil. A persistência da escravidão tem suas origens jurídicas em leis anteriores à sua abolição que outorgavam a propriedade de terras comunitárias então ocupadas por indígenas e afrodescendentes à exploração privada, notadamente a Lei de Terras (Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850).¹ Esta situação não seria alterada pela abolição, que, sem nada dispor sobre compensações aos libertos, criou as condições para que se passasse da escravidão formal para as práticas a ela análogas.²

O próprio ordenamento jurídico brasileiro reconhece a persistência da escravidão por intermédio de novas práticas, basta ver

1 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm. Acesso em: jan. 2021.

2 CLAVERO, Bartolomé. Esclavitud y codificación en Brasil, 1888-2017: por una historia descolonizada del Derecho Latinoamericano. *Revista de Historia del Derecho*, v. 55, p. 72, 2018.

a tipificação do delito de redução à condição análoga à de escravo pelo Código Penal (art. 149), de 1940, e, mais recentemente, a alteração do referido tipo penal pela Lei n. 10.803/2003, e ainda a Emenda Constitucional n. 81/2014, incidente sobre o art. 243 da Constituição Federal, que passou a prever a expropriação de propriedades em que detectadas a exploração de trabalho escravo. Mas, contraditoriamente, o legislador ordinário nada dispõe acerca da escravidão no âmbito civil, não obstante pudesse fazê-lo, com base na Constituição Federal, conforme se delinea Bartolomé Clavero:³

Imaginemos. Un código civil del siglo XX en sociedades donde existe esclavitud podría contener perfectamente pronunciamientos como los siguientes: “La propiedad recae sobre cosas materiales o inmateriales. Es ilícita cualquier forma de propiedad que, directa o indirectamente, implicare dominio sobre las personas”; “El arrendamiento de servicios o el contrato de trabajo no admiten el establecimiento de cláusulas o el desarrollo de prácticas que sean lesivas para la libertad o la dignidad de las personas”; “Dada la función social de la propiedad y de los contratos, no se admitirán en caso alguno esclavitud, aunque sea voluntaria o temporal, ni prácticas análogas a la misma”. La función social de la propiedad y de los contratos aparece en la codificación civil brasileña, pero sin especificarse esta especie primaria de consecuencias.

Fato é que, mais recentemente, algumas medidas de caráter reparatório vêm sendo adotadas pelo Estado brasileiro. Por exemplo, as leis de cotas para ingresso nas universidades⁴ e cargos públicos,⁵ instituídas pelo Congresso Nacional, ambas no ano de 2012.

Mas as práticas escravistas persistem no país, sendo a maioria de suas vítimas, não por acaso, de descendência negra.⁶

3 CLAVERO, 2018, p. 29.

4 Lei n. 12.711/2012.

5 Lei n. 12.990/2012.

6 Conforme dados relativos a partir de 2003, disponíveis no Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil, entre os trabalhadores resgatados em condições análogas à de escravo, 42% se declararam como pardos, 12% como pretos, 23% como brancos, 18% como de raça amarela (origem japonesa, chinesa, coreana etc.) e 4% como indígenas. Disponível em: <https://smartlabbr.org/trabalhoescravo/localidade/0?dimensao=perfilCasosTrabalhoEscravo>. Acesso em: jan. 2021.

O objetivo do presente artigo é, ante essa realidade, abordar, em uma perspectiva jurídica, a história recente de combate à escravidão contemporânea no Brasil, particularmente desde o ano de 1995, quando o Estado brasileiro reconheceu a existência da escravidão em seu território.

2 Do comprometimento ao reconhecimento

A abolição da escravatura remonta ao ano de 1888. Desde então deixou de existir no país a situação jurídica de escravo: ninguém mais pode ser tratado como simples coisa. E mais, no processo histórico de reconhecimento e declaração dos direitos fundamentais, a dignidade é erigida a princípio legitimador dos direitos fundamentais, tendo como premissa o tratamento das pessoas como seres humanos.

Ao longo do século XX, o Brasil se comprometeu no âmbito do direito internacional a combater o trabalho escravo através de vários tratados e convenções internacionais: Convenção sobre a Escravatura, de 1926, alterada pelo Protocolo adotado nas Nações Unidas em Nova York em 1953; Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, de 1956; Convenção n. 29 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre o Trabalho Forçado, de 1930; Convenção n. 105 da Organização Internacional do Trabalho sobre a Abolição do Trabalho Forçado, de 1957; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966; Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, de 1966; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969; e Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças, de 2000.

A Constituição Federal de 1988 garante o direito à liberdade e uma série de outros direitos fundamentais, individuais e prestacionais, que derivam da liberdade ou a pressupõem. Estabelece que: “a dignidade da pessoa humana” e “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” são fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV); a República “*rege-se nas suas relações inter-*

nacionais” pelo princípio da “*prevalência dos direitos humanos*” (art. 4º, II); e “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigências estabelecidos em lei”, à “observância das disposições que regulam as relações de trabalho” e à “exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

Em que pesem as referidas normas da Constituição e de direito internacional, persistem no Brasil situações de fato semelhantes ou análogas ao contexto jurídico dos escravos do século XIX, nas quais trabalhadores são submetidos a condições indignas e têm prejudicada sua livre determinação.

Não obstante os compromissos do Brasil no âmbito do direito internacional de combater o trabalho escravo, o Governo brasileiro somente reconheceu efetivamente a presença da “*escravidão moderna*” em seu território no ano de 1995.

O então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, em 27 de junho de 1995, no programa semanal “*Palavra do Presidente*”, declarou que infelizmente ainda havia trabalho escravo no Brasil e que isso tinha que acabar. Anunciou a assinatura de um Decreto que criava um grupo executivo de repressão ao trabalho escravo, composto pelos ministérios do Trabalho, da Justiça, da Agricultura, da Indústria, do Comércio e do Turismo, e do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal.⁷

O Brasil foi uma das primeiras nações a reconhecer oficialmente a existência da escravidão contemporânea em seu território.⁸ Após esse reconhecimento, o Estado brasileiro adotou providências para enfrentar essa prática, que podem ser divididas em 3 tipos: repressivas, preventivas e reparatórias. Trataremos delas a seguir.

7 A íntegra do comunicado está disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/6/28/brasil/31.html>. Acesso em: jan. 2021.

8 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho Escravo no Brasil do Século XXI*. 2006. p. 25. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:1>. Acesso em: jan. 2021.

3 Medidas repressivas

O decreto citado no pronunciamento do então presidente da República foi o de n. 1.538, de 27 de junho de 1995, que criou o *Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (Gertraf)*, com a finalidade de coordenar e implementar as providências necessárias à repressão ao trabalho forçado.

Entre 1995 e 2002, a estrutura governamental composta para suprimir o trabalho escravo realizou 176 operações de fiscalização em 814 fazendas. Como resultado, foram resgatados 5.835 trabalhadores.

Em março de 2003 foi instituído o *1º Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo*,⁹ que estabeleceu medidas repressivas que deveriam ser adotadas pelos órgãos responsáveis, integrantes dos poderes Executivo, Legislativo e Judicial e do Ministério Público, bem como por entidades da sociedade civil. O plano contemplava 76 metas que direcionavam ações de curto, médio e longo prazo. Ademais, foi criada a *Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (Conatrae)*, sob a coordenação da Secretaria Nacional de Direitos Humanos.

O mencionado plano ratificou o reconhecimento da existência do trabalho escravo em território brasileiro e estabeleceu seu combate como prioridade. Tinha como objetivo intensificar a articulação dos diversos órgãos estatais que têm competência na matéria para a erradicação e repressão ao trabalho escravo.

Em 2003, foram realizadas 66 operações de fiscalização em 187 fazendas. Foram resgatados 5.090 trabalhadores, número próximo ao de todo o período de 1995 a 2002.¹⁰

A estruturação do Estado brasileiro para reprimir o trabalho escravo, portanto, apresentou, no período entre 1995 e 2003, resul-

9 Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/notas-tecnicas-planos-e-oficinas/plano_nacional.pdf. Acesso em: jan. 2021.

10 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2006, p. 25.

tados consideráveis: 10.925 trabalhadores foram resgatados da condição análoga à de escravo.

Cinco anos mais tarde, a Conatrae lançou, em setembro de 2008, o *2º Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo*, que incorporou a experiência até ali acumulada e estabeleceu novas 66 metas.¹¹ Consta na introdução do documento:

Num balanço geral, constata-se que o Brasil caminhou de forma mais palpável no que se refere à fiscalização e capacitação de atores para o combate ao trabalho escravo, bem como na conscientização dos trabalhadores sobre os seus direitos. Mas avançou menos no que diz respeito às medidas para a diminuição da impunidade e para garantir emprego e reforma agrária nas regiões fornecedoras de mão-de-obra escrava. Consequentemente, o novo plano concentra esforços nessas duas áreas.

O reconhecimento da existência de pessoas submetidas a condições semelhantes à de escravo no país e a articulação do Estado brasileiro para combater essas práticas geraram um aprimoramento na fiscalização, resultando na identificação, desde o ano de 1995, de 55.004 trabalhadores em condições análogas à de escravo pela Inspeção do Trabalho.¹²

Além disso, também no aspecto repressivo, a Emenda Constitucional n. 81/2014 alterou o art. 243 da Constituição Federal para incluir as propriedades rurais e urbanas nas quais sejam constatadas a exploração do trabalho escravo como hipótese de expropriação e destinação do imóvel para a reforma agrária e programas de habitação populares, sem qualquer indenização ao proprietário.¹³

11 Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/notas-tecnicas-planos-e-oficinas/2o_plano_nacional%20combate%20ao%20trabalho%20escravo.pdf. Acesso em: jan. 2021.

12 Dados disponíveis em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/#escravo>. Acesso em: jan. 2021.

13 A outra hipótese é explorar culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

3.1 Sobre a tutela penal

Apesar do grande número de constatações de submissão de pessoas a condições análogas à de escravo ao longo do período em análise, as ações penais contra os responsáveis vêm ocorrendo em proporção menor.

Releva notar, inicialmente, que até o ano de 2003 havia uma dificuldade no próprio enquadramento dos fatos ao correspondente tipo do Código Penal, cujo dispositivo remontava ao ano de 1940, pois este carecia de taxatividade,¹⁴ diante de práticas escravistas não necessariamente correlatas àquela do século XIX. Em consequência, fazia-se necessário o emprego da interpretação analógica, não desejável no âmbito da estrita legalidade do Direito Penal, para que a descrição típica “reduzir alguém à condição análoga à de escravo” abarcasse as particularidades da escravidão contemporânea. Do contrário, a tutela penal se restringiria à concepção histórica da escravidão, exigindo para a configuração do delito, necessariamente, a supressão da liberdade de locomoção, como se entendeu no seguinte julgado:

3. Caracteriza-se o delito do art. 149 do Código Penal, quanto o agente submete integralmente a vítima ao seu poder de disposição, reduzindo-lhe a situação análoga à de escravo, ou seja, usando de violência e ameaça, retendo-lhe salários, restringindo comida e roupas, submetendo a vítima a tratamento degradante.¹⁵

Não obstante, tal entendimento era mais comum à época em que o delito de redução à condição análoga à escravidão era processado pelas justiças dos Estados. Com efeito, há precedentes dos tribunais regionais federais que consideram que condutas típicas, tornadas expressas após a modificação do tipo

14 “Art.149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo: Pena: reclusão, de dois a oito anos”.

15 TJPR, processo n. 210012-7, Terceira Câmara Criminal, relator desembargador Rubens Oliveira Fontoura, publicado em 25 abr. 2003.

penal, sobre a qual logo trataremos, já estavam compreendidas no tipo original.¹⁶

Outra dificuldade eram as delongas nos processos criminais ocasionadas pelos incidentes de conflitos de competência para processar e julgar o crime. Sem embargo, em 2006, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Justiça Federal é a competente para julgar os processos envolvendo o delito tipificado no art. 149 do Código Penal.¹⁷

Em dezembro de 2003, o Poder Legislativo, por meio da Lei n. 10.803/2003, alterou o art. 149 do Código Penal, desdobrando

16 Veja-se, por exemplo, o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“De acordo com a jurisprudência pátria, o conceito de condição análoga à de escravo, à época dos fatos, em 2001, não se restringia exclusivamente às condutas que limitassem a liberdade de locomoção da vítima, mas já abarcava as condutas que foram apenas explicitadas, posteriormente, na nova redação, dada ao art. 149 do Código Penal, pela Lei 10.803/2003, não se configurando, portanto, no caso, indevida aplicação retroativa da mencionada Lei a fatos anteriores à sua vigência, eis que, no que tange às modalidades hoje descritas, taxativamente, no tipo penal, não se trata de lei nova, prejudicial ao agente (*novatio legis in pejus*), mas apenas de norma legal que explicitou o entendimento, consolidado na jurisprudência, acerca de tal conceito, o qual possuía, como parâmetro analógico, não somente a ideia de escravidão, gravada na história do Brasil (caracterizada, no essencial, pelo sequestro e cárcere privado da vítima, em face de uma relação de trabalho), mas também as condições ideais de trabalho, amplamente estabelecidas na legislação trabalhista (Decreto-Lei 5.452/43) e extensiva ao meio rural, notadamente com a promulgação, em 1973, da Lei 5.889 – ainda em vigor –, que revogou a Lei 4.214/63 e o Decreto-lei 761/69. Precedentes jurisprudenciais. [...] VI – A aplicação mais gravosa do art. 149 do Código Penal somente poderia ser considerada no que concerne à forma qualificada do delito – prevista no § 2º do art. 149 do Código Penal –, bem como à fixação cumulativa de pena de multa e daquela relativa à violência, que foram as efetivas inovações, inseridas no mencionado tipo penal, pela Lei 10.803/2003.”

(TRF1, ACR 2006.39.01.000606-7/PA, Terceira Turma, relatora desembargadora federal Assusete Magalhães, julgado em 9 abr. 2012, publicado em 27 abr. 2012).

17 RE n. 398.041, Plenário, relator ministro Joaquim Barbosa, julgado em 30 nov. 2006, publicado em 19 dez. 2008.

as condutas, melhor delineando o tipo penal.¹⁸ As condutas tipificadas são alternativas, ou seja, a prática de qualquer delas é suficiente para a configuração do delito. Referida alteração legislativa representou um grande avanço para enfrentar a sutileza da escravidão contemporânea, na qual o infrator não necessariamente se vale da coerção física para cercear a liberdade de ir e vir do trabalhador. Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:¹⁹

A “escravidão moderna” é mais sutil do que a do século XIX, e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”.

A modificação do art. 149 do Código Penal, facilitando o enquadramento típico, e a definição da Justiça Federal como a

18 “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

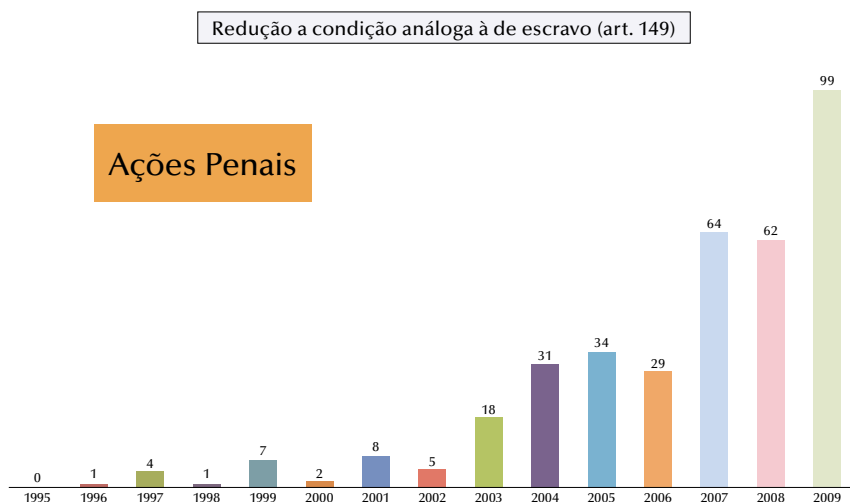
I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.”

19 Inq. n. 3.412, Plenário, relatora ministra Rosa Weber, julgado em 29 mar. 2012, publicado em 12 nov. 2012.

competente para processar e julgar os casos pacificaram duas questões que, como visto, geravam insegurança e demora. A partir daí, houve um incremento do número de ações penais. Com efeito, entre 1995 e 2009 foram ajuizadas 365 ações penais, nenhuma no ano de 1995, e 99 no ano de 2009. O quadro seguinte mostra os números por ano no referido período:²⁰

Figura 1



Nos cinco anos seguintes, os números da persecução penal do delito tipificado no art. 149 do Código Penal seguiram se expandindo: de 2010 a 2014 a quantidade de procedimentos de investigação do crime de redução à condição análoga à de escravo aumentou 800%, e o de processos penais dobrou.²¹ Conforme

²⁰ Extraídos do Relatório do B.I. – Trabalho Escravo da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Fevereiro/2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/notas-tecnicas-planos-e-oficinas/relatorio-bi-trabalho-escravo-fevereiro-2016>. Acesso em: jan. 2021.

²¹ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-apresenta-dados-do-combate-ao-trabalho-escravo-no-brasil>. Acesso em: jan. 2021.

dados de março de 2020 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF),²² tramitam atualmente 670 ações penais relacionadas à prática da submissão a condição análoga à de escravo na Justiça Federal em primeira instância e 281 em segunda instância. Além disso, há 62 procedimentos de investigação em andamento no âmbito do MPF e 399 inquéritos policiais no âmbito da Polícia Federal.

No que concerne às condenações pela prática do delito de redução a condição análoga à de escravo, ainda inexistem levantamentos gerais, embora o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tenha iniciado providências a respeito, como veremos. Nos últimos anos, houve condenações, ainda não definitivas, importantes.²³ Não obstante, o trânsito em julgado das sentenças e a prisão dos infratores ainda são

22 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/levantamentos>. Acesso em: jan. 2021.

23 Conforme, *v.g.*, as notícias disponíveis em:

- <http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/noticias-go/mpf-go-obtem-mais-uma-condenacao-de-produtor-rural-por-promover-trabalho-escravo-no-interior-goiano>.
- <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/em-uberaba-mg-produtor-de-cafe-e-condenado-por-trabalho-escravo>.
- <http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/noticias-go/mpf-go-consegue-a-condenacao-de-envolvido-em-crimes-de-trabalho-escravo-e-falsidade-ideologica>.
- <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/alvo-de-denuncia-do-mpf-empresario-de-campinas-sp-e-condenado-por-trabalho-escravo>
- <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/noticias-pa/justica-condena-acusa-do-de-submeter-indigenas-a-trabalho-escravo-no-para>
- <http://www.mpf.mp.br/ro/sala-de-imprensa/noticias-ro/fazendeiro-de-ariquemes-ro-e-condenado-por-trabalho-escravo>
- <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/noticias-pa/tribunal-condena-acusa-do-de-submeter-11-pessoas-a-trabalho-escravo-no-para>
- <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/apos-denuncia-do-mpf-casal-e-condenado-pelo-traffic-de-equatorianos-para-submissao-a-trabalho-escravo-em-sao-paulo>.

Acesso em: jan. 2021.

desafios, seja por causa da demora dos processos, ocasionada notadamente por nosso sistema recursal, seja pelo (consequente) risco de prescrição dos crimes, ressalvada a imprescritibilidade da ação penal nos casos em que a escravidão importar em violações muito graves aos direitos humanos, conforme o direito internacional.²⁴ Assim, a

24 Nesse sentido decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) em incidente do caso *Fazenda Brasil Verde*, que será visto mais adiante:

“PENAL. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE PROCESSO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL, CUJA ABERTURA FOI DETERMINADA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CASO TRABALHADORES DA FAZENDA BRASIL VERDE CONTRA A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. COMPETÊNCIA DA CIDH. INEXISTÊNCIA DE PRÉVIA OITIVA DOS PACIENTES. JURISDIÇÃO DA CIDH SOBRE ESTADOS, E NÃO SOBRE INDIVÍDUOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO, À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E À AMPLA DEFESA. TRABALHO ESCRAVO. CRIME CONTRA OS DIREITOS HUMANOS. IMPRESCRITIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. [...]. 4. Nos casos de escravidão, a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável, pois esta não se aplica quando se trata de violações muito graves aos direitos humanos, nos termos do Direito Internacional. A jurisprudência constante e uniforme da Corte Internacional de Justiça e da CIDH, como indicado pelo MPF, assim o estabeleceu (*vide* Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C No. 171. Par. 111. Ver também, CIDH. Relatório da CIDH, par. 221). 5. A norma invocada para fundamentar a ocorrência da prescrição é de índole legal (DL 2.848/40, Código Penal, art. 109, III), e desde o julgamento do RE 466.343/SP pelo Supremo Tribunal Federal (j. 03.12.2008 - *vide* também, julgado na mesma data, o RE 349.703/RS), as normas internacionais sobre direitos humanos possuem, no caso de não observância do rito previsto no par. 3º do art. 5º da CF (hipótese que conferiria *status* constitucional à norma), a hierarquia supralegal. O julgamento se referiu aos tratados internacionais, normas de natureza obrigatória, mas o raciocínio deve ser empregado em relação aos princípios gerais de direito internacional e aos costumes internacionais, quando ostentem a mesma natureza cogente (*jus cogens*). 6. Desta forma, no caso de violação a normas internacionais relativas a direitos humanos, as normas prescricionais, por serem, no caso, de índole infraconstitucional e legal, não podem merecer qualquer aplicação por parte do operador jurídico brasileiro. Reconhecer a ocorrência da prescrição significaria afastar normas internacionais já internalizadas e vigentes no ordenamento brasileiro, possuidoras de hierarquia superior, o que não pode ocorrer. Tal entendimento, adotado pelo STF, já resultou na edição da Súmula Vinculante 25, no sentido de que ‘é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito’. 7. Não há como se acolher o argumento de que a Constituição limitou os casos de imprescritibilidade aos crimes que indicou (racismo - art. 5º, XLII, e de atuação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático - art. 5º, XLIV), pois tanto

crítica seguinte do professor Bartolomé Clavero ainda se mostra pertinente: “*En líneas generales, ante casos detectados o denunciados, los trabajadores o las trabajadoras son liberados por acción ejecutiva, pero los esclavistas, ellos y ellas, quedan impunes en sede judicial*”.²⁵

4 Medidas preventivas

Em novembro de 2003, o Ministério do Trabalho e Emprego editou a Portaria n. 1.234,²⁶ que estabeleceu uma medida preventiva e inibitória contra a prática do trabalho escravo: a relação pública dos empregadores que submetem os trabalhadores a formas degradantes de trabalho ou os mantêm em condições análogas à de escravo, a chamada “lista suja”, a ser atualizada a cada 6 meses. Referido ato normativo foi posteriormente renovado e substituído por outros. Atualmente está em vigor a Portaria Interministerial n. 4, de 12 de maio de 2016.²⁷

há a abertura constitucional para outras normas de direitos fundamentais oriundas da esfera internacional (art. 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte) – caso da imprescritibilidade dos crimes contra direitos humanos –, quanto não deve haver a interpretação de que a imprescritibilidade prejudique direitos fundamentais e deva ser interpretada restritivamente, na medida em que a mesma é neutra em relação aos direitos individuais (já que a inocorrência da prescrição tanto limita direitos fundamentais quanto os assegura, ao garantir a prevenção e a repressão a delitos). Por isto mesmo, no Recurso Extraordinário 460.971/RS, o STF já decidiu expressamente que ‘a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras de prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses’. E, no caso, tem-se a criação da imprescritibilidade por normas de hierarquia supralegal, e sem qualquer ofensa à Constituição Federal. 8. Ordem denegada.”

(HC 1023279-03.2018.4.01.0000, Quarta Turma, relator juiz federal Saulo José Casali Bahia (conv.), julgado em 11 nov. 2019, publicado em 12 abr. 2018).

25 CLAVERO, 2018, p. 61.

26 Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P1234_03.htm. Acesso em: jan. 2021.

27 Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=178&data=13/05/2016>. Acesso em: jan. 2021.

A lista se baseia no princípio constitucional da publicidade.²⁸ O procedimento previsto observa a ampla defesa e o contraditório, uma vez que a inclusão ocorre somente após o devido processo administrativo, ou seja, quando o respectivo ato de infração se torna definitivo. Além disso, aos empregadores que estão na lista é vedada a concessão de crédito público, conforme a Resolução n. 3.876, de 22 de junho de 2010, do Banco Central do Brasil.²⁹ Neste ponto, vale transcrever a abordagem de Rejane de Barros Meireles Alves:³⁰

O cadastro de empregados tem sido útil para corrigir o desequilíbrio que pode ocorrer no desenvolvimento da atividade produtiva no país, tendo em vista que não é razoável que produtores que cumprem rigorosamente a legislação trabalhista tenham que disputar o acesso aos créditos públicos em patamar de igualdade com aqueles outros produtores, que afrontam deliberadamente o princípio da dignidade humana, ao utilizarem-se da mão de obra do cidadão trabalhador em condições análogas à de escravo.

Com isso, pode-se inferir que a chamada lista suja confere publicidade ao trabalho oficial de repressão, constituindo um dos principais instrumentos do poder de polícia estatal no combate à ilicitude. Ademais, permite-se que a sociedade saiba quem são essas pessoas e sucessivamente é possível que os infratores sofram reprimendas econômicas, como a perda de contratos com empresas privadas comprometidas com a causa.

A “lista suja” foi questionada no Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade (ADI)³¹ ajuizada pela

28 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”

29 Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2010/pdf/res_3876_v1_O.pdf. Acesso em: jan. 2021.

30 ALVES, Rejane de Barros Meireles. *Escravidão por dívidas nas relações de trabalho rural no Brasil contemporâneo*: forma aviltante de exploração do ser humano e violadora de sua dignidade. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-11112011-110351/pt-br.php>. Acesso em: jan. 2021.

31 ADI n. 5209

Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (Abrainc). Em 27 de dezembro de 2014, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, por meio de cautelar monocrática proferida durante o recesso forense, suspendeu a portaria que então regulamentava a “lista suja” (Portaria Interministerial n. 2/2011), argumentando a inexistência de lei formal que a respaldasse e a violação do princípio da ampla defesa. Posteriormente, em 16 de maio de 2016, a medida cautelar foi cassada pela ministra relatora, Carmem Lúcia, e extinta a ação por perda de objeto.³²

Atualmente denominada Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, a lista continua sendo atualizada semestralmente. Sua última versão, divulgada em 16 de outubro de 2020, contém 113 empregadores.³³

32 “10. A presente ação direta de inconstitucionalidade está prejudicada. 11. Em 31.3.2015, foi editada a Portaria Interministerial n. 2, pela qual revogado expressamente o ato normativo impugnado na presente ação: [...]. 12. A Portaria Interministerial n. 2, de 31.3.2015 não apenas revogou a Portaria Interministerial n. 2, de 12.5.2011, como alterou, substancialmente, o conteúdo das normas ensejadoras do ajuizamento da presente ação, a impor o reconhecimento da perda de seu objeto. A Portaria Interministerial n. 2/2015 foi posteriormente também revogada pela Portaria Interministerial n. 4, de 11.5.2016. Embora a Portaria Interministerial n. 4/2016 tenha reproduzido o núcleo essencial da Portaria Interministerial n. 2/2015 e acrescido a possibilidade de celebração de termo de ajuste de conduta ou acordo judicial para reparação do dano causado pelo administrado alvo da fiscalização, o Autor desta ação descuidou de aditar a inicial e de promover o cotejo analítico das normas constantes da Portaria Interministerial n. 2/2011 e dos diplomas normativos supervenientes, a fim de justificar a persistência do objeto da ação. Não se há de desconhecer que os pontos questionados na peça inicial da ação foram sanados na Portaria superveniente e revogadora daquela outra pelo que também por isso não se sustentariam eventual argumento quanto ao indevido seguimento da presente ação. 13. A pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido prejuízo de ações de controle abstrato nas quais as normas impugnadas deixaram de subsistir no ordenamento jurídico: [...]. 13. Pelo exposto, julgo prejudicada a presente ação direta de inconstitucionalidade pela perda superveniente do objeto (art. 21, inc. IX, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), cassando-se a medida cautelar antes deferida. Prejudicados, por óbvio, os pedidos de ingresso formulados na presente ação.” (ADI n. 5209, relatora ministra Carmem Lúcia, julgada em 16 maio 2016, publicada em 24 abr. 2016).

33 Disponível em: https://sit.trabalho.gov.br/portal/images/CADASTRO_DE_EMPREGADORES/CADASTRO_DE_EMPREGADORES.pdf. Acesso em: jan. 2021.

5 Medidas de reparação

Ademais da esfera repressiva, o Congresso Nacional, em dezembro de 2002, editou a Lei n. 10.068/2002, que garante o pagamento do benefício do seguro-desemprego aos trabalhadores resgatados da condição análoga à de escravo, assegurando-lhes uma reparação ante a situação a que foram submetidos.

Posteriormente, no ano de 2008, o 2º Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo fixou metas para a reinserção social e profissional dos trabalhadores vítimas da submissão à condição análoga à de escravo.

Em 26 de maio de 2014, o CNJ e a OIT firmaram um termo de cooperação técnica com o objetivo de fortalecer ações integradas para a erradicação do trabalho escravo.³⁴ No ano seguinte, o CNJ, por meio da Resolução n. 212, de 15 de dezembro de 2015,³⁵ instituiu o Fórum Nacional do Poder Judiciário para Monitoramento e Efetividade das Demandas Relacionadas à Exploração do Trabalho em Condições Análogas à de Escravo e ao Tráfico de Pessoas (Fontet), com o objetivo de elaborar estudos e propor medidas para o aperfeiçoamento do sistema judicial quanto ao tema, cabendo-lhe, entre outras atribuições,

promover o levantamento de dados estatísticos (sempre que possível desagregados por gênero, idade, etnia, cor da pele, ocupação e nível social e cultural), relativos ao número, à tramitação, às sanções impostas e outros dados relevantes sobre inquéritos e ações judiciais que tratem da exploração de pessoas em condições análogas à de trabalho escravo e do tráfico de pessoas [e] monitorar o andamento e a solução das ações judiciais por Juízes ou Tribunais.

34 Disponível em: https://www.ilo.org/global/docs/WCMS_244919/lang--en/index.htm. Acesso em: jan. 2021.

35 Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2228>. Acesso em: jan. 2021.

No entanto, ainda se encontra pendente a unificação dos dados sobre processos relativos a trabalho escravo e tráfico de pessoas por meio do Modelo Nacional de Interoperabilidade (MNI).³⁶

6 Repercussões no direito internacional

As medidas adotadas pelo Estado brasileiro para combater o trabalho escravo têm sido positivamente destacadas pela Organização Internacional do Trabalho em seus relatórios a respeito.

O Relatório Global sobre o Trabalho Escravo no Mundo da OIT, de dezembro de 2005, destacou o Brasil no enfrentamento da prática. O documento ressaltou os resultados positivos das fiscalizações, mas, por outro lado, sublinhou as poucas condenações pela prática do delito tipificado no art. 149 do Código Penal.³⁷ Oportuno transcrever o seguinte trecho do relatório:

O Brasil assumiu a liderança na solução de problemas de alta visibilidade, ao adotar, em março de 2003, pondo de imediato em execução, seu Plano Nacional de Ação para a Erradicação do Trabalho Escravo, cuja estratégia múltipla inclui os seguintes componentes: aumento intensivo da conscientização; coordenação de atividades do governo; promoção de nova lei com sanções mais severas contra criminosos, inclusive confisco da propriedade; intensificações de trabalho de resgate de vítimas de trabalho escravo em regiões

³⁶ Disponível em:

- <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-participa-de-reuniao-no-cnj-para-melhoria-do-combate-ao-trabalho-escravo>.
- <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/assuntos-fundarios-trabalho-escravo-e-trafico-de-pessoas/forum-nacional-do-poder-judiciario-para-monitoramento-e-efetividade-das-demandas-relacionadas-a-exploracao-do-trabalho-em-condicoes-analogas-a-de-escravo-e-ao-trafico-de-pessoas-fontet/>. Acesso em: jan. 2021.

³⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Uma aliança global contra o trabalho forçado* – Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Brasília: OIT, 2005. p. 46. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227553.pdf. Acesso em: jan. 2021.

remotas, com a criação de unidades móveis de policiamento e de mais agentes responsáveis pelo cumprimento das leis trabalhistas e penais, e intensificações de ações penais. O desafio do Brasil é complementar seus louváveis esforços no cumprimento da lei contra a impunidade com estratégias eficazes de prevenção e reabilitação. Começou com uma lei que assegura o pagamento, por parte do governo, do seguro desemprego a trabalhadores resgatados de trabalho escravo. Há espaço para estreita cooperação de organizações de empregadores e de trabalhadores com as autoridades locais e grupos da sociedade civil nas áreas-fonte de vítimas do trabalho escravo, na concepção de programas de reabilitação que ofereçam meios de vida verdadeiramente sustentáveis.

A OIT, em junho de 2009, publicou um novo Relatório Global sobre o Trabalho Escravo no Mundo,³⁸ no qual o Brasil mais uma vez é destacado no enfrentamento da questão. Particularmente no que se refere às dificuldades, o relatório destacou o pequeno número de condenações criminais:

166. Apesar do número significativo de casos identificados e libertados, quase não existiam condenações por trabalho forçado no Brasil, ao abrigo da justiça criminal. As principais armas à disposição dos procuradores do Trabalho consistiam na imposição de multas aos criminosos, e na ordem de pagamento de indenizações às vítimas. Os pagamentos de indenizações, impostos pelos tribunais do trabalho, aumentaram recentemente, para funcionarem como um sério dissuasor. A multa mais elevada, imposta em 2006 a um proprietário, de cuja propriedade foram libertadas 180 pessoas em situação de “trabalho escravo”, alcançou 5 milhões de reais brasileiros (cerca de US\$ 3 milhões). Só se conhece uma condenação criminal que tivesse envolvido uma sentença de prisão. Em maio de 2008, o Tribunal Federal de Maranhão sentenciou Gilberto Andrade a 14 anos de prisão, incluindo 11 anos pelo crime de redução de uma pessoa a condições análogas à escravatura. Foi

38 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *O custo da coerção* – Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho. Lisboa: OIT, 2009. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_365599.pdf. Acesso em: jan. 2021.

igualmente condenado a pagar 7.2 milhões de reais relativos aos salários em atraso dos trabalhadores.

Apesar dos avanços, o Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2016, por violação do artigo 6.1 do Pacto de San Jose da Costa Rica,³⁹ no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde v. Brasil*. Os fatos ocorreram no Estado do Pará. Em março de 2000, foram resgatados 85 trabalhadores que estavam em situação de servidão por dívidas e submissão ao trabalho forçado, na fazenda citada, de propriedade do Grupo Irmãos Quagliato, um dos maiores criadores de gado do Brasil, cujos gestores jamais foram punidos criminalmente.

Na época, houve discussões sobre a competência para processar e julgar o crime, se a Justiça Federal ou a dos estados. Um dos processos desapareceu do Juízo da Comarca de Xinguara, no Pará, e outro ao final foi extinto.

Na sentença de 20 de outubro de 2016, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou o seguinte:⁴⁰

367. A Corte considera que ocorreu uma demora no desenvolvimento do processo e que os conflitos de competência e a falta de atuação diligente por parte das autoridades judiciais causaram atrasos no processo penal. Este Tribunal considera que o Estado não demonstrou que tenha existido uma justificativa para a inação das autoridades judiciais, os longos espaços de tempo sem que existissem atuações, a demora prolongada do processo penal, nem o atraso derivado dos conflitos de competência. Por isso, a Corte considera que as autoridades judiciais não buscaram, de forma diligente, que o processo penal chegasse a uma resolução.

A Corte responsabilizou o Brasil pelas seguintes violações: ao direito de não ser submetido à escravidão e ao tráfico humano; às

39 “1. Ninguém poderá ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas.”

40 Sentença disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_337_por.pdf. Acesso em: jan. 2021.

garantias judiciais da atuação com devida diligência e em tempo razoável; ao direito à proteção judicial efetiva; e, conforme cada caso concreto, aos direitos à personalidade jurídica, vida, integridade e liberdade pessoal.⁴¹ Ao final determinou:

Com respeito às reparações, a Corte estabelece que sua sentença constitui *per se* uma forma de reparação e, adicionalmente, ordena ao Estado: i) publicar a Sentença e seu resumo; ii) reiniciar, com a devida diligência, as investigações e/ou processos penais relacionados aos fatos constatados em março de 2000 para, em um prazo razoável, identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis, iii) adotar as medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de direito internacional de escravidão e suas formas análogas, dentro de um prazo razoável a partir da notificação da presente Sentença e iv) pagar os valores fixados na Sentença, a título de indenizações por dano imaterial e de reembolso de custas e gastos.⁴²

Como resultado da sentença, o MPF restabeleceu as investigações sobre os eventos ocorridos na Fazenda Brasil Verde.⁴³ Em 13 de setembro de 2019, a Procuradoria da República no Município de Redenção/PA ofereceu denúncia contra o proprietário e o gerente da Fazenda Brasil Verde⁴⁴ pela prática, em concurso material, de – além do delito de redução a condição análoga à de escravo – crimes de aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional (art. 207, §§1º e 2º, do Código Penal) e de frustração de direitos assegurados por lei trabalhista (art. 203, §1º, I e II, do

41 P. 122-123 da sentença de 20 de outubro de 2016.

42 P. 9 do Resumo Oficial da sentença de 20 de outubro de 2016, emitido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_318_esp.pdf. Acesso em: jan. 2021.

43 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/noticias/noticias-1-1/mpf-inicia-procedimento-para-reconstrucao-de-processo-penal-do-caso-fazenda-brasil-verde>. Acesso em: jan. 2021.

44 Denúncia disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2019/denuncia_cota_mpf_caso_fazenda_brasil_verde_pa_proc_0001923-54-2019-4-01-3905.pdf. Acesso em: jan. 2021.

Código Penal), cada um deles por 85 vezes na forma continuada. A Justiça Federal de Redenção/PA recebeu a denúncia, em decisão datada de 27 de janeiro de 2020,⁴⁵ encontrando-se atualmente em trâmite a ação penal.

7 Reações internas

O Estado brasileiro sofreu no ano seguinte à instituição do *1º Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo*, em 2004, uma forte afronta: quatro funcionários do Ministério do Trabalho, durante uma fiscalização diante de uma notícia de trabalho escravo em Unaí, Minas Gerais, perto da capital federal, Brasília, foram emboscados e mortos.

Na esfera política, projetos de lei propõem alterações que certamente significariam um retrocesso no que vem sendo alcançado no combate ao trabalho escravo no Brasil. Por exemplo, o Projeto de Lei n. 3.842/2012,⁴⁶ em trâmite na Câmara dos Deputados, propõe alterar o art. 149 do Código Penal, passando a exigir a coação e a violência física como condições necessárias para a configuração do crime, suprimindo as hipóteses de jornada exaustiva e condições degradantes de trabalho como condutas alternativas autônomas a caracterizarem o tipo penal.⁴⁷

45 Decisão disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2020/decisao_justica_federal_recebimento_denuncia_mpf_caso_fazenda_brasil_verde_pa_proc_0001923-54-2019-4-01-39050001923-54-2019-4-01-3905.pdf. Acesso em: jan. 2021.

46 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=990429&filename=PL+3842/2012. Acesso em: jan. 2021. No mesmo sentido é o Projeto de Lei n. 2464/2015. Ambos estão pensados a outros projetos de lei, inclusive alguns que visam fortalecer o combate ao trabalho escravo.

47 PEREIRA, Marcela Rage. *O Projeto de Lei n. 3.842/2012: retrocesso frente à jurisprudência em construção*. BARBOZA, Márcia Noll (org.). *Escravidão contemporânea*. Brasília: MPF, 2017. p. 226-243. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/003_17_coletanea_de_artigos_escravidao_contemporanea.pdf. Acesso em: jan. 2021.

Em 13 de outubro de 2017, foi instituída pelo Ministério do Trabalho a Portaria n. 1.129, disciplinando a concessão do seguro-desemprego aos trabalhadores resgatados da condição análoga à de escravo e a inclusão de nomes no cadastro de empregadores que submetessem trabalhadores a essa condição (“lista suja”). O ato normativo, todavia, tinha o objetivo claro de esvaziar a política de combate ao trabalho escravo: inseria o cerceamento da liberdade de ir e vir como circunstância necessária para a configuração da jornada exaustiva e condições degradantes e condicionava a inclusão do empregador na “lista suja” a decisão do ministro do Trabalho.

A primeira modificação alterava o conceito de condição análoga à de escravo, implicando retrocesso, pois discrepante de sua compreensão contemporânea. Ademais confrontava o conceito expresso do tipo do art. 149 do Código Penal. Teria a consequência de dificultar as fiscalizações e, portanto, a obtenção de provas de interesse inclusive para a persecução penal. Também dificultaria o pagamento do seguro-desemprego aos trabalhadores resgatados.

Por sua vez, a segunda alteração acrescentava componente político com o potencial de dificultar a alimentação do Cadastro de Empregadores que submetessem trabalhadores a condições análogas à de escravo, subvertendo a lógica técnica e jurídica que envolve a medida.

O partido político Rede Sustentabilidade apresentou ação de descumprimento de preceito fundamental contra a Portaria n. 1.129/2017 perante o Supremo Tribunal Federal. Em 23 de outubro de 2017, a relatora, ministra Rosa Weber, determinou a suspensão cautelar da portaria. Dentre seus fundamentos, vale destacar a seguinte passagem da decisão:⁴⁸

A definição conceitual proposta na Portaria afeta as ações e políticas públicas do Estado brasileiro, no tocante ao combate ao trabalho escravo, em três dimensões: *repressiva* (ao repercutir nas fiscalizações procedidas pelo Ministério do Trabalho), *pedagógico-*

48 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 489.

-*preventiva* (ao disciplinar a inclusão de nomes no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores à condição análoga à de escravo) e *reparativa* (concessão de seguro-desemprego ao trabalhador resgatado).

11. A toda evidência, tais definições conceituais, sobretudo restritivas, não se coadunam com o que exigem o ordenamento jurídico pátrio, os instrumentos internacionais celebrados pelo Brasil e a jurisprudência dos tribunais sobre a matéria.

[...]

14. O art. 1º da Portaria do Ministério do Trabalho nº 1.129/2017 introduz, sem qualquer base legal de legitimação, o *isolamento geográfico* como elemento necessário à configuração de hipótese de cerceamento do uso de meios de transporte pelo trabalhador, e a presença de segurança *armada*, como requisito da caracterização da retenção coercitiva do trabalhador no local de trabalho em razão de dívida contraída. Omite-se completamente, ainda, quanto à conduta, tipificada na legislação penal, de restringir, por qualquer meio, a locomoção de alguém em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Afasta-se, assim, do conteúdo material da legislação de repressão ao trabalho escravo e, em consequência, deixa de cumprir o seu propósito.

Além disso, para diversas das figuras nela definidas, a Portaria do Ministério do Trabalho nº 1.129/2017 ora adota conceitos tecnicamente frágeis, ora impõe a concatenação de hipóteses quando, à luz do ordenamento jurídico vigente, a presença de cada uma delas já seria suficiente. É o que ocorre, por exemplo, com o conceito de trabalho forçado, nela definido não apenas como “aquele exercido sem o consentimento por parte do trabalhador” (opção linguística ambígua e que, por si só, se afasta dos parâmetros internacionais e jurisprudenciais), como exige que essa condição seja qualificada pela supressão da “possibilidade de expressar sua vontade”, o que é, igualmente ambíguo.

Ao atribuir, à expressão *jornada exaustiva*, significado afastado de qualquer possibilidade semântica a ela assimilável, porque sequer tangencia as ideias de exaustão física ou mental, de jornada excessiva em extensão ou intensidade, a Portaria opera verdadeiro esva-

ziamento do conceito. Além disso exige, para a sua configuração, a concatenação com hipótese de “privação do direito de ir e vir”, com o qual não se confunde.

A caracterização do conceito de *condição degradante* fica, igualmente, condicionada à sua concatenação com a figura diversa do “cerceamento da liberdade de ir e vir”, com a qual também não se confunde.

Por fim, a Portaria aparentemente afasta, de forma indevida, do conjunto das condutas equiparadas a trabalho realizado em condição análoga à de escravo, as figuras jurídicas da submissão a *trabalho forçado*, da submissão a *jornada exaustiva* e da sujeição a *condição degradante* de trabalho, atenuando fortemente o alcance das políticas de repressão, de prevenção e de reparação às vítimas do trabalho em condições análogas à de escravo.

A conceituação restritiva presente no ato normativo impugnado divorcia-se da compreensão contemporânea, amparada na *legislação* penal vigente no país, em *instrumentos internacionais* dos quais o Brasil é signatário e na *jurisprudência desta Suprema Corte*. (Grifos do original).

A extinção do Ministério do Trabalho, que passou a ser integrado ao Ministério da Economia desde o início do ano de 2019, gerou receio de possível enfraquecimento no combate à redução a condição análoga à de escravo. Entretanto, em 2019, foram encontrados pela Inspeção do Trabalho 1.133 trabalhadores em condições análogas à de escravo, número inferior ao de 2018 (1.752), mas superior aos de 2016 (972) e de 2017 (648). Em 2018, 808 trabalhadores foram resgatados em condições análogas à de escravo.⁴⁹ De qualquer sorte, causa preocupação o contingenciamento dos recursos para as fiscalizações, no contexto da contenção de gastos do Estado brasileiro, circunstância que atinge toda a Administração Pública.⁵⁰

49 Dados disponíveis em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/#escravo>. Acesso em: jan. 2021. Em 2020 foram encontrados apenas 240 trabalhadores em condições análogas à de escravo, em consequência, certamente das restrições decorrentes da pandemia de Covid-19.

50 Disponível em: <https://epoca.globo.com/a-cronica-dos-ultimos-dias-do-ministerio-do-trabalho-criado-por-vargas-ha-88-anos-extinto-por-bolsonaro-23349294>. Acesso em: jan. 2020.

8 Conclusão

É indiscutível que o Brasil avançou no combate à escravidão contemporânea em seu território. Porém a impunidade na esfera criminal permanece.

O Ministério Público Federal tomou medidas para processar o crime do art. 149 do Código Penal, o que levou a um aumento considerável no número de processos criminais. No entanto, pode-se dizer que as sentenças condenatórias definitivas e respectivas execuções ainda são mínimas, em que pese inexistir ainda um levantamento geral a respeito.

É de se esperar que as dificuldades enfrentadas pela Administração Pública brasileira não inviabilizem o bom funcionamento da estrutura governamental de combate ao trabalho escravo, senão a punição dos responsáveis por essa prática se tornará ainda mais difícil, apesar dos avanços até aqui alcançados.

Referências

ALVES, Rejane de Barros Meireles. *Escravidão por dívidas nas relações de trabalho rural no brasil contemporâneo: forma aviltante de exploração do ser humano e violadora de sua dignidade*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-11112011-110351/pt-br.php>. Acesso em: jan. 2021.

BRASIL. *Radar SIT*. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/#escravo>. Acesso em: jan. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 2464/2015*. Dispõe sobre o conceito de trabalho análogo ao de escravo. Disponível em: <https://>

www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=990429&filename=PL+3842/2012. Acesso em: jan. 2021.

CLAVERO, Bartolomé. Esclavitud y codificación en Brasil, 1888-2017: por una historia descolonizada del Derecho Latinoamericano. *Revista de Historia del Derecho*, v. 55, p. 27-89, 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. 20 outubro 2016. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_337_por.pdf. Acesso em: jan. 2021.

FHC cria um grupo para combater trabalho escravo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 jun. 1995. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/6/28/brasil/31.html#:~:text=Paulo%20%2D%20FHC%20cria%20um%20grupo,escravo%20%2D%2028%2F6%2F1995&text=O%20presidente%20Fernando%20Henrique%20Cardoso,por%20integrantes%20de%20cinco%20minist%C3%A9rios.&text=Segundo%20FHC%2C%20mais%20de%2080,s%C3%A3o%20do%20sul%20do%20Par%C3%A1>. Acesso em: jan. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Escravidão Contemporânea – Levantamentos*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/levantamentos>. Acesso em: jan. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil*. Disponível em: <https://observatorioescravo.mpt.mp.br/>. Acesso em: jan. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. DIREITOS HUMANOS. OFICINA DO ALTO COMISSARIADO. *Base de dados*, 2019. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272596/9789241565585-eng.pdfua=1&ua=1> . Acesso em: jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Uma aliança global contra o trabalho forçado* – Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Brasília: OIT, 2005. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227553.pdf. Acesso em: jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *O custo da coerção* – Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho. Lisboa: OIT, 2009. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_365599.pdf. Acesso em: jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho escravo no Brasil do século XXI*. 2006. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:1>. Acesso em: jan. 2021.

PEREIRA, Marcela Rage. *O Projeto de Lei n. 3.842/2012: Retrocesso frente à jurisprudência em construção*. BARBOZA, Márcia Noll (org.). *Escravidão contemporânea*. Brasília: MPF, 2017. p. 226-243. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/003_17_coletanea_de_artigos_escravidao_contemporanea.pdf. Acesso em: jan. 2021.

PORTINARI, Natalia. A crônica dos últimos dias do Ministério do Trabalho, criado por Vargas há 88 anos e extinto por Bolsonaro. *Revista Época*, São Paulo, 6 jan. 2019. Disponível em: <https://epoca.globo.com/a-cronica-dos-ultimos-dias-do-ministerio-do-trabalho-criado-por-vargas-ha-88-anos-extinto-por-bolsonaro-23349294>. Acesso em: jan. 2021.

Estudo exploratório sobre os fatores de risco nos inquéritos policiais de feminicídio em Ceilândia-DF

Thiago Pierobom de Ávila

Promotor de Justiça do MPDFT. Pesquisador associado ao Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Universidade de Lisboa. Professor Associado do PPG Direito do UniCeub e dos programas da FESMPDFT e da ESMPU. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa, com estágio de Pós-Doutorado em Criminologia pela Universidade Monash.

Larissa Muniz Pessoa

Escrivã de polícia da PCDF Especialista pelo curso Ordem Jurídica e Ministério Público da FESMPDFT. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

Resumo: Analisam-se os fatores de risco presentes em cinco casos de feminicídio consumado em Ceilândia-DF, no ano de 2016. O conhecimento dos fatores de risco permite a consecução de políticas públicas individualizadas de prevenção da escalada da violência doméstica. O estudo exploratório constatou que os fatores de risco que predominaram na amostra foram: vítima ou outro familiar ameaçado com faca ou arma de fogo; histórico de agressões físicas agravadas em desfavor da vítima; uso de álcool ou outras drogas pela vítima; uso de álcool ou outras drogas pelo agressor; autor com antecedentes criminais; vítima com filhos de outra relação; e grande diferença de idade entre agressor e vítima. As investigações criminais de feminicídio deveriam se atentar melhor para os fatores de risco presentes no caso. Outros estudos em profundidade com amostras mais significativas devem ser realizados para validar o uso destes instrumentos internacionais no Brasil.

Palavras-chave: Violência doméstica. Mulher. Feminicídio. Fatores de risco. Avaliação de risco.

Abstract: This paper analyses the risk factors in five cases of femicide in Ceilandia city, Federal District, Brazil, in 2016. Risk assessment allows to implement individualized policies to prevent the rise of domestic violence. The exploratory study concluded that the prevalent risk factors in the sample are: victim or family member threatened with knife or fire weapon; history of serious physical aggression against the victim; use of alcohol or drugs by the victim; use of alcohol or drugs by the perpetrator; perpetrator with criminal records; victim with children from another relation; substantial age difference between perpetrator and the victim. Criminal investigations of femicide should better focus on specific risk factor of the case. Other deeper studies with more significant samples should be performed in order to validate the use of risk assessment tools in Brazil.

Keywords: Domestic violence. Woman. Femicide. Risk factors. Risk assessment.

Sumário: 1 Introdução. 2 Metodologia. 3 As histórias dos feminicídios de Ceilândia em 2016. 4 Fatores de risco identificados nos casos. 5 Considerações finais.

1 Introdução

Em média, 64 mil mulheres são assassinadas anualmente no mundo.¹ Enquanto uma em duas mulheres é assassinada em contexto de violência doméstica, essa proporção é de apenas 1 em 20 para os homens.² O Brasil ocupa o 5º lugar no *ranking* da taxa de homicídios de mulheres quando comparado a uma lista com 83 países com dados homogêneos.³

1 SMALL ARMS SURVEY. A gendered analysis of violent deaths. *Small Arms Survey Research Note* 63. 2016. Disponível em: http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/H-Research_Notes/SAS-Research-Note-63.pdf. Acesso em: 21 out. 2017.

2 UNODC. *Global Study on Homicide 2013*. Vienna: UNODC, 2014. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/GLOBAL_HOMICIDE_Report_ExSum.pdf. Acesso em: 21 out. 2017.

3 WASELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: Flacso, 2015, p. 27. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br>. Acesso em: 31 maio 2017.

Segundo a Organização Mundial da Saúde, a violência contra a mulher tem como motor principal a discriminação de gênero.⁴ Os papéis sociais masculinos e femininos, fruto de construções socio-histórico-culturais, trazem à tona a ideologia do patriarcado, que propõe uma hierarquização das relações de gênero.⁵ O controle sobre a vida e a sexualidade das mulheres normaliza um conjunto de violências disciplinares, que tem o seu ápice no feminicídio.

Todavia, além deste motor principal, há fatores que potencializam o risco de ocorrência de episódios de violência.⁶ Todas as mulheres possuem o risco de sofrerem a violência doméstica, por viverem em uma sociedade sexista, todavia algumas mulheres possuem um risco mais acentuado de sofrerem essa violência, quando determinados fatores estão presentes.

A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) inaugurou um novo marco na luta pela defesa dos direitos humanos das mulheres contra a violência doméstica e familiar. Sua perspectiva não é exclusivamente punitiva, abrange um conjunto de políticas públicas voltadas à prevenção da violência e à proteção à mulher em situação de violência doméstica, propondo um novo modelo de atuação integrada em rede.⁷

A Lei n. 13.104/2015, que inseriu no Código Penal Brasileiro (CPB) o crime de feminicídio, a fim de nomear o crime de homicídio praticado contra a mulher por razões da condição de sexo

4 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *World report on violence and health*. Genebra: OMS, 2002. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42495/1/9241545615_eng.pdf. Acesso em: 1º maio 2017.

5 MACHADO, Lia Zanotta. Onde não há igualdade. In: MORAES, Aparecida; SORJ, Bila (orgs.). *Gênero, violência e direitos na sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2009. v. 1, p. 158-183.

6 MEDEIROS, Marcela Novais. *Avaliação de risco em casos de violência contra a mulher perpetrada por parceiro íntimo*. 2015. Tese (Doutorado em Psicologia Clínica e Cultura), Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 37 et seq. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/20191>. Acesso em: 23 jun. 2017.

7 PASINATO, Wânia. *Acesso à justiça e violência contra a mulher em Belo Horizonte*. São Paulo: Annablume/FAPESP, 2012.

feminino, inclui-se nessa linha de ações político-criminais de enfrentamento à violência contra as mulheres. Além de buscar uma punição mais justa para o ápice letal da violência de gênero, tais normas procuram dar visibilidade política e melhorar a compreensão sobre as causas da violência contra as mulheres.

Segundo as Diretrizes Nacionais sobre feminicídio,⁸ trata-se de um crime evitável, exigindo uma articulação conjunta da rede de serviços no sentido de evitar a escalada da violência contra as sobreviventes. Atualmente, um dos maiores desafios das políticas públicas tem sido assegurar a integração dessa rede com a intersectorialidade, a transversalidade e a universalidade dos serviços.⁹

A avaliação e gestão do risco tem se tornado um elemento central nas políticas de prevenção e proteção à mulher em diversos países.¹⁰ Alguns estudos têm indicado uma correlação entre as políticas públicas de intervenção em rede, em contexto de violência doméstica, com a análise econômica do Direito, indicando o potencial de redução do risco de reiteração da conduta.¹¹ Igualmente no Distrito Federal, desde 2016, há a aplicação pela Polícia Civil (PCDF) e por instituições do sistema de justiça de um formulário de avaliação de risco, desenvolvido pela rede distrital de enfrentamento à violência doméstica, sob coordenação do Núcleo de Gênero do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT).¹² A partir de

8 PASINATO, Wânia (org.). *Diretrizes nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Brasília: SPM; ONU Mulheres, 2016. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/2016/livro-diretrizes-nacionais-femicidios-versao-web.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2017.

9 PASINATO, 2012.

10 MCCULLOCH, Jude *et al.* *Review of the family violence risk assessment and risk management framework (CRAF): final report*. Melbourne: Monash University, 2016.

11 SIQUEIRA, Lia de Souza *et al.* A rede de proteção à mulher vítima de violência doméstica: uma visão econômica de sua articulação pelo Ministério Público. In: TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar de (orgs.). *O Ministério Público e os desafios do século XXI: uma abordagem jus econômica*. Curitiba: CRV, 2015, p. 185-217.

12 DISTRITO FEDERAL. *Questionário de avaliação de risco*. Brasília: MPDFT, 2016. Disponível em: http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/nucleos/nucleo_genero/Question%C3%

2019, o preenchimento desse questionário tornou-se obrigatório por todas as unidades policiais no DF.¹³ O modelo do Distrito Federal inspirou a construção, em 2019, de formulário nacional pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ),¹⁴ tendo o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a partir da contribuição de especialistas nacionais e internacionais, proposto outro modelo de avaliação de risco, o FRIDA.¹⁵ Em 2020, ambos os modelos do CNJ e do CNMP foram unificados.¹⁶ Todavia, não há estudos validando tais avaliações de risco no contexto sociocultural brasileiro.

Partindo da perspectiva de gênero, este artigo tem o objetivo de identificar os fatores de riscos predominantes nos crimes de feminicídios consumados na cidade de Ceilândia-DF, durante o ano de 2016, tendo como referencial de análise os inquéritos policiais dessa natureza. Para tanto, a pesquisa teve um fim exploratório e uma abordagem mista (predominantemente qualitativa), valendo-se de meios documentais e bibliográficos.¹⁷ Pretende-se contribuir para a sedimentação das políticas públicas de prevenção à violência contra a mulher no Distrito Federal e no Brasil.

2 Metodologia

A cidade selecionada para ser objeto desta pesquisa, Ceilândia, é uma região administrativa do Distrito Federal, que, no ano de 2015, tinha uma população estimada de 489.351 habitantes e nível socioeconômico baixo, com uma renda *per capita* de 1,6

A1rio_de_avalia%C3%A7%C3%A3o_de_risco_v.3_-_consolidado.pdf. Acesso em: 21 out. 2017.

13 DISTRITO FEDERAL. *Norma de Serviço n. 01*. Brasília: CGP/PCDF, 2019.

14 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 284*. Brasília: CNJ, 2019.

15 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Orientações para uso do formulário de avaliação de risco FRIDA*. Brasília: CNMP, 2019.

16 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução Conjunta n. 05*. Brasília: CNJ; CNMP, 2020.

17 GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 1999.

salário mínimo.¹⁸ No ano de 2013, a taxa de homicídio no Brasil foi de 4,8 por 100 mil mulheres, enquanto no Distrito Federal a taxa foi de 5,6 por 100 mil mulheres. O Distrito Federal ocupa a 14ª posição em relação a outras unidades federativas, e Brasília fica na 19ª posição entre as capitais.¹⁹ Dentro do Distrito Federal, Ceilândia ocupa o primeiro lugar no *ranking* dos crimes de violência doméstica, apresentando um total de 2.304 ocorrências de violência doméstica durante o ano de 2013.²⁰

A pesquisa teve três fases: levantamento das ocorrências policiais de casos de feminicídio consumado em Ceilândia, durante o ano de 2016, acesso eletrônico ao conteúdo dos inquéritos policiais e obtenção de vista de eventuais processos anteriores arquivados.

Para o levantamento das ocorrências de feminicídio, foi realizada pesquisa através do sistema de ocorrências da PCDF (Sistema Millenium), tendo o acesso sido viabilizado pelo fato de a segunda autora deste artigo integrar os quadros da referida instituição. Obteve-se autorização administrativa da PCDF para a realização da pesquisa.

Os parâmetros utilizados para a pesquisa foram: o local do fato (Ceilândia), a delegacia de registro (todas), a natureza da ocorrência (feminicídio consumado) e a data do registro inicial e final (de 1º/1 a 31/12/2016). Na seleção da amostra, não foram excluídas as ocorrências de feminicídio seguidas de suicídio ou tentativa de suicídio. A estratégia foi relevante, pois um dos casos identificados inicialmente foi classificado como tentativa de suicídio (Caso 3).

18 DISTRITO FEDERAL. *Pesquisa distrital por amostra de domicílios – Ceilândia*. Brasília: CODEPLAN, 2015b. Disponível em: http://www.codeplan.df.gov.br/images/CODEPLAN/PDF/pesquisa_socioeconomica/pdad/2015/PDAD_Ceilandia_2015.pdf. Acesso em: 8 ago. 2017.

19 WAISELFISZ, 2015, p. 27.

20 DISTRITO FEDERAL. *Informações Estatísticas n. 010/2017 e 038/2017*. Brasília: COOAFES, 2017. Disponível em: <http://www.ssp.df.gov.br/estatisticas/violencia-contra-a-mulher.html>. Acesso em: 9 ago. 2017.

A pesquisa analisou apenas os feminicídios praticados no ano de 2016, ano seguinte ao da vigência da Lei n. 13.104, que criminalizou o feminicídio e entrou em vigor em 9 de março de 2015. Pesquisas anteriores à nova lei que se debruçaram sobre a análise de casos de feminicídio tiveram dificuldades de construir a amostra, de sorte que a consulta ao sistema da PCDF com o recurso da nova tipificação facilitou este estudo.²¹

Após o preenchimento dos parâmetros elegidos, obteve-se um resultado de cinco ocorrências de feminicídio consumado na região de Ceilândia entre os dias 4/1/2016 e 11/11/2016. Esse dado converge com as informações divulgadas pela Secretaria de Segurança Pública e Paz Social do Governo de Brasília.

Em posse dessas informações, analisaram-se as cópias dos inquéritos policiais constantes do sistema informatizado da PCDF. Além das pesquisas das ocorrências que noticiaram o feminicídio e dos respectivos procedimentos investigativos, foi feita nova busca nos sistemas da PCDF por ocorrências policiais anteriores e antecedentes criminais dos autores. A pesquisa foi realizada em setembro de 2017.

Sistematizou-se a pesquisa por meio da coleta de dados gerais, elaborando-se um breve relato do histórico do caso, seguido da análise dos fatores de risco considerados no formulário de avaliação de risco elaborado no âmbito do Distrito Federal pela rede distrital de enfrentamento à violência doméstica.²² A fim de ampliar a demonstração dos resultados da pesquisa, o referido formulário foi

21 Pesquisa de Diniz necessitou analisar todos os laudos cadavéricos de mulheres, do IML, após examinar os respectivos inquéritos policiais, para esclarecer quais homicídios teriam sido praticados em contexto de violência doméstica contra a mulher. Ver: DINIZ, Debora (coord.). *Radiografia dos homicídios por violência doméstica contra a mulher no Distrito Federal*. Brasília: ANIS, 2015. Disponível em: http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/nucleos/nucleo_genero/publicacoes/Pesquisa_ANIS_Radiografia_homicidios_violencia_domestica.pdf. Acesso em: 21 out. 2017.

22 A segunda autora realizou a análise dos inquéritos policiais, sob a coordenação do primeiro autor. Ambos discutiram, analisaram em conjunto os resultados e redigiram este texto. Sobre o questionário de avaliação de risco utilizado como paradigma para a avaliação de risco, ver: DISTRITO FEDERAL, 2016.

adaptado quanto à forma de identificação dos fatores de risco, apresentado as seguintes opções de resposta: presente, eventualmente presente, ausente e omissão.²³ O presente artigo analisa e sistematiza a presença dos fatores de risco nos casos analisados. Usualmente o formulário é aplicado para casos em curso perante as diversas varas de violência doméstica, de sorte que sua aplicação para casos de feminicídio consumado no Distrito Federal é inédita.

Apesar de se tratar de consulta a documentos públicos, levando em consideração que as informações coletadas tangem à esfera íntima dos envolvidos, garantiu-se o anonimato das partes.

Uma possível limitação da construção da amostra da pesquisa corresponde a eventual equívoco ou omissão no registro policial.²⁴ Em decorrência da complexidade do tema e das limitações relacionadas ao tempo de pesquisa, não foram coletadas as ocorrências nas quais o crime foi praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino e que, por algum motivo, não tenham sido classificadas como feminicídio.

Outra limitação corresponde à efetiva documentação dos fatores de risco nos inquéritos policiais. A eventual falta de capacitação dos investigadores sobre os fatores de risco e a complexidade da violência de gênero poderia ensejar que não houvesse a documentação do fator de risco, induzindo a um falso negativo.

3 As histórias dos feminicídios de Ceilândia em 2016

Segue breve relato do contexto fático dos casos de feminicídio analisados.

23 Utilizando esta classificação, ver: ALMEIDA, Iris; SOEIRO, Cristina. Avaliação de risco de violência conjugal: versão para policiais (SARA: PV). *Análise Psicológica*, Lisboa, v. 28, n. 1, 2010, p. 184. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/aps/v28n1/v28n1a13.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2017.

24 No âmbito do Distrito Federal, pesquisa do Instituto ANIS analisou 275 casos de mortes violentas de mulheres cometidas entre 2006 e 2011, e verificou que em 21% dos casos não houve esclarecimento da autoria do crime, pertencendo à denominada cifra oculta. Ver: DINIZ, 2015.

3.1 Caso 1: Processo 2016.03.1.000056-8

A vítima e o autor mantinham uma relação de namoro havia quatro meses, moravam em casas separadas e não tinham filhos em comum. No dia 4/1/2016, a vítima e o filho dela de relacionamento anterior, de 9 anos de idade, estavam na casa do autor, quando, por volta de 1h20, este se incomodou com o fato de a vítima estar conversando com outras pessoas através de um aplicativo de celular. Após o autor retirar o aparelho celular das mãos da vítima, iniciou-se uma discussão, tendo esta sugerido o rompimento do relacionamento, momento em que o autor foi na direção da vítima portando uma faca. O filho da vítima tentou defendê-la, contudo foi lesionado na cabeça e em um dos dedos, além de ter sido ameaçado de morte pelo autor caso não ficasse quieto. O autor matou a vítima com mais de 15 golpes de faca nas regiões da cabeça, do pescoço, do tronco, do braço e da coxa. O filho da vítima foi socorrido até o hospital e liberado no mesmo dia, quando foi ouvido formalmente na delegacia de polícia e narrou que o autor era ciumento e já havia agredido (“puxado o braço”) da vítima. A discussão e parte das agressões também foram presenciadas pela mãe do autor, a qual prestou esclarecimentos na condição de testemunha. Após matar a namorada, o autor fugiu, contudo foi preso em flagrante horas após, em uma padaria da cidade, oportunidade em que informalmente confessou ter praticado o crime, com a alegação de que havia tomado conhecimento, por meio de um aplicativo de celular, de que a vítima o traía. Em sede policial, o autor fez uso do direito de permanecer em silêncio e, na ação penal, foi pronunciado e aguarda o julgamento preso. Não havia outros registros policiais noticiando conflitos entre o casal.

3.2 Caso 2: Processo 2016.03.1.014848-8

No Caso 2, a vítima e o autor mantinham um relacionamento amoroso havia três meses e não tinham filhos em comum. Por volta das 17h do dia 5/6/2016, um dia depois de a vítima ter ido residir na casa do autor, ela foi morta com um único disparo de arma de fogo efetuado pelo companheiro na região do tórax. Um vizinho

do casal ouviu o barulho do disparo da arma e, logo em seguida, presenciou o companheiro da vítima deixando o imóvel gritando: “Viva São João!”. Esse mesmo vizinho presenciou o companheiro da vítima portando uma arma de fogo na garagem do imóvel momentos antes do crime. Após o fato, o autor deixou o imóvel e, ao retornar para o local, pressionou alguns vizinhos para que, caso fossem questionados por policiais, omitissem informações. Os vizinhos do casal foram ouvidos na delegacia, oportunidade em que um deles relatou que 15 dias antes do crime acionara a Polícia Militar, pois constantemente ouvia barulhos que o levaram a crer que a vítima era agredida fisicamente, contudo não há outros registros policiais envolvendo autor e vítima. O companheiro da vítima negou ter sido o autor do crime, entretanto foi preso por força de um mandado de prisão um dia depois do fato, quando afirmou que não estava em casa no momento em que a vítima foi morta. Na delegacia, o autor apresentou-se descontrolado, agressivo e aparentemente sob efeito de drogas, tendo desacatado os policiais. O autor foi pronunciado e aguarda o julgamento preso.

3.3 Caso 3: Processo 2016.03.1.018176-0

No Caso 3, o autor e a vítima moravam juntos havia oito anos (casados civilmente desde 2015) e não há notícias de filhos em comum. No dia 20/9/2016, por volta de 1h, vizinhos do casal escutaram barulho de discussão bem como sons de batidas de porta. Logo em seguida, a vítima foi com uma das mãos sangrando até a casa de uma vizinha, localizada nos fundos do lote onde o casal residia, para pedir ajuda. Nesse momento, o autor seguiu a vítima em posse de uma faca, ocasião em que a matou com três golpes de faca nas regiões do pescoço e do tronco. Após atingir a vítima, o autor desferiu um golpe de faca no próprio pescoço. A vítima faleceu no local e o autor foi encaminhado em estado grave ao hospital, onde foi preso em flagrante pelo crime. Um vizinho do casal foi ouvido em sede policial na condição de testemunha, tendo narrado que ouvia brigas entre o casal, mas que nunca soube de eventuais agressões físicas. O autor foi dispensado do interrogatório policial em

virtude do grave estado clínico; em juízo, ele foi pronunciado pelo crime e aguarda o julgamento plenário preso. Não havia outros registros policiais noticiando conflitos entre o casal.

3.4 Caso 4: Processo 2016.03.1.018256-3

No Caso 4, a vítima e o autor não tinham filhos em comum, mantiveram uma relação de namoro entre três e cinco meses, estavam separados há algum tempo e se encontravam ocasionalmente. No dia 21/9/2016, por volta das 23h, a vítima estava em uma praça na companhia de conhecidos fazendo uso de maconha, quando foi surpreendida com a presença do autor no local. Após a vítima pedir que o autor deixasse o local, ele se recusou e passou a empunhar uma arma de fogo. Nesse momento, a vítima foi na direção do autor e o questionou se a mataria, tendo o autor efetuado um disparo com a arma na direção do tórax da vítima. Depois de matar a vítima, o autor, que é policial militar, largou a arma no chão e passou a segurar a vítima chorando. Populares que presenciaram o crime retiraram as munições da arma e chamaram a polícia, que compareceu ao local e conduziu o autor até a delegacia. O autor foi preso em flagrante e usou o direito de permanecer calado. Na justiça, o autor alegou que efetuou o disparo de maneira acidental. O autor foi pronunciado pelo crime e aguarda o julgamento em liberdade. Não havia outros registros policiais noticiando conflitos entre os envolvidos.

3.5 Caso 5: Processo 2016.03.1.022094-5

No Caso 5, a vítima e o autor se relacionavam havia três anos, dividiam a mesma casa na época do crime e não há relatos de filhos em comum. No dia 11/11/2016, a vítima tomou conhecimento de que o autor havia quebrado objetos da casa onde residia, ocasião em que o casal teve uma discussão e a vítima deixou o imóvel para ir até a casa de uma vizinha. Momentos depois, por volta das 18h30, quando a vítima estava nas proximidades de sua residência conversando com alguns vizinhos, o autor chegou ao local em posse

de um líquido desconhecido, jogou o fluido no corpo da vítima e ateou fogo sobre ela. Na tentativa de ajudar a vítima, uma vizinha também foi incendiada pelo autor. As vítimas foram socorridas ao hospital, tendo a companheira do autor falecido 16 dias depois por insuficiência respiratória. A companheira do autor foi queimada no couro cabeludo, face, região cervical, tórax, membros superiores (braços, antebraços e mãos), abdome (flanco direito e regiões inguinais), genitália, regiões escapulares, regiões lombares, glúteos e membros inferiores. A vizinha foi traqueostomizada, teve 23% da superfície corporal queimada (pescoço, braços, peito, pernas e mãos) e ficou internada por 50 dias, sendo 30 dias na UTI. O autor não foi localizado no dia do crime, encontra-se foragido em virtude de um mandado de prisão preventiva e foi denunciado pelo crime, porém não foi citado, pois se encontra em local desconhecido.

4 Fatores de risco identificados nos casos

Fatores de risco de ocorrência de feminicídio ou violência potencialmente letal são os elementos circunstanciais que indicam uma maior probabilidade de ocorrência do evento feminicídio consumado ou tentado. Avaliação de risco é, portanto, o processo de recolha dessas informações para tomada de decisões direcionadas à proteção da mulher (gestão do risco).²⁵ A avaliação de risco é distinta da avaliação das necessidades da mulher decorrentes da situação de violência doméstica: nem todas as necessidades geram risco de incremento da violência.²⁶ Ainda assim, todas as necessidades devem ser atendidas pelas instituições de apoio.

Diversos estudos têm indicado que a violência doméstica é um ciclo, com uma sucessão de diversos episódios que podem culminar na morte da mulher.²⁷ Pesquisa no Brasil documentou que 32% das

25 ALMEIDA; SOEIRO, 2010, p. 180.

26 MCCULLOCH *et al.*, 2016, p. 36.

27 WALKER, LENORE E. A. *The battered woman syndrome*. 4. ed. New York: Springer Publishing Company, 2017.

mulheres entrevistadas que afirmaram ter sofrido violência doméstica continuam convivendo com o agressor.²⁸ Assim, a identificação precoce do risco de feminicídio pode permitir intervenções do Estado de gestão do risco, para evitar que o caso evolua para o evento letal. Verificados os riscos, avalia-se a possibilidade de reincidência ou agravamento da violência para então adotar medidas protetivas e preventivas adequadas ao caso concreto.

Tais instrumentais também facilitam a implementação de protocolos de referência e compartilhamento de informação que permitam delimitar responsabilidades das diversas agências públicas encarregadas da proteção à mulher. Instrumentos de avaliação de risco têm sido reconhecidos internacionalmente como ferramentas destinadas a identificar e construir compreensão e responsabilização compartilhadas, por profissionais especializados, das particularidades envolvendo uma situação de violência doméstica.²⁹

Há razoável literatura internacional sobre os riscos de ocorrência de episódios de violência doméstica e familiar contra a mulher, especialmente no contexto de violência praticada por parceiro íntimo.³⁰ Os instrumentos internacionais de avaliação denominados *Danger Assessment (DA)*, *Revised Domestic Violence Screening Instrument (DVSI-R)* e *Spousal Assault Risk Assessment (SARA)* são comumente citados pela literatura. O DVSI-R é destinado a qualquer tipo de violência doméstica; e a DA e a SARA são direcionadas às relações íntimas de afeto.³¹ O Brasil não adota uma avaliação de

28 DATASENADO. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: pesquisa de opinião pública nacional*. Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <http://compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/DataSenadoPesqVCM2011.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2019.

29 MCCULLOCH *et al.*, 2016.

30 Ver, por todos: CAMPBELL, Jacquelyn *et al.* Risk factors for femicide in abuse relationships: results of a multisite case control study. *American Journal of Public Health*, Washington, D.C., v. 93, n. 7, 2003; e CAMPBELL, Jacquelyn *et al.* Intimate partner violence risk assessment validation study. *NCJRS*, Washington, D.C., 28 Mar. 2005. Disponível em: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/209731.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

31 MEDEIROS, 2015, p. 37 *et seq.*

risco padronizada, e, para utilizar esses instrumentos, é necessária uma “tradução, adaptação cultural e validação”.³²

No âmbito do Distrito Federal, a rede de enfrentamento à violência doméstica elaborou um questionário baseado na investigação com perspectiva de gênero, que deverá ser preenchido pela vítima na delegacia de polícia, com ou sem o auxílio de um profissional, durante a comunicação de um episódio de violência doméstica.³³ As questões presentes no formulário são as que constam das seções a seguir. Após o preenchimento do questionário, a situação será analisada pelo Sistema de Justiça e poderá ser classificada como: provável risco extremo, provável risco grave ou provável risco moderado, com as respectivas estratégias de gestão do risco. Esse questionário foi elaborado tendo como inspiração próxima o sistema português de avaliação de risco, mediante solicitação de cooperação realizada pelo Núcleo de Gênero do MPDFT com a Procuradoria-Geral da República de Portugal.³⁴

Ressalta-se que, ainda que a avaliação se dê por um instrumento cientificamente validado, ela é falível, podendo resultar em um falso positivo ou um falso negativo.³⁵ Portanto, o incentivo à mulher para sair da situação de violência deve ocorrer em todos os casos, durante todo o processo, conscientizando-a dos riscos e evitando sobrestimar ou minimizar a violência. Ainda assim, o instrumento eleva a possibilidade de individualização da resposta preventiva.

A presente pesquisa teve como base os fatores de risco abordados pelo questionário do Distrito Federal. Complementamos

32 MEDEIROS, 2015, p. 44.

33 DISTRITO FEDERAL, 2016.

34 DISTRITO FEDERAL. *Documentos sobre avaliação de risco no sistema português*. Brasília: MPDFT, 2015a. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/nucleos-sectionmenu-308/209-nucleo-de-genero/8739-documentos-sistema-portugues>. Acesso em: 21 out. 2017.

35 FERNANDES, Catarina; MONIZ, Helena; MAGALHÃES, Teresa. Avaliação e controlo do risco na violência doméstica. In: FAZENDA, Maria Helena (dir.). *Violência doméstica: avaliação e controle de riscos*. Lisboa: 2013, p. 232 *et seq.*

esta lista com outros quatro fatores extraídos da literatura que tiveram especial verificação na pesquisa (violência na presença de crianças no contexto familiar; autor com antecedentes criminais; vítima possui filhos de outra relação; e grande diferença de idade entre vítima e agressor).³⁶ Vejamos.

4.1 Vítima ou outro familiar ameaçado com faca ou arma de fogo

O comportamento ameaçador do autor é empregado a fim de intimidar a vítima ou familiares. Quando o homem utiliza esse tipo de mecanismo, evidencia o seu perfil violento em relação às soluções de conflito, elevando a vulnerabilidade da mulher. Quando as ameaças ou as agressões são praticadas com uso de arma ou faca, a mulher tem 20 vezes mais probabilidade de ser morta pelo agressor.³⁷

Segundo o mapa da violência, o meio mais comum para a prática de homicídios femininos no Brasil no ano de 2013 foi o uso de arma de fogo (48,8%), seguido pelo instrumento cortante/penetrante (25,3%).³⁸ No âmbito do Distrito Federal, uma pesquisa realizada pelo Instituto ANIS mostrou que mais da metade dos homicídios de mulheres com violência doméstica ou familiar ocorridos entre os anos de 2006 e 2011 foi causada por lesão por arma branca, seguida pelo disparo de arma de fogo (36%).³⁹

Esse fator de risco esteve presente em todos os casos analisados.

No Caso 1, o autor matou a vítima fazendo uso de uma faca, bem como lesionou e ameaçou o filho da vítima com o mesmo objeto.

36 MEDEIROS, 2015, p. 37 *et seq.*

37 KLEIN, Andrew Rhode. *Practical implication of current domestic violence research: for Law enforcement, prosecutors and judges*. Washington: National Institute of Justice, 2009, p. 27. Disponível em: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/225722.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2017.

38 WASELFSZ, 2015, p. 27.

39 DINIZ, 2015.

No Caso 2, o crime foi consumado por meio de uma arma de fogo.

No Caso 3, o autor matou a vítima com golpes de faca.

No Caso 4, antes de matar a vítima, o autor ficou empunhando uma arma de fogo, que foi utilizada por ele para consumir o crime.

No Caso 5, segundo informações de um parente da vítima, ela tinha o costume de esconder as facas da casa, pois o autor a ameaçava fazendo uso do objeto. Uma semana antes do crime, o autor comprou uma faca e afirmou que seria para matar a vítima. Nesse caso o feminicídio foi consumado mediante uso de líquido inflamável.

4.2 Agressões físicas graves em desfavor da vítima: queimadura, enforcamento, sufocamento, tiro, afogamento, osso quebrado, facada e/ou paulada

Esses tipos de agressões são considerados os principais fatores de risco para o feminicídio.⁴⁰ O tipo de agressão e seu nível de severidade são levados em consideração pela literatura para avaliar a probabilidade de reincidência da violência.⁴¹ Estudos apontam que as mulheres que foram vítimas de estrangulamento têm uma probabilidade 10 vezes maior de serem mortas pelos companheiros.⁴²

Esse fator de risco esteve presente em todos os casos analisados.

No Caso 1, o autor matou a vítima com 15 golpes de faca nas regiões da cabeça, do pescoço, do tronco, do braço e da coxa.

No Caso 2, a vítima foi morta com um tiro na região do tórax, e, dias antes do crime, os vizinhos ouviam barulhos que os levaram a crer que a vítima era agredida pelo autor.

40 CAMPBELL *et al.*, 2003, p. 1091.

41 ALMEIDA; SOEIRO, 2010, p. 180.

42 GONÇALVES, Rui Abrunhosa (superv.); MORAIS, Ana (colab.). *RVD – Manual de aplicação da ficha de avaliação de risco*. Lisboa: MAI, 2014, p. 21.

No Caso 3, o autor matou a vítima com três facadas nas regiões do pescoço e do tronco.

No Caso 4, o autor matou a vítima com um disparo de arma de fogo na região do tórax.

No Caso 5, a vítima faleceu devido às queimaduras provocadas pelo autor, e, segundo informações de um parente da vítima, três meses antes do crime, ela havia sido atingida por três golpes de faca desferidos pelo autor; no entanto, não houve registro policial nem atendimento em unidade de saúde. Consta nos autos que o autor era agressivo e que a vítima sempre demonstrou ter muito medo dele.

4.3 Autor com doença mental (incluindo o uso abusivo de álcool ou drogas)

Os estudos realizados por Walker⁴³ indicam que os doentes mentais são o segundo tipo de agressor mais comum, ficando atrás apenas do agressor controlador. A doença mental é preocupante quando há uma descompensação clínica, normalmente causada pela falta ou alteração da quantidade de medicação, e quando é decorrente do uso de drogas pode ser acompanhada por atos agressivos.⁴⁴

A circunstância de uso abusivo de álcool e/ou substâncias entorpecentes por parte dos autores foi considerando dentro deste tópico. Estudo indicou que o álcool e as drogas ilícitas são agentes que desestabilizam o sujeito, potencializando o comportamento agressivo do homem.⁴⁵ Na hipótese em que essas substâncias interferem no comportamento do indivíduo envolvido em situações violentas anteriores, o risco de feminicídio aumenta de forma significativa.⁴⁶ Nesse sentido, enquanto a violência é um fator de risco

43 WALKER, 2017, p. 10.

44 GONÇALVES; MORAIS, 2014, p. 34.

45 MEDEIROS, 2015, p. 90.

46 CAMPBELL *et al.*, 2003, p. 1092.

direto para a reincidência, o uso de álcool e outras drogas é um fator indireto.⁴⁷ Vale registrar que a fonte da violência não é o uso de álcool ou drogas, mas a desigualdade de gênero, sendo que esta circunstância potencializa o risco da violência.

No Caso 1, em 2012, o autor esteve envolvido em uma situação de flagrante de tentativa de homicídio na qual apresentava sinais de embriaguez, e, em 2015, foi registrada uma ocorrência policial que imputa ao autor o uso de drogas.

No Caso 2, o autor afirmou que no dia do fato estava sob efeito de *crack* e álcool. Consta no histórico da ocorrência que, no dia em que o autor foi preso em decorrência do crime de feminicídio, ele estava agressivo/descontrolado, aparentava estar sob efeito de drogas, tendo assumido ser usuário de *crack* durante o interrogatório. Nos anos de 2005 e 2010, o autor esteve envolvido em ocorrências de porte de maconha e cocaína. O irmão do autor informou que ele é usuário de *Rohypnol* e uma pessoa agressiva.

No Caso 3, uma testemunha narrou que o autor ingeria bebidas alcoólicas com frequência e estava transtornado no momento do crime. Consta no laudo de local que havia uma garrafa de cerveja aberta na sala da residência do casal, bem como um copo de vidro com conteúdo de coloração e odor compatíveis com cerveja.

No Caso 4, consta nos autos que, quando o autor fazia uso de bebidas alcoólicas, ele procurava manter contato com a vítima de maneira insistente e que a vítima terminou o relacionamento pelo fato de o autor ingerir bebidas alcoólicas de forma exagerada. Por outro lado, os familiares da vítima relataram que nunca houve notícias de comportamento agressivo por parte do autor.

No Caso 5, o fator de risco foi considerado presente, pois consta em outra ocorrência policial que, em 2014, o autor foi conduzido até uma delegacia de polícia pelo fato de ter ameaçado a vítima e que não teve condições de assinar as documentações

47 MEDEIROS, 2015, p. 91.

necessárias, pois estava visivelmente alterado, aparentando uso de bebida alcoólica ou outra substância.

4.4 Autor com antecedentes criminais

Esse fator é avaliado a partir do comportamento do agressor tanto nos ambientes intrafamiliares/extrafamiliares quanto em relação ao sistema de justiça, e, quando presente, torna o risco de agressão muito alto.⁴⁸

Nos casos apresentados, apenas um dos autores não tinha histórico criminal.

No Caso 1, nos anos de 2004, 2005 e 2008, o autor foi preso por porte ilegal de arma de fogo; no ano de 2012, tentou matar um conhecido com golpes de facas; no ano de 2013, esteve envolvido em uma situação de lesão corporal recíproca no interior de estabelecimento prisional; e, no ano de 2015, foi denunciado através do Disque Direitos Humanos por negligenciar e abusar psicologicamente a própria mãe.

No Caso 2, além do crime de feminicídio, o autor possui 10 anotações criminais desde o ano de 1991, entre elas: furto, estelionato, receptação, formação de quadrilha ou bando, injúria, desacato, exercício arbitrário das próprias razões e porte de drogas.

No Caso 3, constam nos antecedentes criminais do autor dois indiciamentos por receptação no ano de 1993.

No Caso 4, o autor não tinha antecedentes criminais.

No Caso 5, o autor já tinha sido indiciado por furto, lesão corporal, ameaça e perturbação da tranquilidade.

4.5 Diferença de idade acentuada entre agressor e vítima

Vários estudos que analisaram episódios de feminicídio apontam que uma significativa diferença de idade entre agres-

⁴⁸ WALKER, 2017, p. 19.

sor e vítima é um fator de risco para o feminicídio. Um estudo realizado por Shackelford⁴⁹ mostra que a taxa de assassinato da mulher por um parceiro mais velho é aproximadamente quatro vezes maior do que o percentual das mulheres mortas por homens da mesma idade.

Verificou-se na presente pesquisa que três dos cinco autores eram mais velhos do que as vítimas (Caso 2: 18 anos; Caso 3: 15 anos; Caso 4: 28 anos), e em um caso o agressor era 7 anos mais novo (Caso 5).

4.6 Vítima com filhos de outra relação

Ao comparar alguns fatores de risco (história prévia de violência conjugal, história criminal, abuso de substâncias, problemas de saúde mental, ameaças de morte e processo de separação e filhos de relacionamentos anteriores), Almeida⁵⁰ verificou que a circunstância de a mulher ter filhos de outra relação é o fator mais preditivo para o feminicídio. Uma pesquisa realizada por Campbell *et al.*⁵¹ demonstrou que o risco de feminicídio é duplicado quando a mulher tem filho de relação anterior.

A presente pesquisa apresentou três casos em que a vítima tinha filhos de outro relacionamento.

No Caso 1, foi identificado que a vítima tinha ao menos três filhos de outros relacionamentos.

49 SHACKELFORD, T. K. *Cohabitation, marriage, and murder: woman killing by male romantic partners*. Davie/FL: Division of Psychology of Florida Atlantic University, 2001, p. 288. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.521.902&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 19 jan. 2018.

50 ALMEIDA, Iris. *Avaliação de risco de feminicídio: poder e controlo nas dinâmicas das relações íntimas*. 2012. Dissertação (Doutorado em Psicologia), Escola de Ciências Sociais e Humanas, Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 217 *et seq.* Disponível em: https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/5893/4/PhD_Iris_Almeida.pdf. Acesso em: 3 ago. 2017.

51 CAMPBELL *et al.*, 2003, p. 1090.

No Caso 2, segundo informações do autor, a vítima tinha uma filha de uma relação anterior.

No Caso 4, a vítima deixou um filho fruto de um antigo relacionamento.

Nos Casos 3 e 5, não há informações de que as vítimas tinham filhos.

4.7 Comportamentos de ciúme excessivo e de controle sobre a vítima

Quando o homem possui comportamentos de ciúmes e controle, procura manter o poder que julga ter sobre a mulher e, em alguns casos, em decorrência da dependência emocional, prefere matá-la a perder o controle.⁵² Segundo Medeiros,⁵³ tais comportamentos estão ligados “à socialização de gênero, à concepção de amor como posse e à baixa autoestima do homem”, o que pode ser agravado se “o homem tiver algum recurso especial contra a mulher, como, por exemplo, ser policial ou ter amigo policial”.

No ciúme patológico (obsessivo ou delirante) o risco de abuso, homicídio e/ou suicídio é elevado.⁵⁴ Uma pesquisa realizada por Campbell *et al.*⁵⁵ apontou que o risco de feminicídio foi aumentado em nove vezes quando o agressor é altamente controlador e passou por um processo de separação após conviver com a mulher.

Dos cinco casos analisados, o comportamento de ciúme excessivo e de controle sobre a vítima estava presente em três.

No Caso 1, a vítima foi morta após o autor se incomodar com fato de ela estar conversando com outras pessoas através do

52 GONÇALVES; MORAIS, 2014, p. 31.

53 MEDEIROS, 2015, p. 87.

54 GONÇALVES; MORAIS, 2014, p. 31.

55 CAMPBELL *et al.*, 2003, p. 1090.

celular. Consta nos autos que o autor tinha ciúmes dos colegas de trabalho/escola da vítima.

No Caso 2, não há informações sobre comportamento de ciúme excessivo ou controle do autor sobre a vítima. No interrogatório, o autor afirmou que se envolvia sexualmente com a vítima; no entanto, não reconheceu a relação, alegando que apenas cedeu um quarto de sua casa à vítima a fim de permitir um contato mais próximo entre ela, o ex-marido e a filha deles. O autor alegou, ainda, que tinha conhecimento de que, na época do crime, a vítima mantinha um relacionamento com outra pessoa. Apesar de não estar claro nas informações do processo, é possível que esses múltiplos relacionamentos da vítima tenham gerado ciúmes no agressor.

No Caso 3, não há relatos de comportamentos de ciúme excessivo ou de controle do autor sobre a vítima.

No Caso 4, o autor procurava a vítima e ligava para ela de forma insistente quando estava sob efeito de álcool.

No Caso 5, segundo informações de um parente da vítima, o autor era muito ciumento, e, uma semana antes do crime, a vítima comentou que estava querendo a separação e que não informaria o novo endereço ao autor.

4.8 Ameaça ou agressão contra os filhos da vítima, familiares, colegas de trabalho, pessoas desconhecidas ou animais de estimação

Além de verificar o eventual comportamento agressivo do autor em outros tipos de relações interpessoais, avalia-se a partir desse fator de risco a percepção do autor em relação à violência doméstica,⁵⁶ bem como a possibilidade de o agressor fazer uso desse artifício como forma de controle sobre a vítima.⁵⁷

⁵⁶ MEDEIROS, 2015, p. 98.

⁵⁷ GONÇALVES; MORAIS, 2014, p. 19.

Dos cinco casos analisados, esse fator de risco estava presente em três e omissos em dois casos.

No Caso 1, o autor ameaçou e lesionou o filho da vítima no dia em que consumou o crime. Ademais, o autor esteve envolvido em duas ocorrências policiais de lesão corporal e tentativa de homicídio em desfavor de conhecidos.

No Caso 2, o autor esteve envolvido em uma ocorrência policial que noticia crime de injúria e ameaça contra uma ex-cunhada.

No Caso 3, não há outras ocorrências policiais noticiando ameaças ou agressões desferidas pelo autor.

No Caso 4, o autor não se encontra envolvido em outras situações de ameaça ou agressão. Os familiares da vítima afirmaram que o autor não demonstrava ser uma pessoa violenta.

No Caso 5, em 2014, o autor ameaçou uma amiga da vítima que havia acionado a polícia após uma discussão entre o casal, e, no dia do crime que culminou na morte da vítima, ele ateou fogo em uma vizinha que tentou defendê-la.

4.9 Autor com acesso a armas de fogo

Almeida⁵⁸ esclarece que “indivíduos impulsivos e com baixo controle de impulsos utilizam este tipo de arma como forma de obtenção de poder e domínio”. Um estudo realizado por Campbell *et al.*⁵⁹ retratou que 65% dos autores de feminicídio tinham acesso a arma de fogo. Talvez o elevado número de casos nesse estudo seja explicado pelo fato de a pesquisa ter sido realizada nos Estados Unidos, onde o acesso a armas é mais facilitado.

Na presente pesquisa, em três casos analisados, o autor tinha acesso a armas de fogo, e, em dois casos, o fator foi classificado como omissos.

58 ALMEIDA, 2012, p. 166.

59 CAMPBELL *et al.*, 2003, p. 1091.

No Caso 1, o autor já foi preso três vezes portando arma de fogo e se envolveu em cinco crimes de roubo.

No Caso 2, o crime foi praticado com uso de arma de fogo, e, no ano de 2010, o autor foi indiciado no antigo art. 288 do CPB (quadrilha ou bando).

No Caso 3, o autor cometeu o crime com faca e não possui passagem envolvendo crimes com uso de arma de fogo.

No Caso 4, o autor era policial militar, portanto com porte de arma funcional.

No Caso 5, o autor cometeu o crime com instrumento diverso de arma de fogo e não está vinculado a crimes que envolvam o uso de arma de fogo.

4.10 Uso de álcool ou outras drogas pela vítima

Alguns instrumentos internacionais avaliam as recentes intenções suicidas/homicidas e os sintomas maníacos/psicóticos das vítimas.⁶⁰ Esses fatores intensificam a vulnerabilidade da mulher em relação aos agressores e, conseqüentemente, dificultam o acesso ao sistema de justiça e à rede de proteção. Tais fatores estão presentes com vítimas doentes, deficientes ou com idade avançada.

Considerando-se o uso abusivo de álcool ou drogas como transtorno de saúde mental, nos casos analisados, esse fator de risco foi considerado omissos em dois casos e eventualmente presente em três casos.

No Caso 1, a vítima tinha 34 anos de idade e não há informações quanto a eventual doença e/ou deficiência.

No Caso 2, o autor afirmou que a vítima era usuária de *crack* e, segundo o laudo cadavérico, tinha feito uso de substância que provoca dependência (cocaína ou derivado de cocaína).

⁶⁰ MEDEIROS, 2015, p. 102.

No Caso 3, uma testemunha narrou que a vítima fazia uso de bebidas alcoólicas com frequência, e, conforme o laudo cadavérico, a dosagem etílica encontrada na vítima corresponde à fase de excitação da embriaguez etílica.

No Caso 4, segundo o laudo cadavérico, os exames toxicológicos realizados na vítima resultaram positivos para uso de cocaína e maconha.

No Caso 5, não há esse tipo de informação.

4.11 Separação recente ou tentativa de separação

A separação ou tentativa de separação, especialmente quando é recente, é um fator de risco do feminicídio, o qual, segundo uma pesquisa realizada por Campbell *et al.*,⁶¹ é aumentado em cinco vezes quando a mulher se separa para se relacionar com outra pessoa ou quando é motivada pelo ciúme do agressor. Almeida⁶² explica que:

A questão da masculinidade é central na definição de feminicídio. O homicídio de mulheres perpetrado por um parceiro íntimo é visto como feminicídio porque está relacionado com poder e controle: os agressores matam não só por causa da sua perda de controle, mas também porque eles querem exercer controle sobre as suas parceiras.

Em todos os episódios analisados, a vítima manteve ou mantinha uma relação íntima de afeto com o autor, apresentados da seguinte forma: um caso em que a vítima era namorada; um caso em que a vítima era ex-namorada; e três casos em que a vítima era esposa/companheira do autor.

Dos cinco casos analisados, esse fator de risco foi considerado presente em três e omissos em dois casos.

61 CAMPBELL *et al.*, 2003, p. 1091.

62 ALMEIDA, 2012, p. 127.

No Caso 1, o autor e a vítima estavam namorando havia quatro meses, e o crime foi cometido após a vítima comentar sobre a possibilidade de terminar o relacionamento.

Nos Casos 2 e 3, não há relatos nesse sentido.

No Caso 4, o autor e a vítima estavam separados, entretanto há divergência quanto ao tempo de separação. Conforme as declarações da mãe da vítima, eles estavam separados há um ano e dois meses, e, segundo a irmã da vítima, a separação tinha ocorrido cinco meses antes do crime, mas se encontravam ocasionalmente.

No Caso 5, segundo informações de um parente da vítima, na semana do crime esta comentou que tinha decidido pela separação, e, conforme declarações de uma vizinha, a vítima estava separada do autor há pouco tempo. Na data do crime, o autor e a vítima dividiam a mesma casa.

4.12 Agressões físicas em desfavor da vítima: tapas, empurrão, puxões de cabelo, socos, chute e semelhantes

As agressões físicas são frequentemente precursoras dos homicídios envolvendo relações íntimas de afeto.⁶³ Segundo Campbell *et al.*,⁶⁴ em 72% dos casos de feminicídios analisados havia um histórico de agressão. De acordo com o *Manual de Aplicação da Ficha de Avaliação de Risco de Portugal (RVD)*,⁶⁵ esse fator é considerado de risco elevado.

Dos cinco casos analisados, esses tipos de agressões físicas estavam presentes em dois deles; eventualmente presentes em um caso; e sem tais informações em dois casos.

No Caso 1, o filho da vítima narrou que de vez em quando o autor puxava o braço da mãe.

63 CAMPBELL *et al.*, 2005, p. 10.

64 CAMPBELL *et al.*, 2005, p. 10.

65 GONÇALVES; MORAIS, 2014, p. 18.

No Caso 2, uma testemunha disse que constantemente ouvia barulhos que a levaram a crer que a vítima era agredida fisicamente pelo autor, porém não especificou as violências. No interrogatório, o autor afirmou que de vez em quando discutia e xingava a vítima, mas que nunca a agrediu fisicamente.

No Caso 3, não há informações nesse sentido.

No Caso 4, segundo informações da mãe e da irmã da vítima, esta nunca se queixou de atitude violenta por parte do autor.

No Caso 5, consta nos autos que o autor agredia a vítima, e, inclusive, um familiar disse que viu hematomas pelo corpo dela. Há relatos de que o autor havia mordido a vítima, bem como arremessado e quebrado uma garrafa nela.

4.13 Ameaças ou agressões para evitar a separação

Historicamente o homem exerce uma relação de poder sobre a mulher. Quando existe a possibilidade de rompimento da relação, alguns homens tentam reaver esse controle que acreditam ter sobre a mulher por meio de ameaças ou agressões, que podem evoluir até o feminicídio.⁶⁶ Uma pesquisa realizada nos Estados Unidos mostrou que o risco de feminicídio foi aumentado em nove vezes nas situações em que a separação estava associada ao comportamento controlador do agressor.⁶⁷

Na presente pesquisa, esse fator de risco estava eventualmente presente em dois casos e omissos nos demais.

No Caso 1, não há relatos nesse sentido, contudo a vítima foi morta após sugerir o rompimento do relacionamento.

Nos Casos 2, 3 e 4, esse fator de risco foi classificado como omissos, uma vez que não houve informações nesse sentido.

⁶⁶ CAMPBELL *et al.*, 2005, p. 10.

⁶⁷ CAMPBELL *et al.*, 2003, p. 1090.

No Caso 5, consta nos autos que, na semana do crime, a vítima comentou com um familiar que tinha intenção de se separar do autor e que não o informaria sobre o novo endereço.

4.14 Ameaças ou agressões físicas frequentes ou mais graves nos últimos seis meses

Ao analisar os dados da polícia de Londres, Richards⁶⁸ verificou que, geralmente, as mulheres que acionam o órgão de segurança foram vítimas de agressões anteriores, as quais repetidamente se apresentam de forma escalonada em relação tanto à frequência quanto à severidade da violência. Almeida⁶⁹ afirma que “a violência repetida de que a mulher é alvo vai diminuindo a sua motivação para reagir, porque é passiva, submissa e desprotegida”. A violência escalonada é um indicador de feminicídio e pode estar associada à separação recente do casal.⁷⁰

Esse fator de risco estava presente em um caso, eventualmente presente em outro e omissos nos demais.

No Caso 1, a vítima e o autor se relacionavam há quatro meses e não há relatos nesse sentido.

No Caso 2, uma testemunha narrou que, 15 dias antes do crime, acionou a Polícia Militar por acreditar que a vítima estava sendo agredida.

No Caso 3, uma testemunha relatou que ouvia brigas entre o casal, mas que nunca soube ou presenciou agressões físicas. Nesse caso, não houve informações de ameaças e agressões físicas frequentes ou mais graves nos últimos seis meses.

68 RICHARDS, Laura. *Findings from the multi-agency domestic violence murder reviews in London*. Londres: Metropolitan Police, 2003, p. 10. Disponível em: <http://www.dashriskchecklist.co.uk/wp-content/uploads/2016/09/Findings-from-the-Domestic-Homicide-Reviews.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

69 ALMEIDA, 2012, p. 79.

70 GONÇALVES; MORAIS, 2014, p. 26.

No Caso 4, não há informações nesse sentido.

No Caso 5, um parente da vítima narrou que constantemente o autor agredia a vítima. Três meses antes do crime, o autor desferiu três golpes de faca na vítima, no entanto, ela não procurou atendimento médico nem comunicou o fato à polícia. Uma semana antes do crime, o autor comprou uma faca e afirmou que seria para matar a vítima.

4.15 Prática de atos sexuais sem o consentimento da vítima

A relação sexual forçada é considerada um fator de risco para o feminicídio por diversos estudiosos.⁷¹ Um estudo realizado por Richard e Stanko⁷² verificou que a agressão sexual é um fator de alto risco para a violência doméstica, tendo sido constatado o abuso em 7% dos homicídios analisados.

Dos cinco casos analisados, esse fator de risco estava presente em apenas um deles.

Não havia informações nesse sentido para os Casos 1, 2, 3 e 4.

No Caso 5, a vítima narrou para um familiar que era forçada a manter relações sexuais com o autor. Há uma ocorrência no banco de dados da PCDF que noticia atos de violência sexual praticados pelo autor em desfavor de uma ex-enteada.

4.16 Ameaça ou tentativa de suicídio por parte do autor

Segundo Campbell *et al.*,⁷³ o risco de homicídio é aumentado quando o agressor é um suicida em potencial, mesmo sem qualquer episódio anterior de agressão física. Eventuais situações em que o agressor insinua que irá cometer suicídio devem ser

71 ALMEIDA, 2012, p. 10.

72 RICHARDS, 2003, p. 5.

73 CAMPBELL *et al.*, 2008, p. 16.

encaradas como uma possível forma de manipular a vítima.⁷⁴ Almeida⁷⁵ explica que:

O ciúme é o responsável pela maioria dos casos de homicídio-suícídio. Em suma, o perpetrador típico é casado ou vive(u) maritalmente com a vítima e está envolvido numa relação amorosa em que a rejeição está claramente presente. No homicídio seguido de suicídio a problemática de ciúmes está quase sempre envolvida, o tipo de arma mais utilizado é a arma de fogo e devido a declínio da saúde, geralmente, compreende homens velhos que têm pouca saúde e/ou esposas doentes.

Nos casos analisados, esse fator de risco estava presente em apenas um e omissos nos demais.

Nos Casos 1, 2, 4 e 5, não há relatos de ameaça ou tentativa de suicídio por parte do autor.

No Caso 3, após matar a esposa, o autor desferiu um golpe de faca no próprio pescoço.

Certamente essa informação deveria ser mais bem investigada no âmbito dos inquéritos policiais de feminicídio.

4.17 Autor desempregado ou com dificuldades financeiras graves

O desemprego e as ameaças de morte estão correlacionados, uma vez que o autor pode se valer desse comportamento a fim de despejar seus descontentamentos na vítima.⁷⁶ Também representa o não cumprimento do papel de provedor, tido como tipicamente masculino, que pode ensejar frustração, medo de eventual traição e tensões na relação.

⁷⁴ GONÇALVES; MORAIS, 2014, p. 34.

⁷⁵ ALMEIDA, 2012, p. 122 *et seq.*

⁷⁶ ALMEIDA, 2012, p. 86.

Segundo Campbell *et al.*, esse é o único fator demográfico que apresenta risco significativo para a ocorrência de feminicídio. Nesses casos, o risco é quatro vezes maior quando comparado aos agressores empregados.⁷⁷

Dos cinco casos analisados, o fator de risco do desemprego ou dificuldades financeiras graves estava presente em apenas um deles, sem informações nos demais. No Caso 2, o autor estava desempregado. Provavelmente, esse é um tema que não foi devidamente explorado durante os inquéritos policiais.

4.18 Violência na presença de crianças

Gartner e colaboradores⁷⁸ analisaram os feminicídios ocorridos na província canadense de Ontário em um intervalo de 20 anos e identificaram mais de 100 crianças que presenciaram a mãe sendo morta pelo companheiro. Nesses casos, a criança é uma vítima indireta dos abusos, e, assim como a mulher, encontra-se em situação de vulnerabilidade nas relações domésticas.

Dos cinco casos analisados, em um deles o crime foi cometido na presença do filho da vítima, o qual relatou ter sido ameaçado de morte caso não ficasse quieto (Caso 1).

4.19 Ocorrências policiais anteriores entre as mesmas partes

Os padrões de agressões repetidos são um dos aspectos analisados a partir das ocorrências policiais anteriores.⁷⁹ Campbell *et al.*⁸⁰

77 CAMPBELL *et al.*, 2003, p. 1092 *et seq.*

78 GARTNER, Rosemary; DAWSON, Myrna; CRAWFORD, Maria. *Woman killing: intimate femicide in Ontario, 1974-1994*. Ontario: Resources for Feminist Research, 1998, p. 22. Disponível em: <https://www.thefreelibrary.com/Woman+killing%3a+intimate+femicide+in+Ontario%2c+1974-1994.-a030445591>. Acesso em: 30 jan. 2018.

79 GONÇALVES; MORAIS, 2014, p. 38.

80 CAMPBELL *et al.*, 2003, p. 1090.

associaram a prisão anterior do agressor em decorrência de violência doméstica à redução do risco de feminicídio.

Klein⁸¹ indica que um número considerável de mulheres não denunciou as agressões por: entender que se tratava de uma situação privada/pessoal; medo de represália; querer proteger o agressor; e por achar que a polícia não iria fazer nada.

Dos cinco casos analisados, em apenas um havia ocorrência policial anterior.

Nos Casos 1, 2, 3 e 4, não havia registros policiais no âmbito do Distrito Federal envolvendo autor e vítima. No Caso 5, consta uma ocorrência do ano de 2014 envolvendo o autor, a vítima e uma amiga dela. Na ocasião, a vítima e a amiga foram ameaçadas pelo autor. A vítima não representou criminalmente quanto aos fatos praticados pelo autor, contudo requereu medidas protetivas de urgência.

4.20 Vítima isolada de amigos, familiares, pessoas da comunidade ou trabalho

O isolamento social da mulher é considerado um fator de risco, tendo em conta a ausência de influências sociais positivas e de uma rede de apoio para situações difíceis.⁸² Um estudo realizado com 30 mulheres vítimas de tentativa de feminicídio revelou que 83% delas descreveram comportamentos de controle do autor que foram associados ao aumento de atos violentos graves ou letais, sendo o isolamento social uma das condutas.⁸³

Dos cinco casos analisados, o referido fator de risco foi classificado como eventualmente presente em um deles e como omissos nos demais.

81 KLEIN, 2009, p. 5.

82 GRANGEIA, Helena; MATOS, Marlene. Riscos associados ao *stalking*: violência, persistência e reincidência. *Psiquiatria, Psicologia & Justiça*, Santo Tirso, n. 5, 2012, p. 43. Disponível em: http://www.spppj.com/uploads/n_5.pdf. Acesso em: 20 ago. 2017.

83 ALMEIDA, 2012, p. 144.

No Caso 1, no dia do crime o autor se incomodou com o fato de a vítima conversar com outras pessoas através do celular e tomou o objeto da vítima. O filho da vítima relatou que o autor ficava com raiva quando a vítima conversava com colegas do trabalho e da escola.

Nos Casos 2, 3, 4 e 5, não há esse tipo de informação. Provavelmente, a informação dependeria de uma avaliação subjetiva por parte da vítima.

4.21 Descumprimento de medidas protetivas anteriores

A existência de medidas protetivas pressupõe episódio violento anterior, que, por si só, é um fator de risco para a reincidência, podendo ser elevado quando há descumprimento dessas medidas, independentemente de ter sido uma situação imposta pelo agressor ou viabilizada pela vítima.⁸⁴

Em apenas um dos casos analisados a vítima havia requerido medidas protetivas por meio da delegacia de polícia.

Nos Casos 1, 2, 3 e 4, não há outras ocorrências policiais envolvendo autor e vítima, conseqüentemente, não houve solicitação de medidas protetivas através das delegacias do Distrito Federal.

No Caso 5, no ano de 2014, a vítima requereu medidas protetivas de urgência, em episódio anterior de violência. Realizou-se consulta aos autos dos processos anteriores de medidas protetivas e do inquérito policial para verificar a tramitação (Processos n. 2014.03.1.017517-2 e n. 2014.03.1.017733-8). Consta dos autos que a vítima teria sofrido injúria e ameaça por parte do mesmo agressor que, após dois anos, praticaria o feminicídio. Na oportunidade, a vítima acionou a Polícia Militar, todavia, ao chegar na DP, informou que não desejava representar contra o companheiro, apenas solicitar medidas protetivas de urgência em razão de temer novas violências. O juizado especializado indeferiu o pedido de medidas protetivas de

84 GONÇALVES; MORAIS, 2014, p. 39.

urgência e designou audiência de justificação. A vítima foi intimada da decisão de indeferimento, todavia, não compareceu à audiência de justificação e posteriormente mudou de endereço, não sendo possível localizá-la, mesmo após diligências pelo Ministério Público, o que levou ao arquivamento do processo sem nenhuma intervenção. Portanto, neste caso não houve descumprimento de medidas protetivas anteriores, mas indeferimento do pedido de proteção.

5 Considerações finais

Observou-se que cinco fatores de riscos se apresentaram de forma dominante (em ao menos quatro dos cinco casos), quais sejam: vítima ou outro familiar ameaçado com faca ou arma de fogo; agressões físicas agravadas em desfavor da vítima; uso de álcool ou outras drogas pelo agressor; agressor com antecedentes criminais; e grande diferença de idade entre agressor e vítima. Outros sete fatores de risco estiveram presentes em ao menos três casos: vítima possuía filhos de outra relação; comportamentos de ciúme excessivo e controle sobre a vítima; comportamentos agressivos contra terceiros; autor com acesso a armas de fogo; uso de álcool ou outras drogas pela vítima; separação recente ou tentativa de separação; histórico de agressões físicas não agravadas contra a vítima.

Estiveram presentes em menor frequência: ameaças para evitar a separação; aumento da frequência ou intensidade da violência nos últimos seis meses; prática de atos sexuais sem consentimento da vítima; ameaça ou tentativa de suicídio pelo agressor; autor desempregado ou com dificuldades financeiras graves; prática de violência na presença de crianças; histórico de ocorrências policiais entre as mesmas partes; isolamento social ou familiar da vítima; e descumprimento de medidas protetivas de urgência anteriores.

Apesar de alguns estudos internacionais incluírem a gravidade atual ou recente,⁸⁵⁻⁸⁶ ou ainda conflitos envolvendo os filhos

85 GONÇALVES; MORAIS, 2014, p. 44.

86 ALMEIDA, 2012, p. 147.

comuns⁸⁷ como fatores de alto risco de agressão por parte dos companheiros, tais fatores não estiveram presentes na amostra.

Verificou-se que tanto as ocorrências policiais como as peças que instruem os autos do inquérito policial apresentaram dados insuficientes para a identificação de alguns fatores de risco. Houve omissões de dados de forma dominante nos seguintes fatores: sexo ou atos sexuais sem a vontade da vítima; ameaça ou tentativa de suicídio por parte do autor; autor desempregado ou com dificuldades financeiras graves; vítima isolada de amigos, familiares, pessoas da comunidade ou trabalho; gravidez nos últimos 18 meses; e violência na presença de crianças. Essa limitação pode ensejar falso negativos na presente pesquisa, o que poderia ser superado em pesquisas posteriores com a complementação das informações, mediante entrevistas com familiares ou amigos da vítima, um trabalho que excederia as limitações do presente estudo exploratório.

O fato de em todos os casos haver histórico anterior de violência doméstica e em apenas um dos casos haver registro formal de ocorrência policial antes do feminicídio é indicativo de que o incentivo para as mulheres denunciarem ainda deve ser uma das estratégias centrais no enfrentamento da violência doméstica. Por outro lado, no único caso em que houve registro de ocorrência policial em episódio anterior, houve o indeferimento liminar da medida protetiva de urgência solicitada pela mulher, levantando a hipótese de que uma experiência frustrante durante o primeiro pedido de socorro pode inibir a mulher de voltar a pedir novamente socorro, o que pode agravar a situação de risco até evoluir para o feminicídio.

Conhecer as circunstâncias dos crimes de feminicídio é crucial para identificar os fatores de risco que podem estar presentes no âmbito doméstico/familiar e, conseqüentemente, para tomar decisões relacionadas ao enfrentamento da violência contra a mulher, seja no âmbito individual, seja no âmbito das políticas públicas de prevenção. O conhecimento de tais fatores associado a políticas de intervenção adequadas pode salvar vidas.

87 GONÇALVES; MORAIS, 2014, p. 40.

O presente estudo exploratório não representa uma validação do formulário de avaliação de risco utilizado no Distrito Federal, diante da diminuta abrangência da amostra bem como pela inexistência de um grupo de controle. Todavia, ele já aponta para o potencial preditivo do instrumento, já validado em outros contextos socioculturais, e para a relevância de se prosseguir nas pesquisas de avaliação da efetividade desses instrumentais no contexto nacional.

Referências

ALMEIDA, Iris. *Avaliação de risco de feminicídio: poder e controlo nas dinâmicas das relações íntimas*. 2012. 359 f. Dissertação (Doutorado em Psicologia), Escola de Ciências Sociais e Humanas, Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2012. Disponível em: https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/5893/4/PhD_Iris_Almeida.pdf. Acesso em: 3 ago. 2017.

ALMEIDA, Iris; SOEIRO, Cristina. Avaliação de risco de violência conjugal: versão para polícias (SARA: PV). *Análise Psicológica*, Lisboa, v. 28, n. 1, p. 179-192, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/aps/v28n1/v28n1a13.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 284*. Brasília: CNJ, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução Conjunta n. 05*. Brasília: CNJ; CNMP, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Orientações para uso do formulário de avaliação de risco FRIDA*. Brasília: CNMP, 2019.

CAMPBELL, Jacquelyn *et al.* Assessing risk factors for intimate partner homicide. *NIJ Journal*, Washington, D.C., v. 5, n. 250, p. 15-19, 2008. Disponível em: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/jr000250e.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

CAMPBELL, Jacquelyn *et al.* Intimate partner violence risk assessment validation study. *NCJRS*, Washington, D.C., n. 28, 2005. Disponível em: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/209731.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

CAMPBELL, Jacquelyn *et al.* Risk factors for femicide in abuse relationships: results of a multisite case control study. *American Journal of Public Health*, Washington, D.C., v. 93, n. 7, p. 1089-1097, 2003.

DATASENADO. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: pesquisa de opinião pública nacional*. Brasília: Senado, 2011. Disponível em: <http://compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/DataSenadoPesqVCM2011.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2019.

DINIZ, Debora (coord.). *Radiografia dos homicídios por violência doméstica contra a mulher no Distrito Federal*. Brasília: ANIS, 2015. Disponível em: http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/nucleos/nucleo_genero/publicacoes/Pesquisa_ANIS_Radiografia_homicidios_violencia_domestica.pdf. Acesso em: 21 out. 2017.

DISTRITO FEDERAL. *Documentos sobre avaliação de risco no sistema português*. Brasília: MPDFT, 2015a. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/ncleos-sectionmenu-308/209-nucleo-de-genero/8739-documentos-sistema-portugues>. Acesso em: 21 out. 2017.

DISTRITO FEDERAL. *Informações Estatísticas n. 010/2017 e 038/2017*. Brasília: COOAFES, 2017. Disponível em: <http://www.ssp.df.gov.br/estatisticas/violencia-contr-a-mulher.html>. Acesso em: 9 ago. 2017.

DISTRITO FEDERAL. *Norma de Serviço n. 01*. Brasília: CGP/PCDF, 2019.

DISTRITO FEDERAL. *Pesquisa distrital por amostra de domicílios – Ceilândia*. Brasília: CODEPLAN, 2015b. Disponível em: http://www.codeplan.df.gov.br/images/CODEPLAN/PDF/pesquisa_socioeconomica/pdad/2015/PDAD_Ceilandia_2015.pdf. Acesso em: 8 ago. 2017.

DISTRITO FEDERAL. *Questionário de avaliação de risco*. Brasília: MPDFT, 2016. Disponível em: http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/nucleos/nucleo_genero/Question%C3%A1rio_de_avaliao%C3%A7%C3%A3o_de_risco_v.3_-_consolidado.pdf. Acesso em: 21 out. 2017.

FERNANDES, Catarina; MONIZ, Helena; MAGALHÃES, Teresa. Avaliação e controlo do risco na violência doméstica. In: FAZENDA, Maria Helena (dir.). *Violência doméstica: avaliação e controle de riscos*. Lisboa: 2013. p. 227-264.

GARTNER, Rosemary; DAWSON, Myrna; CRAWFORD, Maria. *Woman killing: intimate femicide in Ontario, 1974–1994*. Ontario: Resources for Feminist Research, 1998. Disponível em: <https://www.thefree library.com/Woman+killing%3a+intimate+femicide+in+Ontario%2c+1974-1994.-a030445591>. Acesso em: 30 jan. 2018.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 1999.

GONÇALVES, Rui Abrunhosa (superv.); MORAIS, Ana (colab.). *RVD – Manual de aplicação da ficha de avaliação de risco*. Lisboa: MAI, 2014.

GRANGEIA, Helena; MATOS, Marlene. Riscos associados ao *stalking*: violência, persistência e reincidência. *Psiquiatria, Psicologia & Justiça*, Santo Tirso, n. 5, 2012, p. 29-48. Disponível em: http://www.spppj.com/uploads/n_5.pdf. Acesso em: 20 ago. 2017.

KLEIN, Andrew Rhode. *Practical implication of current domestic violence research: for Law enforcement, prosecutors and judges*. Washington: National Institute of Justice, 2009. Disponível em: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/225722.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2017.

MACHADO, Lia Zanotta. Onde não há igualdade. In: MORAES, Aparecida; SORJ, Bila (orgs.). *Gênero, violência e direitos na sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2009. v. 1. p. 158-183.

MARQUES, Ana Rita da C. P. *O homicídio conjugal como sintoma: “Se eu amasse a minha mulher não a tinha morto”*. 2014. Dissertação (Mestrado integrado em Psicologia, Secção de Psicologia Clínica e da Saúde), Faculdade de Psicologia, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014. Disponível em: http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/19936/1/ulfpie047333_tm_tese.pdf. Acesso em: 8 ago. 2017.

MCCULLOCH, Jude *et al.* *Review of the family violence risk assessment and risk management framework (CRAF): final report*. Melbourne: Monash University, 2016.

MEDEIROS, Marcela Novais. *Avaliação de risco em casos de violência contra a mulher perpetrada por parceiro íntimo*. 2015. Tese (Doutorado

em Psicologia Clínica e Cultura), Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/20191>. Acesso em: 23 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *World report on violence and health*. Genebra: OMS, 2002. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42495/1/9241545615_eng.pdf. Acesso em: 1º maio 2017.

PASINATO, Wânia. *Acesso à justiça e violência contra a mulher em Belo Horizonte*. São Paulo: Annablume/FAPESP, 2012.

PASINATO, Wânia (org.). *Diretrizes nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Brasília: SPM; ONU Mulheres, 2016. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/2016/livro-diretrizes-nacionais-femicidios-versao-web.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2017.

RICHARDS, Laura. *Findings from the multi-agency domestic violence murder reviews in London*. Londres: Metropolitan Police, 2003. Disponível em: <http://www.dashriskchecklist.co.uk/wp-content/uploads/2016/09/Findings-from-the-Domestic-Homicide-Reviews.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.

SHACKELFORD, T. K. *Cohabitation, marriage, and murder: woman killing by male romantic partners*. Davie/FL: Division of Psychology of Florida Atlantic University, 2001. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.521.902&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 19 jan. 2018.

SIQUEIRA, Lia de Souza *et al.* A rede de proteção à mulher vítima de violência doméstica: uma visão econômica de sua articulação pelo Ministério Público. In: TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar de (orgs.). *O Ministério Público e os desafios do século XXI: uma abordagem jus econômica*. Curitiba: CRV, 2015. p. 185-217.

SMALL ARMS SURVEY. A gendered analysis of violent deaths. *Small Arms Survey Research Note 63*, Geneva, Nov. 2016. Disponível em: http://www.smallarmssurvey.org/fileadmin/docs/H-Research_Notes/SAS-Research-Note-63.pdf. Acesso em: 21 out. 2017.

UNODC. *Global Study on Homicide 2013*. Vienna: UNODC, 2014. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/GLOBAL_HOMICIDE_Report_ExSum.pdf. Acesso em: 21 out. 2017.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: Flacso, 2015. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br>. Acesso em: 31 maio 2017.

WALKER, Lenore E. A. *The battered woman syndrome*. 4. ed. Nova Iorque: Springer Publishing Company, 2017.